

**Endgültige Manuskriptversion; Anmerkung veröffentlicht in ZUM 2014, 578-580.**

**Anmerkung zu EuGH Urteil vom 10.04.2014 – C-435/12**

**von Dr. Anne Lauber-Rönsberg**

Das Vorabentscheidungsersuchen des *Hoge Raad* der Niederlande betrifft die – vor der Reform des § 53 Abs. 1 UrhG im Rahmen des Ersten Korbs auch in Deutschland sehr umstrittene – Frage, ob das Privatkopieprivileg gemäß Art. 5 Abs. 2 b) InfoG-RL eine urheberrechtskonforme Reproduktionsvorlage voraussetzt und ob die Berücksichtigung von auf der Grundlage einer „illegalen Quelle“ hergestellten Privatkopien im Rahmen der pauschalen Vergütungsansprüche gegen die Verpflichtung zur Gewährleistung eines „gerechten Ausgleichs“ verstößt. Geklagt hatten Hersteller und Importeure von Speichermedien, die in den Niederlanden – ebenso wie in Deutschland gemäß §§ 54, 54b UrhG – aus Gründen der Praktikabilität von den Verwertungsgesellschaften als Vergütungsschuldner in Anspruch genommen werden (zur Zulässigkeit der Inanspruchnahme von „Nichtstörern“ s. *EuGH* ZUM-RD 2011, 1 Rn. 46 ff. – Padawan; *BVerfG* GRUR 1972, 488, 490 f. – Tonbandvervielfältigung).

Der *EuGH* hat entschieden, dass Art. 5 Abs. 2 b) InfoG-RL Privatkopien auf der Grundlage einer unrechtmäßigen, d.h. urheberrechtsverletzenden Quelle nicht umfasst (Rn. 41) und daher nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die nicht danach unterscheiden, ob die Quelle, auf deren Grundlage eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch angefertigt wurde, rechtmäßig oder unrechtmäßig ist (Rn. 58). Obgleich das Ausgangsverfahren nur die Berechnung der pauschalen Vergütungsansprüche für Speichermedien betrifft, ist angesichts der umfassenden Vorlagefragen und der entsprechenden Antworten des *EuGH* davon auszugehen, dass die Ausführungen des *EuGH* auch die Auslegung des Privatkopieprivilegs selbst betrifft (so auch *Rauer* GRUR-Prax 2014, 205, 206).

Das Ergebnis des *EuGH* ist nicht überraschend, da es den Schlussanträgen von Generalanwalt *Pedro Cruz Villalón* entspricht (BeckRS 2014, 80705; vgl. auch die Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* in der Rechtssache C-467/08 – Padawan, Rn. 78, BeckRS 2010, 90570). Inhaltlich vermag es jedoch nicht zu überzeugen.

Zum einen ist in methodischer Hinsicht zu kritisieren, dass der *EuGH* auch in dieser Entscheidung an seiner ständigen Rechtsprechung, dass die Schrankenregelungen des Art. 5 InfoG-RL eng auszulegen seien, schematisch festhält (Rn. 22 ff. unter Verweis auf *EuGH* ZUM 2009,

945, 948 Rn. 56 – infopaq). Aus gutem Grund relativiert die deutsche Rechtsprechung mittlerweile den überkommenen Grundsatz der engen Auslegung der Schrankenregelungen und wendet auch die allgemeinen Auslegungskriterien an, insbesondere teleologische Kriterien und das Gebot der verfassungskonformen Auslegung, um die durch die Schrankenbestimmungen geschützten Interessen zu berücksichtigen und ihrem Gewicht entsprechend für die Auslegung heranzuziehen (*BGH ZUM* 2005, 651, 652 – *WirtschaftsWoche* m.w.N.; *BVerfG ZUM-RD* 2012, 129, 130 Rn. 17 – *Abbildungen von Werken der bildenden Kunst in Online-Archiv*). Zumindest nach deutschem Verständnis dient das Privatkopieprivileg neben anderen Zielen auch der Erleichterung des Zugangs zu Werken und damit der durch Art. 11 Abs. 1 S. 2 Grundrechte-Charta, Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK geschützten Informationsfreiheit (vgl. zum deutschen Recht *RegE zum Zweiten Korb*, BT-Drucks. 16/1828 S. 14 u. S. 20; *Dreier/Schulze*, *UrhG*, 2013<sup>4</sup> § 53 Rn. 1; *Lauber-Rönsberg*, *Urheberrecht und Privatgebrauch*, 2011, S. 167 ff. m.w.N.). Diesen Schutzzweck scheint auch der *Gerichtshof* grundsätzlich anzuerkennen, wie er an späterer Stelle durch den Hinweis auf Erw. 22 zeigt, der das Spannungsverhältnis zwischen Zugangsinteressen („Verbreitung der Kultur“) und Ausschließlichkeitsrechten („kein Verzicht auf einen rigorosen Schutz der Urheberrechte“) beschreibt (s. Rn. 36). Überzeugender wäre es daher gewesen, wenn der *EuGH*, der das Erfordernis einer grundrechtskonformen Auslegung des Sekundärrechts grds. anerkennt (Gärditz in: *Rengeling/Middeke/Gellermann*, *Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union*, 3. Aufl. 2014, § 34 Rn. 59 m.w.N.), die Schutzgüter von Art. 5 Abs. 2 b) InfoG-RL herausgearbeitet und die Grundrechtsrelevanz sowohl der Nutzer- als auch der Rechtsinhaberposition im Rahmen der Auslegung berücksichtigt hätte.

Eine Einschränkung des Grundsatzes der engen Auslegung wäre hier noch aus einem zweiten Grund geboten gewesen: Das aus dem Beteiligungsgrundsatz abgeleitete Prinzip muss erst recht relativiert werden, wenn eine „weitergehende Auslegung“ den Interessen des Urhebers besser Rechnung trägt (so *BGH GRUR* 2002, 963, 965 f. – *Elektronischer Pressespiegel*). Mangels Durchsetzbarkeit der Ausschließlichkeitsrechte im privaten Bereich wäre eine weite Auslegung unter Einbeziehung von Privatkopien aus „illegalen Quellen“ für die Rechtsinhaber ausnahmsweise vorteilhafter gewesen. Dies erkennt sogar die *Europäische Kommission* in ihrer Stellungnahme an (zit. nach den Schlussanträgen, *BeckRS* 2014, 80705 Rn. 34). Nach wie vor dient das Privatkopieprivileg auch dem Schutz der Interessen der Urheber, indem es dem Marktversagen begegnet, dass individuelle Nutzungsrechtseinräumungen im privaten Bereich aufgrund der Vielzahl und Anonymität der Nutzer nicht flächendeckend möglich und die Durchsetzung von Ausschließlichkeitsrechten wegen des damit verbundenen Eingriffs in die Privatsphäre nicht

erwünscht sind (RegE zum Zweiten Korb, BT-Drucks. 16/1828 S. 19; *Lauber-Rönsberg*, Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 165 ff.). Aus diesem Grund vermag auch der Hinweis des *EuGH* auf Erw. 22 der InfoG-RL nicht zu überzeugen, wonach das Ziel, die Verbreitung der Kultur zu fördern, nicht durch Verzicht auf einen rigorosen Schutz der Urheberrechte erfolgen dürfe (Rn. 36). Da ein Vervielfältigungsverbot aufgrund der Verlagerung der Vervielfältigungstätigkeit in den privaten Bereich nicht durchsetzbar wäre, ermöglicht eine gesetzliche Lizenz zumindest einen realisierbaren Vergütungsanspruch im Sinne eines „weniger ist mehr“, wie es der frühere Vorsitzende des I. Zivilsenats *Bornkamm* einmal auf den Punkt gebracht hat (FS Nordemann 2004, S. 299; so auch das niederländische Instanzgericht *Gerechtshof te 's-Gravenhage*, s. Schlussanträge BeckRS 2014, 80705 Rn. 17).

Als weitere Begründung verweist der *EuGH* darauf, dass der Schrankenkatalog des Art. 5 InfoG-RL gemäß Erw. 32 einerseits den unterschiedlichen Rechtstraditionen in den Mitgliedstaaten Rechnung trägt, andererseits aber auch die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts sichern soll; letzteres erfordere eine kohärente Anwendung der Schrankenregelungen durch die Mitgliedstaaten. Wenn die Mitgliedstaaten die Möglichkeit hätten, bei der Umsetzung von Art. 5 Abs. 2 b) InfoG-RL zu gestatten, dass Vervielfältigungen zum privaten Gebrauch auch auf der Grundlage einer unrechtmäßigen Quelle angefertigt werden, so hätte dies nach Ansicht des *EuGH* „ganz offensichtlich eine Beeinträchtigung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts zur Folge“ (Rn. 34 f.). Es ist zutreffend, dass unterschiedliche nationale Vergütungssysteme den freien Warenverkehr in Bezug auf Leermedien und Vervielfältigungsgeräte behindern können; aus diesem Grund hat die *Europäische Kommission* bereits mehrere, wenngleich erfolglose, Initiativen zur Rechtsangleichung ergriffen (s. nun die auf Grundlage eines Mediationsverfahrens erarbeiteten Empfehlungen des ehemaliger EU-Kommissar für Justiz, *Vitorino*, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/levy\\_reform/130131\\_levies-vitorino-recommendations\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/levy_reform/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf)). Wettbewerbsverzerrungen und Hindernisse für den Binnenmarkt werden u.a. dadurch verursacht, dass pauschale Vergütungssysteme nicht in allen Mitgliedstaaten existieren und dass die bestehenden Vergütungssysteme in den nationalen Rechtsordnungen sehr unterschiedlich ausgestaltet sind, z.B. hinsichtlich der Vergütungssätze und der Rückerstattungssysteme bei grenzüberschreitendem Handel mit Leermedien und Vervielfältigungsgeräten. Angesichts dieser grundsätzlichen Divergenzen dürfte die hier vom *EuGH* zu beantwortende Frage, ob auf der Grundlage einer unrechtmäßigen Quelle angefertigte Privatkopien pauschale Vergütungsansprüche auslösen, nur ein geringeres Problem für den Binnenmarkt darstellen.

Nicht überzeugen kann zudem das Argument des *EuGH*, die Einbeziehung von auf der Grundlage unrechtmäßiger Reproduktionsvorlagen hergestellten Privatkopien in die Schrankenregelung des Art. 5 Abs. 2 b) InfoG-RL fördere die Verbreitung urheberrechtsverletzender Vervielfältigungen, mindere daher die Erwerbchancen der Rechtsinhaber und beeinträchtige so entgegen Art. 5 Abs. 5 InfoG-RL die normale Auswertung der Werke. Das Ausmaß, in dem Werkkopien rechtswidrig hergestellt oder öffentlich zugänglich gemacht werden, dürfte kaum davon abhängen, ob weitere Vervielfältigungen durch Dritte vom Privatkopieprivileg gedeckt sind oder nicht.

Als weiteres Argument führt der *EuGH* ins Feld, dass eine Einbeziehung von illegalen Privatkopien zu höheren pauschalen Vergütungen führen würde und daher auch die rechtstreuen Hersteller von Privatkopien belaste (Rn. 56). Faktisch dürften die höheren Abgaben neben den Nutzern auch die Geräte- und Leermedienhersteller belasten, soweit die Kosten aufgrund der Wettbewerbssituation nicht im Wege der Preisgestaltung an die Nutzer weitergegeben werden können, wie auch der Umstand zeigt, dass das Verfahren von den Leermedien-Herstellern angestrengt wurde. Zutreffend ist sicherlich, dass ein grundsätzliches, wenngleich unvermeidbares Übel des pauschalen Vergütungssystems darin besteht, dass die zu zahlende Vergütung nicht dem Ausmaß der tatsächlichen individuellen Nutzung entspricht; insofern stellen pauschale Vergütungssysteme nur „rough justice“ dar. Die Berücksichtigung der Nutzerinteressen allein bzgl. der Vergütungshöhe ist jedoch unvollständig und blendet aus, dass der *EuGH* den Nutzern das Risiko der Rechtswidrigkeit der Vervielfältigungsvorlage aufbürdet. Denn auch im Falle schuldloser Urheberrechtsverletzungen sind Nutzer den negatorischen Ansprüchen sowie einem Anspruch auf die übliche Lizenzgebühr aufgrund einer Eingriffskondition ausgesetzt.

Fraglich ist, welche Bedeutung der Entscheidung für das deutsche Recht zukommt. Seit der Reform durch den Ersten und Zweiten Korb setzt die Privilegierung des §53 Abs. 1 S. 1 UrhG voraus, dass für die Vervielfältigung keine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird. Vervielfältigungen, die diese Voraussetzungen nicht erfüllen, d.h. die private Vervielfältigung einer offensichtlich rechtswidrigen Vorlage, lösen zudem keine Vergütungsansprüche gemäß §§ 54 ff. UrhG aus (*Schack*, FS Erdmann 2002, 165, 172; *Ungern-Sternberg* GRUR 2008, 247, 249). Es ist unklar, ob die dem Nutzer-schutz dienende Kompromissformel einer „offensichtlichen Rechtswidrigkeit“ der strikten Auslegung von Art. 5 Abs. 2 b) InfoG-RL durch den *EuGH* genügt (dies bejaht *Rauer* GRUR-Prax 2014, 205, 206). Zwar differenziert die deutsche Regelung, wie vom *EuGH* gefordert, zwischen Vervielfältigungen, die auf einer rechtmäßigen bzw. unrechtmäßigen Quelle beruhen (vgl. Rn. 58). Andererseits legt der *EuGH* aber Art. 5 Abs. 2 b) InfoG-RL so aus, dass er nicht

für den Fall gilt, dass Privatkopien auf der Grundlage einer unrechtmäßigen Quelle angefertigt werden (vgl. Rn. 41) – bei mangelnder Offensichtlichkeit der Rechtswidrigkeit wäre dies nach deutschem Recht jedoch zulässig.

Hinzuweisen ist noch auf zwei über die Entscheidungen hinausgehende Aspekte: Zum einen stellt sich die Frage, ob das Erfordernis einer „legalen Quelle“ auch für die Voraussetzung der „rechtmäßigen Nutzung“ im Rahmen des Art. 5 Abs. 1 b) InfoG-RL bzw. § 44a Nr. 2 UrhG gilt. Wäre dies zu bejahen, so hätte dies zur Folge, dass Vervielfältigungen im Rahmen des Empfangs von rechtswidrigen Streaming-Signalen, wie etwa kino.to oder des Portals Redtube, nicht privilegiert werden und damit auch die Nutzung derartiger Streaming-Angebote eine Urheberrechtsverletzung darstellt (s. zum Streitstand m.w.N. *Wandtke/von Gerlach*, GRUR 2013, 676, 679 ff.; *Dreier/Schulze* § 44a Nr. 8). Eine entsprechende Vorlagefrage des *östOGH* (ÖstOGH Wien GRUR Int. 2012, 934) bezüglich kino.to hatte der *EuGH* jüngst mangels Entscheidungserheblichkeit nicht beantwortet (EuGH GRUR 2014, 468 – UPC Telekabel Wien GmbH/Constantin Film).

Zum zweiten ist bemerkenswert, dass der *EuGH* den Mitgliedstaaten, die sich zur Umsetzung des fakultativen Art. 5 Abs. 2 b) InfoG-RL ins nationale Recht entschieden haben, keinen Gestaltungsspielraum zugestanden hat, obgleich der Frage, ob Privatkopien eine legale Quelle erfordern, allenfalls eine sehr begrenzte Binnenmarktrelevanz zukommt. Der *EuGH* hat diese autonome und einheitliche Auslegung mit dem Gebot einer mit den Zielen der Richtlinie 2001/29 kohärenten Anwendung der Schranken im nationalen Recht begründet. Damit fügt sich die Entscheidung in eine Reihe ähnlicher Urteile ein (vgl. EuGH ZUM-RD 2012, 1 Rn. 107 – Painer; EuGH ZUM 2012, 670 Rn. 36 – TV2 Danmark; EuGH ZUM-RD 2011, 1 Rn. 36 – Padawan). Es dürfte zwar zu weit gehen, die genannten Entscheidungen dahingehend zu interpretieren, dass der *EuGH* eine wörtliche Umsetzung des Art. 5 InfoG-RL ins nationale Recht fordere (so *Rosati* GRUR Int. 2014, 419, 424). Es drängt sich jedoch der Eindruck auf, dass der *Gerichtshof* diese Vorlageverfahren dazu nutzt, um dem wegen seiner begrenzten Harmonisierungswirkung kritisierten fakultativen Schrankenkatalog des Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 InfoG-RL in extensiver Auslegung seiner kompetenziellen Zuständigkeit durch eine einheitliche Auslegung mehr Effektivität zu verleihen.

Die Verfasserin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin an der TU Dresden.