

## IV. Fazit und Ausblick

„Urheber sinn mir allegor“ – auch Studierende, die in Klausuren und Hausarbeiten juristische Fälle lösen, können diesen Status erreichen. Sie legen eine persönliche Schöpfung in wahrnehmbarer Formgestaltung mit geistigem Gehalt vor. Es wird aber nicht immer die für den Urheberrechtsschutz erforderliche Individualität auf der Ebene von Sammlung, Auswahl, Einteilung und Anordnung zu erreichen sein. Sollte dies nicht der Fall sein, so ist die nötige Individualität durch sprachliche Gestaltung erreichbar. Alles was zum guten juristischen Stil geraten wird, erweist sich auf diese Weise zugleich als Ratsschlag für die Erlangung von Urheberrechtsschutz.

Rechnet man mit der Möglichkeit urheberrechtlich geschützter studentischer Klausur-Lösungen, so ergeben sich zahlreiche Folgefragen, die teilweise auch die verwaltungsrechtliche Praxis des Umgangs mit studentischen Klausurlösungen betreffen. Was folgt beispielsweise aus dem in § 12 UrhG normierten Veröffentlichungsrecht des Urhebers? Wie soll sich das dem Urheber in § 25 Abs. 1 UrhG eingeräumte Zugangsrecht zu Werkstücken in der Praxis gestalten (und dies während der gesamten Dauer des Urheberrechts)? Welche Konsequenzen ergeben sich für das Archiv-Recht und den Wunsch der Einsichtnahme in dort gelagerte Prüfungsarbeiten? Eine gewisse Sympathie für derartige Fragestellungen könnten alle diejenigen entwickeln, die sich für eigene juristische Prüfungsarbeiten aus der Vergangenheit interessieren, sofern diese Werkstücke noch irgendwo lagern sollten. Ob allerdings der Jubilar seine Examensklausuren heutzutage noch sehen möchte, sei dahingestellt.

## Die deutsche Leergeräteabgabe im europäischen Urheberrecht

THOMAS HOEREN/SEBASTIAN JAKOPP

## I. Einführung

Was soll ich zum Jubiläum von Maximilian Herberger schreiben? Soviel schießt mir durch den Kopf, von Herbergers Liebe zur Rechtsphilosophie, seinen Kampf für die Rechtsinformatik, seine Weitsicht beim Aufbau juristischer Datenbanken. Über all dies will ich am Ende doch nicht schreiben, sondern daran erinnern, dass Herberger auch ein glänzender Kopf im europäischen Urheberrecht war und ist. Deshalb wird ihn hoffentlich der folgende Beitrag zur sog. Leerträgerabgabe im Zusammenhang mit digitalen Privatkopien urheberrechtlich geschützter Werke gem. der §§ 53 ff. UrhG freuen. Bei der Erstellung half mir entscheidend mein Co-Autor Sebastian Jakopp, von dessen Tiefsinn und Engagement in den Verästelungen des komplexen Geräteabgaberegimes ich viel profitieren konnte.

Der Anlass für diese Untersuchung sind mehrere Urteile des *EuGH* aus den vergangenen Jahren, welche sich mit der Auslegung der RL 2001/29/EG, im Speziellen des Art. 5, beschäftigt haben. Die daraus hervorgegangenen Schlussfolgerungen des *EuGH* haben eine Untersuchung des Systems der deutschen Leerträgerabgabe im Hinblick auf Vergütungspflicht und Vergütungshöhe erforderlich gemacht. Die Bearbeitung fokussiert sich vordergründig auf die Probleme, welche im Zusammenhang mit Speichermedien wie CD-ROM's und ähnlichen bestehen. Stellung genommen werden soll zu ausgewählten Problemen rund um die §§ 53 ff. UrhG bzw. die einschlägigen Normen aus dem VGG<sup>1</sup>; die Bearbeitung berücksichtigt deutsches und europäisches Recht.

<sup>1</sup> Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften, in Kraft getreten am 01.06.2016. Das VGG basiert grds. auf der RICHTLINIE 2014/26/EU DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 26. Februar 2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für Rechte an Musikwerken für die Online-Nutzung im Binnenmarkt. Es ersetzt das ehemalige Urheberrechtswahrnehmungsgesetz (UrhWG).

II. § 53 Abs. 1 UrhG – Das Tatbestandsmerkmal der  
„offensichtlichen“ Rechtswidrigkeit

1. Darstellung

§ 53 Abs. 1 UrhG regelt, dass einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch und weder zu mittelbaren noch unmittelbaren Erwerbszwecken dann zulässig sind, wenn sie nicht von einer *offensichtlich rechtswidrig* hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlage stammen. Die Vorschrift fußt auf der europarechtlichen Norm des Art. 5 Abs. 2 lit. b) RL 2001/29/EG,<sup>2</sup> welche bestimmt, dass die Mitgliedsstaaten eine Ausnahme von der Vervielfältigungshoheit des Urhebers (vgl. dazu Art. 2 der RL) vorsehen können, wenn eine natürliche Person eine Vervielfältigung auf beliebigen Trägern zum privaten Gebrauch und weder für direkte noch für indirekte kommerzielle Zwecke vornimmt (nachfolgend: *Privatkopieausnahme*).

Es fällt auf, dass die deutsche Norm durch die Einführung des Tatbestandsmerkmals der offensichtlichen<sup>3</sup> Rechtswidrigkeit von der europäischen Vorgabe abweicht; der Wortlaut der europäischen Norm enthält nämlich keine derartigen Einschränkungen, was zunächst den trügerischen Schluss nahelegt, dass Art. 5 Abs. 2 lit. b) der RL 2001/29/EG auf Vervielfältigungen von sowohl rechtmäßigen, als auch rechtswidrigen Quellen anwendbar sei, ohne dabei die Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit zu verlangen.

Zu untersuchen ist also, ob die deutsche, scheinbar von den europäischen Vorgaben abweichende Norm, als europarechtskonform angesehen werden kann.

2. Die Rechtsprechung des EuGH in Sachen *ACI-Adam* u. a.

Der *EuGH* hatte sich mit einer ähnlichen Fragestellung in Sachen *ACI Adam*<sup>4</sup> zu beschäftigen. Dort ging es in den ersten beiden Vorlagefragen um die Problematik, ob eine nationale Regelung, welche auf der Privatkopieausnahme des Art. 5 Abs. 2 lit. b) RL 2001/29/EG<sup>5</sup> basiert, auch dann mit EU-Recht zu

<sup>2</sup> Vgl. dazu *BT-Drucks.* 16/1828, S. 14.

<sup>3</sup> Auf nähere Ausführungen zur Offensichtlichkeit kann an dieser Stelle aufgrund nachfolgender Ausführungen verzichtet werden.

<sup>4</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*).

<sup>5</sup> RICHTLINIE 2001/29/EG DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

vereinbaren sei, wenn die nationale Regelung nicht danach unterscheidet, ob die Quelle, auf welcher die Vervielfältigung beruht, rechtmäßig oder rechtswidrig ist.<sup>6</sup> Auch wenn der *EuGH* also über einen leicht abweichenden Fall zu entscheiden hatte, in welchem es hinsichtlich der nationalen Regelung an einer Unterscheidung zwischen der Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Vorlage für die Privatkopie gänzlich mangelte, so sind die vom *EuGH* herangezogenen Grundsätze und Argumentation in ihrem Kern jedenfalls aufgrund ihrer Allgemeingültigkeit im Rahmen der RL 2001/29/EG auf den vorliegenden Fall anwendbar.

Der *EuGH* verweist zunächst auf die Natur des Art. 5 Abs. 2 lit. b) der RL 2001/29/EG als Ausnahme bzw. Beschränkung und die damit einhergehende Notwendigkeit einer engen Auslegung.<sup>7</sup> Er erkennt allerdings auch, dass Art. 5 Abs. 2 lit. b) der RL 2001/29/EG seinerseits gar keine Aussage zu der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit der Quelle enthält.<sup>8</sup>

Sodann führt er in diesem Zusammenhang aus, dass eine nationale Norm, basierend auf der Ausnahmeregelung des Art. 5 Abs. 2 lit. b) RL 2001/29/EG, den Urhebern zwar insoweit eine Beschränkung auferlegt, als diese im Falle der Umsetzung entsprechende Vervielfältigungen ihrer Werke nicht mehr untersagen können. Allerdings müsse der Urheber durch die Umsetzung der Ausnahme keineswegs weitere Verletzungen der Rechte, welche mit der Vervielfältigung seiner Werke einhergehen können, tolerieren.<sup>9</sup> Darüber hinaus sei die Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes, welche, wie in Erwägungsgrund (32) der RL ausgeführt (gem. Art. 26 Abs. 1 AEUV), zu gewährleisten ist, in Gefahr, wenn die Mitgliedsstaaten Privatkopien aufgrund von unrechtmäßigen Quellen erlaubten.<sup>10</sup>

Zwar konstatiert der *EuGH* unter Rückgriff auf Erwägungsgrund (22) der RL 2001/29/EG, dass die RL auch das Interesse der Allgemeinheit an der Verbreitung der Kultur zum Ziel hat. Allerdings betont er anschließend, dass die Förderung dieses Ziels nicht unter rigorosem Verzicht auf die Interessen

<sup>6</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 20; einige Jahre später musste der *EuGH* sich in Sachen *Reprobel*, Urteil v. 12.11.2015 – C-572/13 erneut mit dieser Frage auseinandersetzen, allerdings im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 lit. a) RL 2001/29/EG: Wie im Weiteren noch dargestellt wird, ist die *Reprobel*-Rspr. entsprechend anwendbar – vgl. a.a.O. Rn. 62 f.

<sup>7</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 22, unter Verweis auf Urteil v. 16.07.2009 – C-5/08 (*Infopaq International*), Rn. 56.

<sup>8</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 29.

<sup>9</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 31; Urteil v. 12.11.2015 – C-572/13 (*Reprobel*), Rn. 58.

<sup>10</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 32 ff.

der Urheber erfolgen kann und darf.<sup>11</sup> Dies ergebe sich wiederum aus einem Rückgriff auf Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG, in welchem klargestellt wird, dass die Einführung der Privatkopieausnahme auf nationaler Ebene nicht die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigen oder die Interessen des Rechtsinhabers ungebührlich verletzen darf.<sup>12</sup> Liefse man aber die Rechtswidrigkeit der Quelle im Rahmen der Privatkopie zu, so entzöge man letztlich der normalen, rechtmäßigen Verwertung – sprich im Rahmen von rechtmäßigen Verkäufen etc. – in gewissem Maße den Boden.<sup>13</sup> Darüber hinaus förderte man letztlich die Verbreitung nachgeahmter oder gefälschter Werke.<sup>14</sup> Die Folge dieser Umstände resultiere in einem nicht rechtfertigten Schaden der Rechteinhaber.<sup>15</sup>

Der *EuGH* kommt letztlich zu dem klaren Schluss, dass Art. 5 Abs. 2 lit. b) RL 2001/29/EG so auszulegen ist, dass er nicht für den Fall solcher Privatkopien gilt, welche auf der Grundlage einer unrechtmäßigen Quelle angefertigt wurden.<sup>16</sup>

### 3. Vereinbarkeit der deutschen Regelung mit den europäischen Vorgaben

Fraglich ist also nach alledem, ob die deutsche Regelung des § 53 Abs. 1 UrhG wegen des Tatbestandsmerkmals der *Offensichtlichkeit* der Rechtswidrigkeit, insbesondere in Anbetracht des *EuGH*-Urteils in Sachen *ACI Adam*<sup>17</sup> und seiner später wiederholten und bestätigten Ansicht in *Reprobel*<sup>18</sup>, als (noch) europarechtskonform angesehen werden kann.

Schaut man in diesem Zusammenhang genauer in die Gesetzesbegründung zum Zweiten Korb der UrhG-Änderung<sup>19</sup>, so fällt auf, dass der deutsche Gesetzgeber an dieser Stelle eine Kompromisslösung verfolgte, welche der Ein-

<sup>11</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 36.

<sup>12</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 38; *ders.*, Urteil v. 12.11.2015 – C-572/13 (*Reprobel*), Rn. 59; interessant und deswegen nicht unerwähnt bleiben soll die Wirkungsweise des Art. 5 Abs. 5 der RL 2001/29/EG, welcher nämlich keine materiell-rechtliche Ergänzung des Art. 2 Abs. 2 lit. b) darstellt, sondern erst zum tragen kommt, wenn der Mitgliedsstaat den Art. 5 Abs. 2 lit. b) transformiert hat.

<sup>13</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 38 f.

<sup>14</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 38; *ders.*, Urteil v. 12.11.2015 – C-572/13 (*Reprobel*), Rn. 60.

<sup>15</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 40; *ders.*, Urteil v. 12.11.2015 – C-572/13 (*Reprobel*), Rn. 61.

<sup>16</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 41.

<sup>17</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*).

<sup>18</sup> *EuGH*, Urteil v. 12.11.2015 – C-572/13 (*Reprobel*).

<sup>19</sup> BT-Drucks. 16/1828.

heitlichkeit der Rechtsordnung genügen sollte. Zum einen hatte man nämlich durchaus im Sinn, Rechtsverletzungen durch die Herstellung rechtswidriger Vorlagen im Sinne der RL zu bekämpfen; zum anderen wollte man aber auch dem Verbraucher, welcher eine Privatkopie anfertigt, keine unmöglichen Prüfungspflichten auferlegen.<sup>20</sup>

Diese Herangehensweise ist – so löblich und in der Sache nachvollziehbar sie im Hinblick auf den Verbraucherschutz erscheinen mag – nicht ohne Weiteres mit der RL 2001/29/EG und ihren Zielen sowie mit Art. 5 Abs. 5 der RL in Einklang zu bringen.

§ 53 Abs. 1 UrhG steht in Widerspruch zu Erwägungsgrund (44) und dem darauf basierenden Art. 5 Abs. 5 der RL 2001/29/EG. Dort wurde ausdrücklich festgehalten, dass eine Anwendung der Ausnahmen wie der in Art. 5 Abs. 2 lit. b) RL 2001/29/EG nicht in einer solchen Weise erfolgen darf, welche die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber verletzen oder die normale Verwertung ihrer Werke beeinträchtigen würde.<sup>21</sup> Erkannte man aber auch die Privatvervielfältigung aufgrund von nicht offensichtlich rechtswidrig erlangten Vorlagen an, so förderte man letztlich die Vervielfältigung und Verbreitung von nachgeahmten oder gefälschten Werken. Diese Praxis führte zwangsläufig zu einer Verringerung rechtmäßiger Transaktionen,<sup>22</sup> da letztendlich der Umlauf von rechtswidrig erstellten Vorlagen gleich einem Schneeballsystem nicht mehr zu begrenzen wäre. Eine solche Förderung der Vervielfältigung und Verbreitung von nachgeahmten oder gefälschten Werken kann aber offensichtlich nicht vom europäischen Gesetzgeber gewollt gewesen sein. Zum einen würde damit das Ziel eines funktionierenden Binnenmarktes gestört, denn die Anerkennung der Fluktuation rechtswidrig erlangter Werke (oder allgemein gesprochen: Die Fluktuation irgendwelcher rechtswidrig erlangter Güter) widerspricht ohne Weiteres den Vorgaben eines solchen Binnenmarktes.<sup>23</sup> Diese Erwägungen stehen auch mit Erwägungsgrund (22) der RL 2001/29/EG in Einklang, wo es heißt, dass die Verwirklichung des Ziels, die Verbreitung der Kultur zu fördern, nicht durch den Verzicht auf einen rigorosen Schutz der Urheberrechte oder durch Duldung der unrechtmäßigen Verbreitung von nachgeahmten oder gefälschten Wer-

<sup>20</sup> BT-Drucks. 16/1828, S. 26.

<sup>21</sup> Darauf zurückgreifend auch *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 25; kritisch hinsichtlich der Folgen: *Müller/Rößner*, *EuZW* 2014, 501 (504).

<sup>22</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 39; *ders.*, Urteil v. 12.11.2015 – C-572/13 (*Reprobel*), Rn. 60.

<sup>23</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 35. kritisch, aber zustimmend auch *Lauber-Rönsberg*, *ZUM* 2014, 578 (579); a. A. *Leistner*, *GRUR Int.* 2015, 681 (683), der auf mangelnde empirische Nachweise hinweist.

ken erfolgen dürfe.<sup>24</sup> Ähnlich drückte es auch *Generalanwalt Villalón* in seinen Schlussanträgen zu *ACI Adam aus*, als er argumentierte, dass der europäische Gesetzgeber eine Privatkopieausnahme, welche auch rechtswidrig erlangte Quellen einbezieht, nicht hätte einführen können, ohne dabei die Grundlagen, auf welchen die Privatkopieausnahme beruht, in Frage zu stellen.<sup>25</sup> Er führt ferner aus, dass dies selbst dann der Fall wäre, wenn man unterstellte, dass die Einbeziehung der unrechtmäßig erlangten Quellen eine angemessene Antwort auf Urheberrechtsverletzungen darstellte.<sup>26</sup>

Darüber hinaus bestimmt Erwägungsgrund (31), dass ein angemessener Rechts- und Interessensausgleich zwischen den verschiedenen Kategorien der Rechteinhaber und den verschiedenen Kategorien von Werknutzern gesichert werden muss. An dieser Stelle muss man schon eine Nuance zu der Vergütungshöhenberechnung vorwegnehmen: Geht man davon aus, dass die Zentralstelle für private Überspielungsrechte (nachfolgend: ZPÜ) ihre Tarife auf der jetzigen deutschen Gesetzlage begründet, so muss man davon ausgehen, dass sie in die Leerträgerabgabe für CD-Rohlinge auch solche Vervielfältigungen einbezieht, welche auf rechtswidrig erlangten oder erstellten Vorlagen basieren. Legt die ZPÜ in der Folge auch diese Vervielfältigungen auf die CD-ROM's um, so muss der redliche Konsument der Leer-CD-ROM's einen vermeintlich höheren Preis für diese zahlen. Der Dritte müsste also einen nicht eigens verursachten Schaden kompensieren, was der *EuGH* allerdings gerade vermeiden möchte.<sup>27</sup>

Letztlich hat der europäische Gesetzgeber eine Möglichkeit der Erweiterung der europarechtlichen Beschränkung aus Art. 5 Abs. 2 lit. b) der RL 2001/29/EG zugunsten des Verbraucherschutzes oder entsprechender anderer Schutzgüter schlicht nicht eingeräumt. Zwar ist dem nationalen Gesetzgeber bei der Transformation einer in einer RL gestatteten Einschränkung ein – eng begrenzter – Auslegungsspielraum zugestanden;<sup>28</sup> das bedeutet, dass der Verbraucherschutz im Rahmen des Auslegungsspielraums eine Rolle spielen darf. Jedoch findet eine solche Berücksichtigung ihre Grenze in der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes und dem damit verbundenen Schutz

<sup>24</sup> Mit sicherlich nachvollziehbarer Kritik zu der Frage, wie denn eine nicht offensichtlich rechtswidrige Vorlage erkannt werden soll: *Rauer*, GRUR-Prax 2014, 205 (205).

<sup>25</sup> *GA Villalón*, Schlussanträge v. 09.01.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 74.

<sup>26</sup> *GA Villalón*, Schlussanträge v. 09.01.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 74.

<sup>27</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 40.

<sup>28</sup> *EuGH*, Urteil v. 10.04.2014 – C-435/12 (*ACI Adam*), Rn. 22; Urteil v. 16.07.2009 – C-5/08 (*Infopaq International*), Rn. 56; kritisch hierzu *Leistner*, GRUR Int. 2015, 681 (682 f.) welcher bemängelt, dass die Schrankenauslegung in Anlehnung an das *EuGH*-Urteil v. 04.10.2011 – C-403/08 u. C-429/08 (*Murphy*), Rn. 163 f. differenzierter hätte ausfallen sollen; ähnlich *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2014, 578 (578 f.).

der Urheber vor ungebührlichen Rechtsverletzungen, vgl. Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG. Die Gebührlichkeit muss dabei insbesondere im Hinblick auf die Rechtssicherheit der Urheber in Bezug auf den Schutz ihrer Werke beurteilt werden, vgl. insoweit die Erwägungsgründe (4), (6) und (21) der RL 2001/29/EG.<sup>29</sup> Hier schließt sich also der Kreis, denn unter Berücksichtigung der vorstehenden Ausführungen kann eine ungebührliche Verletzung der Rechtsinhaber durch die Beibehaltung der Privatkopieabgabe für Vervielfältigungen, welche von nicht offensichtlich rechtswidrigen Vorlagen angefertigt wurden, in Anbetracht der vorigen Ausführungen nicht ausgeschlossen werden.

Abschließend soll noch einmal Erwähnung finden, dass der *EuGH* seine vorstehend dargestellte Sichtweise in der *Reprobel*- und der *ACI-Adam*-Entscheidung wiederholt und bekräftigt hat.<sup>30</sup> In Anbetracht dieser Tatsache scheint der *EuGH* also eine klare Meinung zu vertreten und deswegen liegen nach hiesiger Auffassung auch keine wesentlichen Eigenheiten des deutschen Rechts vor, welche den *EuGH* dazu bewegen könnten, bei einer Vorlage aus Deutschland von seiner Meinung abzuweichen.<sup>31</sup>

Nach alledem muss man zu dem Schluss kommen, dass § 53 Abs. 1 UrhG nicht den Vorgaben der RL 2001/29/EG entspricht.<sup>32</sup>

Da sich § 54 UrhG auf § 53 Abs. 1 UrhG bezieht, ist dieser in dieser Hinsicht ebenfalls nicht mit Europarecht zu vereinbaren. Denn wenn man schon zu dem Schluss kommt, dass die Privatkopie aufgrund von rechtswidrigen Vorlagen gar nicht qua Gesetz von dem Vervielfältigungsprivileg des Urhebers ausgenommen werden kann, so muss man erst Recht zu dem Schluss kommen, dass auch keine Vergütungspflicht für eine solche Vervielfältigung ausgelöst werden kann. § 53 Abs. 1 UrhG ist nämlich Tatbestandsvoraus-

<sup>29</sup> *EuGH*, Urteil v. 16.07.2009 – C-5/08 (*Infopaq International*), Rn. 59.

<sup>30</sup> Vgl. *EuGH*, Urteil v. 12.11.2015 – C-572/13 (*Reprobel*), Rn. 57 ff.

<sup>31</sup> Diese Schlussfolgerung zieht auch *Leistner*, GRUR Int. 2015, 681 (685).

<sup>32</sup> Im Ergebnis auch *Verweyen*, GRUR Int. 2016, 28 (37); in der Tendenz wohl a. A. *BGH*, BeckRS 2016, 09186, Rn. 62: Dort orientiert sich der *BGH* nur am Wortlaut der deutschen Gesetzgebung, obgleich eine Stellungnahme zu diesem bekannten Problem im Rahmen der dortigen Entscheidung gleich eine Stellungnahme zu diesem bekannten Problem im Rahmen der dortigen Entscheidung gewesen wäre; kritisch zu der Regelung auch *Lauber-Rönsberg*, Urheberrecht und Privatgebrauch, Dresden 2010, 191; für die Europarechtskonformität *Rauer*, GRUR-Prax 2014, 205 (205); mit lesenswerten Ausführungen zur Frage der Auslegungsbefugnis des nationalen Gesetzgebers mit *Leistner*, GRUR Int. 2015, 681 (684 f.); leider hat sich an dieser Stelle der österreichische Gesetzgeber im Zuge eines scheinbar überhasteten Gesetzgebungsverfahrens keinen Gefallen getan und sich am deutschen Gesetzeswortlaut orientiert, so dass es dort im neugefassten § 42 Abs. 5 öUrhG heißt: „Eine Vervielfältigung zum eigenen oder privaten Gebrauch liegt [...] nicht vor, [...] wenn hierfür eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte [...] Vorlage verwendet wird; vgl. dazu bei Interesse *Csillag*, ZUM 2015, 783 (783 ff., 792); *Hönisch/Schmitt*, GRUR Int. 2016, 1 (8).

setzung für § 54 Abs. 1 UrhG. Bei europarechtskonformem Verständnis des § 53 Abs. 1 UrhG umfasste dieser nur Vervielfältigungen von rechtmäßig angefertigten Vorlagen.

## II. Die Vergütungspflicht

Die §§ 54, 54a UrhG bestimmen die Vergütungspflicht sowie die Berechnung der Höhe der Vergütung. § 40 Abs. 1 VGG verweist im Hinblick auf die Gestaltung der Tarifgestaltung für Geräte und Speichermedien auf § 54a UrhG. In § 40 Abs. 1 S. 2 VGG wird festgehalten, dass die Verwertungsgesellschaften die Tarife auf der Grundlage einer empirischen Untersuchung gem. des Verfahrens aus § 93 VGG aufstellen.

Grundlage für die Vergütungspflicht ist grds. wiederum Art. 5 Abs. 2 lit. b) RL 2001/29/EG. Dort heißt es, dass der Rechteinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten muss, wenn ein Mitgliedsstaat die Privatkopieausnahme vorsieht.

Um die Vergütungspflicht, den Begriff des gerechten Ausgleichs und dessen Höhe im Einzelfall ranken verschiedene Probleme, welche im Folgenden erörtert werden sollen.

### 1. Vorab: Grundsätze aus der EuGH-Rechtsprechung

Mit der Frage des gerechten Ausgleichs und weiterer Einzelthemen in diesem Zusammenhang setzte sich der *EuGH* erstmals in der Rechtssache *Padawan*<sup>33</sup> auseinander. Damals arbeitete er heraus, dass es sich bei dem in Art. 5 Abs. 2 lit. b) RL 2001/29/EG verwendeten Begriff des *gerechten Ausgleichs* (der deutsche Gesetzgeber hat hier also mit dem Terminus der *angemessenen Vergütung* eine sprachliche Variante verwendet) mangels Verweisung in die nationalen Rechtsordnungen um einen autonomen Begriff des Unionsrecht handele, welcher dementsprechend einheitlich auszulegen sei.<sup>34</sup> Dies ergebe sich auch aus Zielrichtung der RL 2001/29/EG, denn die Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte sowie der Schutz des Binnenmarktes vor Wettbewerbsverzerrungen infolge der Unterschiede in den Rechtsvorschriften der Mitgliedsstaaten bringe die Entwicklung autonomer Begriffe des Unionsrechts mit sich.<sup>35</sup> Als Konsequenz

<sup>33</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 – C-467-08 (*Padawan*).

<sup>34</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 – C-467-08 (*Padawan*), Rn. 31 ff.; dieses Erfordernis der kohärenten Auslegung wendete der *EuGH* dann selbst bpslw. im Urteil v. 12.11.2015 – C-572/13 (*Reprobel*), Rn. 37, an.

<sup>35</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 – C-467-08 (*Padawan*), Rn. 35.

daraus dürfe jeder Mitgliedsstaat die Ausnahme der Privatkopie aus Art. 5 Abs. 2 lit. b) RL 2001/29/EG umsetzen, jedoch müsse damit die einheitliche Auslegung einhergehen.<sup>36</sup> Dabei solle die Festsetzung der Form, der Art und Weise der Finanzierung und Erhebung sowie der Höhe des gerechten Ausgleichs Sache der Mitgliedsstaaten sein, allerdings innerhalb der Grenzen des EU-Rechts und der RL 2001/29/EG.<sup>37</sup>

Sodann beschäftigte sich der *EuGH* mit dem Inhalt des gerechten Ausgleichs und kam basierend auf den Erwägungsgründen (35) und (38) der RL 2001/29/EG zu der Schlussfolgerung, dass die Privatkopieausnahme eine Regelung umfassen müsse, welche die Nachteile für Rechteinhaber ausgleichen soll.<sup>38</sup> Der *EuGH* führte dazu aus, dass der Schaden<sup>39</sup>, der dem Rechteinhaber aus der Vervielfältigung entsteht, die Berechnungsgrundlage für den gerechten Ausgleich darstellen müsse. Die Höhe des gerechten Ausgleichs sei als eine Gegenleistung für den dem Urheber durch die Vervielfältigung entstandenen Schaden zu sehen,<sup>40</sup> folglich müsse der Schaden zwingend als Grundlage bei der Berechnung des gerechten Ausgleichs herangezogen werden.<sup>41</sup>

<sup>36</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 – C-467-08 (*Padawan*), Rn. 36; *ders.*, Urteil v. 12.11.2015 – C-572/13 (*Reprobel*), Rn. 36.

<sup>37</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 – C-467-08 (*Padawan*), Rn. 37.

<sup>38</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 – C-467-08 (*Padawan*), Rn. 39 f.; *ders.*, Urteil v. 16.06.2011 – C-462/09 (*Stichting de Thuiskopie*), Rn. 24; *ders.*, Urteil v. 12.11.2015 – C-572/13 (*Reprobel*), Rn. 68.

<sup>39</sup> Nicht unerwähnt bleiben soll der Einwand von *Dreier*, ZUM 2011, 281 (284), dass die Übersetzung als „Schaden“ zu Missverständnissen führe, da im englischen Text von „harm“ die Rede sei und eben nicht von „damages“; kritisch dazu auch *Verweyen*, GRUR 2016, 28 (36) und (Fn. 11), welcher es begrüßt, dass der *EuGH* in *Reprobel* nunmehr von „Nachteilen der Rechteinhaber“ spreche; ob diese Diskussion um die korrekte Übersetzung an dieser Stelle zielführend ist und ob der *EuGH* hier eine Rechtsprechungsänderung herbeiführen wollte, darf bezweifelt werden; so auch *Spindler*, in: FS-Pfennig, hrsg. v. Schierholz/Melichar, München 2012, 387 (396). Jedenfalls verweist der *EuGH* in *Reprobel* weiterhin auf seine Ausführungen in *Padawan* und die einschlägigen Erwägungsgründe in der RL 2001/29/EG, vgl. dort Rn. 69 ff. Somit kommt es ihm auch in *Reprobel* darauf an, dass die Vergütung für den Urheber die Gegenleistung für die Vervielfältigung seines Werkes darstellt. Nachfolgend wird der Einheitlichkeit halber weiterhin der Begriff des *Schadens* verwendet.

<sup>40</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 – C-467-08 (*Padawan*), Rn. 40; *ders.*, Urteil v. 16.06.2011 – C-462/09 (*Stichting de Thuiskopie*), Rn. 24.

<sup>41</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 – C-467-08 (*Padawan*), Rn. 42; *ders.*, Urteil v. 11.07.2013 – C-521/11 (*Amazon*), Rn. 47; eine neuerliche Entscheidung des *BGH* in BeckRS 2016, 09186 gibt auf den ersten Blick Fragen auf, wie er den Begriff des gerechten Ausgleichs versteht: Dort definiert er in Rn. 34 den Begriff des gerechten Ausgleichs unter Bezugnahme auf die einschlägige *EuGH*-Rechtsprechung als den Ersatz des Schadens, der den Urhebern durch eine ungenehmigte Kopie entsteht; unmittelbar nachfolgend in Rn. 35 führt er dann an, dass der gerechte Ausgleich einen „Bezug zu dem Schaden“ haben müsse, welcher den Urhebern entstanden ist. In Rn. 37 argumentiert er dann richtigerweise, dass der gerechte Ausgleich auf die Kompensation des tatsächlich erlittenen Schadens abziele. Im Ergebnis scheint die Formulierung des *BGH*, dass der gerechte Ausgleich einen „Bezug zu dem Schaden“ haben müsse, eine unglücklich gewählte Wiedergabe

Weiterhin machte der *EuGH* deutlich, dass sich der gerechte Ausgleich im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. b) RL 2001/29/EG wirklich nur auf die Privatkopieausnahme beziehe. Mit anderen Worten sei keine Vergütung zu erheben auf Vervielfältigungen auf Anlagen, Geräte und Speichermedien, welche zu eindeutig anderen als privaten und nicht kommerziellen Zwecken verwendet werden.<sup>42</sup>

Aus *EuGH-Padawan* und den späteren Entscheidungen lassen sich also in diesem Zusammenhang u. a. folgende wichtigen Lehren ziehen: Der Begriff des gerechten Ausgleichs ist ein autonomer Begriff des Unionsrechts, welcher einer mitgliedstaatlich einheitlichen Auslegung bedarf. Der gerechte Ausgleich ist zwingend anhand des Schadens zu berechnen, welcher den Rechteinhabern durch die Privatkopie entsteht. Letztlich besteht kein Spielraum im Rahmen des Anwendungsbereichs der Vergütung für eine Privatkopie: Diese ist nur dann zu erheben, wenn Vervielfältigungen durch Anlagen, Geräte und Speichermedien zu privaten, nicht kommerziellen Zwecken angefertigt werden.

## 2. Das Problem der unterschiedslosen Vergütung

Im Anschluss an *EuGH-Padawan* rückte unter anderem die Problematik der Europarechtskonformität der unterschiedslosen Anwendung der Privatkopievergütung in den Fokus.<sup>43</sup> Im Kern geht es dabei um Folgendes: Wie voranstehend angesprochen und sich aus dem Wortlaut des Art. 5 Abs. lit. b) der RL 2001/29/EG ergebend, kann die Vergütung für eine Privatkopie nur dann erhoben werden, wenn die Vervielfältigungen durch natürliche Personen auf Geräten, Anlagen und Speichermedien zu privaten, also nicht kommerziellen Zwecken erfolgen. Dennoch wurde in *Padawan* gefragt, ob die unterschiedslose Anwendung der Abgabe für Privatkopien auf Geräte und Medien auch dann erhoben werden könne, wenn die Anlagen und Geräte eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Kopien zum privaten Gebrauch vorbehalten seien.<sup>44</sup>

der Rn. 40 in *Padawan* zu sein, wo der *EuGH* anführt, dass die Höhe des gerechten Ausgleichs mit Schaden in Zusammenhang stünde, vgl. Urteil v. 21.10.2010 - C-467-08 (*Padawan*). Diese unsäuerliche Formulierung außer Acht gelassen, scheint auch der *BGH* den gerechten Ausgleich als den dem Urheber tatsächlich entstandenen Schaden anzusehen.

<sup>42</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 - C-467-08 (*Padawan*), Rn. 51 ff.

<sup>43</sup> Vgl. dazu damals schon *Hoeren*, MMR 2010, 828 (831).

<sup>44</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 - C-467-08 (*Padawan*), Rn. 51; wiederholt in Urteil v. 05.03.2015 - C-463/12 (*Copydan*), Rn. 42 ff.

Der *EuGH* stellte dann im Grundsatz klar, dass es für den gerechten Ausgleich im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. b) der RL 2001/29/EG eines notwendigen Zusammenhangs zwischen der Anwendung der Abgabe auf die Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung und deren Verwendung zur Anfertigung von Vervielfältigungen bedürfe.<sup>45</sup> Allerdings führte der *EuGH* im Folgenden aus, dass die Überlassung an Privatpersonen als Vermutung ausreiche, dass Privatkopien angefertigt würden, da davon auszugehen sei, dass eine Privatperson sämtliche Funktionen eines entsprechenden Gerätes, inklusive der Vervielfältigungsfunktion, ausnutzen werde.<sup>46</sup> Im Ergebnis sei also die unterschiedslose Abgabe für Privatkopien auf Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung, die nicht privaten Nutzern überlassen werden und eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind, nicht mit der RL 2001/29/EG vereinbar.<sup>47</sup>

Bei genauer Lesart des deutschen Rechts wird deutlich, dass das UrhG gerade nicht unterscheidet, welche Eigenschaften der Endabnehmer der Geräte und Speichermedien hat und zu welchen Zwecken dieser die potentiellen Vervielfältigungen erstellen wird. § 54 Abs. 1 UrhG knüpft nur an die Erwartung an, dass nach der Art des Werkes Vervielfältigungen zu erwarten sind; ist dies der Fall, so hat der Urheber einen Anspruch gegen den Hersteller der Geräte und Speichermedien, deren Typ zur Vornahme solcher Vervielfältigungen genutzt wird.<sup>48</sup> Nach § 54b Abs. 1 3. Var. UrhG haftet neben dem Hersteller als Gesamtschuldner, wer mit den Geräten oder Speichermedien handelt. Das deutsche Recht knüpft also lediglich an den Typus des Gerätes an und dessen Eigenschaft, Vervielfältigungen im Rahmen der § 53 Abs. 1-3 UrhG vornehmen zu können; entsprechend kommt es für die Vergütungspflicht gerade nicht darauf an, dass eine Vervielfältigung zu privaten, nicht kommerziellen Zwecken auch tatsächlich vorgenommen wird.<sup>49</sup>

Dies mag auf den ersten Blick erstaunen; doch auch die Gesetzesbegründung stützt diese Sichtweise. Dort heißt es zu § 54 UrhG:

*„Ferner wird nach der vorgeschlagenen Änderung nicht mehr auf die „erkennbare Bestimmtheit“ der Geräte und Träger zur Vervielfältigung, sondern auf die tatsächliche nennenswerte Nutzung hierzu abgestellt. Diese Nutzung bezieht*

<sup>45</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 - C-467-08 (*Padawan*), Rn. 52; *ders.*, Urteil v. 11.07.2013 - C-521/11 (*Amazon*), Rn. 28.

<sup>46</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 - C-467-08 (*Padawan*), Rn. 54 f.

<sup>47</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 - C-467-08 (*Padawan*), Rn. 59; *ders.*, Urteil v. 11.07.2013 - C-521/11 (*Amazon*), Rn. 29.

<sup>48</sup> So auch explizit *BGH*, BeckRS 2016, 09186, Rn. 28 ff.

<sup>49</sup> *Koch/Krauspenhaar*, GRUR Int. 2012, 881 (882); *Verwoeyen*, GRUR Int. 2016, 40 (49).

sich auf die Nutzung des Gerätetyps bzw. des Typs des Speichermediums. Dabei ist sowohl die private als auch die gewerbliche Nutzung zu erfassen.“<sup>50</sup>

Daran schließt sich die Begründung dieser Sichtweise unmittelbar an:

„Im Ergebnis bedeutet dies die Erleichterung der Rechtsanwendung: Wird gegenwärtig sowohl über die Zweckbestimmung der Geräte und Speichermedien und damit die Vergütungspflicht dem Grunde nach als auch über die Vergütungshöhe gestritten, reduziert der Änderungsvorschlag mögliche Konflikte auf die nicht vermeidbare Auseinandersetzung über die Vergütungshöhe.“<sup>51</sup>

Der Gesetzgeber hatte an dieser Stelle also das klare Ziel vor Augen, die Rechtsanwendung zu erleichtern, indem auf der Tatbestandsebene Probleme der Anspruchsbegründung, resultierend aus Streitigkeiten über die Zweckbestimmung der Geräte, gen null reduziert werden sollten. Damit korreliert letztlich auch § 54a Abs. 3 UrhG, welcher bei der Bestimmung der angemessenen Höhe des Ausgleichs die nutzungsrelevanten Eigenschaften der Geräte und Speichermedien berücksichtigt.

Die Quintessenz besteht also darin, dass die Abgabepflicht gem. § 54 Abs. 1 UrhG dem Grunde nach auch dann entsteht, wenn die Geräte oder Speichermedien an gewerbliche Abnehmer geliefert werden und ohne dass es darauf ankäme, ob sie wirklich im Sinne der Privatkopieausnahme gem. § 5 Abs. 2 lit. b) RL 2001/29/EG genutzt werden. Auf den notwendigen Zusammenhang zwischen der Abgabe für die Geräte und Medien und deren Verwendung zur Anfertigung von Privatkopien kommt es im deutschen Recht gar nicht mehr an.<sup>52</sup>

Man könnte an dieser Stelle auf den Vermutungssatz des *EuGH* in *Padawan* zurückkommen, dass eine natürliche Person bei Überlassung eines Geräts die Vervielfältigungsmöglichkeiten voll ausschöpfen wird.<sup>53</sup> In Anbetracht dieser Vermutung liegt nämlich die Frage nahe, ob und wann sich die Vermutung erschöpft: Wenn bsplw. eine CD-ROM, ein USB-Stick, etc. an ein Unternehmen überlassen wird, so arbeiten dort selbstverständlich natürliche Person und es ist grds. nicht auszuschließen, dass diese die überlassenen Geräte und Medien – obgleich zu Arbeitszwecken bestimmt – auch zu privaten Ver-

<sup>50</sup> BT-Drucks. 16/1828, S. 28 f.

<sup>51</sup> BT-Drucks. 16/1828, S. 29.

<sup>52</sup> Vgl. Koch/Krauspenhaar, GRUR Int. 2012, 881 (882).

<sup>53</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 – C-467-08 (*Padawan*), Rn. 54 f.

vielfältigungen nutzen.<sup>54</sup> Doch ist Obacht geboten: In *Padawan* heißt es nämlich auch, dass die Vermutung nur dann gelte, wenn die fraglichen Anlagen der natürlichen Person zu *privaten Zwecken* überlassen werde.<sup>55</sup> Das bedeutet im Umkehrschluss, dass die Überlassung an eine Privatperson nicht ohne Weiteres gleichgesetzt werden kann und darf mit der Verwendung zu privaten Zwecken.

Nach alledem wendet der deutsche Gesetzgeber die Privatkopieausnahme unterschiedslos an, worin ein Verstoß gegen die Vorgaben des *EuGH* zu sehen ist.<sup>56</sup>

### 3. Korrektur durch Rückerstattungsanspruch

In Zusammenhang mit der zuvor besprochenen Problematik der unterschiedslosen Vergütung steht die Frage nach der Notwendigkeit eines gesetzlich geregelten Rückerstattungsanspruchs. Diese Frage wurde in der *EuGH-Amazon*-Entscheidung virulent und erstmals vom *EuGH* diskutiert.<sup>57</sup> Es war nämlich die Frage aufgeworfen worden, ob eine unterschiedslose Vergütung dann mit Art. 5 Abs. 2 lit. b) RL 2001/29/EG vereinbar sei, wenn denjenigen, welche zu Unrecht eine Vergütung gezahlt haben, ein Rückerstattungsanspruch zustünde. Der *EuGH* bejahte dies vorbehaltlich folgender, von dem jeweils zuständigen mitgliedstaatlichen Gericht zu prüfenden Bedingungen: Danach muss das jeweilige mitgliedstaatliche Gericht nämlich vorab

<sup>54</sup> So auch kritisch Peifer, jurisPR-WettbR 12/2010, Anm. 2. Der *BGH* will nunmehr im Hinblick auf die Begründetheit einer entsprechenden Vermutung ausreichen lassen, wenn der gewerbliche Abnehmer im Gesamtvertrag festgehalten hat, dass er das Gerät zu einem eindeutigen anderen Zweck als zur Anfertigung von Privatkopien i.S.v. § 53 Abs. 1 erworben hat, vgl. BeckRS 2016, 09186, Rn. 112 f.

<sup>55</sup> *EuGH*, Urteil v. 21.10.2010 – C-467-08 (*Padawan*), Rn. 54.

<sup>56</sup> So auch Wandtke/Bullinger/Lüft, § 54 UrhG, Rn. 12; Frank, CR 2011, 1 (5); Koch/Druschel, GRUR Int. 2012, 881 (882 f.); Koch/Krauspenhaar, GRUR Int. 2012, 881 (882); Verweyen, GRUR Int. 2016, 40 (49); in diesem Zusammenhang wird in der Literatur teilweise angemerkt, dass *EuGH-Padawan* (49); in diesem Zusammenhang wird in der Literatur teilweise angemerkt, dass *EuGH-Padawan* (49); Abgabe für gewerblich genutzte Geräte und Medien erheben: So Dreier, ZUM 2011, 281 (287 f.); Spindler, in: FS-Pfennig, hrsg. v. Schierholz/Melichar, München 2012, 387 (392 f.). Ob dies wirklich der Fall ist, kann zumindest der Gesetzesbegründung BT-Drucks. 18/1828 nicht entnommen werden und soll an dieser Stelle – genau wie die Frage, ob eine solche Abgabe europarechtlich mit RL 2001/29/EG zu vereinbaren wäre – nicht weiter interessieren; aufgrund von Erwägungsgrund (36) der RL sprechen gute Gründe für eine solche Vereinbarkeit. Allerdings ergibt sich aus den bisherigen Ausführungen, dass die Privatkopieabgabe den Schaden der Urheber durch und nur durch Privatvervielfältigungen kompensieren soll. Dieser Schaden kann jedoch überhaupt nur dann berechnet werden, wenn man private Vervielfältigungen und solche zu gewerblichen Zwecken trennt. Allerdings kommt der deutsche Gesetzgeber auch diesem zwingenden Erfordernis nicht nach.

<sup>57</sup> *EuGH*, Urteil v. 11.07.2013 – C-521/11 (*Amazon*), Rn. 30; später wurde die Frage erneut in *EuGH-Reprobel* aufgegriffen: *EuGH*, Urteil v. 12.11.2015 – C-572/13 (*Reprobel*), Rn. 85 ff.

feststellen, dass ein System der unterschiedslosen Vergütung notwendig ist, um praktische Schwierigkeiten zur Finanzierung des gerechten Ausgleichs auszutarieren.<sup>58</sup> Sollten derartige Schwierigkeiten nicht vorliegen, so sei ein unterschiedsloses Abgabensystem bereits als nicht vereinbar mit Art. 5 Abs. 2 lit. b) der RL anzusehen.<sup>59</sup>

Sollten diese Schwierigkeiten allerdings gegeben sein, so dürfe auch eine Vergütungspflicht für solches Trägermaterial eingeführt werden, welches nicht zu den Zwecken des Art. 5 Abs. 2 lit. b) RL 2001/29/EG verwendet wird. Dem Schuldner müsse dann allerdings ein Rückerstattungsanspruch zustehen, der es vor allem nach seiner Bekanntheit und der Einfachheit seiner Anwendung erlaube, etwaige Ungleichgewichte der grds. von Art. 5 Abs. 2 lit. b) RL 2001/29/EG abweichenden, eine unterschiedslose Abgabe vorsehenden Regelung zu beseitigen.<sup>60</sup>

Wie ein solcher Rückerstattungsanspruch letztlich auszusehen hat, überlässt der *EuGH* dem nationalen Gesetzgeber. Die Frage nach der Ausformung kann allerdings dahinstehen, denn soweit ersichtlich bestehen erhebliche Zweifel, dass der deutsche Gesetzgeber einen vergleichbaren Rückerstattungsanspruch überhaupt kodifiziert hat.<sup>61</sup>

Zunächst ist festzuhalten, dass es eines solchen Rückerstattungsanspruchs im deutschen Urheberrecht aufgrund der *EuGH*-Rechtsprechung und der bisher gefundenen Ergebnisse zur unterschiedslosen Vergütung bedürfte, um das Ergebnis der Europarechtswidrigkeit der § 54 Abs. 1 UrhG i.V.m. § 53 Abs. 1 UrhG in Bezug auf die unterschiedslose Vergütung zu korrigieren.<sup>62</sup>

Schaut man sodann in das deutsche Urhebergesetz, so findet man weder in den §§ 53 ff. UrhG, noch in den übrigen Vorschriften eine Anspruchsgrundlage, welche speziell für diesen Fall geschaffen wurde.<sup>63</sup>

<sup>58</sup> *EuGH*, Urteil v. 11.07.2013 – C-521/11 (*Amazon*), Rn. 37; ders., Urteil v. 05.03.2015 – C-463/12 (*Copydan*), Rn. 51.

<sup>59</sup> Dies ist im Übrigen ein ganz zentraler Aspekt: Der *EuGH* gab dem österreichischen Gericht auf, dies nachzuprüfen. Es scheint, als ob man verleitet sei, per se anzunehmen, dass solche Schwierigkeiten vorlägen; nichtsdestoweniger muss dies durch die nationalen Gerichte festgestellt werden.

<sup>60</sup> *EuGH* Urteil v. 11.07.2013 – C-521/11 (*Amazon*), Rn. 31 ff.; den Rückerstattungsanspruch aufgreifend ders. Urteil v. 05.03.2015 – C-463/12 (*Copydan*), Rn. 52; Urteil v. 12.11.2015 – C-572/13 (*Reprobel*), Rn. 85 ff.

<sup>61</sup> i. E. so auch *Verweyen*, GRUR Int. 2016, 28 (37); *Koch/Druschel*, GRUR Int. 2013, 1003 (1006 f.); *Müller*, ZUM 2013, 776 (778)..

<sup>62</sup> Vgl. diesbezüglich die Ausführungen oben, B. II. 2.

<sup>63</sup> So bspw. auch *Müller*, ZUM 2013, 776 (778).

Vereinzelt wird in diesem Zusammenhang auf § 54 Abs. 2 UrhG als entsprechende Anspruchsgrundlage verwiesen.<sup>64</sup> Dagegen ist jedoch bereits die Qualität dieser Norm als Anspruchsgrundlage zu verneinen. § 54 Abs. 2 UrhG kodifiziert einen Ausschluss des Anspruchs aus § 54 Abs. 1 UrhG, nicht aber eine eigene Anspruchsgrundlage; dies ergibt sich aus dem Wortlaut der Norm: „Der Anspruch aus Absatz 1 entfällt, [...]“. Ein Blick in die Gesetzesbegründung bestätigt diese Sicht: Dort heißt es nämlich, dass § 54 Abs. 2 UrhG der Regelung des § 54c UrhG<sup>65</sup> a. F. entspreche, welcher den Wegfall der Vergütungspflicht bei Ausfuhrsachverhalten regelte.<sup>66</sup>

Somit kommen allenfalls die allgemeinen zivilrechtlichen Vorschriften in Betracht und dort wohl die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung im Sinne der §§ 812 ff. BGB.<sup>67</sup> Damit hätte man natürlich eine Anspruchsgrundlage; es stellt sich an dieser Stelle aber die Frage, ob der *EuGH* den Umweg über das Bereicherungsrecht für gangbar und mit den in *Amazon* formulierten Voraussetzungen für konform erachtete.<sup>68</sup>

Nach hier vertretener Auffassung bestehen daran erhebliche Zweifel.

Der *EuGH* hat in diesem Zusammenhang vorgegeben, dass ein etwaiger Rückerstattungsanspruch keine übermäßige Erschwernis bei der Rückerstattung der gezahlten Abgabe mit sich bringen darf.<sup>69</sup> Im Übrigen müsse es der Rückerstattungsanspruch aufgrund „seines Umfangs, seiner Wirksamkeit, seiner Verfügbarkeit, seiner Bekanntheit und seiner Einfachheit der Nutzung erlauben, etwaige durch die betreffende Regelung geschaffene Ungleichgewichte auszugleichen“.<sup>70</sup>

Die genannten Vorgaben sind offensichtlich vage und interpretationsbedürftig. Allerdings lassen sich daraus diverse Gedanken evaluieren.

<sup>64</sup> Die Norm soll laut Gesetzesbegründung mit der Norm des § 54c UrhG a. F. übereinstimmen und die Fälle solcher Geräte und Speichermedien erfassen, welche für den Export bestimmt sind, *BT-Drucks.* 16/1828, Rn. S. 29; dagegen sieht der *BGH* einen weiteren Anwendungsbereich der Norm, *BGH GRUR* 2012, 705 (708).

<sup>65</sup> Dieser § 54c UrhG a.F. lautete: „Wegfall der Vergütungspflicht bei Ausfuhr – Der Anspruch nach § 54 Abs. 1 und § 54a Abs. 1 entfällt, soweit nach den Umständen mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden kann, daß die Geräte oder die Bild- oder Tonträger nicht zu Vervielfältigungen im Geltungsbereich dieses Gesetzes benutzt werden.“

<sup>66</sup> *BT-Drucks.* 16/1828, S. 29.

<sup>67</sup> So auch *Koch/Krauspenhaar*, GRUR Int. 2013, 1003 (1007).

<sup>68</sup> Vgl. erneut *EuGH*, Urteil v. 11.07.2013 – C-521/11 (*Amazon*), Rn. 34 ff.

<sup>69</sup> *EuGH*, Urteil v. 11.07.2013 – C-521/11 (*Amazon*), Rn. 31.

<sup>70</sup> *EuGH*, Urteil v. 11.07.2013 – C-521/11 (*Amazon*), Rn. 36.

Wenn man versucht, alle Vorgaben des *EuGH* zusammenzufassen, so spricht einiges dafür, dass der *EuGH* dem Rückerstattungsanspruchsinhaber ein *simples, erfolgsversprechendes* und *einfach durchsetzbares* Werkzeug an die Hand geben will, um seinen Anspruch geltend zu machen. Das ist freilich eine äußerst begrüßenswerte Überlegung, denn in der Praxis sieht sich der Anspruchsinhaber den Verwertungsgesellschaften als Schuldner ausgesetzt, welche in der Regel umfangreiche und kaum zu erbringende Nachweise verlangen.<sup>71</sup>

Ein Anspruch aus bspw. § 812 Abs. 1 S. 1 1. Alt. BGB ist in der Praxis allerdings oftmals alles andere als ein klägerfreundlicher Anspruch. Im Falle der gerichtlichen Geltendmachung ist der Anspruchsinhaber darlegungs- und beweisbelastet. Er ist also insbesondere darlegungs- und beweisbelastet für das Tatbestandsmerkmal „ohne rechtlichen Grund“. In diesem Zusammenhang muss er dann beweisen, dass die Verwendung der Geräte, Speichermedien etc. nicht zu privaten Zwecken erfolgt bzw. vorgesehen ist.

Unabhängig von der Frage, wie dieser Darlegungs- und Beweislast im Einzelfall nachgekommen werden kann, ist weiterhin zu beachten, dass der monetäre Aspekt der Rückzahlung eng verknüpft ist mit einer zeitlichen Komponente. Ein jahrelanger, kostenintensiver Rechtsstreit um die Rückzahlung ist dem Anspruchsinhaber jedenfalls nicht zuzumuten. Er befindet sich überhaupt nur in dieser misslichen Situation, weil der Mitgliedsstaat über die Pauschalisierung der Privatkopieabgabe vorab kassiert hat. Dass diese Vorabpauschale auf der einen Seite gerechtfertigt sein kann, wurde bereits festgestellt; nur muss in der Folge gewährleistet werden, dass der zu Unrecht Belastete seine Ansprüche privilegiert und eben kurzfristig durchsetzen kann. Das ergibt sich letztlich auch aus Erwägungsgrund (31) der RL 2001/29/EG, wo von einem angemessenen Rechts- und Interessenausgleich zwischen den Rechtsinhabern und Nutzern gesprochen wird.

Zu denken ist in diesem Zusammenhang bspw. an die Möglichkeit einer Glaubhaftmachung zugunsten des Anspruchsinhabers, wie sie auch der österreichische Gesetzgeber in § 42b Abs. 6 öUrhG a. F. vorgesehen hatte.<sup>72</sup>

<sup>71</sup> In diesem Zusammenhang führt das Handelsgericht Wien aus, anknüpfend an *EuGH-Amazon*, dass „das österreichische System der Einhebung, Vorabfreistellung und Rückvergütung offenbar nur deswegen grundsätzlich reibungslos und gewinnmaximierend funktioniert, weil es gerade nicht alle Vorgaben des *EuGH* erfüllt“, in GRUR Int. 2016, 40 (45); i. Ü. *Verweyen*, GRUR Int. 2016, 40 (48).

<sup>72</sup> Selbstverständlich war diese Regelung im öUrhG nicht weitgehend genug, wie es auch der *EuGH* festgestellt hat, *EuGH*, Urteil v. 11.07.2013 – C-521/11 (*Amazon*), Rn. 36; allerdings hat der österreichische Gesetzgeber im Rahmen seiner bereits oben angesprochenen, kürzlich erfolgten Reform an dieser Stelle eine auf den ersten Blick eine adäquatere Regelung geschaffen, vgl. § 42b Abs. 6 öUrhG in der aktuellen Fassung.

Aus der Literatur lassen sich mehrere Anhaltspunkte ablesen, welche jedenfalls dafür sprechen, dass es derzeit in Deutschland keinen geregelten Rückerstattungsmechanismus gibt: *Verweyen* führt an, dass die ZPÜ jegliche direkte Rückerstattung verweigert und stattdessen auf die Geltendmachung entlang der Leistungskette verweist.<sup>73</sup> *Koch/Krauspenhaar* merken an, dass die Verwertungsgesellschaften mit Nichten kommunizieren, dass es einen entsprechenden Rückerstattungsanspruch überhaupt gibt.<sup>74</sup> Dazu sei im Übrigen angemerkt, dass der derzeitige Internetauftritt der ZPÜ suggeriert, es gäbe nur eine Rückerstattung im Hinblick auf PC's; immerhin hat man für diesen Fall einen eigenen Reiter auf der Homepage der ZPÜ eingebaut. Für alle anderen Tarife sucht man nach entsprechenden Rückerstattungsanweisungen vergebens.<sup>75</sup>

Aufgrund der voranstehenden Ausführungen kann auch dem BGH keinesfalls gefolgt werden, der zuletzt die folgende Klausel eines Gesamtvertrages als die Vorgaben des *EuGH* hinsichtlich eines Rückerstattungsanspruches erfüllend angesehen hat:

*„Werden Vertragsgegenstände, für die eine Vergütung bereits entrichtet ist, nachträglich an gewerbliche Abnehmer veräußert, die diese zum Zwecke einer eindeutig anderen Verwendung als der Anfertigung von Privatkopien im Sinne von § 53 Abs. 1 bis 3 UrhG erwerben, so entfällt bei entsprechendem Nachweis der Vergütungsanspruch gegen dieses Mitglied, d. h. insoweit bereits geleistete Vergütungen werden durch Anrechnung auf zukünftige Vergütungsansprüche der ZPÜ zinsfrei zurückerstattet.“<sup>76</sup>*

Trotz entsprechender und im Ergebnis begründeter Bedenken der Revision, ging der BGH davon aus, dass diese Klausel mit den Vorgaben des *EuGH* konform ginge. Das ist bemerkenswert, denn die zitierte Klausel verkörpert ihrer Natur nach gerade keinen Rückerstattungsanspruch, sondern eine reine Verrechnungsklausel. Das bedeutet, dass diese Klausel gerade keine allgemeine und jederzeit realisierbare Rückerstattung in Geld gewährt; vielmehr ist man darauf angewiesen, eine neue Verbindlichkeit zu generieren, um in den Genuss der Verrechnung zu gelangen. Der vom *EuGH* formulier-

<sup>73</sup> *Verweyen*, GRUR Int. 2016, 40 (49).

<sup>74</sup> *Koch/Krauspenhaar*, GRUR Int. 2013, 1003 (1007).

<sup>75</sup> Vgl. <https://www.zpue.de/rueckerstattung/rueckerstattung-pc/einfuehrung-pc-gesamtvertrag.html>, zuletzt aufgerufen am 26.3.2016; *Müller* argumentiert, dass der Rückerstattungsanspruch fortan in die Gesamtverträge eingebaut werden könne, ZUM 2013, 776 (779); das mag eine praktikable Lösung sein, doch wird es dann weiterhin an einem Rückerstattungsanspruch abseits solcher Gesamtverträge fehlen.

<sup>76</sup> Vgl. *OLG München*, BeckRS 2016, 09197.

te Vorgabe eines einfach durchsetzbaren und nicht übermäßig erschwerten Rückerstattungsanspruches<sup>77</sup> ist damit nicht genüge getan: Man stelle sich beispielsweise vor, das zur Rückforderung berechnigte Unternehmen ginge in Liquidation – es könnte dann gerade keinen Anspruch auf Rückerstattung aus dieser Klausel geltend machen, sondern wäre wieder auf oben beschriebene Ansprüche aus den §§ 812 ff. BGB mit den damit einhergehenden Problemen verwiesen.

### III. Und was wird aus Maximilian Herberger?

Vielleicht darf man an einen Jubilar in diesem Zusammenhang einmal einen Wunsch richten: Machen Sie weiter, bleiben Sie weiterhin so umtriebig, suchend, innovativ. Fragen wie die Geräteabgabe an der Schnittstelle von Recht und Technik bedürfen Geiste vom Kaliber eines Maximilian Herberger. Insofern von Herzen alles Gute zum Geburtstag!

<sup>77</sup> Vgl. noch einmal *EuGH*, Urteil v. 11.07.2013 – C-521/11 (*Amazon*), Rn. 31, 36. a. A. offensichtlich *BGH*, BeckRS 2016, 09186, Rn. 113 ff.

## Gedanken zum europäischen Richtlinienrecht – am Beispiel des Verhältnisses zwischen der UGP-Richtlinie und dem UWG

GÜNTHER HÖNN

### 1. Der Jubilar zur Problematik

Vor geraumer Zeit machte sich Maximilian Herberger unter dem Motto „Eine Frage des Prinzips“ Gedanken über Auslegung, Rechtsfortbildung und der Wirksamkeit nicht umgesetzter europäischer Richtlinien<sup>1</sup>. Den insoweit bestehenden Streit zwischen Auslegung und Rechtsfortbildung hielt er exemplarisch für überwindbar durch das Rechtsprinzip, dass sich der Staat nicht auf eigenes rechtswidriges Verhalten berufen kann. Heute stellen Auslegung, Rechtsfortbildung und die Wirksamkeit *umgesetzter* europäischer Richtlinien eine nicht weniger problematische Materie dar, besonders aktuell im Lauterkeitsrecht, wo sich der deutsche Gesetzgeber in neuerer Zeit gleich dreimal mit der Umsetzung der Richtlinie 2005/29/EG vom 11. 5. 2005 über unlautere Geschäftspraktiken von Unternehmer gegenüber Verbrauchern (sog. UGP-RL) durch eine Neufassung bzw. weitgehende Umänderungen des UWG befassen musste.<sup>2</sup> Ein wesentlicher Grund dürfte in dem Anspruch der UGP-RL auf Vollharmonisierung zu sehen sein. In Zeiten der sog. Brexit-Krise (Referendum vom Juni 2016 über den Austritt Großbritanniens aus der Europäischen Union) könnte diesem Aspekt ein besonderer Aktualitätsbezug innewohnen.

### 2. Harmonisierung und Vollharmonisierung

Die Harmonisierung einzelstaatlichen Rechts zur Verwirklichung des Binnenmarktes (Art. 114 AEUV) erfolgt insbesondere durch Richtlinien. Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV ist die Richtlinie für jeden Mitgliedstaat, an den sie gerichtet ist, hinsichtlich der zu erreichenden Ziele verbindlich, überlässt jedoch den innerstaatlichen Stellen die Wahl der Form und der Mittel; dem gegenüber hat die Verordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV allgemeine Geltung, ist in allen ihren Teilen verbindlich und gilt unmittelbar in jedem Mitgliedstaat. Bei der Teilharmonisierung durch eine Richtlinie wird die gewünschte

<sup>1</sup> Beitrag zum Symposium Meyer-Hayoz, abgedruckt in „Saarbrücker Bibliothek“, <http://archiv.jura.uni-saarland.de/projekte/Bibliothek/>, abgerufen am 20. 4. 2016.

<sup>2</sup> RL2005/29/EG, ABl. L 149 v. 11. 05. 2005 S. 22; zum nationalen Recht: UWG v. 03. 07. 2004, BGBl. I 2004, 1414 (sollte die in Planung befindliche UGP-Richtlinie beeinflussen); 1. UWG-Novelle v. 22. 12. 2008, BGBl. I 2008, 2949; 2. UWG-Novelle v. 02. 12. 2015, BGBl. I 2015, 2158.