

Der gerechte Ausgleich für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch

Inauguraldissertation

zur

Erlangung des Grades eines Doktors des Rechts
am Fachbereich Rechtswissenschaft
der Freien Universität Berlin

vorgelegt von

Michael Georg Servatius
Wissenschaftlicher Mitarbeiter in Berlin

2022

Erstgutachterin: Prof. Dr. Katharina de la Durantaye, LL.M. (Yale)

Zweitgutachter: Prof. Dr. Malte Stieper

Tag der mündlichen Prüfung: 4. September 2023

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	III
Abkürzungsverzeichnis	IX
Einleitung	1
A. Einführung, Problemstellung und Erkenntnisinteresse der Arbeit	1
B. Begrifflichkeiten	6
Teil 1: Der gerechte Ausgleich nach der InfoSoc-Richtlinie	8
A. Grundlagen der Harmonisierung	11
B. Regelungszweck	22
C. Verhältnis zu den Schrankenbestimmungen und privilegierten Nutzungen	28
D. Ergebnispflicht	45
E. Berechtigung und Verkehrsfähigkeit	49
F. Zulässige Formen der Ausgleichsleistung	66
G. Bemessung der Ausgleichspflicht	74
H. Strukturierung der Haftungsvorgaben	128
I. Verteilung der Einnahmen	208
J. Grenzüberschreitende Aspekte	212
Teil 2: Die Unionsrechtskonformität des deutschen Vergütungssystems nach §§ 54 ff. UrhG	222
A. Berechtigung und Verkehrsfähigkeit	225
B. Ausgestaltung der Haftungsvorgaben	230
C. Bemessung der Vergütung	251
D. Kontroll- und Sanktionsmechanismen	276
E. Territoriale Zuständigkeit	280
F. Folgen der unionsrechtswidrigen Umsetzung	282
Fazit	288
A. Zusammenfassung	288
B. Schlussbemerkung	304
Quellenverzeichnis	307
Selbstständigkeitserklärung	340

Inhaltsverzeichnis

Einleitung 1

A.	Einführung, Problemstellung und Erkenntnisinteresse der Arbeit	1
B.	Begrifflichkeiten	6

Teil 1: Der gerechte Ausgleich nach der InfoSoc-Richtlinie 8

A.	Grundlagen der Harmonisierung	11
I.	Charakter als autonomer Begriff des Unionsrechts	11
II.	Einheitliches und adaptionsfähiges Konzept	15
III.	Ausgestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten	17
IV.	Vollharmonisierter Rechtsrahmen	19
B.	Regelungszweck	22
I.	Leistung an die Rechtsinhaber	23
II.	Interessenausgleich	25
C.	Verhältnis zu den Schrankenbestimmungen und privilegierten Nutzungen	28
I.	Vorab: Ausnahmen und Beschränkungen der InfoSoc-Richtlinie	28
1.	Regelungsstruktur und Harmonisierungsgrad	28
2.	Abgrenzung zwischen Ausnahmen und Beschränkungen	32
a)	Richtlinienvorgaben	32
b)	Rechtsprechung	33
c)	Interpretation	33
II.	Verwendungsbezug	35
III.	Ausgleichspflicht für Ausnahmen und Beschränkungen	39
1.	Verschiedene Arten von Beschränkungen?	40
2.	Ausgleich nur für legale Kopien?	41
3.	Unterscheidung nach der Möglichkeit zum Ausschluss einer gesetzlich privilegierten Nutzung?	42
D.	Ergebnispflicht	45
I.	Herleitung und Bedeutung	45
II.	Adressat	47
III.	Geltung abseits des Privatkopieausgleichs	48
E.	Berechtigung und Verkehrsfähigkeit	49
I.	Berechtigung	49
1.	Originäre Zuweisung	49

2.	Kumulative Anspruchsberechtigung	52
3.	Keine Sperrwirkung hinsichtlich spezifischer Vergütung Dritter	55
II.	Verzichtsverbot	57
III.	Übertragbarkeit	61
IV.	Geltendmachung des Ausgleichs durch Verwertungsgesellschaften	64
F.	Zulässige Formen der Ausgleichsleistung	66
I.	Notwendigkeit eines Zahlungsanspruchs	66
II.	Unzulässigkeit einer Marktlösung	70
G.	Bemessung der Ausgleichspflicht	74
I.	Bedeutung des Schadens für die Festsetzung des gerechten Ausgleichs	74
1.	Richtlinienvorgaben	74
2.	Ursprüngliche Interpretation	76
3.	Schadensausgleichende Konzeption des EuGH	78
a)	Herleitung	78
b)	Schaden und Nachteil	81
c)	Zwingende Bemessungsgrundlage und ausschließliches Bemessungskriterium	83
aa)	Erste Ansicht: Zulässigkeit der Berücksichtigung weiterer Berechnungskriterien	84
bb)	Gegenansicht: Unzulässigkeit der Anwendung weiterer Berechnungskriterien	85
d)	Unzulässigkeit von Kappungsgrenzen	86
aa)	Individuelle Kappungsgrenzen	87
bb)	Kollektive Kappungsgrenzen	90
e)	Bemessungskriterien	91
f)	Anwendung der Geringfügigkeitsausnahme	92
g)	Exkurs: Sperrwirkung hinsichtlich eines Ausgleichs für rechtswidrige Vervielfältigungen	95
II.	Inhaltliches Verständnis des Schadensbegriffs	97
1.	Der durch den Anspruch auf gerechten Ausgleich zu kompensierende Schaden als eigenständiges Konzept	97
2.	Konzeptionelle Grundlagen des Schadensverständnisses	99
a)	Schaden als Interessenbeeinträchtigung	99
b)	Kein Schaden trotz Schranke?	103
3.	Bedeutung der Zustimmung zur Nutzung	106
a)	Ursprüngliche Interpretation der Richtlinienvorgaben und von Padawan	107
b)	Die Vorgaben aus VG Wort und den Folgeentscheidungen	108
aa)	Unbeachtlichkeit der Zustimmung für den gerechten Ausgleich	108
bb)	Entgeltlichkeit der Zustimmung als irrelevanter Umstand	110
cc)	Ausgleichspflicht für den „ersten Download“	111
4.	Bedeutung technischer Schutzmaßnahmen	113
a)	Ursprüngliche Interpretation der Richtlinienvorgaben	114
b)	Die Vorgaben aus VG Wort und den Folgeentscheidungen	116

aa)	Herleitung der Merkmale	117
bb)	Funktion technischer Maßnahmen	119
cc)	Bedeutung für das Bestehen der Ausgleichspflicht dem Grunde nach	122
dd)	Bedeutung für die Höhe der Ausgleichspflicht	123
	(1) Freiwillige technische Maßnahmen gemäß Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL	123
	(2) Technische Maßnahmen gemäß Art. 6 Abs. 3 InfoSoc-RL	125
ee)	Übertragbarkeit auf den gerechten Ausgleich für andere Schrankentatbestände	126
H.	Strukturierung der Haftungsvorgaben	128
I.	Idealtypische Haftung	129
II.	Einfache Dritthaftung	131
1.	Zulässigkeitsvoraussetzungen	131
2.	Anknüpfungspunkt der Leistungspflicht	134
a)	Privatkopieausgleich	136
aa)	Verfügen über Anlagen	137
bb)	Überlassung an Privatpersonen	137
	(1) Bedeutung des Merkmals	138
	(2) Auslegung des Merkmals	139
	(a) Extensives Verständnis	139
	(b) Restriktives Verständnis	140
	(c) Stellungnahme	143
cc)	Zweckbestimmung	145
dd)	Möglichkeit, die Abgabe an den Nutzer weiterzugeben	146
b)	Andere Ansprüche auf gerechten Ausgleich	147
3.	Verbot der unterschiedslosen Anwendung	149
a)	Herleitung	150
b)	Grundlagen	151
aa)	Anwendung der Abgabe	151
bb)	Zusammenhang	152
cc)	Nutzung	153
c)	Privatkopieausgleich	158
aa)	Erste Ebene: Technische Fähigkeit	159
bb)	Zweite Ebene: Private Nutzung	159
	(1) Die Amazon-Vermutung	161
	(a) Anwendungsbereich	162
	(b) Zulässigkeitsvoraussetzung	164
	(aa) Bestehen praktischer Schwierigkeiten	164
	(bb) Ausnahme für offenkundig nicht erfasste Nutzer	166
	(2) Zulässigkeit weitergehender Vermutungen?	166
	(a) Meinungsstand	167
	(b) Stellungnahme	168

cc)	Dritte Beweislastebene: Anfertigung von Privatkopien	172
(1)	Die Padawan-Vermutung	172
(a)	Herleitung und Kontext	172
(b)	Regelung durch EuGH oder Ermessen der Mitgliedstaaten?	173
(c)	Anwendungsbereich	174
(d)	Vermutungsfolge	175
(2)	Zulässigkeit weitergehender Vermutungen?	176
dd)	Ausgestaltungsspielräume	177
(1)	Unzulässigkeit einer einheitlichen Abgabe	177
(2)	Handlungsoptionen	179
d)	Reprographieausgleich	181
aa)	Die Reprobil-Vermutung	182
bb)	Differenzierungsgebot	185
e)	Andere Ansprüche auf gerechten Ausgleich	187
f)	Multikompensatorische Ausgleichssysteme	188
aa)	Bedeutung des notwendigen Zusammenhangs	188
bb)	Pflicht zur Differenzierung	190
4.	Erstattungen	191
a)	Personenbezogene Erstattungen	191
b)	Verwendungsbezogene Erstattungen	191
III.	Qualifizierte Dritthaftung	194
1.	Zulässigkeitsvoraussetzungen	194
a)	Praktische Schwierigkeiten	194
b)	Adäquates Erstattungssystem	197
c)	Freistellung	199
2.	Anknüpfungspunkt der Leistungspflicht	200
3.	Unterschiedslose Anwendung	200
a)	Privatkopieausgleich	202
b)	Bedeutung für die übrigen Ausgleichssysteme	205
IV.	Abstraktere Haftungsstufen	205
I.	Verteilung der Einnahmen	208
I.	Direkte Begünstigung	208
II.	Mittelbare Begünstigung	210
J.	Grenzüberschreitende Aspekte	212
I.	Internationaler Gerichtsstand	212
II.	Kollisionsrecht	214
III.	Territoriale Zuständigkeit	217

**Teil 2: Die Unionsrechtskonformität des deutschen Vergütungssystems nach §§ 54 ff.
UrhG 222**

A.	Berechtigung und Verkehrsfähigkeit	225
I.	Berechtigung	225
II.	Verzichtsverbot	228
III.	Abtretungsbeschränkung und Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit	229
B.	Ausgestaltung der Haftungsvorgaben	230
I.	Ausgestaltung der Geräte- und Speichermedienabgabe	230
1.	Keine einfache Dritthaftung	232
2.	Keine qualifizierte Dritthaftung	236
a)	Vorliegen praktischer Schwierigkeiten?	236
b)	Kein adäquates Erstattungssystem	237
c)	Zulässige Anknüpfungspunkte?	242
3.	Zwischenergebnis	242
II.	Ausgestaltung der Betreibervergütung	242
III.	Duales Vergütungssystem	244
IV.	Vergütung für nach §§ 60a – 60f UrhG erlaubte Nutzungen	246
C.	Bemessung der Vergütung	251
I.	Geräte- und Speichermedienabgabe	251
1.	Tatbestandsvorgaben zur Anwendung der angemessenen Vergütung	251
2.	Unzulässigkeit einer einheitlichen Abgabe	252
3.	Berechnungskriterien	254
a)	Berechnungsmaßstab	254
b)	Maß der Nutzung, § 54a Abs. 1 S. 1 UrhG	256
aa)	Bestimmung des Maßes der Nutzung	256
bb)	Vergütungspflichtige Nutzungen	258
c)	Berücksichtigung der Anwendung technischer Schutzmaßnahmen, § 54a Abs. 1 S. 2 UrhG	262
d)	Insgesamt angemessene Gestaltung, § 54a Abs. 2 UrhG	264
e)	Nutzungsrelevante Eigenschaften, § 54a Abs. 3 UrhG	265
4.	Unbeachtlichkeit von Zustimmungen zur Nutzung	266
5.	Unanwendbarkeit der Kappungsgrenze	267
II.	Betreibervergütung	268
III.	Verfahren zur Ermittlung der Vergütungshöhe	271
D.	Kontroll- und Sanktionsmechanismen	276
I.	Umfang der Kontrollrechte	277
II.	Zulässigkeit und Auslegung der Verletzerzuschläge	277

E.	Territoriale Zuständigkeit	280
I.	Geräte- und Speichermedienvergütung	280
II.	Betreibervergütung	281
F.	Folgen der unionsrechtswidrigen Umsetzung	282

Fazit 288

A.	Zusammenfassung	288
I.	Der gerechte Ausgleich nach der InfoSoc-Richtlinie	288
II.	Die Unionsrechtskonformität der angemessenen Vergütung gemäß §§ 54 ff. UrhG	298
B.	Schlussbemerkung	304

Quellenverzeichnis 307

Selbstständigkeitserklärung 340

Abkürzungsverzeichnis

Die Arbeit nutzt Abkürzungen entsprechend den Vorgaben von *Kirchner, Hildebert* (Begr.): Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 10. Aufl., Berlin u.a. 2021. Zeitschriften werden mit den gängigen Abkürzungen bezeichnet. Darüber hinaus verwendet die Arbeit folgende Abkürzungen:

Brüssel I-VO (n.F.): Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen

Brüssel I-VO (a.F.): Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen

CP-RL (n.F.): Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen

DSM-Richtlinie: Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG

DuRL: Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums

Folgerecht-RL: Richtlinie 2001/84/EG des Europäischen Parlaments und Rates vom 27. September 2001 über das Folgerecht des Urhebers des Originals eines Kunstwerks

Handelsvertreter-RL: Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter

Marrakesch-RL: Richtlinie (EU) 2017/1564 vom 13.9.2017 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung bestimmter urheberrechtlich oder durch verwandte Schutzrechte geschützter Werke und sonstiger Schutzgegenstände zugunsten blinder, sehbehinderter oder anderweitig lesebehinderter Personen und zur Änderung der

Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft

InfoSoc-RL: 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

LUG: Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Tonkunst

Portabilitäts-VO: Verordnung (EU) 2017/1128 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt

Satelliten- und Kabelrichtlinie: Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung

Sch-Urh: Schiedsstelle nach dem Gesetz über die Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten durch Verwertungsgesellschaften beim Deutschen Patent- und Markenamt

UrhWissG: Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft

Verwaiste-Werke-RL: Richtlinie 2012/28/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaiseter Werke

VG-RL: 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

VV-RL (n.F.): Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums

Zweiter Korb: Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26.10.2007

Einleitung

Die Arbeit untersucht im ersten Teil, welche unionsrechtlichen Vorgaben eine Umsetzung des gerechten Ausgleichs nach der InfoSoc-Richtlinie für Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch erfüllen muss. Dabei wird insbesondere die Rechtsprechung des EuGH miteinbezogen. Der zweite Teil der Arbeit behandelt die Frage, inwieweit das System der angemessenen Vergütung aus §§ 54 ff. UrhG, das gesetzliche Vergütungsansprüche und ihre Durchsetzung für Vervielfältigungen nach § 53 Abs. 1 und 2 UrhG sowie nach §§ 60 a – 60 f. UrhG regelt, diesen Anforderungen genügen kann.

A. Einführung, Problemstellung und Erkenntnisinteresse der Arbeit

Welche Ansprüche stehen einem Rechtsinhaber¹ zu, wenn sein Schutzgegenstand zum eigenen Gebrauch vervielfältigt wird? Darüber, wie diese Frage zu beantworten ist, wurden bereits Auseinandersetzungen geführt, lange bevor das deutsche Urheberrechtsgesetz verabschiedet wurde. Schon § 15 Abs. 2 LUG aus dem Jahr 1901 kannte eine Schranke zum persönlichen Gebrauch,² sah aber noch keinen Vergütungsanspruch der Rechtsinhaber vor. Der BGH entschied im Jahr 1955 in *Grundig Reporter*, dass diese Schranke nicht auf Aufnahmen angewendet werden könne, die unter Verwendung eines Magnettonbandgerätes angefertigt worden sind.³ Diese besondere Vervielfältigungsart falle nicht in den Anwendungsbereich der Schranke, da die Vervielfältigung mittels Selbstaufnahmegeräte außerhalb der Vorstellung des historischen Gesetzgebers gelegen habe.⁴ Magnettonaufnahmen stünden ihrer Beschaffenheit nach gewerblichen Vervielfältigungen gleich, woraus sich eine Gefährdung der wirtschaftlichen Belange der Urheber ergebe.⁵ Da den Urhebern ein wirtschaftlicher Ertrag auch aus dem privaten Werkgenuss zufließen solle, müsse sich die Einschränkung des Verwertungsrechts auf ihren eigentlichen Sinn und

¹ Die Arbeit verwendet das generische Maskulinum, um die Lesbarkeit des Textes zu verbessern. Gemeint sind jedoch immer alle Geschlechter.

² *Stieper* ZGE 2015, 170, 172 ff. Zur historischen Entwicklung des privaten Gebrauch im Urheberrecht *Lauber-Rönsberg* Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 83 ff.

³ BGH NJW 1955, 1276 – Grundig-Reporter. Siehe dazu auch *Bornkamm* FS Nordemann 2004, S. 299; *Reimer* GRUR 1965, 109; *Stieper* ZGE 2015, 170, 174; *Wagner* Die Privatkopie als urheberrechtliche Schrankenregelung, 2011, S. 26 f.

⁴ BGH NJW 1955, 1276, 1277 – Grundig-Reporter.

⁵ BGH NJW 1955, 1276, 1280 – Grundig-Reporter.

Zweck beschränken.⁶ In der Konsequenz umfasste das ausschließliche Verwertungsrecht diese privaten Vervielfältigungen. Auf dieser rechtlichen Grundlage beauftragten Rechtsinhaber die Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (GEMA) mit der kollektiven Wahrnehmung, um das Ausschließlichkeitsrecht zu verwerten und Einkünfte zu erzielen. Praktisch war es allerdings kaum möglich, Nutzer für rechtswidrige Vervielfältigungen zu belangen, solange diese in der privaten Sphäre vorgenommen wurden.⁷ Die rechtliche Position war auch wegen des hohen Aufwandes, den eine Verwertung erforderte, praktisch nur von geringem Wert. Dies nahm der Gesetzgeber zum Anlass, um mit der Verabschiedung des Urheberrechtsgesetzes von 1965 erstmals einen gesetzlichen Vergütungsanspruch einzuführen:⁸ Im Gegenzug zur Novellierung der Privatkopieschranke, die nunmehr auch neuartige technische Nutzungen erfasste, erkannte der Gesetzgeber den Rechtsinhabern gegen Hersteller und Importeure von Bild- und Tonaufzeichnungsgeräten einen Anspruch auf Vergütung zu, § 53 Abs. 5 UrhG (i.d.F.v. 1965). Dies war die Geburtsstunde von gesetzlichen Ausgleichsansprüchen für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch, die seitdem auf nationaler Ebene mehrfach erweitert und angepasst wurden.⁹ Grundlegend reformiert wurde das System der angemessenen Vergütung für Kopien zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch gemäß §§ 54 ff. UrhG zuletzt im Zweiten Korb im Jahr 2007.¹⁰ Seither wurde sie aber in Teilspekten modifiziert.¹¹ Allgemein diente der Ansatz des deutschen Rechts vielen anderen Staaten – insbesondere solchen in einer kontinentaleuropäischen Urheberrechtstradition –

⁶ BGH NJW 1955, 1276, 1279 – Grundig-Reporter.

⁷ Vgl. BGH NJW 1964, 2157 – Personalausweise, wonach Rechtsinhabern kein ein Anspruch gegen Hersteller von Tonbandgeräten zusteht, die Geräte nur gegen Vorlage des Personalausweises des Käufers zu vertreiben. Siehe auch *Stieper* ZGE 2015, 170, 174; *Reimer* GRUR 1965, 109; *Wagner* Die Privatkopie als urheberrechtliche Schrankenregelung, 2011, S. 29 f.

⁸ *Bornkamm* FS Nordemann 2004, S. 299, 302 geht davon aus, der BGH habe dem Gesetzgeber eine mögliche Lösung „quasi in die Feder diktiert.“ Siehe auch BT-Drs. IV/270, S. 62 f. *Fromm* GRUR 1966, 364, 366 ff.; *Reimer* GRUR 1965, 109, 110; *Schricker* GRUR Int. 1983, 446, 451 f. Obwohl das Durchsetzungsdefizit der Auslöser für die Regelung war, dient diese auch der Gewährleistung der Vervielfältigungsfreiheit im privaten Bereich (BT-Drs. IV/270, S. 31 f. Siehe *Reinbothe* in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 300 f.; *Stieper* ZGE 2015, 170, 176 ff. Siehe weiterhin *Katzenberger* GRUR Int. 2006, 190, 190 f.).

⁹ Überblickartig *Wagner* Die Privatkopie als urheberrechtliche Schrankenregelung, 2011, S. 26 f. Siehe zur später eingeführten Reprographievergütung *Bornkamm* FS Nordemann 2004, S. 299.

¹⁰ *Bremer/Lammers* K&R 2008, 145; *Müller* ZUM 2007, 777; *Wagner* Die Privatkopie als urheberrechtliche Schrankenregelung, 2011, S. 187 ff.

¹¹ Zu Änderungen im Zusammenhang mit der Verabschiedung des VGG *Hoeren* CR 2016, 557; *Mackert/Niemann* CR 2016, 531. Zu Änderungen im Zusammenhang mit dem UrhWissG *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 1 f.; *de la Durantaye* GRUR 2017, 558, 565 ff. Siehe weiterhin BT-Drs. 19/4455, S. 57 f.; *Stelzer* MwStR 2021, 927, 927 f. zur Aufhebung von § 3 Abs. 9 S. 3 UStG (a.F.).

als Blaupause und ist für viele Mitgliedstaaten der EU inzwischen zu einem festen Bestandteil ihrer nationalen Urheberrechtsgesetze geworden.¹²

Der europäische Gesetzgeber hat die Vergütung für Kopien zum eigenen Gebrauch bisher nicht umfassend harmonisiert.¹³ Jüngere Initiativen, die Privatkopievergütung europäisch anzugleichen,¹⁴ sind ohne Erfolg geblieben. Im geltenden Recht finden sich die zentralen Regelungen zu den urheberrechtlichen Vergütungsansprüchen betreffend Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch in der InfoSoc-Richtlinie aus dem Jahr 2001. Im Rahmen der Richtlinienverhandlung war es insbesondere angesichts des Widerstandes einiger Mitgliedstaaten – vorwiegend solcher mit einer angloamerikanisch geprägten Urheberrechtstradition – nicht mehrheitsfähig, für die Privatkopieschranke eine angemessene Vergütung nach deutschem Vorbild in der Richtlinie zu verankern.¹⁵ Die finale Fassung der InfoSoc-Richtlinie stellt die Möglichkeit zur Umsetzung von drei Schranken – darunter die Privat- sowie die Reprographieschranke – unter die Bedingung, dass die Rechteinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten, Art. 5 Abs. 2 lit. a), b) und e) InfoSoc-RL. Zunächst herrschte angesichts der Gesetzgebungsgeschichte das Verständnis vor, hiermit sei eine niedrigschwellige Harmonisierung beabsichtigt.¹⁶ Als Kompromiss am Ende eines politischen Prozesses sollten die Interessen der Beteiligten durch den gerechten Ausgleich in Einklang gebracht werden, indem einerseits Vergütungssysteme nach kontinentaleuropäischem Vorbild beibehalten werden können, andererseits aber keine Verpflichtung zu einem solchen System geregelt wurde.¹⁷ Der EuGH hat sich im Jahr 2010 in *Padawan* erstmals mit der Auslegung des Begriffs „gerechter Ausgleich“ nach der InfoSoc-Richtlinie befasst.¹⁸ Das Urteil hat über die Mitgliedstaaten hinweg in Wissenschaft, Praxis und Rechtsprechung vielzählige lebhaft und intensive Debatten über die unionsrechtli-

¹² *Quintais* IIC 2015, 66, 75 ff.

¹³ Vgl. Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 2a; Leistner EuZW 2016, 166, 170; Schricker/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 28.

¹⁴ Vgl. KOM(2015) 626 endg., S. 9 f.; Entschließung des Europäischen Parlaments vom 27.2.2014, P7_TA(2014)0179; Vitorino Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies 2013, passim; KOM(2011) 287 endg., S. 16. Vgl. auch Jütte Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market, 2017, S. 92 ff. Zur Entwicklung generell Lauber-Rönsberg Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 41 ff.; Triebe Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 257 ff.

¹⁵ Reinbothe in: Riesenhuber, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 147 ff. Dazu unter Teil 1: A.I

¹⁶ Dazu unter Teil 1: A.I.

¹⁷ Siehe Reinbothe in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 313 f.; ders. in: Riesenhuber, Die Angemessenheit im Urheberrecht, 2013, S. 141, 147 f.

¹⁸ EuGH GRUR 2011, 50 – Padawan.

chen Anforderungen an urheberrechtliche Ausgleichsansprüche angestoßen.¹⁹ Hieraus sind – auch aufgrund der Entscheidungspraxis des EuGH²⁰ – weitere Vorlageverfahren zum gerechten Ausgleich erwachsen. Der Gerichtshof hat die sehr allgemeinen Richtlinienbestimmungen seither in über einem Dutzend Entscheidungen²¹ in wesentlichen Grundelementen durchstrukturiert, dabei teilweise recht spezielle Vorgaben entwickelt und den unbestimmten Rechtsbegriff damit in der Konkretisierungstiefe stark verdichtet.²² Hierbei zeichnet sich ab, dass sich aus der Rechtsprechung im Vergleich zum traditionellen Verständnis der Richtlinienvorgaben bisweilen ein deutlich höheres Harmonisierungsniveau ergeben dürfte.

Welche Auswirkungen die EuGH-Rechtsprechung zur Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs auf das deutsche Recht hat, ist noch immer alles andere als eindeutig.²³ Zugleich ist die wirtschaftliche Bedeutung der Ansprüche aus §§ 54 ff. UrhG – ungeachtet des Bedeutungsgewinns zugangsbasierter Vertriebsmodelle²⁴ – hoch.²⁵ Klar ist, dass der Bedeutungsgewinn der unionsrechtlichen Dimension die Rechtsfindung in diesem ohnehin

¹⁹ Vgl. *Fischer* FS Walter 2018, S. 466 bezogen auf den Privatkopieausgleich.

²⁰ Vgl. *Metzger* ZEuP 2017, 836, 860.

²¹ EuGH GRUR 2011, 909 – Opus; GRUR 2012, 489 – Luksan; EuGH GRUR 2013, 812 – VG Wort; EuGH GRUR 2013, 1025 – Amazon; EuGH GRUR 2014, 546 – ACI Adam; EuGH GRUR 2015, 478 – Copydan; EuGH GRUR 2016, 55 – Reprobel; EuGH GRUR 2016, 927 – Austro-Mechana (zum internationalen Gerichtsstand); EuGH GRUR 2016, 687 – EGEDA; EuGH GRUR 2017, 155 – Microsoft Mobile Sales International; EuGH ZUM-RD 2017, 505 – SAWP (zur Umsatzsteuerpflichtigkeit); EuGH GRUR 2022, 558 – Strato.

²² Vgl. *Jani/Leenen* EuZW 2015, 358, 359; *Leistner* EuZW 2016, 166, 171 f.; *Metzger* ZEuP 2017, 836, 860. Ähnlich *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 5;

²³ *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 12. Siehe auch *Horren/Sieber/Holzengel/U. Müller* HdB-MMR, 54. EL 2020, Teil 7.5. Rn. 78.

²⁴ Statt vieler *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, Einl. Rn. 23. Siehe bereits *Rifkin* Access, 2. Aufl. 2000, passim, mit einer entsprechenden Prognose. Siehe zur fortwährenden Relevanz der Privatkopieschranke auch im Zusammenhang mit neuartigen Nutzungsgewohnheiten *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, passim.

²⁵ So erzielt die Zentralstelle für private Überspielungsrechte (ZPÜ) als Zusammenschluss der deutschen Verwertungsgesellschaften aus der Geräte- und Speichermedienvergütung im Audio- und audiovisuellen Bereich regelmäßig Jahreserträge im dreistelligen Millionenbereich (siehe ZPÜ, Transparenzbericht 2022 vom 26.5.2023, S. 4 (Erträge aus Vergütungsansprüchen gemäß § 54 UrhG für das Geschäftsjahr 2022: 278.166.000 EUR); Transparenzbericht 2021 vom 1.6.2022, S. 4 (Erträge aus Vergütungsansprüchen gemäß § 54 UrhG für das Geschäftsjahr 2022: 215.394.000 EUR) sowie Transparenzbericht 2020 vom 12.5.2021, S. 4 (Erträge aus Vergütungsansprüchen gemäß § 54 UrhG für das Geschäftsjahr 2020: 221.792.000 EUR, für 2019: 307.160.000 EUR)). Zusätzlich erzielen VG Wort und VG Bild-Kunst Erträge insgesamt im hohen zweistelligen Millionenbereich durch die unmittelbare Geltendmachung der Geräte- und Speichermedienvergütung für Vervielfältigungen von stehendem Text und Bild sowie der Betreibervergütung (vgl. VG Wort, Geschäftsbericht 2022, S. 5; Geschäftsbericht 2021, S. 5 sowie Geschäftsbericht 2020, S. 5 f., 17; VG Bild-Kunst, Geschäftsbericht 2022, 15 ff.; Geschäftsbericht 2021, S. 15 ff. sowie Geschäftsbericht 2020, S. 5 ff.).

komplexen Spezialbereich des Urheberrechts²⁶ nicht vereinfacht. In der Literatur wurde und wird insbesondere angesichts der Besonderheiten der deutschen Regelung noch immer sehr unterschiedlich bewertet, welche Bedeutung den unionsrechtlichen Vorgaben zum gerechten Ausgleich zukommt. Auch diejenigen, die in der Praxis mit der Geltendmachung der Ansprüche befasst sind bzw. sich den Ansprüchen ausgesetzt sehen, interpretieren die Richtlinienvorgaben unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung oftmals auf unterschiedliche Weise wie es sich etwa aus der Argumentation der Parteien in den Verfahren ergibt. Der BGH hat sich seit *Padawan* in einer Vielzahl von Entscheidungen mit den unionsrechtlichen Vorgaben befasst, wobei er das System der angemessenen Vergütung für Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch gemäß §§ 54 ff. UrhG nach dem herkömmlichen vom nationalen Gesetzgeber vorgegebenen Verständnis im Wesentlichen für unionsrechtskonform erachtet.²⁷ Die österreichische Rechtsprechung interpretiert den gerechten Ausgleich in einigen Aspekten anders, geht dabei von einer stärkeren unionsrechtlichen Harmonisierung aus und legt das in wesentlichen Punkten vergleichbare Vergütungskonzept des österreichischen Rechts abweichend aus, um den Richtlinienvorgaben Rechnung zu tragen.²⁸

Der Arbeit liegt das Erkenntnisinteresse zugrunde, die unionsrechtlichen Anforderungen an den gerechten Ausgleich für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch zu untersuchen und dabei die EuGH-Rechtsprechung in ihrer Gesamtheit miteinzubeziehen. Der EuGH hat den gerechten Ausgleich inzwischen in wesentlichen Grundelementen durchstrukturiert,²⁹ Klarheit über einige zentrale Punkte geschaffen und die unionsrechtlichen Vorgaben in wesentlichen Punkten ausdifferenziert.³⁰ Auch wenn in einigen Punkten weiterhin substanzielle Unklarheiten bestehen, hat der gerechte Ausgleich durch die Urteile inzwischen bedeutsame Konturen erhalten.³¹ Dies wird zum Anlass genommen, um zu analy-

²⁶ So *Nordemann/Waiblinger* NJW 2022, 744, 750.

²⁷ Siehe etwa BGH GRUR 2021, 1181 – Gesamtvertrag USB-Sticks und Speicherkarten; BGH ZUM-RD 2018, 267 – Umfang des Auskunftsanspruchs des Urhebers; BGH MMR 2018, 175 – Speichermedien; BGH ZUM 2018, 185, USB-Sticks und Speicherkarten; BGH GRUR 2017, 694 – Gesamtvertrag PCs; BGH GRUR 2017, 684 – Externe Festplatten; BGH ZUM 2017, 839 – DVD-Brenner; BGH GRUR 2017, 716 – PC mit Festplatte II; BGH GRUR 2017, 702 – PC mit Festplatte I; BGH GRUR 2017, 172 – Musik-Handy; BGH GRUR 2017, 161 – Geräte und Speichermedien; BGH GRUR 2016, 792 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; BGH GRUR 2014, 984 – PC III; BGH GRUR 2014, 979 – Drucker und Plotter III; BGH GRUR 2012, 1017 – Digitales Druckzentrum; BGH GRUR 2012, 705 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät

²⁸ Siehe insbesondere östOGH GRUR Int. 2017, 455 – Austro-Mechana/Amazon III.

²⁹ *Leistner* EuZW 2016, 166, 170 f.

³⁰ Vgl. *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 2a.

³¹ Vgl. bereits *Staudegger* jusIT 2017, 14, 14 f.

sieren, welche Spielräume bei der Umsetzung der Richtlinienvorgaben ins mitgliedstaatliche Recht bestehen und wo der Klarstellungsbedarf besteht. Dabei zielt die Arbeit insbesondere darauf ab, neue Erkenntnisse zu den unionsrechtlichen Vorgaben zu gewinnen, indem die in unterschiedlichen Urteilen erarbeiteten Maßgaben in Bezug zueinander gesetzt werden.

Der Schwerpunkt der Untersuchung liegt auf den rechtlichen Vorgaben zur Geltendmachung der Ansprüche auf einen gerechten Ausgleich, also insbesondere auf der Frage, welche Personen unter welchen Voraussetzungen von wem und auf welche Weise in Anspruch genommen werden können. Die Anforderungen an die Verteilung der entsprechenden Einnahmen werden nur in Grundzügen geschildert. Insbesondere wird die Frage nach der Zulässigkeit einer Beteiligung von Verlegern an den Ausschüttungen von Verwertungsgesellschaften aufgrund dieser Schwerpunktsetzung ausgeklammert.³²

B. *Begrifflichkeiten*

Die Arbeit verwendet die Begriffe der Vervielfältigung und der Kopie grundsätzlich synonym.³³ Der Begriff des Verwertungsrechts wird im traditionellen Sinne verstanden, bezeichnet also das ausschließliche Recht.³⁴ Unter den Begriff der Schranke fallen prinzipiell sämtliche Beschränkungen des Schutzzumfangs des Urheberrechts, wobei aufgrund des Untersuchungsgegenstands vorrangig die inhaltlichen Beschränkungen des Urheberrechts im Hinblick auf bestimmte Werknutzungen Bedeutung erlangen.³⁵ Mit Blick auf das Unionsrecht stellt die Schranke den Oberbegriff dar, dem die in Art. 5 InfoSoc-RL

³² Die Zulässigkeit der Verlegerbeteiligung ist eine im deutschen wie auch im europäischen Recht seit Langem umstrittene Frage, die sich nicht auf gesetzliche Vergütungsansprüche beschränkt (siehe BGH NJW 2016, 2418, insbes. Rn. 30 – Verlegerbeteiligung; BVerfG NJW 2018, 2036 – Verlegerbeteiligung). EuGH GRUR 2016, 55 – Reprobel schließt zumindest die gesetzlich angeordnete Verlegerbeteiligung aus, die eine Begünstigung des Rechtsinhabers schmälert (*Riesenhuber* EuZW 2016, 16, 18). Welche Bedeutung dem Urteil darüber hinaus zukam, war höchst umstritten. In Reaktion auf diese Rechtsprechung haben der europäische wie auch der deutsche Gesetzgeber die rechtlichen Vorgaben überarbeitet (vgl. EGr. 60 DSM-RL; BeckOK/*Freudenberg* 39. Aufl. 2023, § 27a VGG, Vor Rn. 1). Zu den Regulierungsmöglichkeiten aus juristischer Sicht nach geltendem Recht *de la Durantaye* ZUM 2020, 88. Zur Zulässigkeit einer Verlegerbeteiligung vor Verabschiedung der DSM-RL *Servatius* in: Maute/Mackenrodt, Recht als Infrastruktur für Innovation, 2019, S. 201.

³³ Siehe auch *Hobagen* Die Freiheit für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 6 ff.

³⁴ Vgl. Loewenheim/*Loewenheim* HdU, 3. Aufl. 2021, § 19 Rn. 1; Dreier/*Schulze/Schulze* 7. Aufl. 2022, § 15 UrhG Rn. 3 ff.; Schricker/*Loewenheim/v. Ungern-Sternberg* 6. Aufl. 2020, § 15 UrhG Rn. 192. Anders *Grünberger* ZUM 2015, 273.

³⁵ Schricker/*Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 8.

vorgesehenen Ausnahmen und Beschränkungen des Verwertungsrechts unterfallen.³⁶ Der Begriff des eigenen Gebrauchs wird – entsprechend dem im deutschen wie auch im europäischen Recht vorherrschenden Verständnis – als Oberbegriff für den privaten und den sonstigen eigenen Gebrauch verwendet.³⁷ Im Anschluss an diese Unterscheidung werden die Begriffe des Privatkopieausgleichs und der Privatkopievergütung eng verstanden.³⁸ Sie beziehen sich nur auf den Ausgleich bzw. die Vergütung für Privatkopien im eigentlichen Sinne. Der Oberbegriff ist auch insofern der Ausgleich bzw. die Vergütung für Kopien zum eigenen Gebrauch. Da die rechtlichen Anforderungen beispielsweise zwischen dem Privatkopieausgleich und dem Reprographieausgleich im Detail voneinander abweichen, entscheidet sich die Arbeit für diese präzise Begriffsverwendung. Sie schließt sich damit nicht dem in Literatur und Praxis verbreiteten Verständnis³⁹ an, wonach die Privatkopievergütung des Öfteren als Oberbegriff verwendet wird, der sich auch auf Vervielfältigungen zum sonstigen eigenen Gebrauch bezieht.

³⁶ Vgl. *Schack* GRUR 2021, 904. Siehe auch *Dreier* ZUM 2013, 769, 773; *Handig* in FS Walter 2018, S. 50, 51; *Ullrich* GRUR Int. 2009, 283, 285 zu unterschiedlichen terminologischen Ansätzen. Vgl. hingegen *Geiger* GRUR Int. 2008, 459, 460 f. mit einer terminologischen Unterscheidung, die grundlegender auf den Sinngehalt der Begriffe abstellt.

³⁷ Vgl. *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 53 UrhG Rn. 18; *Lauber-Rönsberg* Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 23; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 53 UrhG Rn. 37; *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.31. Auch Vervielfältigungen, die unter die durch das UrhWissG aus § 53 Abs. 3 (a.F.) in die §§ 60a ff. UrhG Schranken überführt worden, sind solche des eigenen Gebrauchs.

³⁸ Dem Vorschlag von *Fischer* MR 2015, 123, 124, Fn. 12, anstatt des verbreiteteren Begriffs der Privatkopievergütung denjenigen der Privatkopieergütung zu verwenden, folgt die Arbeit nicht. Siehe auch *Fischer* FS Walter 2018, S. 466, 467.

³⁹ Vgl. *HK/Hentsch* 4. Aufl. 2018, Vor §§ 54 ff. UrhG Rn. 14.

Teil 1: Der gerechte Ausgleich nach der InfoSoc-Richtlinie

Das Unionsrecht harmonisiert Ausgleichsansprüche für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch durch die InfoSoc-Richtlinie. Der Unionsgesetzgeber führte mit der Richtlinie das neuartige Konzept eines gerechten Ausgleichs ein. Die Arbeit wird zeigen, dass der EuGH ein eigenes Verständnis des gerechten Ausgleichs entwickelt hat, das sich von dem ursprünglichen Verständnis der Wissenschaft in wesentlichen Punkten unterscheidet. Der Gerichtshof strukturiert den unbestimmten Rechtsbegriff. Aus seiner Rechtsprechung ergeben sich für die Mitgliedstaaten verbindliche Vorgaben an die Ausgestaltung des Ausgleichssystems. Wie diese Vorgaben zu verstehen sind und wie weit diese im Einzelnen reichen, ist umstritten. Die Arbeit untersucht im Schwerpunkt, welche Gestaltungsspielräume den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des gerechten Ausgleichs in das nationale Recht nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung offenstehen, welche zwingenden europäischen Vorgaben die Mitgliedstaaten zu beachten haben und welche Punkte klärungsbedürftig sind.

Der gerechte Ausgleich ist obligatorisch vorgesehen für die Reprographieschranke in Art. 5 Abs. 2 lit. a) InfoSoc-RL, die Privatkopieschranke in Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL sowie die Schranke für Vervielfältigungen von Sendungen durch nichtkommerzielle soziale Einrichtungen in Art. 5 Abs. 2 lit. e) InfoSoc-RL.⁴⁰ Nur diese Richtlinienbestimmungen enthalten eine explizite Regelung zum gerechten Ausgleich. Der Gesetzgeber schreibt vor, dass ein Mitgliedstaat diese Schranken unter der Bedingung umsetzen kann, dass die Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten (obligatorischer gerechter Ausgleich).⁴¹ Nach dem Wortlaut der Richtlinie bedingt der Erhalt des Ausgleichs die mitgliedstaatliche Handlungskompetenz.⁴² Da die InfoSoc-Richtlinie die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet, die ausgleichspflichtigen Schranken umzusetzen, obliegt ihnen in

⁴⁰ Vgl. Loewenheim/*Loewenheim* HdU, 3. Aufl. 2021, § 90 Rn. 3; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 51 f.; *Reinbothe* in: Riesenhuber, Die Angemessenheit im Urheberrecht, 2013, S. 141, 152; *Schulze* in: Riesenhuber, Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 2007, S. 181, 194; *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.23. Der geänderte Richtlinienentwurf der Kommission (KOM/99/0250 endg., ABl. 1999 C 180/04) sah im Anschluss an einen Änderungsantrag des Europäischen Parlaments (ABl. 1999 C 150/171) auch für die Schranke des Unterrichts- und Forschungsgebrauchs aus Art. 5 Abs. 3 lit. a) InfoSoc-RL den gerechten Ausgleich obligatorisch vor. Der Rat verwarf den Passus im gemeinsamen Standpunkt (ABl. 2000 C 344/01. Vgl. *Hobagen* Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 220 m. w. N).

⁴¹ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 30, 36 – *Padawan*; Loewenheim/*v. Lewinski* HdU, 3. Aufl. 2021, § 60 Rn. 48.

⁴² *Reinbothe* in: Riesenhuber, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 152.

einem strengen Sinne keine Pflicht zur Einführung eines gerechten Ausgleichs. Die Pflicht, den Rechtsinhabern einen gerechten Ausgleich zuzuerkennen, hängt von der Entscheidung ab, die Schranken mit Ausgleichspflicht einzuführen.

EGr. 36 InfoSoc-RL stellt klar, dass die Mitgliedstaaten für die Schranken aus Art. 5 Abs. 2 und 3 InfoSoc-RL⁴³ auch dann einen gerechten Ausgleich vorsehen können, wenn die Richtlinie dies für die jeweilige Schranke nicht vorschreibt (fakultativer gerechter Ausgleich).⁴⁴ Dass ein gerechter Ausgleich nicht verpflichtend vorgesehen ist, führt also nicht zu dessen Unzulässigkeit.⁴⁵ Wenn Mitgliedstaaten nicht ausgleichspflichtige Schranken umsetzen, steht ihnen die Entscheidung über die Einführung eines gerechten Ausgleichs zu. Eine Verpflichtung zum Ausgleich kann sich insoweit aus dem Dreistufentest⁴⁶ oder aus Grundrechten ergeben, was sich nach der konkreten Ausgestaltung der Schranken richtet.⁴⁷

Explizite Erwähnung findet das Konzept des gerechten Ausgleichs nunmehr auch in Art. 5 Abs. 4 DSM-RL.⁴⁸ Nach der Norm können Mitgliedstaaten einen gerechten Ausgleich für die Rechteinhaber vorsehen, wenn Schutzgegenstände nach Schrankenbestimmungen für digitale und grenzüberschreitende Unterrichts- und Lehrtätigkeiten gemäß Art. 5 Abs. 1 DSM-RL genutzt werden.⁴⁹ EGr. 24 S. 1 DSM-RL lässt die Intention erkennen, dass es Mitgliedstaaten weiterhin möglich sein soll, Rechteinhabern Ansprüche auf gerechten

⁴³ Vgl. *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S. 23.

⁴⁴ EuGH GRUR 2013, 909, Rn. 37 – VG Wort erkennt die Möglichkeit eines fakultativen Ausgleichs eindeutig an. Vgl. auch BGH GRUR 2012, Rn. 27 – Digitales Druckzentrum; östOGH GRUR Int. 2012, 262, Ziff. 1.3.; *Bayreuther* ZUM 2001, 828, 831; *Dreier* ZUM 2011, 281, 288; *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 842 m. w. N.; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 29 f., 51 f.; *Philapitsch* Die digitale Privatkopie, 2007, S. 90; *Reinbothe* GRUR Int. 2001, 733, 738; *Schulze* in: Riesenhuber, Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 2007, S. 181, 194; *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 392; *ders.* GRUR 2002, 105, 110; *Walter* MR 2017, 74, 75; *ders.* FS Griss 2011, S. 693, 708; Kucko/Handig/Zemann 2. Aufl. 2017, § 42b östUrhG, Rn. 3.

⁴⁵ Daher zu restriktiv östOGH GRUR Int. 2017, 455, Ziff. 4.3.(c) – Austro-Mechana/Amazon III. Unter Bezugnahme auf die EuGH-Rechtsprechung hält das Gericht einen Leistungsanspruch zur Gewährung eines gerechten Ausgleichs für unzulässig, der sich auf eine nicht-ausgleichspflichtige Schranke bezieht. Das Gericht geht davon aus, dies sei nicht von der Richtlinie „gedeckt“. Eine Unzulässigkeit überzeugt angesichts von EGr. 36 InfoSoc-RL nicht. Krit. zum Urteil auch *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 842; *Walter* MR 2017, 74, 75. Siehe auch Teil 1: H sowie Teil 1: H.II.3.f)aa).

⁴⁶ *Dreier/Hugenholtz/Bechtold* Concise European Copyright Law, 2. Aufl. 2016, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 3 (b); *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 842; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 22, 52 (Fn. 155); *Schulze* in: Riesenhuber, Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 2007, S. 181, 194; *Senfleben* Copyright, Limitations, and the Three-Step Test, 2004, S. 277.

⁴⁷ *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 52 (Fn. 155).

⁴⁸ Siehe auch *Stieper* GRUR 2020, 1, 4 m. w. N. zum Streitstand betreffend die Zulässigkeit von Ansprüchen auf gerechten Ausgleich für Nutzungen nach Schranken für Text und Data Mining gem. Art. 3 und 4 DSM-RL.

⁴⁹ Missverständlich *Wandtke* NJW 2019, 1841 mit der Feststellung, Art. 5 Abs. 4 DSM-RL sähe einen gerechten Ausgleich vor.

Ausgleich für die nach der Vorschrift privilegierten digitalen Nutzungen ihrer Schutzgegenstände zu Zwecken der Veranschaulichung des Unterrichts zuzuerkennen. EGr. 24 S. 2 und 3 DSM-RL befassen sich mit der Höhe des Ausgleichs sowie der konkreten Ausgestaltung von Ausgleichssystemen unter Berücksichtigung des Verwaltungsaufwands bei Bildungseinrichtungen. Der Richtliniengeber nimmt offenbar Bezug auf das der InfoSoc-Richtlinie entstammende Konzept des gerechten Ausgleichs. Die Vorgaben der Rechtsprechung zur Auslegung des Rechtsbegriffs in der InfoSoc-Richtlinie können im Wege der richtlinienübergreifenden Auslegung und Rechtsfortbildung übertragen werden.⁵⁰

⁵⁰ Zur richtlinienübergreifenden Auslegung und Rechtsfortbildung eingehend *Leistner/Roder ZfPW* 2016, 129, 172.

A. Grundlagen der Harmonisierung

I. Charakter als autonomer Begriff des Unionsrechts

Der gerechte Ausgleich stellt einen autonomen Begriff des Unionsrechts dar, womit er von allen Mitgliedstaaten kohärent und einheitlich ausgelegt werden muss.⁵¹ Diese Auslegung markiert den Ausgangspunkt der Rechtsprechung zum gerechten Ausgleich,⁵² der mithin für die Mitgliedstaaten eine gebundene Option darstellt.⁵³ Sofern die Mitgliedstaaten eine ausgleichspflichtige Schranke einführen, müssen sie die unionsrechtlichen Vorgaben beachten. Sie haben den Rechtsinhabern einen Ausgleich zuzuerkennen, der den Anforderungen des Unionsrechts genügt.⁵⁴ Auch der fakultative gerechte Ausgleich muss autonom und einheitlich ausgelegt werden.

Der Charakter des gerechten Ausgleichs als autonomer Begriff des Unionsrechts wird oftmals als Selbstverständlichkeit erachtet.⁵⁵ In Betracht käme es aber auch, ihn als „Leerstelle“ zu verstehen – also als Verweis auf das Recht der Mitgliedstaaten –, womit eine Konkretisierung umfassend auf nationaler Ebene erfolgen müsste.⁵⁶ Sofern angenommen würde, das europäische Recht harmonisiere die Leistung an die Rechtsinhaber im Gegenzug zur Relativierung ihres Ausschließlichkeitsrechts durch Schrankenbestimmungen von vornherein nicht,⁵⁷ wäre die Schlussfolgerung konsequent, beim gerechten Ausgleich

⁵¹ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 36 f. – Padawan; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 35 – Reprobel; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 38 – EGEDA. Zur autonomen Begriffsbildung *Roder* Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S.91 f.

⁵² *Leistner/Roder* ZfPW 2016, 129, 134; *Leistner* EuZW 2016, 166; *ders.* GRUR 2014, 1145. Vgl. auch *Kur/Dreier/Luginbuehl* European IP Law, 2. Aufl. 2019, S. 376 f.; *Riesenhuber/Riesenhuber* Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 4.

⁵³ *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 54.

⁵⁴ Vgl. *Leistner* ZGE 2013, 312, 331.

⁵⁵ Dies feststellend *Leistner* EuZW 2016, 166, 170; *Leistner* FS Roth 2015, S. 347, 354.

⁵⁶ Ähnlich *Lucas-Schloetter* RIDA 2015 (243), 2, 10 (Rn. 6). Vgl. zu dieser konzeptionellen Unterscheidungen EuGH GRUR 2012, 810 Rn. 34 – DR und TV2 Danmark; *Herresthal* in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht, 2009, S. 113, 117; *Mittwoch* Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht, 2013, S. 38 f.; *Riesenhuber/Röthel* Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 11 Rn. 13. Explizit verneinend für den gerechten Ausgleich EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 31 – Padawan.

⁵⁷ Vgl. *Hucko* in: *Riesenhuber*, Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 2007, S. 293, 294 f.; v. *Lewinski/Walter/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.24; *Walter/Walter* Europäisches Urheberrecht, 2001, Rn. 117 InfoSoc-RL. In diese Richtung auch *Guntrum* Zur Zukunft der Privatkopie in der Informationsgesellschaft, 2007, S. 125; *Loewenheim/Lebmann* HdU, 2. Aufl. 2010 § 54 Rn. 46; *Schulze* in: *Riesenhuber*, Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 2007, S. 181, 196. Siehe auch *Reinbothe* ZUM 2002, 43, 49, wonach in einigen Mitgliedstaaten teilweise offenbar angenommen wurde, der Umsetzungsspielraum für die Zahlung des gerechten Ausgleichs sei unbegrenzt. Vgl. auch die von GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 29 – Padawan wiedergegebenen Auffassungen der spanischen, französischen und griechischen Regierung sowie von Verfahrensbeteiligten, wonach mit dem gerechten Ausgleich keine Harmonisierungswirkung verbunden sei.

handele es sich nicht um einen autonomen Begriff des Unionsrechts.⁵⁸ Für dieses Verständnis könnte die Gesetzgebungsgeschichte sprechen.⁵⁹ Der Gesetzgeber greift in der InfoSoc-Richtlinie nicht auf ein bekanntes Konzept zurück, um den Urhebern einen gesetzlichen Anspruch für die Nutzung ihrer Werke zuzubilligen. Er implementiert bewusst ein neuartiges Konzept, das erst im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens entwickelt wurde.⁶⁰ Dabei wäre ein Rückgriff auf schon damals bestehende Konzepte – insbesondere auf die angemessene Vergütung – eine denkbare Option gewesen.⁶¹ Kontinentaleuropäische Rechtsordnungen hatten schon lange vor dem Gesetzgebungsverfahren zur InfoSoc-Richtlinie gesetzliche Vergütungsansprüche, insbesondere auch Privatkopieabgaben, eingeführt und dieser Ansatz hatte sich für sie bewährt.⁶² Die Einführung des gerechten Ausgleichs in der InfoSoc-Richtlinie stellt das Resultat eines Kompromisses dar, der am Ende einer politisch geprägten Verhandlung stand.⁶³ Nach der Schilderung von *Reinbothe*, der von 1996 bis 2004 Leiter der Abteilung Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Generaldirektion Binnenmarkt und Dienstleistungen der Europäischen Kommission war und in dieser Funktion mit dem konkreten Gesetzgebungsprozess befasst war, dürfte dieser Vorschlag maßgeblich auf den Berichterstatter im Binnenmarktausschuss des Europäischen Parlaments *Barzanti* zurückgehen.⁶⁴ Der Kompromissvorschlag sollte die un-

⁵⁸ Der Ansatz würde sich grundsätzlich von der angemessenen Vergütung aus der Art. Abs. 2 VV-RL (n.F.) unterscheiden (vgl. EuGH GRUR 2003, 325, Rn. 38 – SENA. Dazu *Heinemann* JZ 2003, 678; *Roth* ERCL 2011 425, 433).

⁵⁹ Vgl. v. Lewinski/Walter/v. *Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.24;

⁶⁰ *Hugenholz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 35; *Reinbothe* in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 312, 315; *Wiesemann* Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 35.

⁶¹ Vgl. GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 70 f. – Padawan; Dreier/Hugenholz/Bechtold Concise European Copyright Law, 2. Aufl. 2016, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 3(b); *Hobagen* Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 220 ff.; *Hugenholz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 35; *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 961; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 49, 61 f.; *Reinbothe* FS Walter 2018, S. 101, 104 ff.; *ders.* in: Riesenhuber, Die Angemessenheit im Urheberrecht, 2013, S. 141, 150 f.; *ders.* GRUR Int. 2001, 733, 738; *Ulrich* GRUR Int. 2009, 283, 291.

⁶² Vgl. *Reinbothe* in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 299 ff.

⁶³ Eingehend *Reinbothe* FS Walter 2018, S. 101, 108 ff.; *ders.* in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 313 f.; *ders.* in: Riesenhuber: Die Angemessenheit im Urheberrecht, 2013, S. 141, 147 ff. Vgl. auch *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 961; *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1,7; *Kress* Die private Vervielfältigung im Urheberrecht, 2004, S. 130 f.; *Reinbothe* GRUR Int. 2001, 733, 738; *Hobagen* Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 220 ff.; *Spindler* GRUR 2002, 105, 110, 112; *Pardo/Lucas-Schloetter* EIPR 2013, 463, 466; *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.24.

⁶⁴ *Reinbothe* FS Walter 2018, S. 101, 107 f.; *ders.* in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 315; *ders.* in: Riesenhuber, Die Angemessenheit im Urheberrecht, 2013, S. 141, 149 f.

terschiedlichen Interessen der Beteiligten in Einklang bringen.⁶⁵ Der gerechte Ausgleich sollte damit eine Brücke bauen:⁶⁶ Auf der einen Seite sollte es denjenigen Staaten, die bereits ein Vergütungssystem nach kontinentaleuropäischem Vorbild implementiert hatten, möglich sein, dieses beizubehalten. Auf der anderen Seite sollte jedoch keine Verpflichtung zu einem solchen System eingeführt werden. Daher setzte die herrschende Interpretation den gerechten Ausgleich von Beginn an nicht mit dem Konzept der angemessenen Vergütung gleich.⁶⁷

Hieraus zu schlussfolgern, der gerechte Ausgleich sei kein autonomer Begriff des Unionsrechts, ginge fehl. So ging auch die Gegenansicht schon unmittelbar nach Verabschiedung

Zur Entwicklung des gerechten Ausgleichs im Gesetzgebungsprozess: Der Richtlinienvorschlag (KOM(97) 628 endg.) ließ die Einführung oder Beibehaltung einer angemessenen Vergütung zu, ohne die Staaten hierzu zu verpflichten (vgl. das entsprechende Explanatory Memorandum, S. 29 f. (englische Sprachfassung)). Der dem gerechten Ausgleich entsprechende Begriff findet sich in vielen anderen Sprachfassungen – etwa in der Dänischen, der Englischen, der Französischen und der Italienischen – erstmals im Bericht des Europäischen Parlaments zum Richtlinienvorschlag (ABl. 1999 C 150/171), wohingegen dieses Dokument in deutscher Sprache den Begriff der „angemessenen Vergütung“ nutzt. Ähnlich auch im Niederländischen (*billijke vergoeding* statt *billijke compensatie*). Auch im schwedischen wird noch ein anderer Begriff als im Richtlinienentwurf verwendet (*lämplig kompensation* statt *rimlig kompensation*). Der Begriff des gerechten Ausgleichs wird in deutscher Sprache erstmals im geänderten Richtlinienvorschlag (KOM (1999) 250 endg.) verwendet. Damit sind die Schilderungen von *Reinbothe* a. a. O. sowie *Wiesemann* Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 35, die vermuten lassen, auch im deutschen sei der Begriff schon im Bericht des Europäischen Parlaments enthalten, missverständlich. Präzise hingegen *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 961; *Triebe* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 234 ff. Andererseits sieht sich auch die Interpretation von *Hohagen* Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 220 f., der davon ausgeht, die Europäische Kommission wäre der Forderung des Europäischen Parlaments nur in abgeschwächter Form nachgekommen, Zweifeln ausgesetzt. Zu Ungereimtheiten im Rahmen der Dokumentation des Verhandlungsprozesses *Kress* Die private Vervielfältigung im Urheberrecht, 2004, S. 130.

⁶⁵ Nach *Reinbothe* in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 313 f.; *ders.* in: Riesenhuber; Die Angemessenheit im Urheberrecht, 2013, S. 141, 147 f. handelte es sich um eine komplexe Interessenlage: Im Grunde standen die Staaten, die bereits Vergütungssysteme kannten und diese beibehalten wollten, denjenigen gegenüber, die entsprechende Systeme nicht vorsahen und diese auch nicht einführen wollten. Aber auch innerhalb dieser Gruppen fanden sich Betroffene mit abweichenden Positionen: So setzten sich aber die Ausgleichsschuldner, insbesondere die Gerätehersteller, gegen gesetzliche Vergütungsmodelle ein. Ebenso sprachen sich die Tonträger- und Filmhersteller gegen einen solchen Regelungsansatz aus, da ihnen der Schwerpunkt der Systeme auf der Begünstigung von Kreativen missfiel. Kreative und deren Verwertungsgesellschaften vertraten die Gegenansicht. Siehe auch *Kress* Die private Vervielfältigung im Urheberrecht, 2004, S. 130.

⁶⁶ So *Hugenholz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 35; *Reinbothe* in: Riesenhuber Die Angemessenheit im Urheberrecht, 2013, S. 141, 150; *ders.* GRUR Int. 2001, 733, 738; *Spindler* GRUR 2002, 105, 111; *Wiesemann* Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 35. Vgl. auch *Ullrich* GRUR Int. 2009, 283, 291.

⁶⁷ *Engels* Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatkopie, 2006, S. 34; *Hohagen* Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 220; *Hugenholz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 36; *Kress* Die private Vervielfältigung im Urheberrecht, 2004, S. 130; *Philapitsch* Die digitale Privatkopie, 2007, S. 92; *Reinbothe* GRUR Int. 2001, 733, 738; *Schack* GRUR Int. 2009, 490, 493; *Ullrich* GRUR Int. 2009, 283, 291. Anders hingegen *Hoeren* MMR 2000, 515, 519; *Schack* ZEuP 2000, 799, 811. Siehe auch *Götting* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, 2004, S. 48; *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 696.

der Richtlinie – also noch bevor sich der EuGH erstmalig mit der Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs befasste – zwar von einem weiten Ausgestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten aus, erkannte die Harmonisierungswirkung des gerechten Ausgleichs aber im Grunde an.⁶⁸ Dieses Verständnis ist vorzugswürdig, denn schon durch die Erwägungsgründe bringt der Unionsgesetzgeber zum Ausdruck, dass er eine Harmonisierung intendiert.⁶⁹ Im Einzelnen wird der unbestimmte Rechtsbegriff insbesondere durch die Erwägungsgründe 35, 36 und 38 konkretisiert.⁷⁰ Darüber hinaus können auch die allgemeinen Vorgaben der Erwägungsgründe für die Auslegung der Bestimmung bedeutsam werden.⁷¹ Der gerechte Ausgleich konnte von Beginn an nicht als „Leerstelle“ interpre-

⁶⁸ *Kress* Die private Vervielfältigung im Urheberrecht, 2004, S. 288 f., 130; *Reinbothe* in: Riesenhuber, Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 2007, S. 79, 93; *ders.* ZUM 2002, 43, 49; *Schack* GRUR Int. 2009, 490, 492 ff.; *Ulrich* GRUR Int. 2009, 283, 291; *Wiesemann* Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 39 ff. Vgl. etwa auch *Dreier* ZUM 2002, 28, 33 ff.. Ähnlich auch *Baumgartner* Privatvervielfältigung im digitalen Umfeld, 2006, S. 145 f.; *Mogel* Europäisches Urheberrecht, 2001, S. 288 f.; *Wagner* Die Privatkopie als urheberrechtliche Schrankenregelung, 2011, S. 56. Rückblickend auch *Reinbothe* in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 315 ff.; *ders.* in: Riesenhuber, Die Angemessenheit im Urheberrecht, 2013, S. 141, 152 ff. Ähnlich wie hier auch die Bewertung von *Leistner* EuZW 2016, 166, 170. Demgegenüber im Ergebnis mit hohen Anforderungen *Hugenholz/ Guibault/ van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 35 ff. Relativ restriktiv auch *Spindler* GRUR 2002, 105, 110. Demgegenüber krit. *Hobagen* Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 221, Fn. 326.

⁶⁹ *Dreher* ELR 2010, 382, 385; *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 701. Ähnlich auch *Quintais*, IIC 2015, 66, 77. Krit. hingegen *Lucas-Schloetter* RIDA 2015 (243), 2, 14 ff. (Rn. 9). Vgl. zum Auslegungsmaßstab Riesenhuber/ Riesenhuber Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 10 Rn. 6; Riesenhuber/ Röhbel Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 11 Rn. 13.

Zur Bedeutung der Erwägungsgründe im Allgemeinen: Nach EuGH BeckRS 2004, 72342, Rn. 21 – Casa Fleischhandel geben die Erwägungsgründe Aufschluss über die Auslegung der Norm, stehen jedoch nicht auf gleicher Stufe zu dieser. EuGH BeckRS 2004, 74578, Rn. 54 – Nilsson präzisiert, dass Begründungserwägungen nicht verbindlich sind und nicht zur Rechtfertigung einer Abweichung von den Bestimmungen des betreffenden Rechtsaktes angeführt werden können. Vgl. dazu Stamatoudi/ Torremans/ Geiger/ Schönherr EU Copyright Law, 2014, Rn. 11.78. Ähnlich auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 73; *Reinbothe* in: Riesenhuber, Die Angemessenheit im Urheberrecht, 2013, S. 141, 152; *Spindler* Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturflatrate, 2014, Rn. 229; *Walter/ v. Lewinski* Europäisches Urheberrecht, 2001, Einl. Rn. 37.

⁷⁰ Vgl. die Analyse von *Reinbothe* in: Riesenhuber, Die Angemessenheit im Urheberrecht, 2013, 141, 152 ff. EGr. 35 InfoSoc-RL enthält Vorgaben, die das grundlegende Verständnis umreißen (vgl. dazu *Walter/ v. Lewinski/ v. Lewinski/ Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.25). EGr. 38 InfoSoc-RL befasst sich mit dem gerechten Ausgleich für die Privatkopieschranke. Obwohl der Erwägungsgrund sich dem Wortlaut nach auf Vervielfältigung von Ton-, Bild- und audiovisuellem Material beschränkt, deutet die Entstehungsgeschichte darauf hin, die Erwägungen generell zur Auslegung des Privatkopieausgleichs heranzuziehen. Der ursprünglich Richtlinienvorschlag (KOM(97) 628 endg.) sah eine entsprechende tatbestandliche Beschränkung der Privatkopieschranke vor. Dieses Merkmal findet sich in der verabschiedeten Fassung nicht. Zudem befassen sich EGr. 45 und 52 InfoSoc-RL mit der vertraglichen Beziehung zur Gewährleistung des gerechten Ausgleichs und zu dessen Verhältnis zu technischen Schutzmaßnahmen.

⁷¹ Dazu zählen etwa EGr. 4 und 9 InfoSoc-RL zum Erfordernis eines hohen Schutzniveaus, EGr. 10 InfoSoc-RL zur Notwendigkeit einer angemessenen Vergütung, sowie EGr. 31 InfoSoc-RL zum angemessenen Rechts- und Interessenausgleich. Vgl. auch *Reinbothe* in: Stamatoudi, New Developments in

tiert werden.⁷² Auch wenn im Einzelnen darüber gestritten werden kann, wie hoch der Grad der unionsrechtlichen Harmonisierung ist, so ist die Einordnung als autonomer und einheitlich auszulegender Begriff des Unionsrechts gerade die Voraussetzung für diese Debatten um die Konkretisierungstiefe.⁷³

II. *Einheitliches und adaptionsfähiges Konzept*

Wie sich bereits aus der Regelungsstruktur der InfoSoc-Richtlinie ergibt, bezieht sich der gerechte Ausgleich auf die jeweiligen Schrankenbestimmungen. Es handelt sich nicht um ein vollends uniformes Konzept, sondern die materiellen Anforderungen an den gerechten Ausgleich können sich von Schranke zu Schranke unterscheiden.⁷⁴ Die Gemeinsamkeiten der unterschiedlichen Ausprägungen sind dabei so groß, dass der gerechte Ausgleich als ein einheitliches Konzept zu verstehen ist, das jedoch in dem Sinne adaptionsfähig ist, dass es in einer Weise ausgelegt wird, die den Besonderheiten der jeweils zu kompensierenden Schrankennutzungen Rechnung trägt.

Der gerechte Ausgleich wird im Grundsatz schrankenübergreifend einheitlich ausgelegt.⁷⁵ Die Ausgleichsansprüche im Gegenzug zu unterschiedlichen Schrankenbestimmungen teilen sich die gleichen dogmatischen Grundlagen, worauf bereits die einheitliche Bezeichnung hindeutet und was sich zudem in EGr. 35 InfoSoc-RL zeigt, der den gerechten Ausgleich im Ganzen betrifft.⁷⁶ Die Notwendigkeit eines einheitlichen Verständnisses ergibt sich aus dem Kohärenzgebot, EGr. 32 InfoSoc-RL.⁷⁷ Entsprechend können die Vorgaben der Rechtsprechung im Grunde zwischen den jeweiligen Ausprägungen des

EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 413, der sich zusätzlich EGr. 7 InfoSoc-RL bezieht.

⁷² Im Regelfall ist von einer autonomen einheitlichen Auslegung auszugehen; die „Leerstelle“ ist die begründungsbedürftige Ausnahme von dieser Regel (*Riesenhuber* in: ders.: Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 2007, S. 113, 125; v. *Ungern-Sternberg* GRUR 2017, 217, 218). Auch die Neuartigkeit des Konzeptes spricht in der Tendenz für eine autonome Auslegung, da das Konzept gerade nicht auf vorbestehende mitgliedstaatliche Regelungen verweist (GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 70 ff. – Padawan).

⁷³ Vgl. *Leistner* FS Roth 2015, S. 347, 352 f.; *Leistner* FS Bornkamm 2014, S. 859, 860; *Leistner* ZGE 2013, 312, 330; *Roth* ERCL 2011, 425, 431; v. *Ungern-Sternberg* FS Bornkamm 2014, S. 1007, 1011.

⁷⁴ Siehe auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 53 f., der formuliert, dass mit dem Erfordernis einer kohärenten Auslegung des gerechten Ausgleichs nicht einhergehe, dass diese in allen Schrankenregelungen zu gleichen Ergebnissen führe. Der gerechte Ausgleich sei an den jeweiligen Schrankentatbestand gekoppelt.

⁷⁵ Vgl. auch *Dreier* ZUM 2011, 281, 289; *Wandtke/Bullinger/Lüft* 6. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 6; *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 12.

⁷⁶ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 37 – Reprobel.

⁷⁷ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 38 – Reprobel. Der EuGH erstreckt das Kohärenzgebot also nicht nur auf die Ausnahmen und Beschränkungen selbst, sondern über den Wortlaut des Erwägungsgrundes hinaus auch auf den gerechten Ausgleich (vgl. auch *Hoeren* CR 2016, 557, 561).

gerechten Ausgleichs übertragen werden.⁷⁸ Insbesondere wenn sich eine vom EuGH präzierte Vorgabe – wie fast immer – zumindest auch auf die allgemeingültigen Erwägungen stützt, ist sie mit den nötigen Abänderungen („*mutatis mutandis*“) für die Auslegung des gerechten Ausgleichs nach der anderen Schrankenbestimmung relevant.⁷⁹ Da die Vorgaben *entsprechend* übertragen werden, können die materiellen Anforderungen an den jeweiligen Schrankentatbestand angepasst werden und mithin voneinander abweichen.⁸⁰ Die Möglichkeit solcher Abweichungen deutet sich insbesondere in EGr. 38 und 39 InfoSoc-RL an, deren Vorgaben sich ausschließlich auf die Ausgestaltung des Privatkopieausgleichs beziehen.⁸¹ Sofern eine Vorgabe nur für den gerechten Ausgleich einer Schranke gelten soll, ist die Zulässigkeit dieser Abweichung begründungsbedürftig.

Ob der Ausgleich fakultativ oder obligatorisch vorgesehen ist, ist für die Übertragbarkeit der unionsrechtlichen Vorgaben im Grundsatz unbeachtlich.⁸² Immerhin sieht der Gesetzgeber in EGr. 36 InfoSoc-RL vor, dass Mitgliedstaaten einen gerechten Ausgleich vorsehen können, selbst wenn dies nicht zwingend geboten ist. Da der Richtliniengeber bewusst auf das in der Richtlinie verankerte Konzept rekurriert, gilt das Kohärenzgebot folgerichtig auch insoweit. Das schlägt sich normativ in EGr. 35 InfoSoc-RL nieder, der unabhängig vom fakultativen oder obligatorischen Charakter des gerechten Ausgleichs gilt. Zudem findet die Auslegung Rückhalt im erforderlichen Rechts- und Interessenausgleich. Im Ergebnis ist die Interessenlage in beiden Konstellationen in einer Weise ver-

⁷⁸ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 37 – Reprobel. Siehe auch bereits EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 32 – VG Wort. Vgl. weiterhin BGH GRUR 2012, 1017, Rn. 29 – Digitales Druckzentrum.

⁷⁹ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 37 – Reprobel, wobei der EuGH angesichts des konkret zu entscheidenden Falls dies nur auf die Auslegung der Reprographieschranke bezieht. Dazu Wandtke/Bullinger/*Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 38. Da der EuGH auf die Allgemeingültigkeit von EGr. 35 InfoSoc-RL abstellt, wäre es widersinnig, eine Übertragung auf den Reprographieausgleich zu beschränken. Siehe zudem bereits EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 73 – VG Wort. Siehe aber Schrickler/Loewenheim/*Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 5, die allein feststellen, die Grundsätze für die Ausgestaltung der Privatkopieabgabe seien in Bezug auf den gerechten Ausgleich auch für die Auslegung der Reprographieschranke maßgeblich.

⁸⁰ Ähnlich *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 53. Vgl. anschaulich auch Wandtke/Ohst/*Jani* Praxishandbuch Medienrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2014, Kap. 1 Rn. 183, der es als offen erachtete, ob eine für den Privatkopieausgleich präzierte Vermutung, die dessen Anwendung sicherstellt, auf den Reprographieausgleich übertragen werden kann. Die Frage hat inzwischen Klärung erfahren (EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 72 – Reprobel. Dazu Teil 1: H.II.3.d)aa).

⁸¹ Vgl. auch EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 36 – Padawan. Auch Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL gibt für den Privatkopieausgleich im Gegensatz zum obligatorischen Ausgleich nach Art. 5 Abs. 2 lit. a) und e) InfoSoc-RL explizit vor, dass die Anwendung technischer Schutzmaßnahmen zu berücksichtigen ist. Im Ergebnis führt dies aber nicht zu abweichenden Anforderungen, vgl. Teil 1: G.II.4.b).

⁸² Vgl. *Ullmann* CR 2012, 288, 290. In diese Richtung auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 54. Anders wohl *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 392 f. sowie bezogen auf die Verlegerbeteiligung *Riesenhuber* EuZW 2016, 16, 17.

gleichbar, die eine Übertragung erforderlich macht. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch die Einführung eines obligatorischen Ausgleichs für den Mitgliedstaat lediglich eine gebundene Option eröffnet. Auch hier ist er nicht im engeren Sinne zur Einführung des gerechten Ausgleichs verpflichtet, aber an die strengen Vorgaben gebunden, sofern er sich zur Umsetzung der Schranke entscheidet. Diese Wertung ist übertragbar. Lediglich sofern der EuGH dem obligatorischen Charakter bei der Konkretisierung bestimmter Vorgaben eine besondere Bedeutung zumisst, ist die Übertragbarkeit zweifelhaft und damit ggfs. klärungsbedürftig.⁸³

III. Ausgestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten

Den Mitgliedstaaten stehen weite Ausgestaltungsspielräume bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben zu, die auch als Ermessen bezeichnet werden.⁸⁴ Diese Spielräume sind schon in der Unbestimmtheit des Konzeptes angelegt.⁸⁵ Das Ausgestaltungsermessen erstreckt sich auf die Festlegung der Form, auf die Art und Weise der Zahlung und Erhebung sowie auf die Höhe des gerechten Ausgleichs,⁸⁶ wobei sich die einzelnen Aspekte zum Teil überschneiden. Darüber hinaus obliegt es den Mitgliedstaaten, die Schwelle eines geringfügigen Nachteils festzulegen, für den nach der *de minimis*-Regelung nach EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL kein Ausgleich gewährleistet werden muss.⁸⁷

Dabei wurde aus der enumerativen Aufzählung von einzelnen Aspekten in *Padawan* zum Teil geschlussfolgert, dass allein diese Aspekte zur Disposition der Mitgliedstaaten stünden.⁸⁸ Dieses Verständnis lässt sich nicht mit der Regelungstechnik vereinbaren, da nicht ersichtlich wäre, wie der unbestimmte Rechtsbegriff im Übrigen konkretisiert werden

⁸³ Vgl. *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 86 f. mit einem strengen Verständnis der für den Rechtsinhaber günstigen Ergebnisspflicht. Ähnlich wohl auch *Ullmann* CR 2012, 288, 290.

⁸⁴ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 23 – *Opus*; EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 74 – *VG Wort*; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 22 – *EGEDA* (weiter Gestaltungsspielraum); *Hoeren* CR 2016, 557; *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger 2016, S. 459, 466 f.; *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 958; *Kur/Dreier/Luginbuehl* European IP Law, 2. Aufl. 2019, S. 376 f.; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 55. So auch bereits *Reinbothe* GRUR Int. 2001, 733, 738; *ders.* ZUM 1998, 429, 435; *Spindler* GRUR 2002, 105, 112. Vgl. zum Verhältnis zwischen mitgliedstaatlichem Gestaltungsspielraum und einheitlicher Anwendung für ein europäisches Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt *Jütte* Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market, 2017, S. 490 ff., 501 („Guided Flexibility“).

⁸⁵ *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 7f.; *Lucas-Schloetter* RIDA 2015 (243), 2, 16. Für die angemessene Vergütung gem. Art. 8 Abs. 2 VV-RL (n.F.) hingegen aus methodischen Gesichtspunkten krit. gegenüber einem solchen Ansatz *Heinemann* JZ 2003, 678, 679.

⁸⁶ Grundlegend EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 37 – *Padawan*. Anschaulich zuletzt auch EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 41, 46 – *Strato*. Vgl. auch *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 968.

⁸⁷ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 62 – *Copydan*.

⁸⁸ *Staudegger* jusIT 2011, 1, 2.

soll.⁸⁹ Es entspricht zudem nicht der EuGH-Rechtsprechung. Der EuGH stellt in Folgeurteilen klar, dass den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des gerechten Ausgleichs im Allgemeinen ein weiter Gestaltungsspielraum zukommt.⁹⁰ Dieser Gestaltungsspielraum ist im Grunde inhaltlich umfassend angelegt.⁹¹ Das trägt dem Subsidiaritätsprinzip Rechnung, Art. 5 Abs. 3 EUV.⁹² Der Spielraum wird durch die materiellen Anforderungen des Unionsrechts beschränkt, insbesondere durch die diversen, teilweise sehr konkreten Vorgaben zur Auslegung des gerechten Ausgleichs, die der EuGH in seiner Rechtsprechung herausgearbeitet hat.⁹³ Beschränkungen des Ausgestaltungsermessens können sich nicht nur unmittelbar aus den Richtlinienvorgaben, sondern auch aus dem übrigen Unionsrecht ergeben. Die Mitgliedstaaten müssen insbesondere gemäß Art. 20 GRCh Gleichbehandlung gewährleisten bei der Ausgestaltung und Auslegung der nationalen Vorgaben, die den gerechten Ausgleich umsetzen.⁹⁴ Der EuGH überprüft die Einhaltung der Grenzen.⁹⁵ Mangelt es an hinreichend genauen unionsrechtlichen Kriterien, obliegt die Festlegung der sachnächsten Kriterien dem jeweiligen Mitgliedstaat, der somit die unionsrechtliche Verpflichtung konkretisiert.⁹⁶ Die Tatsache, dass der EuGH das Ermessen als solches bisher nicht tiefergehend konkretisiert hat,⁹⁷ ist kein Makel, sondern verträgt sich ohne Weiteres mit dieser Regelungssystematik. Dass dies unterschiedliche Ausgestaltungen von Ausgleichssystemen in den jeweiligen Mitgliedstaaten ermöglicht, steht in Spannung zum

⁸⁹ Vgl. Wandtke/Bullinger/Leenen 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 49; Reinbothe in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 312. Ähnlich Fischer FS Walter 2018, S. 466, 467.

⁹⁰ EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 22 – EGEDA. Vgl. auch EuGH GRUR 2011, 1025, Rn. 20 – Amazon: weites Ermessen für die Einzelheiten des gerechten Ausgleichs; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 57 – Copydan: Gestaltungsspielraum bei der Umsetzung des gerechten Ausgleichs. Krit. Leistner ZGE 2013, 312, 343.

⁹¹ Roder Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 457; v. Ungern-Sternberg GRUR 2017, 217, 224. Vgl. inzwischen auch Staudegger jusIT 2016, 180; dies. jusIT 2017, 14.

⁹² Siehe dazu Calliess/Ruffert/Calliess 6. Aufl. 2022, Art. 5 EUV Rn. 20. Damit wird auch die grundsätzliche Zuständigkeit der nationalen Gesetzgeber gewahrt (Roder Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 458).

⁹³ EuGH GRUR 2013, 1024, Rn. 21 – Amazon. Vgl. etwa auch Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, Vor § 44a UrhG, Rn. 6a; Hoeren/Jakopp Festschrift Herberger 2016, S. 459, 466 f.; Lucas-Schloetter RIDA 2015 (243), 2, 12 ff. (Rn. 7 f.); Jani/Leenen EuZW 2015, 358, 359; Roder Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 458.

⁹⁴ Vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 73 – VG Wort mit Blick auf die Bestimmung des Schuldners. Dazu auch Wandtke/Bullinger/Leenen 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 74 mit Blick auf die Höhe des Ausgleichs.

⁹⁵ Roder Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 458.

⁹⁶ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1024, Rn. 21 – Amazon; Roder Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 289. Allgemein auch EuGH GRUR 2012, 166, Rn. 103 – Painer; Oberfell/Stieper FS 50 Jahre UrhG, 2015, S. 223, 229.

⁹⁷ Hoeren CR 2016, 557, betont, den Mitgliedstaaten stehe ein gewisses Ermessen zu, welches allerdings durch den EuGH nicht weiter konkretisiert wurde.

Harmonisierungsbestreben des Richtliniengebers⁹⁸ und birgt die Gefahr von Wettbewerbsverzerrungen,⁹⁹ ergibt sich aber eindeutig aus den Richtlinienvorgaben.¹⁰⁰

IV. Vollharmonisierter Rechtsrahmen

Wesentlich für die Intensität der Harmonisierung durch den gerechten Ausgleich ist die Art der Harmonisierung.¹⁰¹ Es bestehen unterschiedliche konzeptuelle Ansätze über die Harmonisierung, weshalb die Begrifflichkeiten nicht immer einheitlich verwendet werden.¹⁰² Es steht in Frage, ob der gerechte Ausgleich eine Vollharmonisierung bewirkt, die auch als totale oder vollständige Harmonisierung¹⁰³ bezeichnet wird. Sofern die vollständige Harmonisierung in dem Sinne verstanden wird, dass die materiellen Vorgaben innerhalb des Anwendungsbereichs des Rechtsakts vollständig durch das Unionsrecht bestimmt werden, sind weitreichende nationale Gestaltungsspielsäume hiermit nicht zu vereinbaren.¹⁰⁴ Der gerechte Ausgleich eröffnet den Mitgliedstaaten weite Ausgestaltungsspielräume und ist nicht in diesem Sinne vollständig harmonisiert. Zum Teil wird mit dem Begriff der Vollharmonisierung bezeichnet, dass Mitgliedstaaten keine von der Richtlinie abweichenden Vorschriften erlassen dürfen.¹⁰⁵ Die nationale Regelung darf nicht über die Richtlinienvorgabe hinausgehen. Die vollständige Harmonisierung kann dabei von der Mindestharmonisierung abgegrenzt werden.¹⁰⁶ Aus einer Vollharmonisierung folgt nach dieser Begriffsverwendung nicht – wie es der Begriff vermuten lassen könnte –, dass die Umsetzung eine vollständige Rechtsvereinheitlichung zur Folge hat.¹⁰⁷ Vielmehr geht es

⁹⁸ Koch/Druschel GRUR 2015, 957; Reinbothe GRUR Int. 2001, 733, 733 f. Vgl. zudem EGr. 38 InfoSoc-RL.

⁹⁹ Vgl. EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 49 – ACI Adam.

¹⁰⁰ Vgl. Lanber-Rönsberg ZUM 2014, 578, 579; Leistner GRUR Int. 2015, 681, 683.

¹⁰¹ Vgl. Oppermann/Classen/Nettesheim Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 32 Rn. 35; Oberfell/Stieper FS 50 Jahre UrhG, 2015, S. 223, 225.

¹⁰² Anschaulich Klamert EuZW 2015, 265.

¹⁰³ Streinz/M. Schröder 3. Aufl. 2018, Art. 114 AEUV Rn. 46; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Tietje 80. EL 2023, Art. 114 AEUV Rn. 39.

¹⁰⁴ In diesem Sinne EuGH GRUR 2019, 934, 936 f. – Afghanistan Papiere; EuGH GRUR 2019, 940, 941 f. – Reformistischer Aufbruch. Siehe dazu Leistner GRUR 2019, 1008, 1014. Vgl. auch Oppermann/Classen/Nettesheim Europarecht, 9. Aufl. 2021, § 32 Rn. 35 mit Abgrenzung zur Mindestharmonisierung.

¹⁰⁵ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Tietje 80. EL 2023, Art. 114 AEUV Rn. 38 f. Vgl. Calliess/Ruffert/Korte 6. Aufl. 2022, Art. 114 AEUV Rn. 28 f. zur Totalangleichung und zur absoluten Angleichung.

¹⁰⁶ Vgl. Möllers Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 2 Rn. 71, § 7 Rn. 32, 34; Grabitz/Hilf/Nettesheim/Tietje 80. EL 2023, Art. 114 AEUV Rn. 38 ff.; Klamert EuZW 2015, 265; Schultze Europarechtliche Grenzen für die nationale Gesetzgebung im Bereich des Electronic Commerce, 2010, S. 82; Weber/Weber Rechtswörterbuch, 31. Aufl. 2021, Richtlinien der EU.

¹⁰⁷ Herresthal in: Gsell/Herresthal: Harmonisierung im Privatrecht, 2009, S. 113, 157 f.; Mittwoch Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht, 2013, S. 33 ff. Vgl. auch Calliess/Ruffert/Korte 6. Aufl. 2022, Art. 114 AEUV Rn. 28.

darum, inwieweit die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinienvorgaben innerhalb deren Anwendungsbereichs etwas Abweichendes anordnen können.¹⁰⁸ Bei vollharmonisierenden Richtlinien sind derartige Abweichungen prinzipiell unstatthaft; bei mindestharmonisierenden Richtlinien ist dies hingegen nur der Fall, wenn die Abweichung in die unzulässige Richtung geht.¹⁰⁹

Ob der gerechte Ausgleich in diesem Sinne teilweise oder vollständig harmonisiert wurde, wird unterschiedlich beurteilt.¹¹⁰ Mangels expliziter Festlegung in der Richtlinie ist dies durch Auslegung zu bestimmen.¹¹¹ Eine verbreitete Ansicht geht von einer Mindestharmonisierung des gerechten Ausgleichs zugunsten der Rechtsinhaber aus.¹¹² Nach diesem Verständnis wäre eine zu deren Gunsten über den Maßstab der Richtlinie hinausgehende Regelung zulässig, solange diese Regelung die Interessen der Beteiligten wahrt, keine Diskriminierungen verursacht und keine Beeinträchtigungen des Binnenmarktes zur Folge hat.¹¹³ Diese Auslegung wird auf den Kompromisscharakter des gerechten Ausgleichs, die (weitgehend) optionale Ausgestaltung der Schranken sowie die Möglichkeit eines fakultativen Ausgleichs gestützt.¹¹⁴

Dieses Verständnis entspricht nicht dem Stand der Rechtsprechung. Der EuGH hat den Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten verdichtet¹¹⁵ und dabei für die Mitgliedstaaten

¹⁰⁸ *Kuhn* EuR 2015, 216, 220.

¹⁰⁹ *Kuhn* EuR 2015, 216, 220; *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Tietje* 80. EL 2023, Art. 114 AEUV Rn. 41.

¹¹⁰ Der Harmonisierungsgrad ist nicht notwendigerweise für alle Bestimmungen einer Richtlinie identisch, sondern jeweils für die einzelnen Vorschriften zu prüfen (*v. Ungern-Sternberg* FS Bornkamm 2014, S. 1007, 1013 f.; *Herresthal* in: Gsell/Herresthal: Harmonisierung im Privatrecht, 2009, S. 113, 141).

¹¹¹ Vgl. von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Classen* 7. Aufl. 2015, Art. 114 AEUV Rn. 24; *Schaub* in: Karakostas/Riesenhuber, Methoden- und Verfassungsfragen Europäischer Rechtsangleichung, 2011, S. 81, 86; *v. Ungern-Sternberg* FS Bornkamm 2014, S. 1007, 1013.

¹¹² *Grünberger* ZUM 2022, 321, 338 f. *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 224; *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 7; *Reinbothe* in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 319; *ders.* GRUR-Prax 2015, 454, 455 f.; *ders.* ZGE 2015, 143, 161 ff.; *ders.* in Riesenhuber: Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 156 f.; *Riesenhuber* EuZW 2016, 16, 18; *ders.* ZUM 2016, 216, 220 f. Auch *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 11 legt seinen Überlegungen diese Annahme zugrunde. *Reinbothe* in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 319 f. kritisiert zwar die Auslegung des gerechten Ausgleichs durch den EuGH, erkennt aber im Rahmen des Anwendungsbereichs des gerechten Ausgleichs den nach oben hin begrenzenden Effekt der Rechtsprechung an.

¹¹³ *Reinbothe* GRUR-Prax 2015, 454, 455; *Reinbothe* in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 316; *ders.* in Riesenhuber: Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 155 f. Da damit aber auch die Interessen der Beteiligten bedeutsam sein sollen, wäre selbst nach diesem Verständnis nicht jede Regelung zu ihren Lasten unionsrechtskonform.

¹¹⁴ *Reinbothe* GRUR-Prax 2015, 454, 454 f., der für die Richtlinie zudem grundsätzlich von einer Mindestharmonisierung ausgeht. Vgl. im weiteren Sinne zur Thematik auch *Reinbothe* in Riesenhuber: Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 150 ff.

¹¹⁵ *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 967 f.; *Leistner* EuZW 2016, 166, 171. Vgl. auch bereits *Leistner* ZGE 2013, 312, 338.

auch verbindliche Vorgaben herausgearbeitet, über die sie nicht zugunsten der Rechtsinhaber hinausgehen können.¹¹⁶ Die vom EuGH präzisierten Vorgaben sind verbindlich und dürfen weder über- noch unterschritten werden. Diese Auslegung ist in der Richtlinie angelegt und nicht im Grunde zu beanstanden. Der gerechte Ausgleich dient nicht nur den Rechtsinhabern, sondern schützt auch andere am System zur Gewährung des gerechten Ausgleichs beteiligte Personen, allen voran die durch die Schranken privilegierten Nutzer.¹¹⁷ Damit gibt das System des gerechten Ausgleichs nach dem Stand der Rechtsprechung einen vollharmonisierten Rahmen vor, innerhalb dessen den Mitgliedstaaten ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht.¹¹⁸ Das Konzept des gerechten Ausgleichs bewirkt keine Vollharmonisierung im Sinne einer absoluten Rechtsangleichung. Er hat rahmenhaften Charakter zugunsten aller von der Regelung Betroffenen, zielt aber nur auf eine Harmonisierung bestimmter Aspekte ab, wobei sich aus der Rechtsprechung teilweise ausdifferenzierte Anforderungen ergeben, die die Spielräume des Mitgliedstaates stark verengen.

¹¹⁶ Koch/Druschel GRUR 2015, 957, 967 f. Ähnlich auch Pflüger Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 55 f. Vgl. auch Spindler Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturflatrate, 2014, Rn. 238 sowie Stieper ZGE 2015, 170, 192 ff. für die Berechnung. Vgl. Leistner EuZW 2016, 166, 171 mit Verweis auf EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 47 ff. – ACI Adam für den Ausgleich für Kopien aus illegalen Quellen. Vgl. bereits Wiesemann Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 36 mit Bezug zu den Vorgaben für technische Schutzmaßnahmen. Vgl. auch Resolution des Europäischen Parlaments vom 9.7.2015 (P8_TA-PROV (2015) 0273), Empfehlungen Nr. 56, 57 („angemessene Entschädigung“).

¹¹⁷ Siehe Teil 1: B.II.

¹¹⁸ Jani/Leenen EuZW 2015, 358, 359.

B. Regelungszweck

Der EuGH lässt eine tiefgreifende Auseinandersetzung mit der Frage vermissen, welches übergeordnete Ziel ein gesetzlicher Ausgleich für Vervielfältigungen zum privaten und eigenen Gebrauch verfolgt.¹¹⁹ Der EuGH präzisiert nicht etwa, dass dem gerechten Ausgleich ein Gedanke der Sozialbindung zugrunde liegt, nach dem Vergütungsinteressen der Rechtsinhaber durch eine gesetzliche Regelung Rechnung getragen wird, um im Gegenzug Einschränkungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch zu ermöglichen.¹²⁰ Einen Bezug zu den Begründungsansätzen des Urheberrechts oder den unterschiedlichen Urheberrechtssystemen stellt er ebenfalls nicht her.¹²¹ Das ist bedauerlich, aber begründet sich in dem Umstand, dass dem Unionsurheberrecht bisher keine klare Konzeption zugrunde liegt.¹²² Historisch gesehen sind Ausgleichsansprüche für Relativierungen des Ausschließlichkeitsrechts in kontinentaleuropäischen Urheberrechtssystemen, vor allem in der Form einer angemessenen Vergütung, stärker verbreitet; sie sind aber auch angloamerikanischen Systemen nicht fremd.¹²³ Teilweise lassen sich die einzelnen Anforderungen stimmiger in ein *copyright*-System integrieren, zum Teil sind sie besser mit einem *droit d'auteur*-System zu vereinbaren.¹²⁴ Damit stellt der gerechte Ausgleich nach der Auslegung des EuGH ein hybrides Konzept dar, das unterschiedliche Ansätze der verschiedenen Rechtstraditionen vereint. Dabei dient der gerechte Ausgleich im Konkreten zwei Zwecken:¹²⁵

¹¹⁹ Vgl. *Karapapa* EIPR 2013, 129, 130.

¹²⁰ Vgl. für das deutsche Recht BVerfG NJW 1992, 1303, 1306 – Leerkassette; Schricker/Loewenheim/*Stieper* 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 6 f.

¹²¹ Zu den Begründungsansätzen anschaulich *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 53 ff. Zu den unterschiedlichen Urheberrechtstraditionen und Schutzkonzepten bezogen auf die Privatkopie *Ullrich* GRUR Int. 2009, 283, 284. Zu den Funktionen des Urheberrechts unter Bezugnahme auf die Unterschiede zwischen den Urheberrechtstraditionen *Hilty/Jaeger/Wallot* Europäisches Immaterialgüterrecht, 2016, S. 203 ff.

¹²² *Schack* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 146. Siehe auch *BeckOK/Stollwerck* 40. Aufl. 2023, Europ. UrhR Rn. 106.

¹²³ *Ullrich* GRUR Int. 2009, 283, 286 ff.

¹²⁴ Beispielsweise verträgt sich die Verpflichtung zur schadensausgleichenden Konzeption – zumindest sofern man diese restriktiv interpretiert – besser mit der angloamerikanischen Rechtstradition, vgl. bereits *Ullrich* GRUR Int. 2009, 283, 291. Dazu Teil 1: G.I. Demgegenüber fügen sich die originäre Zuweisung und das Verzichtsverbot eher in die kontinentaleuropäische Urheberrechtsordnung ein. Dazu Teil 1: E.

¹²⁵ Anschaulich *BGH* GRUR 2017, 161, Rn. 75 – Gesamtvertrag Speichermedien; *BGH* GRUR 2016, 792, Rn. 72 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik. Beide Zwecke finden Rückhalt im doppeldeutigen Begriff des gerechten Ausgleichs. Die Richtlinienbestimmungen selbst verwenden den Begriff im Sinne einer Leistung an den Rechtsinhaber, denn die Rechtsinhaber müssen den gerechten Ausgleich erhalten. Siehe beispielsweise auch *EuGH* GRUR 2011, 50, Rn. 30 – Padawan; *EuGH* GRUR 2011, 909, Rn. 19 – Opus; *EuGH* GRUR 2012, 489, Rn. 100, 107 – Luksan; *EuGH* GRUR 2013, 1025, Rn.

I. Leistung an die Rechtsinhaber

Der vorrangige Zweck des gerechten Ausgleichs besteht darin, dem Rechtsinhaber eine Leistung im Gegenzug zur Verkürzung seiner auf den Schutzgegenstand bezogenen¹²⁶ ausschließlichen Verwertungsrechte durch Ausnahmen und Beschränkungen zukommen zu lassen.¹²⁷ Das Vervielfältigungsrecht gemäß Art. 2 InfoSoc-RL ist – wie auch die anderen Verwertungsrechte der InfoSoc-Richtlinie – umfassend angelegt.¹²⁸ Die Mitgliedstaaten sind dazu verpflichtet, das Verwertungsrecht umzusetzen. Die Schrankenregelungen schränken dieses Recht ein, womit Nutzungen ohne Einwilligung der Rechtsinhaber zulässig sind.¹²⁹ Sie haben im Gegenzug einen gerechten Ausgleich zu erhalten. Der EuGH bezeichnet den gerechten Ausgleich als „Gegenleistung“¹³⁰ für den Schaden des Urhebers

19 – Amazon; Hofmann GRUR 2018, 21, 26 f.; Homar GRUR Int. 2017, 834 (Einhebung und Verteilung des gerechten Ausgleichs); Wandtke/Bullinger/Leenen 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 48 (Zahlung eines gerechten Ausgleichs); Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 6. In anderen Sprachfassungen tritt dieses Verständnis noch deutlicher hervor, wenn die Kompensation schon in der Bezeichnung des Konzepts zum Ausdruck kommt, vgl. dazu unter Teil 1: G.I.1. Andererseits kann dieser im Sinne eines Ausgleichs zwischen den Interessen der Beteiligten verstanden werden, vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 43 – Padawan mit Bezug auf den angemessenen Rechts- und Interessenausgleich nach EGr. 31 InfoSoc-RL. Siehe etwa auch Pflüger Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 62; Reinbothe in Riesenhuber, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 159 (einen gerechten Ausgleich herstellen).

¹²⁶ Die InfoSoc-Richtlinie definiert im Gegensatz zu anderen Richtlinien den Begriff des Werks nicht explizit (Jotzo ZGE 2017, 447, 456; Metzger ZEuP 2017, 836, 849; Roder Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 300). Der EuGH hat den urheberrechtlichen Werkbegriff vollständig harmonisiert. In richtlinienübergreifender Interpretation leitete er induktiv her, dass ein Werk eine „eigene geistige Schöpfung“ ist (Grundlegend EuGH GRUR 2009, 1041, Rn. 35 ff. – Infopaq. Siehe auch EuGH GRUR 2019, 73 – Levola/Smilde; EuGH GRUR 2019, 934, Rn. 18 ff. – Afghanistan Papiere. Vgl. Metzger ZEuP 2017, 836, 848 ff. Siehe auch Grünberger ZUM 2020, 175, 178). Diese Auslegung ist notwendig, da andernfalls die Harmonisierungswirkung der Verwertungsrechte umgangen werden könnte (vgl. Metzger ZEuP 2017, 836, 850; ders. GRUR 2012, 118, 121; Roder Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 301; Spindler in: Grünberger/Leible, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, 2014, S. 227, 232 f. Anders noch Riesenhuber in: ders., Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 2007, S. 113, 125 f. Krit. auch Schack GRUR 2019, 75).

¹²⁷ Siehe etwa Quintais IIC 2015, 66, 70. Vgl. auch BGH GRUR 2017, 161, Rn. 75 – Gesamtvertrag Speichermedien; BGH GRUR 2017, 684 Rn. 62 – Externe Festplatten; Pflüger Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 73 ff.; v. Ungern-Sternberg GRUR 2018, 225, 235.

¹²⁸ Vgl. EuGH GRUR 2009, 1041, Rn. 56 f. – Zusammenfassungen von Artikeln der Tagespresse; Stamatoudi/Torremans/Geiger/Schönberr EU Copyright Law, 2014, Rn. 11.79; Metzger in: Leistner, Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, 2010, S. 101, 115.

¹²⁹ Vgl. Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 6; Wandtke/Bullinger/Leenen 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 2.

¹³⁰ Diese Begriffsverwendung ist eher untechnisch und deckt sich mit der Terminologie aus dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch nicht, da zwischen Rechtsinhabern und Nutzern kein beiderseitiges Leistungsverhältnis besteht, vgl. MüKo/Emmerich 9. Aufl. 2022, Vor § 320 BGB Rn. 3; Grünberger/Grüneberg 83. Aufl. 2024, § 320 BGB Rn. 4. Siehe auch EuGH ZUM-RD 2017, 505, Rn. 27 – SAWP. Siehe zum deutschen Recht weiterhin Lauber-Rönsberg Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 232 f.

aus der Vervielfältigung seines geschützten Werks.¹³¹ Schranke und Leistung stehen mit- hin in enger Verbindung zueinander. Dieser Zweck der Regelung dient dem Erfordernis eines hohen Schutzniveaus, EGr. 4 und 9 InfoSoc-RL.¹³² Im Primärrecht findet die Leis- tungsfunktion Rückhalt im Entschädigungserfordernis für eine gesetzliche Nutzungsrege- lung, Art. 17 Abs. 1 GRCh.¹³³

Da der gerechte Ausgleich auf eine Verbesserung der Stellung der Rechtsinhaber im Ver- gleich zur Situation ohne einen entsprechenden gesetzlichen Ausgleich abzielt, ist die Leistungsfunktion untrennbar mit dem Konzept verbunden. Der EuGH gibt den Mit- gliedstaaten vor, den Ausgleichsanspruch zwingend nach dem Schaden der Rechtsinhaber zu berechnen.¹³⁴ Damit dient der gerechte Ausgleich nach den von der Rechtsprechung präzierten Vorgaben der Kompensation der Rechtsinhaber.¹³⁵ Da EGr. 35 S. 1 InfoSoc- RL explizit vorsieht, dass der Erhalt des gerechten Ausgleichs der Absicherung einer an- gemessenen Vergütung (engl.: *adequate compensation*) dient, zielt der gerechte Ausgleich in einem weiteren Sinne auch auf die Vergütung der Rechtsinhaber ab,¹³⁶ wenngleich wegen der Eigenständigkeit des Konzepts damit keine angemessene Vergütung im herkömmli- chen Sinne (engl.: *equitable remuneration*) gemeint ist.¹³⁷

¹³¹ Grundlegend EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 40 – Padawan. Dazu Loewenheim/*Loewenheim/Stieper* HdU, 3. Aufl. 2021, § 91 Rn. 3; Schrickler/*Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 28, § 54 UrhG Rn. 6.

¹³² Vgl. EuGH GRUR 2011, 50 Rn. 39, 40, 42 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 32 f. – Opus; EuGH GRUR 2013, 812 Rn. 75 – VG Wort; EuGH GRUR 2013, 1025 Rn. 47 – Amazon; EuGH GRUR 2014, 546 Rn. 50 – ACI Adam; EuGH GRUR 2016, 55 Rn. 36 f. –Reprobel. Siehe auch Schri- cker/*Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG , Rn. 28; *Schulze* GRUR 2005, 828, 836.

¹³³ *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 67 ff. Vgl. auch *Leistner* CR 2018, 436, Rn. 29 m. V. a. EuGH GRUR 2012, 904, Rn. 62 f. – UsedSoft; EuGH GRUR 2012, 156, Rn. 106 ff. – Mur- phy, wonach der Anspruch des Urhebers auf angemessene Vergütung schon auf der allgemeinen Grundlage des Primärrechts den spezifischen Gegenstand des wirtschaftlichen Urheberrechts bilde.

¹³⁴ Grundlegend EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 38 ff. – Padawan. Dazu im Einzelnen unter Teil 1: G.I.

¹³⁵ Vgl. *Hertin/Wagner* Urheberrecht, 3. Aufl. 2019, Rn. 336. Aus dem Umstand, dass der gerechte Aus- gleich dem Schadensausgleich dient, ergibt sich die Kompensationsfunktion. Vgl. MüKoHGB/*Mankowski* 5. Aufl. 2021, Art. 74 CISG Rn. 8; *Wendeborst* Anspruch und Ausgleich, 1999, S. 299 ff.

¹³⁶ *Hofmann* GRUR 2018, 21, 27. Siehe auch *Wiesemann* Die urheberrechtliche Pauschal- und Individual- vergütung für Privatkopien, 2007, S. 37.

¹³⁷ Dass den Rechtsinhabern eine Leistung zuerkannt wird, dient deren angemessener Vergütung (engl.: *appropriate reward*) gemäß EGr. 10 InfoSoc-RL (vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 51 f. – Amazon; *Reinbothe* GRUR-Prax 2015, 454, 455. Siehe auch GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C- 467/08, Rn. 79 – Padawan).

II. Interessenausgleich

Der gerechte Ausgleich zielt zusätzlich darauf ab, die Interessen der beteiligten Gruppen in einen angemessenen Ausgleich zueinander zu bringen und Gerechtigkeit zwischen den von der Regelung betroffenen Personen herzustellen.¹³⁸ Damit dient der gerechte Ausgleich unter anderem auch dem Schutz der Nutzer. Im Gegensatz zur Leistungsfunktion ergibt sich dies nicht unmittelbar aus der Natur der Regelung. Dabei stellt der gerechte Ausgleich an sich bereits insofern ein Mittel zum Interessenausgleich dar, als dass die Leistung den Vergütungsinteressen der Rechtsinhaber im Gegenzug zur Einschränkung ihrer Rechte zur Geltung verhilft.¹³⁹ Er steht immer auch im Zusammenhang mit dem Ziel aller Schranken in Art. 5 InfoSoc-RL, generell auf einen angemessenen Interessenausgleich hinzuwirken.¹⁴⁰

Das Erfordernis eines Interessenausgleichs ergibt sich im weiteren Sinne schon aus dem Primärrecht.¹⁴¹ Das Sekundärrecht konkretisiert diese primärrechtlichen Vorgaben. In den im Richtlinien text und Erwägungsgründen verankerten Anforderungen, Doppelzahlungen zu vermeiden, EGr. 35 S. 4 InfoSoc-RL, und den Einsatz technischer Schutzmaßnahmen zu berücksichtigen, Art. 5 Abs. 2 lit. b) und EGr. 35 S. 5 InfoSoc-RL, zeigt sich, dass der gerechte Ausgleich nicht einseitig den Rechtsinhabern dient.¹⁴² Dennoch wurde zunächst

¹³⁸ Vgl. grundlegend EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 43, 49 f. – Padawan. Dazu Wandtke/Bullinger/Leenen 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 66.

¹³⁹ Vgl. für das deutsche Recht Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 1.

¹⁴⁰ Vgl. zum Ziel der Schranken Schrickler/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 28.

¹⁴¹ Anschaulich Wandtke/Bullinger/Leenen 6. Aufl. 2022, Vor Art. 1 ff. InfoSoc-RL Rn. 32. Für die Auslegung des gerechten Ausgleichs sind die europäischen Grundrechte bedeutsam (vgl. *Obergfell/Stieper* FS 50 Jahre UrhG, 2015, S. 223, 231 ff.), auch wenn mitgliedstaatliche Spielräume bei der Umsetzung bestehen (vgl. EuGH EuZW 2013, 302, Rn. 21 – Åkerberg Fransson). Überblickartig zur Reichweite der Bindung *Caliess/Ruffert/Kingreen* 6. Aufl. 2022, Art. 51 GRCh Rn. 14 ff. Krit. *Obergfell/Stieper* FS 50 Jahre UrhG, 2015, S. 223, 234. Den Grundrechten kommt bei der Auseinandersetzung mit dem gerechten Ausgleich sowohl in Literatur als auch in der Rechtsprechung nur eine untergeordnete Bedeutung zu, da der EuGH den mitgliedstaatlichen Spielraum durch seine Auslegung des Sekundärrechts in primärrechtskonformer Weise verengt. Die Verwertungsrechte der InfoSoc-Richtlinie fallen in den Schutzbereich des Eigentumsgrundrechts und werden durch die Ausnahmen und Beschränkungen, die aus grundrechtlicher Perspektive Nutzungsregelungen im Sinne von Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRCh darstellen, eingeschränkt (vgl. *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 67 f.). Ein gesetzlicher Anspruch der Rechtsinhaber ist ein probates Mittel zur Befriedigung derer Verwertungsinteressen (*Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 70; *Stieper* ZGE 2015, 170, 180). Die konkrete Ausgestaltung des Ausgleichssystems muss die Grundrechtspositionen der Beteiligten – insbesondere den Schutz des geistigen Eigentums gem. Art. 17 Abs. 1 und 2 GRCh, die Informationsfreiheit gem. Art. 11 Abs. 1 S. 2 GRCh sowie die unternehmerische Freiheit gem. Art. 16 GRCh – in einen angemessenen Ausgleich bringen, Art. 52 Abs. 1 GRCh. Siehe BGH GRUR 2011, 1007, Rn. 32 – Drucker und Plotter II.

¹⁴² Vgl. *Reinbothe* in *Riesenhuber*: Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 157; *Wiesemann* Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 35 f.

in Frage gestellt, ob diese Funktion dem gerechten Ausgleich zukommt.¹⁴³ Der EuGH erkennt dem gerechten Ausgleich auch über diese Richtlinienvorgaben hinaus den Zweck zu, einen Interessenausgleich herbeizuführen.¹⁴⁴ Dies ist in der Bezeichnung des Konzeptes als gerechter Ausgleich angelegt: Aus dem hier implizit geregelten Gerechtigkeitsgebot leitet sich die Notwendigkeit eines Ausgleichs ab.¹⁴⁵ Zudem verpflichtet EGr. 31 InfoSoc-RL die Mitgliedstaaten dazu, einen angemessenen Rechts- und Interessenausgleich nicht nur im Verhältnis der Rechtsinhaber zueinander, sondern vor allem auch im Verhältnis zwischen Rechtsinhabern und Nutzern herzustellen.¹⁴⁶ Der Erwägungsgrund bezieht sich nicht speziell auf den gerechten Ausgleich, wird aber vom EuGH auch auf diesen angewendet und insofern als Ausgewogenheit bezeichnet.¹⁴⁷ Diese allgemeine Vorgabe kann als Anhaltspunkt für die Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffes dienen.¹⁴⁸ Der gerechte Ausgleich muss den Anforderungen eines angemessenen Ausgleichs genügen.¹⁴⁹ Der Ausgleich der konkurrierenden Interessen der Beteiligten prägt die Rechtsprechung insofern, als dass der EuGH das Prinzip zur Normierung verschiedener materieller An-

¹⁴³ Siehe EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 19, Frage 2 – Padawan. Dazu GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 74 – Padawan.

¹⁴⁴ Grundlegend EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 43 ff. – Padawan. Allgemein zur Bedeutung des Interessenausgleichs in den Urteilen in denen der EuGH-Richter *Malenovský* als Berichterstatter mitgewirkt hat *Favalle/Kretzschmer/Torremans* MLR 79(1) (2016), 31, 66 f. In der weit überwiegenden Zahl der Vorlageverfahren zum gerechten Ausgleich war er als Berichterstatter beteiligt. Vgl. zur Bedeutung *Malenovskýs* für das Urheberrecht *Handig* in FS Walter 2018, S. 50, 51 f.

¹⁴⁵ GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 74 – Padawan; *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 344 f.; *Philapitsch* Die digitale Privatkopie, 2007, S. 91; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 62. Anders *Reinbothe* in Riesenhuber, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 151 f., 155 f.; *ders.* GRUR-Prax 2015, 454, 455, der zwar im Grunde ebenfalls von einem Gerechtigkeitsgebot ausgeht, daraus aber allein die Notwendigkeit einer hinreichenden Gegenleistung ableitet.

¹⁴⁶ Vgl. *Roder* Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 133 f.; *Spindler* FS Pfennig, 2012, S. 387, 399.

¹⁴⁷ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 38, 43, 49 f. – Padawan.

¹⁴⁸ Siehe beispielhaft EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 43 ff. – Padawan; EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 54 ff. – ACI Adam. Dass der EuGH Anforderungen an den gerechten Ausgleich präzisiert, die zu Gunsten der Nutzer sowie der Ausgleichsschuldner wirken, ist nicht grundsätzlich zu kritisieren (vgl. *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 55 f. Krit. hingegen Reinbothe GRUR-Prax 2015, 454. In diese Richtung auch *Reinbothe* in Riesenhuber: Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 157, 159 ff.).

¹⁴⁹ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 43 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 25 – Opus; EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 53 – ACI Adam; EuGH GRUR 2015, 578, Rn. 53 – Copydan; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 86 – Repobel; EuGH GRUR 2017, 687, Rn. 35 – EGEDA; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 29, 33, 42, 54 – Microsoft Mobile Sales International. Dies anerkennend auch *Walter* Urheber- und Verwertungsgesellschaftenrecht, Bd. I, 2015, S. 198. Der EuGH bezieht den offen gehaltenen Wortlaut des Erwägungsgrundes damit nicht nur auf die Ausgestaltung der Schranken, auf die sich der Erwägungsgrund insbesondere bezieht. Anschaulich zu den Beteiligten Positionen *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 19; *Jütte* Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market, 2017, S. 61 ff.

forderungen an einen gerechten Ausgleich heranzieht und somit die angemessene Ausgestaltung des Ausgleichssystems sicherstellt.¹⁵⁰

Das Gerechtigkeitsgebot und das Erfordernis eines angemessenen Rechts- und Interessenausgleichs, auf das der EuGH überwiegend abstellt, ergänzen sich und die Anwendungsbereiche sind nicht streng voneinander abzugrenzen.¹⁵¹ Es wurde bisher nicht eingehend diskutiert, wie die beiden Konzepte voneinander abzugrenzen sind. Eine Unterscheidung dürfte praktisch allenfalls einen geringen Mehrwert bieten.¹⁵²

¹⁵⁰ Vgl. [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 199 – BASCA v SoSBIS & Others.

¹⁵¹ So verwendet etwa die englische Sprachfassung in beiden Bestimmungen den Begriff der *fairness*, vgl. auch [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 199 – BASCA v SoSBIS & Others.

¹⁵² In dogmatischer Hinsicht ist zu beachten, dass das Gerechtigkeitsgebot im Richtlinien-text selbst angelegt ist, wohingegen der Rechts- und Interessenausgleich allein in den Erwägungsgründen Rückhalt findet. Bedeutung kann dies erlangen, wenn verschiedene Anforderungen, die sich aus der Auslegung des gerechten Ausgleichs ergeben, in Konflikt zueinander stehen. Kann sich eine Vorgabe allein auf die Erwägungsgründen stützen, sind Vorgaben vorrangig, die sich direkt aus das Gerechtigkeitsgebot ergeben (vgl. *Reinbothe* in: Stamatoudi, *New Developments in EU and International Copyright Law*, 2016, S. 299, 318, zum strukturell ähnlichen Verhältnis von EGr. 35 InfoSoc-RL und dem Dreistufentest aus Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL). Auch wenn die praktische Relevanz der Unterscheidung wegen der Unbestimmtheit des Gerechtigkeitsbegriffs allenfalls gering ist, sollte das Gerechtigkeitsgebots tendenziell restriktiver interpretiert werden.

C. Verhältnis zu den Schrankenbestimmungen und privilegierten Nutzungen

I. Vorab: Ausnahmen und Beschränkungen der InfoSoc-Richtlinie

1. Regelungsstruktur und Harmonisierungsgrad

Art. 5 InfoSoc-RL regelt die Ausnahmen und Beschränkungen der Verwertungsrechte mit einem enumerativen und abschließenden Katalog von 21 zulässigen Schranken.¹⁵³ Die für die Kopien zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch relevanten Schrankenregelungen aus Art. 5 Abs. 2 und 3 InfoSoc-RL¹⁵⁴ sind optional ausgestaltet.¹⁵⁵ Die Privatkopieregelung findet sich in Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL. Ein privater Gebrauch liegt vor, wenn die Nutzung privaten Zwecken einer natürlichen Person in der privaten Sphäre dient, wobei dies familiäre und enge freundschaftliche Bindungen miteinschließt.¹⁵⁶ Weitergehende Nutzungen zum eigenen Gebrauch – etwa zum eigenen wissenschaftlichen Gebrauch – fallen nicht unter die Norm,¹⁵⁷ können aber nach anderen Richtlinienvorgaben privilegiert sein.

Die tatbestandlichen Vorgaben der Richtlinie flankieren den Umsetzungsspielraum für die jeweiligen Schranken. Den Mitgliedstaaten kommt bei der Frage des „Ob“ der Umset-

¹⁵³ Vgl. EGr. 32 InfoSoc-RL; EuGH GRUR 2019, 929, Rn. 58 – Metall auf Metall m. w. N.; Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn. 5. *de la Durantaye* Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 51; *Hugenholz* in: Okediji, Copyright law in an age of limitations and exceptions, 2017, S. 275, 276; *Mogel* Europäisches Urheberrecht, 2001, S. 286 ff.; *Spindler* GRUR 2002, 105, 110; *Hilty/Jaeger/Wallot* Europäisches Immaterialgüterrecht, 2016, S. 229. Vgl. auch *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1,6; *Reinbothe* in: Riesenhuber, Die Angemessenheit im Urheberrecht, 2013, S. 141, 145 ff.; *Schippan* ZUM 2001, 116, 117. Eine Rangfolge besteht nicht (*Spindler* GRUR 2002, 105, 110; *Reinbothe* GRUR Int. 2001, 733, 737 f).

¹⁵⁴ Art. 5 Abs. 2 InfoSoc-RL enthält die Schranken für das Vervielfältigungsrecht, Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-RL betrifft das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung zusammen (*Dreier/Hugenholz/Bechtold* Concise European Copyright Law, 2. Aufl. 2016, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 1(a)5).

¹⁵⁵ *Dreier/Hugenholz/Bechtold* Concise European Copyright Law, 2. Aufl. 2016, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 3(a); *de la Durantaye* Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 52; *Stamatoudi/Torremans/Geiger/Schönherr* EU Copyright Law, 2014, Rn. 11.67 ff.; *Hugenholz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 32; *Niemann* JurPC Web-Dok. 178/2013, Abs. 28; *Obergfell/Stieper* FS 50 Jahre UrhG, 2015, S. 223, 228 f.; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 51. *Hoeren* MMR 2000, 515, 516 stellt fest, dass andere Regelungen im politisch verminten Bereich der der Schrankenproblematik nicht konsensfähig waren. Zustimmung *Dreier* ZUM 2002, 28, 33.

¹⁵⁶ *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.31. Da das Unionsrecht die Tatbestandsmerkmale nicht konkretisiert, obliegt die Konturierung den Mitgliedsstaaten, vgl. etwa *Dreier/Hugenholz/Bechtold* Concise European Copyright Law, 2. Aufl. 2016, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 5(e).

¹⁵⁷ *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.31. Vgl. *Karapapa* EIPR 2013, 129, 132 f. So auch für das deutsche Recht BGH GRUR 1997, 459, 461 – CB-Infobank I; *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 53 UrhG Rn. 7.

zung der Schranken aus Art. 5 Abs. 2 und 3 InfoSoc-RL grundsätzlich ein umfassendes Ermessen zu.¹⁵⁸ Obwohl die InfoSoc-Richtlinie das europäische Urheberrecht erstmalig mit einer intensiveren horizontalen Wirkung harmonisieren soll,¹⁵⁹ ergeben sich bereits aus der optionalen Umsetzung erhebliche Abweichungsmöglichkeiten zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten.¹⁶⁰

Darüber hinaus bestehen weitere Gestaltungsspielräume bei der inhaltlichen Umsetzung der Schranken.¹⁶¹ Unklarheiten über den Spielraum ergeben sich aus der langwährenden Debatte darum, inwiefern das Unionsrecht eine enge Schrankenauslegung erfordert.¹⁶² Zudem sind die tatbestandlichen Vorgaben der jeweiligen Regelungen zum Teil so unbestimmt, dass sehr unterschiedliche Auslegungen in Frage kommen.¹⁶³ Der EuGH hat in den Urteilen *Afghanistan-Papiere* und *Reformistischer Aufbruch* differenzierte Vorgaben zum Harmonisierungsgrad der Schranken erarbeitet.¹⁶⁴ Hiernach ist für jede Schrankenrege-

¹⁵⁸ *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 967; *Roder* Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 301; *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 696. Siehe aber *Stieper* ZGE 2015, 170, 180 f., der über die grundrechtliche Wertung eine Verpflichtung zur Einführung einer Privatkopieschranke herleiten will. In diese Richtung auch für das Zitatrecht *Maier* Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, S. 31 m. w. N. Durch die DSM-Richtlinie wurden einige verpflichtende Schranken für Verwertungsrechte der InfoSoc-Richtlinie eingeführt (*Dreier* GRUR 2019, 771, 772; *Kur/Dreier/Luginbuehl* European IP Law, 2. Aufl. 2019, S. 367).

¹⁵⁹ *Dreier* in: *Riesenhuber*, Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 2007, S. 39, 48; *Kur/Dreier/Luginbuehl* European IP Law, 2. Aufl. 2019, S. 315 ff.; *Stamatoudi/Torremans/Stamatoudi/Torremans* EU Copyright Law, 2014, Rn. 11.01. Vgl. *Dreier/Hugenholz/Bechtold* Concise European Copyright Law, 2. Aufl. 2016, InfoSoc-RL, Introductory Remarks Rn. 1; *Metzger* ZEuP 2017, 836, 839; *Reinbothe* FS Schrickler 2005, S. 483, 492 f.; *Schack* ZEuP 2000, 799, 810 f.

¹⁶⁰ *Jütte* Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market, 2017, S. 239 f., 243. Zum Regelungsansatz auch *Stamatoudi/Torremans/Geiger/Schönherr* EU Copyright Law, 2014, Rn. 11.65; *Hilty* GRUR 2005, 819; *Hugenholz* in: *Okediji*, Copyright law in an age of limitations and exceptions, 2017, S. 275, 283 ff.; *Spindler* in: *Grünberger/Leible*, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, 2014, S. 227, 231 f.; *Hilty/Jaeger/Wallot* Europäisches Immaterialgüterrecht, 2016, S. 230.

¹⁶¹ Vgl. *Wandtke/Bullinger/Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 1; *Stieper* GRUR 2017, 1209; *ders.* ZGE 2012, 443, 447 f. Dazu auch *Roder* Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 302 f., 469 ff.

¹⁶² Grundlegend für das Erfordernis einer engen Schrankenauslegung EuGH GRUR 2009, 1041, Rn. 56 f. – *Infopaq*. Siehe aber auch EuGH GRUR 2014, 972, Rn. 22 f. – *Deckmyn*. Dazu *Hugenholz* in: *Okediji*, Copyright law in an age of limitations and exceptions, 2017, 275, 286; *Kur/Dreier/Luginbuehl* European IP Law, 2. Aufl. 2019, S. 370 ff.; *Wandtke/Bullinger/Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 Rn. 2. Krit gegenüber einer engen Auslegung *Lauber-Rönsberg* ZUM 2014, 578; *Metzger* in: *Leistner*, Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, 2010, S. 101, 110 ff.

¹⁶³ Vgl. *Hugenholz* in: *Okediji*, Copyright law in an age of limitations and exceptions, 2017, S. 275, 281 ff., 287; *Hugenholz/Senftleben* Fair Use in Europe, 2011, S. 13 ff.

¹⁶⁴ Dazu *Kur/Dreier/Luginbuehl* European IP Law, 2. Aufl. 2019, 367 ff. Die Frage nach dem Harmonisierungsgrad war zuvor offen. Unsicherheiten über die unionsrechtlichen Vorgaben resultierten daraus, dass einerseits nach EuGH GRUR 2012, 166, Rn. 101 ff. (unter Berücksichtigung der Berichtigung aus GRUR 2013, 544) – *Painer* die Mitgliedstaaten bei Schrankenbestimmungen mit unbestimmten Rechtsbegriffen über ein weites Ermessen verfügen. Andererseits gab insbesondere EuGH GRUR 2012, 810, Rn. 36 – *DR und TV2* Danmark vor, es liefe dem Ziel der InfoSoc-Richtlinie zuwider, die

lung gesondert zu bestimmen, ob diese vollständig harmonisiert ist. Dabei dient insbesondere deren Wortlaut als Anhaltspunkt.¹⁶⁵ Die Verwendung von unpräzisen, ausfüllungsbedürftigen Wendungen spricht gegen eine vollständige Harmonisierung.¹⁶⁶ Auch die Gesetzgebungsgeschichte ist zu berücksichtigen.¹⁶⁷ Der EuGH differenziert also von Schranke zu Schranke und hält – entsprechend den Vorgaben aus EGr. 31 InfoSoc-RL – die Wirkung der Schranke auf die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts für die Auslegung für bedeutsam.¹⁶⁸ Selbst wenn Regelungen keine vollständige Harmonisierung herbeiführen, ist der Spielraum der Mitgliedstaaten nicht grenzenlos. Der EuGH konkretisiert allgemeine Leitlinien, an denen sich die Umsetzung messen lassen muss: Erstens soll es den Mitgliedstaaten versagt sein, die gesamten Parameter der Schranken in nicht harmonisierter Weise festzulegen.¹⁶⁹ Aus diesem Kriterium ergibt sich wiederum insbesondere, dass die Mitgliedstaaten sämtliche Voraussetzungen der Bestimmung einhalten¹⁷⁰ und die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts wie den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten müssen.¹⁷¹ Wenn der nationale Gesetzgeber den Anwendungsbereich einer Schranke durch zusätzliche Tatbestandsmerkmale verengt, ist dies wenigstens problematisch.¹⁷² Zweitens dürfe die Umsetzung nicht dem hohen Schutzniveau für die Urheber und dem

Parameter einer Schranke nicht harmonisiert auszugestalten. Ähnlich auch EuGH GRUR 2014, 972, Rn. 15 f. – Deckmyn zur Parodie nach Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSoc-RL.

¹⁶⁵ EuGH GRUR 2019, 934, Rn. 40 – Afghanistan Papiere; EuGH GRUR 2019, 940, Rn. 25 – Reformistischer Aufbruch. Krit. *Stieper ZUM* 2019 713, 716. Wohlwollender *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2020, 113, 115.

¹⁶⁶ EuGH GRUR 2019, 934, Rn. 43 – Afghanistan Papiere; EuGH GRUR 2019, 940, Rn. 28 – Reformistischer Aufbruch. Im Ergebnis ist es überzeugend, dass aus unbestimmten Rechtsbegriffen regelmäßig ein relativ großzügiger Spielraum der Mitgliedstaaten folgt (siehe bereits für Art. 5 Abs. 3 lit. a) InfoSoc-RL und im Ergebnis auch für Art. 5 Abs. 2 lit. c) InfoSoc-RL *de la Durantaye* Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 52 f., 57. Vgl. für Art. 5 Abs. 2 lit. c) sowie Abs. 3 lit. n) InfoSoc-RL auch EuGH GRUR 2014, 1078, Rn. 48 – Elektronische Leseplätze. Dazu *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2015, 205, 212). Demgegenüber ist der unbestimmte Begriff der Parodie unionsweit einheitlich auszuliegen (EuGH GRUR 2014, 972, Rn. 15 f. – Deckmyn).

¹⁶⁷ EuGH GRUR 2019, 934, Rn. 44 – Afghanistan Papiere; EuGH GRUR 2019, 940, Rn. 29 – Reformistischer Aufbruch

¹⁶⁸ *Leistner* GRUR 2019, 1008, 1014 geht im Grundsatz von einer Teilharmonisierung der Schrankenregelungen aus.

¹⁶⁹ EuGH GRUR 2019, 934, Rn. 46 – Afghanistan Papiere; EuGH GRUR 2019, 940, Rn. 31 – Reformistischer Aufbruch.

¹⁷⁰ EuGH GRUR 2019, 934, Rn. 48 – Afghanistan Papiere; EuGH GRUR 2019, 940, Rn. 33 – Reformistischer Aufbruch jeweils m. V. a. EuGH BeckEuRS 2017, 494963, Rn. 123 und EuGH GRUR 2014, 473, Rn. 39 – OSA.

¹⁷¹ EuGH GRUR 2019, 934, Rn. 49 – Afghanistan Papiere; EuGH GRUR 2019, 940, Rn. 34 – Reformistischer Aufbruch.

¹⁷² *Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg* 6. Aufl. 2020, § 15 UrhG Rn. 158. Vgl. auch *Schricker/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 26a. Siehe bereits *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2015, 205, 212 mit dem Hinweis auf gegenläufige Tendenzen in EuGH GRUR 2014, 1078, Rn. 23 ff. – Elektronische Leseplätze.

reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts entgegenstehen, wobei zugleich aber auch die praktische Wirksamkeit der Schranke sowie der angemessene Rechts- und Interessenausgleich sichergestellt werden müssen.¹⁷³ Drittens ist bei der Umsetzung der Dreistufentest gemäß Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL zu beachten.¹⁷⁴ Zuletzt soll die Regelung auch einen angemessenen Ausgleich zwischen den von der Union geschützten Grundrechten sicherstellen.¹⁷⁵

Der EuGH erteilt mit diesem Ansatz¹⁷⁶ der Literaturauffassung, die einen relevanten Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten ablehnte und eine strenge kohärente Auslegung der Schranken für notwendig erachtete,¹⁷⁷ eine Absage. Vielmehr strukturiert der EuGH in seiner jüngeren Rechtsprechung den Ermessensspielraum bei der Schrankenumsetzung, auf den er zuvor etwa in *Painer* abgestellt hatte,¹⁷⁸ und entwickelt diese Rechtsprechungslinie fort. Der Ansatz des EuGH unterscheidet sich damit aber ebenfalls von der vormals herrschenden Auffassung,¹⁷⁹ die davon ausging, Mitgliedstaaten könnten zumindest im Regelfall hinter dem zulässigen Maß zurückbleiben.¹⁸⁰

Welche Konsequenzen sich hieraus für die Privatkopieschranke ergeben, hat der EuGH bisher nicht näher klargestellt. Der Aspekt, dass der Tatbestand von Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL gleich mehrere unbestimmte Rechtsbegriffe enthält, spricht für einen Spiel-

¹⁷³ EuGH GRUR 2019, 934, Rn. 50 f. – Afghanistan Papiere; EuGH GRUR 2019, 940, Rn. 35 f. – Reformistischer Aufbruch.

¹⁷⁴ EuGH GRUR 2019, 934, Rn. 52 – Afghanistan Papiere; EuGH GRUR 2019, 940, Rn. 37 – Reformistischer Aufbruch. Siehe auch bereits EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 24 ff.; Stamatou-di/Torremans/*Geiger/Schönherr* EU Copyright Law, 2014, Rn. 11.70; *Wagner* Die Privatkopie als urheberrechtliche Schrankenregelung, 2011, S. 55. In diese Richtung auch *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2015, 205, 211 f. Krit. *Hugenholtz* in: Okediji, Copyright law in an age of limitations and exceptions, 2017, 275, 283 f.

¹⁷⁵ EuGH GRUR 2019, 934, Rn. 53 – Afghanistan Papiere; EuGH GRUR 2019, 940, Rn. 38 – Reformistischer Aufbruch. Hierzu sowie zur Bedeutung nationaler Grundrechte *Dreier* GRUR 2019, 1003, 1005 ff.

¹⁷⁶ Im Grunde bereits ähnlich *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2015, 205, 211 f.

¹⁷⁷ *Grünberger* ZUM 2015, 273, 285 ff.; HK/*Dreyer* 4. Aufl. 2018, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 9; *Jotzo* ZGE 2017, 447–455; *Jütte* Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market, 2017, S. 243; *Rosati* GRUR Int. 2014, 419, 424 ff., *dies.* GRUR Int. 2015, 102, 103; *Sell* Die offensichtlich rechtswidrige Vorlage einer Privatkopie, 2018, S. 87. Siehe auch bereits *Spindler* GRUR 2002, 105, 111.

¹⁷⁸ EuGH GRUR 2012, 166, Rn. 101 ff. unter Berücksichtigung der Berichtigung aus GRUR 2013, 544–*Painer*. Siehe auch EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 23 – *Opus*. Vgl. auch *Hugenholtz* in: Okediji, Copyright law in an age of limitations and exceptions, 2017, S. 275, 284 f.

¹⁷⁹ BGH GRUR 2013, 1220, Rn. 42 – Gesamtvertrag Hochschul-Intranet; BGH GRUR 2014, 524 Rn. 63 – Meilensteine der Psychologie; *Hildebrand* ZUM 2017, 16; *Hugenholtz* in: Okediji: Copyright law in an age of limitations and exceptions, 2017, 275, 284 f.; *Karapapa* EIPR 2013, 129, 130; *Obergfell/Stieper* FS 50 Jahre UrhG, 2015, S. 223, 229; *Walter/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.9. In diese Richtung auch *Dreier* ZUM 2002, 28, 34; *Stieper* ZGE 2012, 443, 447 f. Siehe auch *Staats* ZGE 2018, 310, 312.

¹⁸⁰ Vgl. auch *Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg* 6. Aufl. 2020, § 15 UrhG Rn. 158; *Schricker/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 26a.

raum der Mitgliedstaaten. Die Mitgliedstaaten dürfen bei der Umsetzung der Vorgaben der InfoSoc-RL hinter dem von der Richtlinie vorgegebenen Schutzniveau zurückbleiben.¹⁸¹

2. *Abgrenzung zwischen Ausnahmen und Beschränkungen*

Die Arbeit untersucht im Folgenden, wie Ausnahmen und Beschränkungen als verschiedene Optionen von Schrankenbestimmungen voneinander abzugrenzen sind.

a) Richtlinienvorgaben

Art. 5 InfoSoc-RL ist betitelt mit „Ausnahmen und Beschränkungen“ (Engl.: *exceptions and limitations*). Dabei scheint der Gesetzgeber von Unterschieden zwischen den beiden Regelungsoptionen auszugehen, denn während Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL die Mitgliedstaaten zu einer Ausnahme vom Vervielfältigungsrecht für ephemere Vervielfältigungen verpflichtet,¹⁸² sehen die optionalen Schrankenbestimmungen alternativ die Möglichkeit zur Ausnahme oder Beschränkung vor. Die Richtlinie definiert nicht ausdrücklich, wie sich Ausnahmen von Beschränkungen unterscheiden.¹⁸³ Die Erwägungsgründe nennen, soweit sie sich auf Art. 5 Abs. 2 und Abs. 3 InfoSoc-RL beziehen, das Begriffspaar (fast) durchweg zusammen,¹⁸⁴ ohne dabei die inhaltlichen Unterschiede vorzugeben.¹⁸⁵ Da sich unmittelbar aus der Richtlinie keine unterschiedlichen inhaltlichen Vorgaben für die verschiedenen Schrankenoptionen ergeben, wurde der Abgrenzung zunächst kaum Beachtung geschenkt.¹⁸⁶ Auch der EuGH misst in den ersten Urteilen zum gerechten Ausgleich der Einordnung einer Schrankenregelung als Ausnahme oder Beschränkung keine erkennbare Bedeutung zu.¹⁸⁷

¹⁸¹ Vgl. Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 3c.

¹⁸² Vgl. Roder Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 56. Obligatorische Schranken sind auch in der Verwaiste-Werke-Richtlinie, der Marrakesch-Richtlinie und der DSM-Richtlinie vorgesehen (vgl. Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 6).

¹⁸³ Vgl. Stamatoudi/Torremans/Geiger/Schönherr EU Copyright Law, 2014, Rn. 11.64.

¹⁸⁴ Vgl. EGr. 14, 31, 32, 34 - 42, 44, 45 InfoSoc-RL. Unsauber lediglich EGr. 40 InfoSoc-RL. Demgegenüber bezieht sich EGr. 33 InfoSoc-RL, der sich auf Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL allein auf Ausnahmen, was im Lichte der Begriffsverwendung der Richtlinie konsequent ist.

¹⁸⁵ Auch, dass Kapitel II der InfoSoc-Richtlinie ist mit „Rechte und Ausnahmen“ (Engl. „Rights and Exceptions“) betitelt ist, womit der Begriff der Ausnahme auch als Oberbegriff verwendet wird, hilft für die Abgrenzung nicht weiter.

¹⁸⁶ Vgl. Reinbothe GRUR Int. 2001, 733, 737 f. („Ausnahmen und Schranken“); Schippan ZUM 2001, 116, 118 ff.; Spindler GRUR 2002, 105, 110 ff.; Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter European Copyright Law, 2013, Rn. 11.5.11.

¹⁸⁷ So bezeichnet er Schrankenregelungen als Ausnahmen für Privatkopien, ohne sich damit erkennbar von einer Beschränkung abgrenzen zu wollen. Vgl. etwa EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 30, 35 ff. – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 8, 18 ff. – Opus; EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 101 – Luksan.

b) Rechtsprechung

In *VG Wort* befasst sich der EuGH erstmals eingehend mit der Abgrenzung von Ausnahmen und Beschränkungen.¹⁸⁸ Nach dem EuGH liegt eine Ausnahme vor, wenn ein Mitgliedstaat es (ausnahmsweise) vorsieht, jede Befugnis der Rechtsinhaber zur Genehmigung der Vervielfältigung ihrer Werke oder sonstiger Schutzgegenstände auszuschließen.¹⁸⁹ Der EuGH erarbeitet keine Definition einer Beschränkung, beschreibt aber, „dass eine [...] Beschränkung teilweise, je nach den verschiedenen besonderen Sachverhalten, für die sie gilt, einen Ausschluss, eine Einschränkung oder auch die Aufrechterhaltung des genannten Rechts umfassen kann“. Was unter diesem Dreiklang zu verstehen ist, wird wiederum nicht näher erläutert.¹⁹⁰ Jedenfalls kann damit auch die Beschränkung das Vervielfältigungsrecht ausschließen. Dabei stellt die Beschränkung nach der Vorstellung des Gerichtshofs im Verhältnis zur Ausnahme ein *Minus* dar.¹⁹¹ Die Abgrenzung gewinnt nach den Vorgaben des Urteils praktische Bedeutung, da der EuGH unterschiedliche materielle Anforderungen für die Pflicht zum gerechten Ausgleich an die jeweiligen Schrankenoptionen anlegt.¹⁹²

c) Interpretation

Es herrscht Unklarheit darüber, wie die Vorgaben des EuGH zu interpretieren sind.¹⁹³ Traditionell wurden *exceptions* als Ausnahme eines umfassend angelegten Rechts verstanden, wohingegen *limitations* die Grenzen eines von vornherein beschränkt angelegten

Auch nachdem er Vorgaben zur Differenzierung zwischen den Optionen herausgearbeitet hat, unterscheidet er nicht immer trennscharf zwischen ihnen, vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 29, 31 – Reprobel; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 18 – EGEDA.

¹⁸⁸ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 31 ff. – VG Wort. Beinahe wortgleich bestätigt in EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 63 ff. – Copydan. Vgl. auch *Frank* GRUR 2015, 623, 626.

¹⁸⁹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 37 – VG Wort.

¹⁹⁰ Ähnlich *Dreier* ZUM 2013, 769, 773.

¹⁹¹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 38 – VG Wort: „Hat ein Mitgliedstaat dagegen beschlossen, die Befugnis der Rechtsinhaber, die Vervielfältigung ihrer Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu genehmigen, nicht völlig auszuschließen, sondern *nur* eine Beschränkung dieser Befugnis vorzunehmen, ist zu klären, ob der nationale Gesetzgeber im konkreten Fall das den Urhebern zustehende Vervielfältigungsrecht aufrechterhalten wollte“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

¹⁹² Vgl. Schrickler/Loewenheim/*Stieper* 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 27. Im Gegensatz zur Ausnahme, bei der der obligatorische gerechte Ausgleich für alle Fälle notwendig sein soll, differenziert der EuGH für Beschränkungen danach, ob das Vervielfältigungsrecht im konkreten Fall aufrechterhalten wurde. Vgl. dazu Teil 1: C.III. Vor diesem Hintergrund überzeugt es nicht restlos, dass *Jütte* *Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market*, 2017, S. 241 davon ausgeht, die praktische Bedeutung könne vernachlässigt werden.

¹⁹³ *Dreier* GRUR Int. 2015, 648, 650, Fn. 13; *Kur/Dreier/Luginbuehl* *European IP Law*, 2. Aufl. 2019, S. 369; Schrickler/Loewenheim/*Stieper* 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 27; *Zurth* *Rechtsgeschäftliche und gesetzliche Nutzungsrechte im Urheberrecht*, 2016, S. 161.

Rechts bezeichneten.¹⁹⁴ Der Gerichtshof dürfte ein anderes Verständnis verfolgen. Eine Abgrenzung anhand der Regelungstechnik schwebt ihm offenbar nicht vor, denn er stellt auf den Umfang des Ausschließlichkeitsrechts ab.¹⁹⁵

Pflüger geht davon aus, eine Beschränkung liege vor, wenn Rechtsinhaber für eine unter den Schrankentatbestand fallende Werknutzung aus Gründen außerhalb der InfoSoc-Richtlinie – etwa dem nationalen Urheberpersönlichkeitsrecht – zustimmen müssen.¹⁹⁶ Die Vorgaben des EuGH aus *VG Wort* sind anders zu verstehen. Aus ihnen ergibt sich nicht, dass eine Genehmigung des Rechtsinhabers trotz vollständiger Aufhebung des Ausschließlichkeitsrechts erforderlich sein kann.

Eine andere Auffassung ging zunächst davon aus, bei einer Beschränkung stehe den Rechtsinhabern für tatbestandlich umgrenzte Fälle kein Verwertungsrecht zu, wohingegen ein Ausschluss das Recht völlig ausschließe.¹⁹⁷ Auch wenn der EuGH in *VG Wort* von einem (ausnahmsweise) völligen Ausschluss des Ausschließlichkeitsrechts spricht,¹⁹⁸ sah sich diese Interpretation von Beginn an Zweifeln ausgesetzt. Erstens könnten die Mitgliedstaaten wegen der Regulationsstruktur der Richtlinie und wegen des Dreistufentests¹⁹⁹ nie Ausnahmen vorsehen, da das Verwertungsrecht nicht gänzlich ausgeschlossen werden kann. Da die Mitgliedstaaten aber für die ephemere Vervielfältigung nach Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL zu einer Ausnahme verpflichtet sind, müsste der Begriff wenigstens in diesem Kontext anders interpretiert werden. Für eine solche funktionsdifferente Auslegung fehlt es an Anhaltspunkten. Dieses Verständnis steht zudem im Widerspruch zu den Vorgaben des Gerichtshofs. Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass sich der völlige Aus-

¹⁹⁴ *Dreier* ZUM 2013, 769, 773; *Stamatoudi/Torremans/Geiger/Schönherr*, EU Copyright Law, 2014, Rn. 11.64; *Jütte* Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market, 2017, S. 235; *Schricker/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 27.

¹⁹⁵ *Dreier* ZUM 2013, 769, 773. Vgl. auch zu einer solchen Unterscheidung mit kritischer Bewertung der Terminologie des Gesetzgebers *Stamatoudi/Torremans/Geiger/Schönherr*, EU Copyright Law, Rn. 11.64.

¹⁹⁶ *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 57 m. V. a. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 38 – VG Wort.

¹⁹⁷ BGH GRUR 2014, 979, Rn. 44 f. – Drucker und Plotter III; BGH GRUR 2014, 984, Rn. 70 f. – PC III (Ausnahme als Ausschluss jeder Befugnis der Rechtsinhaber zur Genehmigung der Vervielfältigung; Beschränkung als Beschränkung der Befugnis der Rechtsinhaber, die Vervielfältigung ihrer Schutzgegenstände zu genehmigen). So auch *Mackert* K&R 2013, 646, 647. Dass *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 58 f. davon ausgeht, nach dem BGH sei relevantes Kriterium, ob der Mitgliedsstaat eine Zahlungspflicht vorsehe, trifft nicht zu (vgl. auch BGH GRUR 2017, 161, Rn. 43 – Gesamtvertrag Speichermedien).

¹⁹⁸ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 34 – VG Wort.

¹⁹⁹ *Dreier* ZUM 2013, 769, 773.

schluss der Befugnisse der Rechtsinhaber für die Ausnahme auf den materiellen Geltungsbereich der Bestimmung beschränken kann.²⁰⁰

Am ehesten dürften Interpretationen überzeugen, wonach der EuGH von einer graduellen Abgrenzung der Optionen nach der Qualität der Einwirkung auf Verwertungsrecht ausgeht.²⁰¹ Die genaue Abgrenzung wird nach diesem Verständnis zur Wertungsfrage.²⁰² Immerhin steht dieses Verständnis nicht im offensichtlichen Widerspruch zu den Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung.²⁰³ Trotzdem bleibt die Bedeutung der Abgrenzung auf den gerechten Ausgleich im Unklaren.²⁰⁴ Die Vorgaben des EuGH sind insgesamt so unklar, dass es einer Vorlage bedarf, sofern die Einordnung einer Schranke als Ausnahme oder Beschränkung im Ergebnis zu Unklarheiten über die materiellen Anforderungen des Unionsrechts führt.

II. *Verwendungsbezug*

Der gerechte Ausgleich bezieht sich auf die Schrankenregelung, da den Rechtsinhabern eine Leistung im Gegenzug zur Einführung der Regelung gewährt wird.²⁰⁵ Dabei sind unterschiedliche Ansätze denkbar, auf welche Art und Weise der gerechte Ausgleich sich auf die Schranke beziehen kann. Einerseits könnte der gerechte Ausgleich sich auf die gesetzlich privilegierte Verwendung beziehen, womit die Gegenleistung nur einen mittelbaren Bezug zur Schranke aufweisen würde. Der Anspruch auf gerechten Ausgleich würde dann darauf abzielen, die nach der Schranke vorgenommenen Nutzungen auszugleichen. Andererseits könnte sich der gerechte Ausgleich unmittelbar und abstrakt auf die gesetzliche Regelung beziehen, womit die (zu vermutenden) Verwendungen unbeachtlich sein könnten.²⁰⁶ Damit wären die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, den gerechten Ausgleich nicht auf die Verwendung der Werke zu beziehen, sondern es käme auf die Beschränkung der umfassend angelegten Dispositionsbefugnis – im Sinne der Abschluss-

²⁰⁰ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 37 – VG Wort; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 67 – Copydan.

²⁰¹ So Dreier ZUM 2013, 769, 773 f.

²⁰² Dreier ZUM 2013, 769, 773.

²⁰³ Krit. noch Dreier ZUM 2013, 769, 773 f., Fn. 28, der auf die Unvereinbarkeit mit einer Vollharmonisierung der Schranken hinweist. Nach der jüngeren Rechtsprechung sind aber nicht alle Schranken vollharmonisiert.

²⁰⁴ Schrickler/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 27.

²⁰⁵ Grundlegend EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 42 – Padawan.

²⁰⁶ In diese Richtung wohl GA *Saugmangaard Oe* Schlussanträge vom 17.2.2016, Rs. C-572/14, Rn. 33 – Austro-Mechana („Gegenleistung für das Erlöschen des ausschließlichen Vervielfältigungsrechts der Rechtsinhaber“); *Zöchling-Jud* MR 2016, 23, 31. Siehe auch *Paulus/Wesche* GRUR 2012, 112, 115.

und Inhaltsfreiheit²⁰⁷ – an. Der Anspruch auf gerechten Ausgleich würde nach diesem Verständnis die Beschränkung des Verwertungsrechts ausgleichen. Letztendlich käme auch in Betracht, dass der gerechte Ausgleich diesbezüglich nicht harmonisiert ist, womit diese Entscheidung den Mitgliedstaaten zustünde.²⁰⁸

Unmittelbar aus der Richtlinie ergibt sich hierauf keine eindeutige Antwort. Der EuGH geht jedoch davon aus, dass die Mitgliedstaaten den gerechten Ausgleich auf die Verwendung des Schutzgegenstandes zu beziehen haben.²⁰⁹ So bezeichnet er den Ausgleich beispielsweise als Gegenleistung für den dem Urheber aus der Vervielfältigung seines Werkes entstandenen Schaden²¹⁰ und bezieht sich auch im Übrigen mehrfach auf die Nutzung.²¹¹ *Padawan* deutete bereits auf diese Auslegung hin, es war aber nicht so eindeutig, dass jede andere Interpretation von vornherein mit Sicherheit ausgeschlossen werden konnte.²¹² Die Folgeurteile deuten eindeutig auf einen zwingenden Verwendungsbezug hin.²¹³ Das entspricht der generellen Tendenz des EuGH, nicht den Schutz des Rechtsinhabers in seiner Beziehung zum Schutzgegenstand in das Zentrum seiner Position zu stellen, sondern vorrangig auf die Handlungen abzustellen, durch die Nutzer urheberrechtlich geschützte Werke verwerten.²¹⁴ Die Mitgliedstaaten haben bei der Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs die konkreten (möglicherweise noch zu erwartenden) Verwendungen zu berücksichtigen.²¹⁵

²⁰⁷ Vgl. *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 584.

²⁰⁸ Der Bezugspunkt der Schranke steht in inhaltlichem Zusammenhang zum Erfordernis des Schadensausgleichs. Siehe dazu Teil 1: G. Es steht in Frage, ob der gerechte Ausgleich den Schaden aus der Einführung der Schranke oder den Schaden aus den (tatsächlichen oder vermuteten) Verwendung ausgleicht.

²⁰⁹ *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 858, 860; *Leistner* EuZW 2016, 166, 171; *Leistner* FS Roth 2015, S. 347, 354. Ähnlich, aber nicht eindeutig *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 583 f. Vgl. auch *Hertin/Wagner* Urheberrecht, 3. Aufl. 2019, Rn. 345.

²¹⁰ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 40 – *Padawan*.

²¹¹ Vgl. auch EuGH GRUR 2011, Rn. 54 ff. – *Padawan*.

²¹² Vgl. noch die offene Formulierung aus EuGH GRUR 2011, Rn. 42, 50 – *Padawan*. Schon *Padawan* deutete eher auf eine Harmonisierung dieses Aspekts hin, da der EuGH den Ausgleich teilweise explizit auf die Nutzung bezieht, womit er die allgemeineren Aussagen präzisiert.

²¹³ Siehe EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 24 – *Opus*; EuGH GRUR 2011, 812, Rn. 31, 40 – *VG Wort*; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 58 – *Amazon*; EuGH GRUR 2014, 478, Rn. 50 – *ACI Adam*; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 21 – *Copydan*; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 36, 69 – *Reprobel*; EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 21 – *Austro-Mechana*; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 26 – *EGEDA*; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 28 – *Microsoft Mobile Sales International*; EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 39, 50 – *Strato*. Siehe aber auch die offenere Formulierung von EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 47 – *Amazon*. Vgl. *Dokalik/Zemann/Zemann* Österreichisches und internationales Urheberrecht, 7. Aufl. 2018, S. 319. *Leistner* ZGE 2013, 312, 334.

²¹⁴ Vgl. *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2012, 1198, 1199 f.

²¹⁵ *Fischer* FS Walter 2018, S. 466, 468 m. V. a. EuGH GRUR 2011, 913 – *VEWA*. Siehe auch *Spindler* ZUM 2014, 91, 97 f. Vgl. für das deutsche Recht *Eichelberger/Wirth/Seifert/Wirth* 4. Aufl. 2022, §

Wegen des Bezugs zur durch die Schranke privilegierten Verwendung ist der gerechte Ausgleich von vornherein nicht bedeutsam für und nicht anwendbar auf Vervielfältigungen von gemeinfreien Inhalten, etwa weil deren Nutzungen nicht von Urheber- und Leistungsschutzrechten erfasst werden oder die Schutzdauer abgelaufen ist.²¹⁶ Ein gerechter Ausgleich ist ebenfalls nicht geschuldet, soweit Vervielfältigungen nicht gemäß einer Vorschrift der InfoSoc-RL erlaubt sind, sondern die rechtliche Grundlage der Erlaubnis in einer anderen Richtlinie geregelt ist.²¹⁷ Für die Konzeption des gerechten Ausgleichs ist bedeutsam, welche Verwendungen unter die Schranken fallen.²¹⁸ So ist es nicht zulässig, gesetzlich privilegierte Kopien auf der Grundlage einer unrechtmäßigen Quelle anzufertigen.²¹⁹ Folgerichtig ist für solche Vervielfältigungen auch kein gerechter Ausgleich ge-

54a Rn. 3. Die Zahlung des gerechten Ausgleichs stellt aber kein Entgelt für die Nutzung des Urheberrechts oder der verwandten Schutzrechte dar, die als Dienstleistung im Sinne der Mehrwertsteuer-RL anzusehen wären. Mithin fällt auf die Leistung des Ausgleichs keine Umsatzsteuer an (EuGH ZUMRD 2017, 505 – SAWP. Dazu Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG, Rn. 2a; Stelzner MwStR 2021, 927, 927 f.).

²¹⁶ Hugenholz/Guibault/van Geffen The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 37; Pardo/Lucas-Schloetter EIPR 2013, 463, 466 f.

²¹⁷ Dies wird zum Beispiel bei Sicherungskopien bedeutsam, Art. 5 Abs. 2 CP-RL (n.F.) (Hugenholz/Guibault/van Geffen The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 37; Stamatoudi/Torremans/Stamatoudi/Torremans EU Copyright Law, 2014, Rn. 11.03. Siehe auch Dreier/Hugenholz/Bechtold Concise European Copyright Law, 2. Aufl. 2016, Art. 1 InfoSoc-RL Rn. 2(b) sowie mit Blick auf § 69b Abs. 2 UrhG Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 69d UrhG Rn. 13.).

²¹⁸ Vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 60 ff. – VG Wort zum Anwendungsbereich der Reprographieschranke. Dazu etwa Dreier ZUM 2013, 769, 770 f.

²¹⁹ EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 47 ff. – ACI Adam mit Bezug zur Privatkopieschranke. Bestätigt und auf die Reprographieschranke übertragen in EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 74 ff. – Copydan; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 62, 64 – Repobel. Vgl. Kur/Dreier/Luginbuehl European IP Law, 2. Aufl. 2019, S. 377; Walter MR-Int. 2015, 119, 121. In den Richtlinienbestimmungen wird das Kriterium nicht genannt (EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 29 – ACI Adam; Karapapa EIPR 2013, 129, 134 jeweils für die Privatkopie). Systematisch spricht dies gegen eine entsprechende tatbestandliche Beschränkung (vgl. Horen/Jakopp FS Herberger 2016, S. 459, 460. Siehe auch Spindler Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturfltrate, 2014, Rn. 209 mit Bezug zur Gesetzgebungsgeschichte). Dies entsprach zunächst der herrschenden Ansicht (Aschenbrenner ZUM 2005, 145, 152; Spindler Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturfltrate, 2014, Rn. 209. In diese Richtung wohl auch Karapapa EIPR 2013, 129, 130, 132. Vgl. auch Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter European Copyright Law, 2010, Rn. 11.0.43, 11.5.4 f.). Ebenso haben die Regelungen der Mitgliedstaaten der Legalität der Quelle traditionell eine unterschiedliche Bedeutung zugemessen (vgl. Karapapa EIPR 2013, 129, 134 f.; Pardo/Lucas-Schloetter EIPR 2013, 463, 464 f.; Quintais, IIC 2015, 66, 79 ff.). Der EuGH versteht die unionsrechtlichen Anforderungen strenger. Das hat zu Recht Kritik erfahren (Lauber-Rönsberg ZUM 2014, 578, 579; Leistner GRUR Int. 2015, 681, 683; Müller/Röfner EuZW 2014, 504, 505; Quintais IIC 2015, 66, 74 f.; Stieper ZGE 2015, 170, 183 f.; Wandtke MMR 2017, 367, 370. Siehe auch Hildebrand ZUM 2017, 16, 17 m. w. N.). Die Bedeutung des Kriteriums der rechtmäßigen Quelle für den Binnenmarkt ist eher gering (Lauber-Rönsberg ZUM 2014, 578, 579; Leistner GRUR Int. 2015, 681, 683). Vor allem trägt die Richtlinie dem Interessenausgleich zwischen den Beteiligten nicht hinreichend Rechnung, denn durch die enge Auslegung versperrt der EuGH den Rechtsinhabern die Möglichkeit eines gerechten Ausgleichs, der für sie attraktiver sein kann als ein Verbotsrecht (Stieper ZGE 2015, 170, 183 f.; Wandtke MMR 2017, 367, 370).

schuldet.²²⁰ Gleiches gilt für die Vervielfältigung von Notenblättern.²²¹ Obwohl Vervielfältigungen von Notenblättern explizit nur für die Reprographieschranke ausgeschlossen sind, hält der EuGH sie im Grunde auch auf Grundlage der Privatkopieschranke für unzulässig.²²² Inwiefern die Verwendungen eigener Inhalte einen gerechten Ausgleich erfordern, war bisher nicht Gegenstand der EuGH-Rechtsprechung und dürfte praktisch für die Konzeption der Ausgleichssysteme lediglich eine untergeordnete Rolle spielen. Die besseren Gründe sprechen gegen die Notwendigkeit eines gerechten Ausgleichs für solche Nutzungen.²²³ Es besteht kein legitimes Bedürfnis nach einem Ausgleichssystem, bei dem der Belastete und der Begünstigte letztendlich identisch sind.²²⁴

Weiterhin können Mitgliedstaaten einen gerechten Ausgleich für Vervielfältigungen gemäß Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL nach vorzugswürdiger Ansicht nicht vorsehen.²²⁵ EGr. 36 deutet darauf hin, dass ein gerechter Ausgleich für die Schranke für ephemere Vervielfältigungen unzulässig ist.²²⁶ Der spezielle Charakter des ausgleichsfreien Erlaubnistatbestands schließt eine parallele Anwendung der fakultativen Schranken aus.²²⁷

²²⁰ Grundlegend EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 47 ff. – ACI Adam.

²²¹ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 55 – Reprobel. Dazu *Klett/Schlüter* WRP 2016, 182, 183.

²²² Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 51 ff. – Reprobel. Dazu *Rosenkranz* ZUM 2016, 160, 161, der anmerkt, diese Auslegung sei „durchaus überraschend“. Nach dem Urteil kann eine Vervielfältigung im Rahmen der Privatkopieschranke zulässig sein, wenn der Nachteil, den die Kopie bei den Rechteinhabern hervorrufen kann, geringfügig ist. Diese Auslegung kann nicht überzeugen. Von der *de minimis*-Ausnahme nach EGr. 35 S. 6. InfoSoc-RL, die die Entbehrlichkeit des gerechten Ausgleichs begründet, kann nicht auf den inhaltlichen Anwendungsbereich der Schrankenregelung geschlossen werden. Die Verpflichtung zum Ausgleich richtet sich nach der Konzeption der Richtlinie nach dem gesetzlich erlaubten, nicht umgekehrt (siehe auch *Roder* Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 68. Unkrit. hingegen *Klett/Schlüter* WRP 2016, 182, 183). Für die Zulässigkeit der Nutzung nach der Geringfügigkeit des aus der Nutzung resultierenden Schadens zu unterscheiden, findet keinen ausreichenden Rückhalt in den Richtlinienbestimmungen. Die Auslegung bringt auch die Interessen der Beteiligten nicht in einen angemessenen Ausgleich. Warum eine Nutzung gerade zulässig sein soll, wenn den Rechteinhabern kein gerechter Ausgleich gewährleistet werden muss, erschließt sich nicht. Es würdigt zudem nicht hinreichend, dass ein Vergütungsanspruch für die Vervielfältigung von Notenblättern für sie im Vergleich zu einem schwer durchsetzbaren Ausschließlichkeitsrecht zumindest partiell durchaus vorteilhaft sein kann (*Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter European Copyright Law*, 2010, Rn. 11.5.28).

²²³ Vgl. *Anderl/Grama ecolex* 2013, 640, 642; *Zöchling-Jud* MR 2016, 23, 31. Anders östOGH GRUR Int. 2012, 262, 266.

²²⁴ Andererseits ließe sich argumentieren, dass ein Lizenznehmer in einer hypothetischen Situation ohne Schranke aufgrund eines ausschließlichen Nutzungsrechts entsprechende Nutzungen untersagen könnte, vgl. auch die (richtlinienkonforme) Regelung aus § 31 Abs. 3 UrhG zur Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts. Dazu BT-Drs. 14/6433, S. 14; *Schricker/Loewenheim/Obly* 6. Aufl. 2020, § 31 UrhG Rn. 49.

²²⁵ *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S. 22 ff. Ähnlich *St. Müller* ZUM 2014, 11, 16. Anders *Hoeren/Sieber/Holzner/U. Müller* HdB-MMR, 54. EL 2020, Teil 7.5 Rn. 95. Mit ähnlichem Verständnis zum Verhältnis der Schranken auch *Paschke/Nielsen* jurisPR-ITR 10/2017 Anm. 2, lit. D.

²²⁶ *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S. 23.

²²⁷ Vgl. *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S. 23; *St. Müller* ZUM 2014, 11, 16.

III. *Ausgleichspflicht für Ausnahmen und Beschränkungen*

Die Richtlinie selbst unterscheidet hinsichtlich der Ausgleichspflicht nicht danach, ob die Mitgliedstaaten eine Ausnahme oder Beschränkung vom Ausschließlichkeitsrecht des Rechtsinhabers vorsehen. Für den obligatorischen gerechten Ausgleich gibt der Wortlaut von Art. 5 Abs. 2 InfoSoc-RL jeweils vor, dass Mitgliedstaaten Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht unter der Bedingung vorsehen können, dass die Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten. Die Bedingung bezieht sich mithin auf beide Schrankenoptionen.²²⁸ Bei Schranken mit einem obligatorischen gerechten Ausgleich ist dieser im Grunde auch für alle Formen von Beschränkungen erforderlich, vgl. beispielsweise EGr. 35 S. 1 InfoSoc-RL.

Dennoch differenziert der EuGH bezüglich der Ausgleichspflicht zwischen den verschiedenen Formen der Schrankenregelungen.²²⁹ Wenn ein Mitgliedstaat eine Ausnahme vom Verwertungsrecht vorsieht, besteht für Richtlinienbestimmungen mit obligatorischem Ausgleich auch immer eine Ausgleichspflicht.²³⁰ Demgegenüber soll nach den Vorgaben aus *VG Wort* für Beschränkungen eine differenzierte Betrachtung notwendig sein, nach der maßgeblich ist, ob der nationale Gesetzgeber das Nutzungsrecht im konkreten Fall aufrechterhalten wollte oder nicht.²³¹ Ist dies der Fall, finden die Bestimmungen über den gerechten Ausgleich keine Anwendung, da die Beschränkung die Vervielfältigung nicht erlaubt und damit nicht zu einem Schaden im Sinne des gerechten Ausgleichs führt.²³² Die Anwendung des gerechten Ausgleichs kommt daher nur in Betracht, wenn das Vervielfältigungsrecht im konkreten Fall aufrechterhalten wurde.²³³ Schlussendlich wird damit in Betracht gezogen, dass ein Mitgliedstaat eine Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts vorsieht, die auch für Schranken mit obligatorischem gerechten Ausgleich nicht zu diesem verpflichtet. Damit ist vor allem zu klären, was der EuGH unter einer Beschränkung versteht, bei der das Verwertungsrecht im konkreten Fall aufrechterhalten wurde.

²²⁸ Vgl. *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 58 ff. *Pflüger* geht dennoch davon aus, der gerechte Ausgleich könne bei einer Ausnahme anders zu beurteilen sein als bei einer Beschränkung, bewertet *Wandtke* ZUM 2017, 792 zu Recht kritisch.

²²⁹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 35 ff. – *VG Wort*; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 65 ff. – *Copydan*.

²³⁰ Vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 37 – *VG Wort*.

²³¹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 38 f. – *VG Wort*.

²³² EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 39 – *VG Wort*.

²³³ In diese Richtung auch *Dreier* ZUM 2013, 769, 773. A.A. hingegen *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 58 f., der davon ausgeht nach dem EuGH sei ein gerechter Ausgleich nur für Ausnahmen vom Vervielfältigungsrecht geschuldet. Das lässt sich jedoch nicht mit EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 38 f. – *VG Wort* vereinbaren, wonach für Beschränkungen, die im konkreten Fall das Verwertungsrecht nicht beibehalten, ein gerechter Ausgleich geschuldet sein kann.

Da der EuGH die von ihm herausgearbeitete Unterscheidung zur Ausgleichspflicht nicht begründet, sondern nur umschreibt,²³⁴ fällt es schwer, sich der Frage auf systematischem Wege zu nähern. Im Folgenden werden verschiedene Interpretationsansätze zu den Vorgaben des Gerichtshofs zur Differenzierung hinsichtlich der Verpflichtung zum gerechten Ausgleich untersucht. Im Ergebnis können die Vorgaben des Gerichtshofes nicht zweifelsfrei interpretiert werden.²³⁵ Aus der Richtlinie ergibt sich, dass der gerechte Ausgleich für die Schranken mit obligatorischem Ausgleich notwendig und im Übrigen zulässig ist. Klärungsbedürftig ist der Anwendungsbereich der vom EuGH hergeleiteten Ausnahme hiervon: Unter welchen Voraussetzungen kann ein obligatorischer gerechter Ausgleich nicht angewendet werden? Der EuGH sollte ein etwaiges Vorlageverfahren nutzen, um von seiner Rechtsprechungslinie abzuweichen und klarzustellen, dass es für den gerechten Ausgleich nicht erforderlich ist, zwischen Ausnahmen und Beschränkungen zu differenzieren.

1. *Verschiedene Arten von Beschränkungen?*

Ein Interpretationsansatz geht davon aus, dass verschiedene Arten von Beschränkungen bestehen, von denen mit Blick auf den obligatorischen gerechten Ausgleich nicht alle ausgleichspflichtig sind.²³⁶ Nach diesem Verständnis stehen Beschränkungen, bei denen das Verwertungsrecht aufrechterhalten wird, denjenigen gegenüber, die im konkreten Fall das Vervielfältigungsrecht nicht beibehalten. Die Pflicht des Mitgliedstaats zur Ausgleichspflicht richtet sich danach, ob dieser sich bezogen auf die konkrete Schranke dafür entscheidet, eine Ausgestaltung zu wählen, die das Verwertungsrecht beibehält.

Nach welchen Kriterien nationale Regelungen diesen Kategorien zuzuordnen sind, ergibt sich aus den Vorgaben des EuGH nicht eindeutig. *Stieper* zieht eine Interpretation des EuGH in Betracht, wonach die Vergütungspflicht ausnahmsweise entfallen könne – etwa für Zwangslizenzen²³⁷ oder Schrankenregelungen, die nur anwendbar sind, wenn sich der

²³⁴ Vgl. auch *Dreier* ZUM 2013, 769, 770.

²³⁵ Vgl. *Stieper* GRUR 2014, 1060, 1063. Ähnlich *Dreier* ZUM 2013, 769, 770, 773, der zwar davon ausgeht, das Ergebnis des Urteils sei klar, die Differenzierung aber für unverständlich hält. Vgl. mit Blick auf die ähnlichen Ausführungen in *Copydan* auch *Peukert* GRUR 2015, 452.

²³⁶ *Schricker/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 27; *ders.* EuZW 2013, 699, 700;.

²³⁷ Vgl. auch *Hilty/Senftleben* FS 50 Jahre UrhG, 2015, S. 217, 335, wonach Zwangslizenzen als vertragsrechtliche Regelung außerhalb des Regelungsbereichs der InfoSoc-Richtlinie liegen sollen. Dieser Ansatz unterscheidet sich dogmatisch, dürfte aber insoweit zum gleichen Ergebnis führen. Demgegenüber aufgrund des Harmonisierungsbestrebens der Richtlinie krit. *Pflüger*, Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 60.

Rechtsinhaber seine Rechte nicht ausdrücklich vorbehalten hat.²³⁸ Die Interpretation führt nicht zu sach- und interessengerechten Ergebnissen, da die Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts in beiden Konstellationen in vergleichbarer Weise beeinträchtigt wird.²³⁹ Daher ist es nicht schlüssig, weshalb grundlegend andere Anforderungen an die Leistung an den Rechtsinhaber zu stellen sein sollen. Warum sollten Mitgliedstaaten beispielsweise eine Zwangslizenz zu ungerecht niedrigen Konditionen vorsehen können? Zudem wäre es beispielsweise unbillig, den gerechten Ausgleich insgesamt für unzulässig zu halten für Schranken, die bei Rechtsvorbehalt nicht greifen.²⁴⁰

2. *Ausgleich nur für legale Kopien?*

Der EuGH könnte durch Unterscheidung zwischen verschiedenen Konstellationen klarstellen, dass nur die gesetzlich privilegierten Nutzungen überhaupt ausgleichspflichtig sind.²⁴¹ Die Frage, ob „im konkreten Fall“ das Verwertungsrecht aufrechterhalten wurde,²⁴² bezieht sich nach diesem Verständnis nicht auf die Schrankenregelung, sondern auf die Nutzung. Sofern das Verwertungsrecht in Bezug auf eine konkrete Nutzung aufrechterhalten wurde, greift keine gesetzliche Privilegierung, weshalb auch kein Ausgleich geleistet werden muss. Fällt die Nutzung demgegenüber unter die Schranke, muss sich ein Ausgleich konzeptionell auf die Vergütung beziehen. Auch wenn man die Vorgaben aus dem EuGH in diesem Sinne lesen kann, hätte das Urteil eine recht einfache Aussage sehr umständlich und schwer verständlich zum Ausdruck gebracht.²⁴³ Ob sich dieses Verständnis mit demjenigen des EuGH deckt, kann aufgrund der Unklarheiten über die Abgrenzung von Ausnahmen und Beschränkungen nicht mit Sicherheit beurteilt werden. Denn wenn nicht nur die Beschränkung, sondern auch die Ausnahme sich auf den materiellen Geltungsbereich einer Schrankenbestimmung beschränken kann,²⁴⁴ mithin das

²³⁸ Schrickler/Loewenheim/*Stieper* 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 27; *ders.* EuZW 2013, 699, 700, der für die zweitgenannte Gruppe beispielsweise auf § 49 Abs. 1 S.1 Hs. 2 UrhG verweist.

²³⁹ *Pflüger*, Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 60. Vgl. auch *Geiger* GRUR Int. 2008, 459, 467; *Plate* Die Verwertungsgesellschaftspflicht für urheberrechtliche Vergütungsansprüche und ausschließliche Verwertungsrechte, 2003, S. 97, 200 f.

²⁴⁰ Vgl. aber EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 39 – VG Wort. Auch *Stieper* hält den gerechten Ausgleich offenbar für diesen Fall nur insoweit für entbehrlich, als der Vorbehalt nicht erklärt wurde. Das wäre nicht konsequent, da die für die Ausgleichspflicht relevante Unterscheidung damit gerade nicht anhand unterschiedlicher Kategorien von Schranken erfolgt, sondern die konkrete Nutzung in den Blick nimmt und lediglich danach unterscheidet, ob diese gemäß der Schranke privilegiert ist oder nicht.

²⁴¹ Vgl. *Dreier* ZUM 2013, 769, 770, 774.

²⁴² Vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 38 f. – VG Wort.

²⁴³ Pointiert *Dreier* ZUM 2013, 769, 774: „Das hätte man allerdings einfacher sagen können.“

²⁴⁴ Vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 37 – VG Wort.

Verwertungsrecht nicht insgesamt ausschließen muss, ist nicht schlüssig, warum insofern für die Ausgleichspflicht nicht ebenfalls auf das Bestehen des Ausschließlichkeitsrechts für die konkrete Nutzung abgestellt werden muss. Daher spricht zwar für diesen Interpretationsansatz, dass er zu sachgerechten Ergebnissen führt, die mit den Richtlinienvorgaben in Einklang zu bringen sind. Auch wenn er nicht in Widerspruch zur EuGH-Rechtsprechung steht, lassen sich nicht alle unklaren Punkte, die sich aus den Vorgaben von *VG Wort* und auch *Copydan* ergeben, endgültig beseitigen.

3. Unterscheidung nach der Möglichkeit zum Ausschluss einer gesetzlich privilegierten Nutzung?

Peukert erachtet die Möglichkeit der Rechtsinhaber, gesetzlich privilegierte Nutzungen auszuschließen, als maßgebliches Unterscheidungskriterium.²⁴⁵ Seine Interpretation kann nur im Kontext der Vorlageverfahren *VG Wort* und *Copydan* verstanden werden. Die Vorlagefragen, aus denen sich die geschilderte Notwendigkeit einer Differenzierung ergibt, befassen sich vorrangig mit der Bedeutung der Zustimmung des Rechtsinhabers zu einer privilegierten Nutzung für den gerechten Ausgleich.²⁴⁶ Nach *VG Wort* entfaltet die Zustimmung zu einer unter eine Ausnahme fallenden Nutzung keine Rechtswirkungen und wirkt sich mithin nicht auf den gerechten Ausgleich aus.²⁴⁷ Bei einer Beschränkung des Verwertungsrechts ist für die Bedeutung der Zustimmung relevant, ob der nationale Gesetzgeber das Vervielfältigungsrecht im konkreten Fall aufrechterhalten wollte. Ist dies der Fall, so findet der gerechte Ausgleich keine Anwendung, weshalb die Zustimmung von vornherein keine Auswirkung auf ihn haben kann. Wird das Vervielfältigungsrecht nicht aufrechterhalten, so gelten die Vorgaben zur Ausnahme entsprechend: Die Zustimmung wirkt sich nicht auf den Schaden aus und hat damit keinen Einfluss auf den gerechten Ausgleich.²⁴⁸ Dies bezieht *Peukert* nur auf unentgeltliche Zustimmungen zur Nutzung.²⁴⁹ Erst in *Copydan* befasse sich der EuGH in allgemeiner Weise mit dem Verhältnis von vertraglicher und gesetzlicher Vergütung.²⁵⁰ In diesem Vorlageverfahren gibt der EuGH in seiner Antwort zudem Folgendes vor: Die Zustimmung eines Rechtsinhabers zur Nut-

²⁴⁵ *Peukert* GRUR 2015, 452, 454. Siehe auch *de la Durantaye* GRUR 2017, 558, 562 f., die im Zusammenhang mit der Neuregelung der Erlaubnistatbestände zugunsten von Bildung und Forschung durch das UrhWissG die unterschiedlichen Schrankenoptionen danach abgrenzt, ob Lizenzverträge der gesetzlichen Erlaubnis vorgehen oder nicht.

²⁴⁶ Vgl. dazu ausführlich unter Teil 1: G.II.3.b).

²⁴⁷ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 37 – *VG Wort*.

²⁴⁸ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 39 – *VG Wort*.

²⁴⁹ *Peukert* GRUR 2015, 452, 452 f.

²⁵⁰ *Peukert* GRUR 2015, 452, 453.

zung kann keinen Einfluss auf die Verpflichtung zu einem gerechten Ausgleich haben und kann als solche für den Nutzer der betreffenden Dateien keine Verpflichtung zu irgendeiner Vergütung begründen, wenn ein Mitgliedstaat beschlossen hat, im materiellen Geltungsbereich der Schrankenbestimmung jede Befugnis der Rechtsinhaber zur Genehmigung der privaten Vervielfältigung ihrer Werke auszuschließen.²⁵¹ Entgegen der herrschenden Ansicht, die dies im Sinne eines Vorrangs der gesetzlichen Regelung vor der privatautonomen Zustimmung versteht,²⁵² geht *Peukert* unter Berufung auf EGr. 45 InfoSoc-RL davon aus, der EuGH halte individuelle Abreden nicht *per se* für unzulässig und irrelevant.²⁵³ Mitgliedstaaten sollen nach den Vorgaben des EuGH über die Wirksamkeit von individueller Abrede im Anwendungsbereich der Schranke entscheiden können.²⁵⁴ Eine Pflicht zum gerechten Ausgleich bestehe nur, wenn Rechtsinhaber nach den nationalen Vorgaben eine an sich zulässige Nutzung auch nicht vertraglich abbedingen können. Sofern der Rechtsinhaber aber eine gesetzlich erlaubte Nutzung vertraglich ausschließen kann und dies auch macht,²⁵⁵ soll grundsätzlich keine Verpflichtung zum gerechten Ausgleich bestehen.²⁵⁶ Im Lichte von *VG Wort* sei es dann aber wiederum erforderlich, einen gesetzlichen Vergütungsanspruch bei einer unentgeltlichen Zustimmung zur Nutzung zuzuerkennen, was *Peukert* auf im Open Content Modus zugänglich gemachte Werke bezieht, für die jedermann ein unentgeltliches einfaches Nutzungsrecht eingeräumt wird.²⁵⁷

Das überzeugt meines Erachtens nicht.²⁵⁸ Es ist nicht schlüssig, die Vorgaben aus *VG Wort* auf die unentgeltliche Zustimmung zu beziehen, da sich weder aus den Vorlagebeschlüssen noch aus der Antwort des Gerichtshofs eine entsprechende Beschränkung

²⁵¹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 67 – Copydan.

²⁵² Vgl. S. 102 ff.

²⁵³ *Peukert* GRUR 2015, 452, 453 f.

²⁵⁴ *Peukert* GRUR 2015, 452, 454, wobei er auch auf EGr. 45 InfoSoc-RL verweist, nach dem die Schranken vertragliche Beziehungen zur Sicherstellung eines gerechten Ausgleichs im Rahmen des national zulässigen nicht entgegenstehen.

²⁵⁵ *Peukert* GRUR 2015, 452, 454 geht offenbar davon aus, dass die Anwendbarkeit Pauschalvergütung davon abhängt, dass ein individueller Vergütungsanspruch besteht. Mithin dürfte es ungenau sein, dass er als Differenzierungskriterium die mitgliedstaatliche Entscheidung zur Befugnis über den Ausschluss der Privatkopie vorgibt.

²⁵⁶ *Peukert* GRUR 2015, 452, 454.

²⁵⁷ Vgl. *Peukert* GRUR 2015, 452, 452 f., 455.

²⁵⁸ Ablehnend auch *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2017, 217, 224 f., Fn. 143. *Quintais*, IIC 2015, 66, 78 f. enthält sich einer Bewertung zum Ansatz *Peukerts*, weist aber darauf hin, dass dies eine radikale Veränderung der Rolle der Verwertungsgesellschaften nach sich ziehen würde. Krit. auch *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S. 15 f. die insbes. darauf verweisen, dass *Peukert* die EuGH-Rechtsprechung in erster Linie kritisiere und nicht (nachvollziehbar) interpretiere.

ergibt.²⁵⁹ Vor allem ist diese Interpretation meines Erachtens abzulehnen, da sie ein anderes Verständnis des Ausschließlichkeitsrechts zugrunde legt, als der EuGH dies macht.²⁶⁰ Die Ansicht erachtet als relevant, ob es Rechtsinhabern gestattet ist, eine kraft Gesetzes an sich zulässige Privatkopie vertraglich auszuschließen oder zu beschränken.²⁶¹ Der EuGH stellt darauf ab, ob der nationale Gesetzgeber im Rahmen einer Beschränkung das Vervielfältigungsrecht im konkreten Fall aufrechterhalten wollte.²⁶² Hat er das Vervielfältigungsrecht aufrechterhalten, erlaubt die vom nationalen Gesetzgeber vorgesehene Beschränkung die konkrete Vervielfältigung nicht.²⁶³ Es sind jedoch unterschiedliche Fragen, ob ein Rechtsinhaber dazu berechtigt ist, eine gesetzlich erlaubte Nutzung auf Grundlage einer Abrede mit dem Nutzer auszuschließen bzw. zu beschränken, oder ob eine Nutzung nur mit seiner Erlaubnis zulässig ist. Maßgeblich für die Abgrenzung ist die gesetzgeberische Entscheidung für den konkreten Fall, nicht hingegen, ob der Rechtsinhaber mit dem Nutzer für den betreffenden Sachverhalt eine Vereinbarung getroffen hat oder nicht.²⁶⁴ Wenn der EuGH darauf abstellt, ob die Befugnis der Rechtsinhaber zur Genehmigung der Nutzung ihrer Schutzgegenstände beschränkt ist oder nicht,²⁶⁵ ist dies in dem Sinne zu verstehen, dass er dieses von ihm herangezogene Abgrenzungskriterium aus einem anderen Blickwinkel betrachtet und mit anderen Worten umschreibt.²⁶⁶ Die Literaturansicht stellt auf die Befugnis des Rechtsinhabers zur Disposition über Schranken ab.²⁶⁷ Dies lässt sich meines Erachtens nicht mit der EuGH-Rechtsprechung vereinbaren.

²⁵⁹ Siehe dazu Teil 1: G.II.3.b)bb). *De la Durantaye* GRUR 2017, 558, 562 f. unterscheidet ebenfalls nicht anhand dieses Kriteriums.

²⁶⁰ Vgl. auch GA *Cruz Villalón* Schlussanträge vom 18.6.2014, Rs. C-463/12, Rn. 63 – Copydan, der davon ausgeht, die Entscheidung über die Rolle der Zustimmung sei nicht den Mitgliedstaaten überlassen.

²⁶¹ *Peukert* GRUR 2015, 452, 454. Ähnlich *de la Durantaye* GRUR 2017, 558, 562 f.

²⁶² EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 38.

²⁶³ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 39 – VG Wort.

²⁶⁴ Vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 38.

²⁶⁵ Vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 38 – VG Wort.

²⁶⁶ In EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 67 – Copydan greift er die entsprechenden Vorgaben zur Ausnahme vom Verwertungsrecht beinahe wortgleich auf und bekräftigt diese damit. Auf diese Stelle stützt *Peukert* GRUR 2015, 452, 454 seine Argumentation ausdrücklich. Vgl. bereits EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 37 – VG Wort.

²⁶⁷ Es ist zudem zweifelhaft, ob die Auffassung hinreichend zwischen der Unterscheidung auf erster Stufe (Ausnahmen und Beschränkungen) und derjenigen auf zweiter Stufe (ausgleichspflichtige und nicht-ausgleichspflichtigen Beschränkungen) unterscheidet. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 67 – Copydan befasst sich nur mit der Bedeutung der Zustimmung für die Ausnahme. Sofern aber keine Ausnahme, sondern eine Beschränkung vorliegt, entfällt die Pflicht zum gerechten Ausgleich nicht schon deshalb, sondern es bedarf der Prüfung, ob das Ausschließlichkeitsrecht im konkreten Fall aufrechterhalten wurde (vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 39 – VG Wort).

D. *Ergebnispflicht*

Die Mitgliedstaaten unterliegen der sogenannten Ergebnispflicht. Diese Verpflichtung wurde vom EuGH erstmalig in *Opus* für den Privatkopieausgleich herausgearbeitet und seitdem in mehreren Urteilen bestätigt und präzisiert.²⁶⁸

I. *Herleitung und Bedeutung*

Der EuGH leitet die Ergebnispflicht aus der Notwendigkeit eines hohen Schutzniveaus, dem Dreistufentest gemäß Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL und der Gewährleistung einer angemessenen Vergütung gemäß EGr. 9, 10 und 35 InfoSoc-RL her und beruft sich für den Privatkopieausgleich zudem auf den obligatorischen Charakter.²⁶⁹ Die Mitgliedstaaten sind verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit die wirksame Erhebung des gerechten Ausgleichs und die entsprechende Begünstigung der Rechtsinhaber zu gewährleisten.²⁷⁰ Insofern sind sie verpflichtet, die Schwierigkeiten bei der Anwendung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls zu überwinden.²⁷¹ Die konkreten Anforderungen, die sich für den jeweiligen Einzelfall aus der Ergebnispflicht ableiten, richten sich nach der konkreten Regelungssituation. Je schwerer sich die praktischen Schwierigkeiten darstellen, desto weitreichender können die Maßnahmen sein, zu denen die Mitgliedstaaten verpflichtet sind. Die Ergebnispflicht ist umfassend angelegt, beschränkt sich also nicht auf bestimmte Konstellationen oder Aspekte. Sie gilt nicht nur für Urheber, sondern auch für Leistungsschutzberechtigte.²⁷² Sie bezieht sich zudem nicht nur auf die wirksame Erhebung des gerechten Ausgleichs, sondern erfasst auch die Begünstigung der Rechtsinhaber.²⁷³

²⁶⁸ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 34 – *Opus*; EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 106 – *Luksan*; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 57 – *Amazon*; EuGH GRUR 2016, 927 – *Austro-Mechana*; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 21 – *EGEDA*. Siehe zudem GA *Mengozzi* Schlussanträge vom 7.3.2013, Rs. C-521/11, Rn. 77 – *Amazon*.

²⁶⁹ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 32 f. – *Opus*, wo zusätzlich auch der Dreistufentest aus Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL angeführt wird. Vgl. auch *Wandtke/Bullinger/Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 80. Zur Anwendung des Dreistufentests auf den gerechten Ausgleich auch *Reinbothe* in: *Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law*, 2016, S. 299, 318.

²⁷⁰ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 34 – *Opus*. Vgl. auch EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 106 – *Luksan*. So auch *Kraft* MR Beil. 4, 2015, 1, 12 f.; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 87. Siehe beispielsweise auch *Walter* MR Beil. 2/2012, 1, 13, der die Ergebnispflicht auch auf die Höhe des Anspruchs bezieht und einen ausreichenden Ausgleich fordert. Dies lässt sich der Rechtsprechung jedoch nicht entnehmen.

²⁷¹ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 32 – *Amazon*. Vgl. auch *Müller* ZUM 2011, 631, 634.

²⁷² Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 32 – *Amazon*; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 21 – *EGEDA*.

²⁷³ EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 106 – *Luksan*. Siehe auch Teil 1: E.

Vor dem Hintergrund dieses umfassenden Ansatzes steht in Frage, welche inhaltliche Bedeutung der Pflicht zukommt. Die Mitgliedstaaten sind generell dazu verpflichtet, die verbindlichen Richtlinienziele zu erfüllen.²⁷⁴ Allgemein folgt bereits aus dem Umstand, dass der gerechte Ausgleich eine Richtlinienbestimmung darstellt, dass es sich um eine Ergebnisvorgabe handelt, Art. 288 Abs. 3 AEUV.²⁷⁵ Dass Mitgliedstaaten diese Ergebnisse praxistauglich umsetzen, wird durch den *effet utile*-Grundsatz abgesichert, nach dem die Mitgliedstaaten die Formen und Mittel der Umsetzung zu wählen haben, die sich zur Gewährleistung der praktischen Wirksamkeit unter Berücksichtigung des Zwecks der Regelung am besten eignen.²⁷⁶ Die Ergebnisspflicht, die sich speziell auf die Richtlinienvorgabe des gerechten Ausgleichs bezieht, verfolgt im Kern die gleiche Intention. Auch wenn nicht ausgeschlossen ist, dass die Ergebnisspflicht auch eine wirksame Geltung des Interessenausgleichs absichern kann, hat der EuGH sie bisher als Argument für eine rechtsinhaberfreundliche Auslegung herangezogen.²⁷⁷ Damit hat der EuGH eine Verpflichtung der Mitgliedstaaten normiert, die darauf hindeutet, dass besonders strenge Maßstäbe für die praktische Wirksamkeit gelten.²⁷⁸ Das erscheint sachgerecht, da der gerechte Ausgleich gerade im Zusammenhang mit Abgabenlösungen für schwer zu verfolgende massenhafte Nutzungen auf eine praxistaugliche Lösung abzielt. In diesem Zusammenhang ist die Ergebnisspflicht vor allem auch in der Lage, beim Vorliegen praktischer Schwierigkeiten die Zulässigkeit von Haftungskonstellationen zu begründen, die andernfalls nicht mit dem Unionsrecht vereinbar wäre.²⁷⁹ Damit kann die Ergebnisspflicht also die Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten für die Umsetzung erweitern.

²⁷⁴ Streinz/*Schroeder* 3. Aufl. 2018, 3. Aufl. 2018, Art. 288 EUV Rn. 76.

²⁷⁵ Calliess/Ruffert/Ruffert 6. Aufl. 2022, Art. 288 EUV Rn. 24; Streinz/*Schroeder* 3. Aufl. 2018, Art. 288 EUV Rn. 76. Grundlegend *Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, 21/28. Vgl. auch GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 83 – Padawan; *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 585.

²⁷⁶ Grundlegend hierzu EuGH NJW 1976, 2065, 2067 – Beschränkung der Freizügigkeit für Gemeinschaftsangehörige; Calliess/Ruffert/Ruffert 6. Aufl. 2022, Art. 288 EUV Rn. 27. Vgl. auch *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 651, die die Ergebnisspflicht der InfoSoc-Richtlinie aus dem *effet utile*-Grundsatz herleiten.

²⁷⁷ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 40 – Opus; EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 106 – Luksan; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31 f. – Amazon. Vgl. mit entsprechendem Argumentationsmuster auch *Müller* ZUM 2011, 631, 634; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 87, 216.

²⁷⁸ Ähnlich auch *Müller* ZUM 2011, 631, 634. *Walter* MR Beil. 2/2012, 1, 12 will aus der Ergebnisspflicht sogar eine Verpflichtung zur Effizienz ableiten, was meines Erachtens aus der zitierten Rechtsprechung nicht zu entnehmen ist.

²⁷⁹ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 32 – Amazon.

II. Adressat

Adressaten der Ergebnisspflicht sind die mitgliedstaatlichen Träger der öffentlichen Gewalt.²⁸⁰ Legislative, Exekutive und Judikative sind gleichermaßen gebunden.²⁸¹ Ohne dass sich dies aus der Rechtsprechung ableiten würde, will eine Ansicht auch Verwertungsgesellschaften eine Ergebnisspflicht auferlegen, weshalb diese wiederum bestimmte Rechtsdurchsetzungsquoten einhalten sollen.²⁸² Dabei verweist die Ansicht auf den Wahrnehmungszwang der Verwertungsgesellschaften.²⁸³ Aus der Ergebnisspflicht sollen sich gesteigerte Anforderungen an die Kontrolle der Nutzerkreise und die Rechtsverfolgung ergeben.²⁸⁴ Die Ergebnisspflicht wirkt zwar mittelbar in das Verhältnis zwischen Rechtsinhabern und Verwertungsgesellschaft ein, da der EuGH aus ihr auch Vorgaben zum Begünstigten und zur Verkehrsfähigkeit des gerechten Ausgleichs ableitet, aber Verwertungsgesellschaften sind nicht unmittelbar verpflichtet. Auch wenn ihre Tätigkeit einem öffentlichen Anliegen dient und der Staat durch die Gewährleistung ihrer Tätigkeit seinen verfassungsmäßigen Pflichten nachkommt,²⁸⁵ sind sie als Private nicht in einer Weise mit den Trägern öffentlicher Gewalt vergleichbar, die eine Ausweitung des Adressatenkreises der Ergebnispflicht legitimieren würde. Die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften ist zudem inzwischen durch Richtlinienrecht harmonisiert. Die Verwertungsgesellschaften sind danach verpflichtet, im besten Interesse ihrer Rechtsinhaber zu handeln, Art. 4 VG-RL. Gemäß Art. 11 Abs. 2 VG-RL müssen sie unter anderem bei der Einziehung der Einnahmen die gebotene Sorgfalt aufzeigen. Das Erfordernis einer prozentual zu bemes-

²⁸⁰ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 39 – Opus.

²⁸¹ *Jani* ZGE 2015, 196, 202; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 87.

²⁸² *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2012, 881, 884. So auch BeckOK/*Freundenberg* 40. Aufl. 2023, § 10 VGG Rn. 21.

²⁸³ *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2012, 881, 884.

²⁸⁴ *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2012, 881, 884, die zudem aus der Ergebnispflicht im Zusammenspiel mit Art. 20 GRCh herleiten, dass ausländische und inländische Vergütungsschuldner in vergleichbarer Weise in Anspruch genommen werden müssen. Die Anwendung von Art. 20 GRCh kommt allerdings nur im Rahmen der mittelbaren Drittwirkung in Frage (*Calliess/Ruffert/Rossi* 6. Aufl. 2022, Art. 20 GRCh Rn. 12). Aufgrund des bestimmenden Einflusses der Rechtsinhaber auf die Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften, sind diese auch nicht aus dem gerechten Ausgleich zu einer strengen Gleichbehandlung von inländischen und ausländischen Schuldner verpflichtet. Gem. Art. 11 VG-RL müssen Verwertungsgesellschaften allerdings bei der Einziehung der Einnahmen mit der gebotenen Sorgfalt vorgehen, ohne dass die Richtlinie näher definieren würde, was damit gemeint ist. Durch das Urteil im anhängigen Verfahren Rs. C-263/21 – AMITEC / EGEDA u. a. ist Klärung über die unionsrechtlichen Vorgaben zu Informationspflichten im Zusammenhang mit den Ansprüchen auf gerechten Ausgleich zu erwarten.

²⁸⁵ *Denga* Legitimität und Krise urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften, 2015, S. 123, 140 ff., 146 ff. Vgl. auch *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 243 („Träger staatsentlastender Tätigkeit“) m. w. N.

senden Durchsetzung lässt sich hieraus jedoch nicht ableiten.²⁸⁶ Da damit eine spezielle Regelung zur Tätigkeit der Verwertungsgesellschaften besteht, scheidet eine solche Ausweitung der Ergebnisspflicht aus.

III. *Geltung abseits des Privatkopieausgleichs*

Der EuGH hat in seinen Urteilen bisher explizit allein festgestellt, dass die Ergebnisspflicht für den gerechten Ausgleich der Privatkopieschranke gilt.²⁸⁷ Die Tatsache, dass er die Verpflichtung zunächst auf allgemeingültige Erwägungsgründe stützt, spricht für eine Übertragbarkeit.²⁸⁸ Da der EuGH das Bestehen der Ergebnisspflicht für die Privatkopieschranke aber auch mit dem obligatorischen Charakter der Ausgleichspflicht begründet, bestehen Zweifel darüber, inwieweit die Vorgabe gleichermaßen für den fakultativen gerechten Ausgleich gilt.²⁸⁹ Dies wird relevant, sofern aus der Ergebnispflicht des gerechten Ausgleichs über die allgemeinen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten zur Umsetzung von Richtlinienvorgaben hinausgehende Anforderungen resultieren. Jedenfalls lässt sich aus dem fakultativen Charakter nicht ableiten, dass die Mitgliedstaaten die Interessen der Rechtsinhaber an einer wirksamen Handhabung zwingend geringer zu bewerten hätten. Daher sind sie dazu berechtigt, diejenigen Maßnahmen vorzusehen, deren Zulässigkeit mit der Ergebnispflicht begründet wird. Nicht eindeutig zu beantworten und damit klärungsbedürftig ist demgegenüber, inwiefern sie beim fakultativen gerechten Ausgleich hinter diesen Maßnahmen zurückbleiben dürfen. Insofern ist es zumindest erforderlich, dem Gleichbehandlungsgebot Rechnung zu tragen, sodass eine Ungleichbehandlung vergleichbarer Sachverhalte objektiv gerechtfertigt werden muss.

²⁸⁶ Siehe auch *Peifer ZUM* 2014, 453, 463, wonach die Richtlinienvorgaben zur Einziehung und Verwendung von Vergütungen keinen grundlegend anderen Inhalt haben als die deutschen Vorschriften zum Verabschiedungszeitpunkt.

²⁸⁷ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 34 – Opus.; EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 106 – Luksan; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 57 – Amazon; EuGH GRUR 2016, 927 – Amazon; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 21 – EGEDA.

²⁸⁸ Für eine umfassende Geltung der Ergebnisspflicht daher auch *Pflüger Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung*, 2017, S. 87.

²⁸⁹ Unterschiedliche Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten können sich auch bei gleichen materiellen Anforderungen daraus ergeben, dass die praktischen Begebenheiten im Zusammenhang mit der Umsetzung der Schranke bzw. den privilegierten Nutzungen aufgrund der tatbestandlichen Besonderheiten des Privilegierungstatbestands anders zu beurteilen sind. Das Unionsrecht eröffnet den Mitgliedstaaten gewisse Spielräume nur, wenn tatsächliche Voraussetzungen vorliegen, die sich von Schranke zu Schranke unterscheiden können. Siehe *Pflüger Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung*, 2017, S. 54, 88.

E. Berechtigung und Verkehrsfähigkeit

I. Berechtigung

Wer genau durch den gerechten Ausgleich begünstigt werden soll, konkretisiert der Richtlinienggeber nicht explizit. Die InfoSoc-Richtlinie beschränkt sich im Wesentlichen auf die Vorgabe, dass Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten müssen.²⁹⁰ Die Frage nach der Ausgleichsberechtigung wurde vor diesem Hintergrund frühzeitig aufgeworfen.²⁹¹ Die Vorgaben aus der EuGH-Rechtsprechung haben diese Debatte befeuert und zwischenzeitlich zumindest in Teilen zu mehr Klarheit geführt.

1. Originäre Zuweisung

Nach *Luksan* sind Rechtsinhaber im Sinne des gerechten Ausgleichs die originären Rechtsinhaber aus Art. 2 InfoSoc-RL, die damit unmittelbar und originär anspruchsberechtigt sind.²⁹² Sie haben einen Anspruch auf den gerechten Ausgleich.²⁹³ Das sind neben den Urhebern also auch die enumerativ aufgezählten Leistungsschutzberechtigten, also die ausübenden Künstler, die Tonträgerhersteller, die Filmhersteller und die Sendunternehmen. Die Berechtigung zum gerechten Ausgleich leitet sich damit aus der originären Zuweisung der Nutzungsrechte ab.²⁹⁴ Wer Inhaber des ausschließlichen Nutzungsrechts ist, das die von einer Schranke erfassten Vervielfältigungen umfassen würde,²⁹⁵ ist insofern unbeachtlich.²⁹⁶ Diese Zuordnung an die originären Berechtigten ist verbindlich und darf nicht unterwandert werden.²⁹⁷ Dieses Verständnis zur originären

²⁹⁰ Vgl. *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 650; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 99. Siehe zu Ansprüchen des Verlegers auf einen gerechten Ausgleich inzwischen Art. 16 Abs. 1 DSM-RL.

²⁹¹ Vgl. im weiteren Sinne etwa *Wiesemann* Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 70 ff.

²⁹² EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 88 ff. – *Luksan* für den Privatkopieausgleich; *Flechtsig* jurisPR-ITR 13/2015 Anm. 2; *Flechtsig* jurisPR-ITR 14/2015 Anm. 2; *Flechtsig* MMR 2012, 293, 296; *Flechtsig* ZUM 2012, 855, 864; *Leistner* ZGE 2013, 312, 331; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 84; *Servatius* in: Maute/Mackenrodt, Recht als Infrastruktur für Innovation, 2019, S. 201, 207 f. Anders *Beck/Nettesheim* NJW 2016, 529; *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 8 ff.

²⁹³ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 43 – *Padawan*.

²⁹⁴ Vgl. EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 89, 94 – *Luksan*; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 46 f. – *Reprobel*.

²⁹⁵ Die InfoSoc-Richtlinie gestattet etwa auch die Übertragung des Verwertungsrechts, EGr. 30 InfoSoc-RL. Vgl. *Beck/Nettesheim* NJW 2016, 529, 530; *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1; *Kraßer* GRUR 2016, 129, 134.

²⁹⁶ Zum Verhältnis zum Erfordernis eines Schadensausgleichs *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 5; *Riesenhuber* ZUM 2012, 746; *Schack* JZ 2016, 693, 694 f.

²⁹⁷ *Flechtsig* ZUM 2012, 855, 865; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 85. Anders *Kraft* MR Beil. 4/2015; *Kraßer* GRUR 2016, 129, 134. Krit. gegenüber der Rechtsprechung *Wandtke* MMR 2016, 1, 1 f. Es ist allerdings davon auszugehen, dass Rechtsnachfolger wie Erben be-

Berechtigung legt der EuGH auch *Reprobel* zugrunde, wenn er feststellt, dass es einem Mitgliedstaat prinzipiell versagt ist, den gerechten Ausgleich den Verlegern der von den Urhebern geschaffenen Werke zu gewähren.²⁹⁸ Aus dem Urteil ergibt sich zumindest die Unionsrechtswidrigkeit einer gesetzlichen Regelung, die den gerechten Ausgleich einer Gruppe von Personen auch nur anteilig gewährt, die nicht Rechtsinhaber nach Art. 2 InfoSoc-RL sind, sofern die Urhebern nicht zumindest indirekt in den Genuss des ihnen vorenthaltenen Teils kommen.²⁹⁹ Die Zuweisung des gerechten Ausgleichs an die originären Rechtsinhaber ist damit auch abschließend. Hieran hat die Verabschiedung der DSM-Richtlinie nichts geändert.³⁰⁰

Die Zuweisung an den originären Rechtsinhaber wird zum Teil kritisch bewertet.³⁰¹ Die InfoSoc-Richtlinie weise den Ausgleich nicht zwingend den originären Rechtsinhabern zu, sondern auch derivative Rechtsinhaber könnten die Begünstigten des gerechten Ausgleichs sein.³⁰² Eine Zuweisung des Ausgleichs an sie sei erforderlich, da ihr Recht durch Schranken tangiert würde.³⁰³ Besonders augenfällig zeige sich die Betroffenheit des abgeleiteten Rechtsinhabers, wenn Schranken erst nach der Einräumung eines Nutzungsrechts eingeführt werden.³⁰⁴ In dieser Situation könne er die Nutzung nicht mehr untersagen, aber zugleich bleibe ihm der Ausgleich verwehrt. Dies sei insbesondere deshalb nicht sachgerecht, da die Anfertigung von Kopien zum eigenen Gebrauch in vielen Bereichen ein verlegtes Werk voraussetze.³⁰⁵ Systematisch wird die Zuweisung an den derivativen Rechtsinhaber auf einer richtlinienübergreifenden Interpretation gestützt. So wird darauf verwiesen, dass beispielsweise ein Rechtsinhaber im Sinne der VG-RL auch der Inhaber eines abgeleiteten Rechts ist.³⁰⁶ Der Begriff müsse – wie es dem üblichen Vorgehen des

zugsberechtigt sind, ohne in der InfoSoc-RL explizit als Rechtsinhaber bezeichnet zu sein (vgl. *Kraßer* GRUR 2016, 129, 134; *Schack* JZ 2016, 693, 695).

²⁹⁸ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 44 ff. – *Reprobel*.

²⁹⁹ *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 221; *Riesenhuber* EuZW 2016, 16.

³⁰⁰ v. *Ungern-Sternberg* GRUR 2022, 3, 11.

³⁰¹ *Beck/Nettesheim* NJW 2016, 529, 530; *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 650. Siehe auch *Kraßer* GRUR 2016, 129, 134; *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 5 ff.; *Lucas-Schlotter* RIDA 2015 (243), 3, 38 ff.; *Riesenhuber* EuZW 2016, 16, 17; *Schack* JZ 2016, 693, 695; *Wandtke* MMR 2016, 1.

³⁰² *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 650; *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 6 ff.; *Wandtke* MMR 2016, 1.

³⁰³ *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 7; *Riesenhuber* EuZW 2016, 16, 17; *Wandtke* MMR 2016, 1, 2. Vgl. auch *Schack* JZ 2016, 693, 694.

³⁰⁴ *Riesenhuber* EuZW 2016, 16, 17.

³⁰⁵ Vgl. *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 5; *Riesenhuber* ZUM 2012, 746.

³⁰⁶ *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 650. Vgl. auch *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 9; *Wandtke* MMR 2016, 1, 2.

EuGH entspricht³⁰⁷ – über die Richtlinien hinweg identisch interpretiert werden, womit sich die Zuweisung des Ausgleichs nicht auf den gesetzlichen Rechtsinhaber beschränken soll.³⁰⁸ Zudem ziehen Vertreter der Ansicht in Zweifel, dass die Auslegung des EuGH den verfassungsrechtlichen Vorgaben und dem Rechts- und Interessenausgleich nach EGr. 31 InfoSoc-RL genügt.³⁰⁹

Die Zuweisung an die originären Rechtsinhaber entspricht eher der kontinentaleuropäischen Urheberrechtstradition.³¹⁰ Dieses Verständnis steht zumindest in Spannung dazu, dass die Zuweisung des Urheberrechts durch das Unionsrecht nicht tiefgreifend determiniert ist.³¹¹ Dennoch vermag die Kritik an der EuGH-Rechtsprechung nicht zu überzeugen.³¹² Mangels einer klaren und einheitlichen Definition des Rechtsinhabers im Urheberrecht der EU³¹³ ist es systematisch schlüssig, den Kreis der originär Begünstigten anhand der Richtlinienvorgaben zu bestimmen, also auf Art. 2 InfoSoc-RL abzustellen. Die Richtlinie enthält keine Anhaltspunkte für ein weiteres Verständnis.³¹⁴ Es ist zwar zutreffend, dass Schranken auch nachteilige Folgen für die derivativen Rechtsinhaber haben,³¹⁵ aber da der gerechte Ausgleich eine eigenständige vom Verwertungsrecht unabhängige Rechtsposition darstellt, ist dies für die Zuweisung der Position des gerechten Ausgleichs

³⁰⁷ Vgl. vor allem EuGH GRUR 2012, 156, Rn. 188 – Murphy.

³⁰⁸ *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 650 berufen sich zudem auf EuGH GRUR 2006, 752, Rn. 24 – Uradex. Die Rechtsprechung zur Satelliten- und Kabelrichtlinie lässt aufgrund der unterschiedlichen Regelungsgegenstände zumindest keine zwingenden Rückschlüsse zu.

³⁰⁹ *Wandtke* MMR 2016, 1.

³¹⁰ Vgl. *Servatius* in: Maute/Mackenrodt, Recht als Infrastruktur für Innovation, 2019, S. 201, 208.

³¹¹ *Stamatoudi/Torremans/Lucas-Schloetter* EU Copyright Law, 2014, Rn. 1.15; *Reinbothe* GRUR Int. 2001, 733, 736. Vgl. auch *Schack* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 146. Die Feststellung von EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 44 ff. – Reprobel zeigen allerdings, dass Verleger keine originären Inhaber des Vervielfältigungsrechts sind und deuten auf ein Schöpferprinzip hin. Damit stehen sie zumindest partiell in Konflikt zu einem im angloamerikanischen Raum verbreiteten Rechtsverständnis (siehe etwa Copinger/Skone James/*Davies et al.* Copyright, Volume One, 17. Aufl. 2016, Rn. 4-14, 5-08 ff.).

³¹² So im Ergebnis auch European Copyright Society, Opinion on The Reference to the CJEU in Case C-572/13 Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL, 2015.

³¹³ Vgl. Dreier/Hugenholtz/*Bechtold* Concise European Copyright Law, 2. Aufl. 2016, Art. 1 InfoSoc-RL Rn. 3(b), 3(c).

³¹⁴ Auch EGr. 30 InfoSoc-RL gibt kein anderes Verständnis des Rechtsinhabers vor, da der Erwägungsgrund nur die Übertragung oder Abtretung, nicht hingegen die Zuweisung betrifft. *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 650 halten einen Anhaltspunkt in der Richtlinie für nötig, um vom richtlinienübergreifenden Verständnis abzurücken. Art. 2 InfoSoc-RL deutet in einer Weise auf ein engeres Verständnis hin, die eine funktionsdifferente Auslegung rechtfertigt. *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 8 nimmt Art. 2 InfoSoc-RL als Ausgangspunkt seiner Interpretation, spricht sich im Ergebnis aber dennoch für eine weitergehende Auslegung aus.

³¹⁵ *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 6450 f.; *Kraft* MR Beil. 4/2015, 5 f., 8 ff.; *Lucas-Schloetter* RIDA 2015 (243), 2, 38 ff.; *Müller* ZUM 2014, 781, 788; *Wandtke* MMR 2016, 1.

unbeachtlich.³¹⁶ Die Auslegung des EuGH stellt das Prinzip der InfoSoc-Richtlinie in den Vordergrund, primär einen Anreiz für die Kreativen zu schaffen.³¹⁷ Die Zuweisung des Ausgleichs an die originär Berechtigten bildet die Grundlage dafür, dass sie den gerechten Ausgleich auch tatsächlich erhalten und er ihnen nicht von vornherein entzogen wird, etwa indem ein umfassendes ausschließliches Nutzungsrecht eingeräumt wird.

2. Kumulative Anspruchsberechtigung

Die Kategorien von Rechtsinhabern nach Art. 2 lit. a) – e) InfoSoc-RL sind für Vervielfältigungen im Anwendungsbereich der InfoSoc-Richtlinie³¹⁸ grundsätzlich kumulativ anspruchsberechtigt.³¹⁹ Darauf deutet der Wortlaut der Richtlinie hin, nach dem *die Rechtsinhaber* den gerechten Ausgleich erhalten müssen.³²⁰

Lange Zeit war unklar, ob und inwieweit eine Gruppe von Rechtsinhabern vom gerechten Ausgleich ausgeschlossen werden kann. Hintergrund dieser Debatte ist, dass Sendeunternehmen nach Art. 2 lit. e) InfoSoc-RL in den meisten Mitgliedstaaten traditionell keinen gerechten Ausgleich erhalten.³²¹ Während eine Ansicht einen Ausschluss der Sendeunternehmen vom gerechten Ausgleich keinen unionsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sah,³²² erkannte die herrschende und zuletzt weiterhin Zulauf verzeichnende Literaturansicht hierin einen Verstoß gegen das Unionsrecht.³²³ Aus der Rechtsprechung des EuGH ergab

³¹⁶ Vgl. für das deutsche Recht *Stöbr* Gesetzliche Vergütungsansprüche im Urheberrecht, 2007, S. 106 (str.).

³¹⁷ European Copyright Society, Opinion on The Reference to the CJEU in Case C-572/13 Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL, 2015, S. 2 ff. Vgl. auch *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2016, 38, 39 m. V. a. EGr. 10 InfoSoc-RL und EuGH GRUR 2016, 60 Rn. 14 – SBS Belgium/SABAM.

³¹⁸ Jedenfalls die Anfertigung einer Kopie einer Live-Sendung unterfällt als Erstaufzeichnung im Sinne von Art. 7 Abs. 2 VV-RL (n.F.) nicht dem Anwendungsbereich der InfoSoc-Richtlinie. Die InfoSoc-Richtlinie lässt die entsprechenden Bestimmungen unberührt und beeinträchtigt sie in keiner Weise, Art. 1 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL, EGr. 20 InfoSoc-RL (*Katzenberger* GRUR Int. 2006, 190, 194. Krit. hinsichtlich der Praktikabilität der Unterscheidung *Triebe* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 225 f.). Daher müssen Rechtsinhaber im Gegenzug zu Beschränkungen zur privaten Benutzung insofern keinen gerechten Ausgleich erhalten, Art. 10 Abs. 1 lit. a) VV-RL (n.F.) (*Katzenberger* GRUR Int. 2006, 190, 194 f.; *Schack* GRUR Int. 2009, 490, 492; *Triebe* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 232; *Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg* 6. Aufl. 2020, § 87 UrhG Rn. 105. A.A. *Leistner* ZGE 2013, 312, 316 ff.).

³¹⁹ *Leistner* ZGE 2013, 312, 331; *Walter* Urheber- und Verwertungsgesellschaftenrecht, Bd. I, 2015, S. 195. Vgl. auch EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 94 i.V.m. Rn. 48, 90 ff. – Luksan.

³²⁰ OLG Dresden ZUM 2007, 203, 206; *Dreier* FS Ullmann 2006, S. 37, 47; *Götting* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, 2004, S. 48, 50. Vgl. auch *Triebe* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 231.

³²¹ Siehe die Übersicht von *Schack* GRUR Int. 2009, 490, 494 f.

³²² *Schack* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 776; *Schack* GRUR Int. 2009, 490.

³²³ *Arnold/Langhoff* ZUM 2006, 605; *Dreier* FS Ullmann 2006, S. 37, 47; *Loewenheim/Flehsig* HdU, 3. Aufl. 2021, § 47 Rn. 60; *ders.* ZUM 2004, 249, 251 ff.; *Götting* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, 2004, S. 47 ff.; *Götz v. Olenbusen* MR-Int. 2008, 6, 8; *HK/Hentsch* 4.

sich zunächst nicht unmittelbar, ob ein Ausschluss von bestimmten Gruppen zulässig sein kann.³²⁴ Jüngst hat der EuGH die erforderliche Klarstellung herbeigeführt. In *Seven.One Entertainment Group* entschied der Gerichtshof, dass unter Berücksichtigung des Wortlauts, des Regelungskontexts sowie der Ziele der Richtlinienvorgaben Sendeunternehmen ebenso wie die anderen in Art. 2 InfoSoc-RL genannten Rechtsinhaber grundsätzlich der in Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL geregelte Anspruch auf einen gerechten Ausgleich zuerkannt werden muss.³²⁵ Sofern die Mitgliedstaaten von der Möglichkeit Gebrauch machen wollen, in bestimmten Situationen eine Befreiung von der Zahlung des gerechten Ausgleichs im Falle eines geringfügigen Nachteil vorzusehen, haben sie den in Art. 20 GRCh niedergelegten Gleichbehandlungsgrundsatz zu wahren.³²⁶ Aufgrund der vergleichbaren Situation von Sendeunternehmen und anderen in Art. 2 InfoSoc-RL genannten Rechtsinhabern ergibt sich nach dem EuGH aus dem Gleichbehandlungsgrundsatz, dass eine unterschiedliche Behandlung auf objektive und angemessene Kriterien gestützt werden muss und in angemessenem Verhältnis zu dem mit der betreffenden Behandlung verfolgten Zielen stehen muss.³²⁷ Der EuGH konkretisiert Voraussetzungen, deren Vorliegen von einem nationalen Gericht zu überprüfen sind, damit ein Ausschluss aller Sendeunternehmen vom gerechten Ausgleich unionsrechtskonform ist.³²⁸ Erstens muss das nationale Gericht nach den vom EuGH konkretisierten Vorgaben anhand objektiver Kriterien sicherstellen, dass die Sendeunternehmen im Unterschied zu anderen Kategorien von Rechtsinhabern aus Art. 2 InfoSoc-RL durch die Vervielfältigung der Aufzeichnungen ihrer Sendungen nur einen geringfügigen Nachteil erleiden.³²⁹ Zweitens ist ebenfalls anhand objektiver Kriterien zu prüfen, ob alle Sendeunternehmen sich insbe-

Aufl. 2018, § 54 UrhG Rn. 22; *Krause/Meier* ZUM 2023, 568, 570; *Leistner* ZGE 2013, 312, 337 ff.; *Triebe* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 224 ff.; *Schrieker/Loewenheim/v. Ungern Sternberg* 6. Aufl. 2020, § 87 UrhG Rn. 104 f.; *Weber* ZUM 2003, 1037, 1039. Siehe auch OLG München MMR 2019, 384, Rn. 15 – Ausschluss von Sendeunternehmen von Vergütungspflicht (im Ergebnis offengelassen); *Wandtke/Bullinger/Erhardt* 6. Aufl. 2022, § 87 UrhG Rn. 21.

³²⁴ OLG München MMR 2019, 384, Rn. 18 – Ausschluss von Sendeunternehmen.

³²⁵ EuGH GRUR 2024, 51, Rn. 22 ff., 34 – *Seven.One Entertainment Group*. Auf die Vorlage von LG Erfurt GRUR 2022, 1528 hatte GA *Collins* Schlussanträge vom 13.7.2023, Rs. C-260/22, Rn. 14 – *Seven.One Entertainment Group* für diese Auslegung plädiert. Vgl. zur Vorlage *Krause/Meier* ZUM 2023, 568, 570 f. mit kritischer Bewertung der Argumentation des Generalanwalts. *Flehsig* GRUR-Prax 2023, 755 forderte den Unionsgesetzgeber in Reaktion auf das Urteil auf, die InfoSoc-Richtlinie anzupassen.

³²⁶ EuGH GRUR 2024, 51, Rn. 38 ff. – *Seven.One Entertainment Group*.

³²⁷ EuGH GRUR 2024, 51, Rn. 44 ff. – *Seven.One Entertainment Group*.

³²⁸ EuGH GRUR 2024, 51, Rn. 49 f., 52 – *Seven.One Entertainment Group*.

³²⁹ EuGH GRUR 2024, 51, Rn. 49 – *Seven.One Entertainment Group*.

sondere mit Blick auf den zu erleidenden Nachteil in einer vergleichbaren Situation befinden.³³⁰ Der EuGH schließt sich damit im Grunde der herrschenden Ansicht an. Dass diese vorzugswürdig ist, schlägt sich bereits in dem Regelungsansatz der InfoSoc-Richtlinie nieder.³³¹ *Leistner* ging vor dem Urteil davon aus, dass die Ermessensspielräume der Mitgliedstaaten einen Ausschluss der Sendeunternehmen vom gerechten Ausgleich nicht begründen könnten. Dieser Auffassung war insoweit beizupflichten, als dass das mitgliedstaatliche Ermessen durch die vom EuGH normierten Anforderungen weitgehend begrenzt wird.³³² Aufgrund der Notwendigkeit einer eigenständigen Kompensation im Falle der Schutzrechtskumulation reicht es nicht aus, Sendeunternehmen, sofern sie zugleich aus einem anderen Leistungsschutzrecht – in der Praxis oftmals als Film- oder Tonträgerhersteller gemäß Art. 2 lit. c), d) InfoSoc-RL – berechtigt sind, auf diese Begünstigung zu verweisen.³³³ Nunmehr erklärt auch der EuGH explizit für unerheblich, dass manchen Sendeunternehmen ein gerechter Ausgleich in deren Eigenschaft als Filmhersteller gewährt wurde, wobei er unter anderem darauf verweist, dass der Gegenstand des Vervielfältigungsrechts nicht identisch ist.³³⁴

Der Ausschluss einer in Art. 2 InfoSoc-RL genannten Kategorie von Rechtsinhabern insgesamt kann zwar über die Geringfügigkeitsausnahme aus EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL begründet werden, wobei die Rechtsprechung dem mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum enge Grenzen setzt.³³⁵ Die sog. Kernbereichsthese³³⁶, wonach das Senderecht durch pri-

³³⁰ Ebd.

³³¹ Siehe bereits Teil 1: E.I.

³³² *Leistner* ZGE 2013, 312, 338.

³³³ *Leistner* ZGE 2013, 312, 340 f. Zur Erforderlichkeit eines Zahlungsanspruchs siehe Teil 1: F.I. Das wird vor allem deutlich, da eine Personenidentität zwischen den Berechtigten nicht zwingend ist, womit es in Betracht kommt, dass eine Sendeunternehmen keinen Ausgleich als Film- oder Tonträgerhersteller erhält (vgl. *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 87 UrhG Rn. 7; *Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg* 6. Aufl. 2020, § 87 UrhG Rn. 54). Zur Unabhängigkeit der jeweiligen Leistungsschutzrechte bei Personenidentität des Berechtigten im deutschen Recht BGH GRUR 1999, 577, 578 – Sendeunternehmen als Tonträgerhersteller.

³³⁴ EuGH GRUR 2024, 51, Rn. 41 ff. – *Seven.One Entertainment Group*. Vgl. auch *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2024, 3, 16.

³³⁵ Siehe *Flehsig* GRUR-Prax 2023, 755. Kritisch gegenüber der Anwendung der Geringfügigkeitsausnahme noch *Götting* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, 2004, S. 50 f.; *Triebe* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 246 ff., die jeweils die Erklärung der Kommission für das Ratsprotokoll vom 15. September 2001 (Dok 11375/ADD 1) aufgrund der Unvereinbarkeit mit der Richtlinie für unbeachtlich halten. Vgl. aber BT-Drs. 16/1828, S. 16 f. Dazu auch Teil 2: A.I.

³³⁶ BT-Drs. 16/1828, S. 16 ff.; KG GRUR 2010, 64, 68 – Beteiligung von Sendeunternehmen an Vergütungsansprüchen; *Krieger* GRUR Int. 1983, 429 ff.; *Möller* FuR 1983, 240, 249; *Schack* GRUR Int. 2009, 490, 493. *Schack* verweist zudem auf das Erfordernis eines Schadensausgleichs. Einen Schaden stellt er auch deshalb in Abrede, da die Sendeunternehmen das Senderecht nur in den Grenzen seiner gesetzli-

vate Vervielfältigungen nicht im Kern berührt werde, lässt sich mit dieser Rechtsprechung nicht vereinbaren. Dieser Ansatz wurde schon vorher zu Recht kritisch bewertet.³³⁷ Auch wenn die Linie des EuGH im Grundsatz vorzugswürdig erscheint, sind Details des Urteils kritikwürdig. Erstens erschließt sich aus den Richtlinienvorgaben nicht, warum die Prüfung der Voraussetzungen zur Anwendung der Geringfügigkeitsausnahme zwingend dem Tatrichter vorbehalten ist und nicht auch vom demokratisch unmittelbar legitimierten Gesetzgeber getroffen werden soll. Des Weiteren überzeugt es nicht, wenn der EuGH darauf abstellen will, ob Rechtsinhaber durch die „verbotene Vervielfältigung ihrer Sendung“ nur einen geringfügigen Nachteil erleiden.³³⁸ Für den gerechten Ausgleich ist zwingend auf den Schaden abzustellen, der den Rechtsinhabern aufgrund der Erstellung gesetzlich privilegierter Vervielfältigungen entstanden ist.³³⁹

3. Keine Sperrwirkung hinsichtlich spezifischer Vergütung Dritter

Mitgliedstaaten können eine spezifische Vergütung für Dritte vorsehen, solange diese den gerechten Ausgleich nach der InfoSoc-Richtlinie nicht mindert.³⁴⁰ Die Harmonisierung des gerechten Ausgleichs ist in personaler Hinsicht auf die in Art. 2 InfoSoc-RL genannten Rechtsinhaber angelegt und sperrt Begünstigungen anderer Personen nicht. Mitgliedstaaten können über die in der InfoSoc-Richtlinie vorgesehenen Rechte hinaus Dritten bestimmte Rechte oder Vorteile gewähren, solange diese nicht die Rechte der Urheber beeinträchtigen.³⁴¹ Sofern eine spezifische Vergütung gemeinsam mit den auf gerechten Ausgleich gerichteten Ansprüchen geltend gemacht werden soll, muss das Verhältnis zwischen den Ansprüchen eindeutig bestimmbar sein.³⁴²

chen Schranken erwerben und die Möglichkeit der durch die Schranken erlaubten Vervielfältigungen bereits bei der Aushandlung der vertraglichen Vergütung für das Senderecht berücksichtigen werden.

³³⁷ Anschaulich *Triebel* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 186 ff. Siehe auch *Claussen* Die Vergütung für Überspielungen zum privaten Gebrauch gemäß § 54 Absatz 1 UrhG, 1993, S. 157; *Götting* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, 2004, S. 11 f., 39 ff. Krit. auch *Leistner* ZGE 2013, 312, 354.

³³⁸ EuGH GRUR 2024, 51, Rn. 49 – Seven.One Entertainment Group.

³³⁹ So auch EuGH GRUR 2024, 51, Rn. 36 f. – Seven.One Entertainment Group.

³⁴⁰ GA *Cruz Villalón* Schlussanträge vom 11.6.2014, Rs. C-572/13, Rn. 132 ff. – Reprobel; *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 228 f.; *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 15. Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 48 – Reprobel; Cour d’appel de Bruxelles, Urteil vom 12. Mai 2017, 9. Kammer, Verzeichnisnummer 2017/4122 – Reprobel. Differenzierend European Copyright Society, Opinion on The Reference to the CJEU in Case C-572/13 Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL.

³⁴¹ EuGH GRUR 2017, 62, Rn. 48 – Soulier. Siehe dazu *Servatius* in: Maute/Mackenrodt: Recht als Infrastruktur von Innovation, 2019, S. 201, 206 f.; *Staats* ZGE 2018, 310, 318.

³⁴² *Flechsig* jurisPR-ITR 14/2015 Anm. 2. Vgl. auch *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 229.

II. Verzichtsverbot

Abweichend von dem ursprünglichen Verständnis der Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie stellte der EuGH in *Luksan* erstmals fest und bestätigte in Folgeurteilen, dass Rechtsinhaber nicht auf den gerechten Ausgleich verzichten können.³⁴³ Im Nachgang zur Verabschiedung der InfoSoc-Richtlinie wurde zunächst nicht in Erwägung gezogen, dass die Richtlinie die Dispositionsfähigkeit von Ausgleichsansprüchen überhaupt harmonisiere.³⁴⁴ Aus dem vom EuGH normierten Verzichtsverbot folgt, dass der Ausgleichsberechtigte nicht gegenüber dem Ausgleichsverpflichteten auf die Leistung verzichten kann, sondern diese Verpflichtung zwingend besteht.³⁴⁵ Darüber hinaus ist auch im Verhältnis von originärem zu derivativem Rechtsinhaber ein Verzicht unzulässig.³⁴⁶ Das Verzichtsverbot untersagt es dem Ausgleichsberechtigten, den Ausgleich ohne Gegenleistung zu übertragen. Der Urheber muss die Zahlung des Ausgleichs unbedingt erhalten.³⁴⁷ Erst recht ist daher nach dem EuGH die unwiderlegbare Vermutung einer Abtretung unzulässig.³⁴⁸ Selbst eine widerlegbare Vermutung ist nicht mit den Richtlinienvorgaben zu vereinbaren.³⁴⁹ Diese Vorgabe ist nicht in dem Sinne abhängig von der originären Zuweisung des gerechten Ausgleichs, dass die jeweiligen Vorgaben sich einander bedingen würden. Allerdings ergänzen sie sich insofern praktisch, als dass sie die Begünstigung des originären Rechtsinhabers absichern.³⁵⁰ Aus dem Verzichtsverbot ergibt sich aber im Gegenzug keine Verpflichtung zu einer umfassenden Anwendung des gerechten Ausgleichs, da die Entscheidung über die Geltendmachung der Ansprüche durch die Unzulässigkeit des Verzichts nicht gebunden ist.³⁵¹ Aus dem Verbot folgt jedoch, dass innerhalb des Anwendungsbereichs der Vorgabe eine verbindliche Abrede darüber, den gerechten Aus-

³⁴³ EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 96 ff. – *Luksan*. Vgl. auch EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 46 ff., insb. 54 – *Amazon*. Dazu Wandtke/Bullinger/Leenen 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 50.

³⁴⁴ Vgl. etwa *Flechtsig/Bisle* ZRP 2008, 115.

³⁴⁵ Vgl. *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 11; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 98. Vgl. zur Stoßrichtung des Rechtsverzichts allgemein *Stöhr* Gesetzliche Vergütungsansprüche im Urheberrecht, 2007, S. 124 ff.

³⁴⁶ Vgl. *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 650.

³⁴⁷ EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 100 – *Luksan*.

³⁴⁸ EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 100 – *Luksan*. Dazu *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 99 f.

³⁴⁹ EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 109 – *Luksan*. *Walter* MR 2013, 73; *Walter* MR 2012, 29, 32. A.A. *Obergfell* GRUR 2012, 494, 496.

³⁵⁰ Vgl. auch *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 11.

³⁵¹ Da Ansprüche allerdings im Regelfall durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden, kann sich aus dem Treuhandverhältnis im Innenverhältnis eine Verpflichtung zur Geltendmachung ergeben, vgl. für das deutsche Recht BGH GRUR 2011, 720 – *Multimediashow*; BGH GRUR 2004, 669 – *Musikmehrkanaldienst*.

gleich nicht geltend zu machen (*pactum de non petendo*), nicht zulässig wäre, da dies die Wertung des Verbots unterwandern würde.³⁵²

Der EuGH begründet die Unzulässigkeit eines Verzichts mit einer Vielzahl von Erwägungen. Das Verzichtsverbot ergibt sich nach dem Auslegen des EuGH bezogen auf den obligatorischen Privatkopieausgleich bereits aus der Richtlinienbestimmung selbst, da die Rechtsinhaber den gerechten Ausgleich hiernach erhalten müssen.³⁵³ Die Möglichkeit eines Verzichts lasse sich konzeptionell nicht mit der Ergebnisspflicht vereinbaren.³⁵⁴ Dass die Richtlinienbestimmung nur eine Ausnahme vom Vervielfältigungsrecht zulasse, sei eng auszulegen und könne nicht auf den gerechten Ausgleich erweitert werden.³⁵⁵ Vor allem begründet der EuGH das Verzichtsverbot auch mit einer richtlinienübergreifenden Interpretation und verweist auf die Unverzichtbarkeit des Anspruchs auf angemessene Vergütung aus Art. 5 Abs. 2 VV-RL (n.F.).³⁵⁶ Der EuGH nimmt also die spezielle Regelung aus dem Vermietrecht, die für eine bestimmte Situation der typisierten Unterlegenheit der Kreativen geschaffen wurde,³⁵⁷ und leitet daraus eine allgemeine Regel her. Dass der gerechte Ausgleich nicht identisch zum Konzept der angemessenen Vergütung ist, hält er aufgrund der konzeptionellen Parallelen für unbeachtlich.³⁵⁸ Nach der Ansicht des Gerichtshofs ergibt sich die Unzulässigkeit eines Verzichts bereits aus dem Fehlen einer entsprechenden positiven Festschreibung.³⁵⁹ Der EuGH legt dem Verzichtsverbot durch die Übertragung der Wertung der Vermiet- und Verleihrichtlinie den Gedanke zugrunde, dass die originär Berechtigten vor einer Übervorteilung – etwa wegen struktureller Ungleichheiten – geschützt werden müssen, um ihre Ansprüche auch tatsächlich realisieren zu können.³⁶⁰

Die Rechtsprechung des EuGH zum Verbot eines Verzichts auf den gerechten Ausgleich sieht sich Kritik ausgesetzt.³⁶¹ Tatsächlich überzeugt die Herleitung der Vorgabe durch

³⁵² Dies entspricht etwa auch der Wertung von § 4 Abs. 4 TVG (vgl. BAG NZA 1997, 1117, 1117 f.). A.A. mit Verweis auf die relative Wirkung *Flehsig* ZUM 2012, 855, 863, Fn. 54.

³⁵³ EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 100 – Luksan.

³⁵⁴ EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 106 – Luksan.

³⁵⁵ EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 101 – Luksan.

³⁵⁶ EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 102 ff. – Luksan. Vgl. auch *Walter* MR 2012, 29, 32 der zudem auf die Unverzichtbarkeit von Vergütungsansprüchen im internationalen Recht verweist.

³⁵⁷ Loewenheim/*v. Lewinski* HdU, 3. Aufl. 2021, § 60 Rn. 11.

³⁵⁸ EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 103 f. – Luksan.

³⁵⁹ EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 105 – Luksan.

³⁶⁰ Vgl. Loewenheim/*v. Lewinski* HdU, 3. Aufl. 2021, § 60 Rn. 12 sowie entsprechend zu § 27 Abs. 1 UrhG auch BT-Drs 13/115, S. 14.

³⁶¹ Siehe *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 650. Nicht eindeutig *v. Lewinski* in: Riesenhuber, Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 2007, S. 215, 219.

den EuGH nicht vorbehaltlos.³⁶² Insbesondere überzeugt die Übertragung von Art. 5 Abs. 2 VV-RL (n.F.) nicht. Erstens sichert die Norm eine Beteiligung der Kreativen an Erlösen aus der Lizenzierung ihres Werkes ab und ist daher funktional nur bedingt mit dem gerechten Ausgleich vergleichbar.³⁶³ Zweitens würdigt der EuGH nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber für andere Vergütungsansprüche davon abgesehen hat, ein Verzichtsverbot zu regeln.³⁶⁴ Es ist methodisch zweifelhaft, einen allgemeinen Grundsatz aus der spezifischen Regelung herzuleiten. Der Vergleich zu den übrigen urheberrechtlichen Regelungen des Unionsrechts deutet eindeutig auf eine bewusste Regelungslücke hin.³⁶⁵ Drittens sieht sich die Feststellung Zweifeln ausgesetzt, ein Verzicht auf den Ausgleich ließe sich nicht mit der Ergebnispflicht vereinbaren. Der EuGH legt zumindest nicht schlüssig dar, warum aus einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten, eine wirksame Erhebung des gerechten Ausgleichs zu gewährleisten, folgen soll, dass Begünstigte nicht verzichten können. Ebenfalls nicht aus sich heraus schlüssig ist die Argumentation, die Richtlinie lasse nur Ausnahmen vom Vielfältigkeitsrecht zu und diese Bestimmung könne nicht auf die Vergütungsansprüche erstreckt werden.³⁶⁶ Dass keine gesetzliche Ausnahme zugelassen ist, lässt noch nicht auf die Unzulässigkeit eines privatautonomen Verzichts schließen.

Damit trägt unter den vom EuGH vorgebrachten Argumenten allein, dass die Rechteinhaber nach der Formulierung in der Richtlinie den gerechten Ausgleich erhalten müssen, sofern dies in der Schranke obligatorisch vorgesehen ist.³⁶⁷ Die Auslegung des EuGH ist damit zwar nicht über jeden Zweifel erhaben, findet aber Rückhalt in der Richtlinie und bewegt sich im Rahmen des methodisch Zulässigen.³⁶⁸ Die Auslegung ist auch interessengerecht, da Urheber den Verwertern gegenüber typischerweise strukturell unterlegen sind, weswegen sie Gefahr laufen, ohne Gegenleistung über den gerechten Ausgleich zu verfü-

³⁶² *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 650; *Lucas-Schlotter* RIDA 2015 (243), 3, 31; *Servatius* in: Maute/Mackenrodt, *Recht als Infrastruktur für Innovation*, 2019, S. 201, 207 f.

³⁶³ *Servatius* in: Maute/Mackenrodt, *Recht als Infrastruktur für Innovation*, 2019, S. 201, 207. Vgl. *Grünberger* ZGE 2017, 188, 195ff.; *Lucas-Schlotter* RIDA 2015 (243), 2, 32 ff; *Reinbothe* in: *Riesenhuber*, *Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht*, 2013, S. 141, 143.

³⁶⁴ Vgl. auch *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 650.

³⁶⁵ *Pflüger* *Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung*, 2017, S. 97 f., 99 m. V. a. Art. 5 Abs. 2 VV-RL (n.F.) und Art. 1 Abs. 1, Art. 6 Abs. 2 *Folgerecht-RL*. Vgl. auch *Loewenheim/v. Lewinski* HdU, 3. Aufl. 2021, § 60 Rn. 16; *Stamatoudi/Torremans/Nérissou* *EU Copyright Law*, 2014, Rn. 6.95; *Servatius* in: Maute/Mackenrodt, *Recht als Infrastruktur für Innovation*, 2019, S. 201, 207 f.

³⁶⁶ EuGH GRUR 2012, 490, Rn. 101 – *Luksan*.

³⁶⁷ EuGH GRUR 2012, 490, Rn. 100 – *Luksan*.

³⁶⁸ So im Ergebnis auch *Pflüger* *Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung*, 2017, S. 98. Vgl. auch wohlwollend *Flechsig* MMR 2012, 293, 297.

gen.³⁶⁹ Das Verzichtsverbot stellt sicher, dass der Rechtsinhaber den gerechten Ausgleich erhält. Damit trägt der EuGH einerseits dem Vergütungsgedanken aus EGr. 10 InfoSoc-RL Rechnung und stellt andererseits einen angemessenen Rechts- und Interessenausgleich her, EGr. 31 InfoSoc-RL.

Es ist fraglich, welche Bedeutung diesen Vorgaben abseits der dem Vorlageverfahren zugrundeliegenden Fallkonstellation zukommt. Aus *Luksan* ergibt sich ein Verzichtsverbot für den Urheber. Ob Leistungsschutzberechtigte grundsätzlich auf ihren Ausgleich verzichten dürfen, ist klärungsbedürftig. Da der EuGH das Verzichtsverbot maßgeblich auf Art. 5 Abs. 2 VV-RL (n.F.) stützt, der sich ausschließlich auf Urheber und ausübende Künstler bezieht, könnte davon ausgegangen werden, dass ein Verzichtsverbot für den gerechten Ausgleich nur für Rechtsinhaber nach Art. 2 lit. a) und lit. b) InfoSoc-RL besteht. Da investitionsschützende Leistungsschutzrechte nicht auf einen persönlichkeitsrechtlich geprägten Ansatz zurückgehen,³⁷⁰ die Interessenlage typischerweise anders beurteilt werden muss und ein berechtigtes Interesse an der Dispositionsfähigkeit besteht, sprechen gute Gründe dafür, die Vorgaben aus *Luksan* nicht anzuwenden.³⁷¹ Vor dem Hintergrund, dass sich die Übertragung von Art. 5 Abs. 2 VV-RL (n.F.) durch den EuGH methodischer Kritik ausgesetzt sieht, bestehen hieran jedoch insofern Zweifel, als dass diese Differenzierung keinen Rückhalt in dem Wortlautargument des EuGH finden kann.³⁷² Das Verzichtsverbot ist umfassend angelegt und dürfte damit auch in zeitlicher Hinsicht nicht auf bestimmte Konstellationen beschränkt sein.³⁷³ Andernfalls würde das Merkmal seiner Funktion nicht gerecht, da der Erhalt des Ausgleichs nicht abgesichert würde.³⁷⁴

³⁶⁹ Vgl. *Stöbr* Gesetzliche Vergütungsansprüche im Urheberrecht, 2007, S. 108.

³⁷⁰ Vgl. demgegenüber fürs Interpretierenrecht Loewenheim/*Vogel* HdU 3. Aufl. 2021, § 44 Rn. 25.

³⁷¹ Vgl. *Flechsig* ZUM 2012, 855, 857 ff., 864.

³⁷² Selbst wenn das Unionsrecht ein Verzichtsverbot nicht vorschreiben würde, stünde es den Mitgliedstaaten frei, dies zu regeln. Lediglich wenn ein Mitgliedstaat von einem Verzichtsverbot absehen würde, bedarf es der Klarstellung.

³⁷³ A.A. *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 98, der die Geltung auf den Vorausverzicht beschränkt. Er geht davon aus, die Regelung diene dem Schutz des Rechtsinhabers vor nicht abzuschätzenden Dispositionen mit Wirkung für die Zukunft. Das lässt sich nicht ohne Weiteres mit den Vorgaben aus *Luksan* vereinbaren (EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 100 – *Luksan*). Gegen ein umfassendes Verzichtsverbot auch HK/*Hentsch* 4. Aufl. 2018, § 63a UrhG Rn. 6, der dies damit begründet, dass aufgrund der Vorlagefragen in *Luksan* nur über einen Vorausverzicht zu entscheiden war.

³⁷⁴ Im Ergebnis entspricht dies auch der Wertung von Art. 5 Abs. 2 VV-RL (n.F.) (vgl. *Stöbr* Gesetzliche Vergütungsansprüche im Urheberrecht, 2007, S.126 f.).

III. Übertragbarkeit

Uneinigkeiten bestehen insbesondere hinsichtlich der Übertragbarkeit des Anspruchs auf gerechten Ausgleich. Wäre der gerechte Ausgleich nicht übertragbar, so könnte er nicht in einem Austauschverhältnis an einen Dritten veräußert bzw. abgetreten³⁷⁵ werden.³⁷⁶ Die unterschiedlichen Auffassungen über die Verkehrsfähigkeit gehen auf verschiedene Lesarten der Vorgaben von *Luksan* zurück.³⁷⁷ Die Meinungsunterschiede haben sich durch die Folgeurteile – insbesondere durch *Reprobel* – verfestigt.

Nach einer Auffassung ist es nach den Vorgaben des EuGH unmöglich, einen Anspruch auf gerechten Ausgleich an einen Dritten abzutreten.³⁷⁸ Aus der vom EuGH vorgegebenen Unzulässigkeit einer Vermutung der Abtretung leitet die Auffassung die prinzipielle Unzulässigkeit von Übertragungen her. Dies sei zum Schutz der originären Rechtsinhaber erforderlich.³⁷⁹ Argumentativ handelt es sich dabei allerdings um einen unzulässigen Größenschluss.³⁸⁰ Aus dem Verbot des Verzichts kann nicht die Unzulässigkeit von weitergehenden Verfügungen hergeleitet werden. Verzicht und Übertragung entscheiden sich aus der Sicht des Rechtsinhabers jedenfalls dann erheblich, wenn ihm im Zusammenhang mit der Verfügung über den gerechten Ausgleich auf anderem Wege eine Leistung zuerkannt wird, da er damit zumindest mittelbar einen Vorteil aus dem gerechten Ausgleich erhält.³⁸¹ Auch die Feststellung des EuGH aus *Luksan*, der originäre Rechtsinhaber müsse unbedingt die Zahlung des Ausgleichs erhalten,³⁸² kann keinen generellen Ausschluss einer Übertragung begründen. Diese Aussage muss im Kontext der Vorlage gesehen wer-

³⁷⁵ Abtretbarkeit und Veräußerlichkeit werden insofern synonym verwendet (vgl. *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 11).

³⁷⁶ *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 11; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 100.

³⁷⁷ *Kucsko/Handig/Zemann* 2. Aufl. 2017 § 42b östUrhG, Rn. 26 erachtet die Zulässigkeit einer rechtsgeschäftlichen Übertragung des gerechten Ausgleichs als offen.

³⁷⁸ *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 649; *Flechtsig* MMR 2016, 50; *ders.* jurisPR-ITR 13/2015 Anm. 2; *ders.* MMR 2012, 293, 294 ff., 299 (Zulässigkeit einer Abtretung aber, sofern der Abtretungsempfänger als Treuhänder agiert und den Anspruch durchreicht); *Hertin/Wagner* Urheberrecht, 3. Aufl. 2019, Rn. 336; *Schunke* ZUM 2015, 37, 39 ff., 41; *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2013, 263; *ders.* GRUR 2012, 321 330; *Walter* MR-Int. 2015, 119, 121; *ders.* MR 2013, 73, 73 f.; *ders.* MR 2012, 29, 32 f., wobei *Walter* eine Verlegerbeteiligung dennoch für zulässig hält. In diese Richtung offenbar auch GA *Mengozzzi* Schlussanträge vom 7.3.2013, Rs. C-521/11, Rn. 74 f. – Amazon.

³⁷⁹ *Walter* MR 2012, 29, 32.

³⁸⁰ So auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 99 f.; *Servatius* in: Maute/Mackenrodt, Recht als Infrastruktur für Innovation, 2019, S. 201, 208. Anders hingegen *Flechtsig* MMR 2012, 293, 297; *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2016, 38, 39 und offenbar auch GA *Mengozzzi* Schlussanträge vom 7.3.2013, Rs. C-521/11, Rn. 74 – Amazon.

³⁸¹ Entgegen *Walter* MR 2012, 29, 32 kann ein Abtretungsverbot auch nicht in Analogie zur Folgerechtsrichtlinie entwickelt werden, da es sich um eine bewusste Regelungslücke handelt. Wie hier auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 99.

³⁸² EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 100 – Luksan.

den, die sich mit einer gesetzlichen Vermutung der Abtretung befasst, die wie ein Verzicht wirkt. Eine privatautonome Vereinbarung ist allerdings mit einer solchen gesetzlich vorgegebenen Entziehung des gerechten Ausgleichs nicht vergleichbar.³⁸³ Auch aus der originären Bezugsberechtigung des gesetzlichen Rechtsinhabers folgt nicht zwingend ein Verfügungsverbot.³⁸⁴ Aus der originären Zuweisung ergibt sich nicht, dass der Anspruch zwingend beim originär Begünstigten verbleiben muss.³⁸⁵ Die originäre Anspruchsberechtigung betrifft allein die Zuweisung des Ausgleichs *ab initio*, ohne dass dies zwingend eine unmittelbare Begünstigung des Rechtsinhabers zur Folge haben müsste.

Es gibt keine schlussendlich überzeugenden Anhaltspunkte dafür, dass der EuGH tatsächlich ein Abtretungsverbot für Ansprüche auf gerechten Ausgleich präzisieren wollte.³⁸⁶ Der Gegenauffassung ist beizupflichten, die eine Abtretung des gerechten Ausgleichs mit der Rechtsprechung des EuGH im Grunde für vereinbar hält.³⁸⁷ Es bedarf

³⁸³ Obwohl *Flechsig* MMR 2012, 293, 297 zu einem anderen Ergebnis kommt, erkennt er im Grunde die Unterschiede zwischen Verzicht und Abtretung an. Eine entsprechende Vereinbarung wurde im *Luksan* zu Grunde liegenden Sachverhalt auch nicht getroffen (siehe *Flechsig* MMR 2012, 293, 294).

³⁸⁴ *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 101. *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 650 unterscheiden meines Erachtens nicht hinreichend zwischen der Zuweisung und der Verkehrsfähigkeit.

³⁸⁵ Vgl. *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 103. Anders aber *Flechsig* ZUM 2012, 855, 865; *ders.* MMR 2012, 293, 296, der aus der Zuweisung an die originären Rechtsinhaber ableitet, diesen stehe der Ausgleich zwingend zu.

³⁸⁶ So auch *Beck/Nettesheim* NJW 2016, 529, 530. Vor allem ergibt sich auch aus EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 46 ff. – Amazon kein Abtretungsverbot. Der EuGH präzisiert, dass mittelbare Formen der Begünstigung am gerechten Ausgleich zulässig sind, wenn sie den Bezugsberechtigten zugutekommen. Wer dies allerdings ist, wird nicht näher bestimmt. Auch aus EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 44 ff. – Reprobel ergibt sich nichts anderes (A.A. *Flechsig* MMR 2016, 50). Die Feststellung, dass das Unionsrecht einer Regelung entgegensteht, nach der ein Teil des den Rechtsinhabern zustehenden gerechten Ausgleichs nicht den Verlegern gewährt werden darf, wenigstens solange diese nicht zur Weiterleitung verpflichtet sind, ist überhaupt nicht auf die generelle Verkehrsfähigkeit des gerechten Ausgleichs gerichtet. Das Urteil befasst sich eindeutig (vgl. Rn. 45) nur auf eine gesetzlich vorgegebene Begünstigung von Verlagen zu Lasten der Urheber und versagt es den Mitgliedstaaten, diese als originär Berechtigte des gerechten Ausgleichs anzuerkennen. Damit stellt der EuGH klar, wer zu den originären Bezugsberechtigten gehört, ohne dass sich dem eine Aussage über die Abtretbarkeit entnommen werden könnte. Dass der Gerichtshof zu dem Ergebnis kommt, die Urheber [!] müssten – wenigstens mittelbar – in den Genuss des gerechten Ausgleichs kommen, ist daher zwar unpräzise. Da die Abtretbarkeit im konkreten Fall nicht bedeutsam war, muss dies auf die zugrundeliegende Regelung sowie auf die Formulierung des Vorlagegerichts zurückgeführt werden. Es kann nicht angenommen werden, dass der Gerichtshof *en passant* und ohne Begründung und Bedarf entgegen den Richtlinienvorgaben von einem Abtretungsverbot ausgeht. Dagegen spricht auch, dass *Reprobel* nicht einmal auf das Verzichtsverbot aus *Luksan* verweist, also eine inhaltliche Bedeutung nicht einmal in Betracht zu ziehen scheint. Vgl. auch *Beck/Nettesheim* NJW 2016, 529, 530; *Riesenhuber* EuZW 2016, 16, 18.

³⁸⁷ *Beck/Nettesheim* NJW 2016, 529, 530; *Dreier* ZUM 2013, 769; *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Wertungsgesellschaften, 2017, S. 221 f., 224; *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 11 f.; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 85, 99 ff.; *Riesenhuber* EuZW 2016, 16, 18; *Riesenhuber* ZUM 2012, 746, 757 f.; *Wandtke* MMR 2016, 1, 2. Vgl. auch *Lucas-Schlatter* RIDA 2015 (243), 2, 38; *Obergfell* GRUR 2012, 494, 496; *Schack* JZ 2016, 693, 695. Diese Auffassung liegt auch BT-Drs. 18/1555, S. 5 zugrunde. *Krit. v. Ungern-Sternberg* GRUR 2016, 38, 38 f.

einer gesonderten Übertragung des Ausgleichs, wenngleich diese auch konkludent erfolgen kann.³⁸⁸ Die Tatsache, dass der EuGH eine Übertragung für möglich hält, zeigt sich – ungeachtet der berechtigten methodischen Kritik an dieser Auslegung – schon darin, dass er die Vorgabe maßgeblich aus Art. 5 Abs. 2 VV-RL (n.F.) ableiten will. Diese Norm regelt kein generelles Verfügungsverbot.³⁸⁹ Dieses Ergebnis wird durch einen richtlinienübergreifenden Vergleich bekräftigt, aus dem sich ergibt, dass Verzichtbarkeit und Veräußerlichkeit im europäischen Urheberrecht nicht gleichgesetzt werden.³⁹⁰ In Abgrenzung zum Verzicht ist die zulässige Übertragung des gerechten Ausgleichs von einem adäquaten schuldrechtlichen Gegenanspruch des originären Rechtsinhabers abhängig, durch den dieser mittelbar eine Kompensation für die gesetzlich privilegierte Nutzung erhält.³⁹¹ Nur sofern für die Übertragung des gerechten Ausgleichs keine angemessene Gegenleistung gewährt wird, ist sie nicht mit dem Unionsrecht zu vereinbaren.³⁹² Dass das Unionsrecht nicht streng zwischen dinglicher und schuldrechtlicher Ebene differenziert, begründet keine grundsätzlichen Bedenken gegen dieses Verständnis.³⁹³ Die Zulässigkeit der Abtretung steht im Einklang mit dem Grundsatz der Privatautonomie, der das europäische Urheberrecht prägt,³⁹⁴ und entspricht zudem auch der Übertragbarkeit der Rechte der InfoSoc-Richtlinie, EGr. 30 InfoSoc-RL.³⁹⁵ Ein Abtretungsverbot liefe zudem Gefahr, gegen

³⁸⁸ Nicht nur die Berechtigung zum gerechten Ausgleich als solche ist verkehrsfähig, sondern gleiches gilt auch für die konkreten Ansprüche, die beispielsweise gegen Verwertungsgesellschaften bestehen. Zur Unterscheidung beispielsweise *Stöbr* Gesetzliche Vergütungsansprüche im Urheberrecht, 2007, S. 104. Aus der EuGH-Rechtsprechung ergibt sich kein Dispositionsverbot über die Erträge des gerechten Ausgleichs (*Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 651 f.).

³⁸⁹ *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 12. Vgl. auch *v. Lewinski* in: Riesenhuber, Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 2007, S. 215, 223 f.

³⁹⁰ So etwa in Art. 1 Folgerechts-RL (vgl. *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 11 f.).

³⁹¹ Vgl. *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 12; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 101; *Servatius* in: Maute/Mackenrodt, Recht als Infrastruktur für Innovation, 2019, S. 201, 208. Im Ergebnis für eine solche Auslegung auch *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 650. Vgl. auch bereits *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski* European Copyright Law, 2010, 6.4.18, 6.4.31.

³⁹² Aus der Verkehrsfähigkeit des gerechten Ausgleichs ergibt sich nicht, dass er (anteilig) akzessorisch zu den Verwertungsrechten auf den Rechtserwerber übergehen würde. Mit der Einräumung eines Nutzungsrechtes geht auch nicht die partielle Übertragung des gerechten Ausgleichs einher (*Flehsig* MMR 2012, 293, 296).

³⁹³ Ein striktes Trennungs- und Abstraktionsprinzip ist unionsrechtlich nicht vorgegeben und entspricht auch nicht dem Konzept des deutschen Urheberrechts (vgl. *Dreier/Schulze/Schulze* 7. Aufl. 2022, § 31 UrhG Rn. 18 f.).

³⁹⁴ *Riesenhuber* EuZW 2016, 16, 18 m. w. N.

³⁹⁵ *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 101. Zum Anwendungsbereich von Art. 9 InfoSoc-RL *Stamatoudi/Torremans/Declaye* EU Copyright Law, 2014, Rn. 11.171; *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.9.1. Siehe auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 100.

Art. 17 GRCh zu verstoßen.³⁹⁶ Eine entsprechende Auslegung des EuGH würde in die Kompetenz der Mitgliedstaaten eingreifen, das Vertragsrecht zu regeln, und wäre daher unzulässig.³⁹⁷ Dass das Unionsrecht eine Abtretung nicht ausschließt, führt im Gegenzug aber nicht zu einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten, Dispositionen umfassend zu gestatten. Vielmehr kann das nationale Recht Beschränkungen vorsehen.

Demnach greifen die Bedenken gegen eine Übertragbarkeit des gerechten Ausgleichs nicht durch, womit eine Klärung dieser Frage durch den EuGH entbehrlich ist. Nicht abschließend geklärt ist hingegen, wie genau die zulässige Abtretung vom unzulässigen Verzicht abzugrenzen ist, d. h. welche Anforderungen an eine angemessene Gegenleistung zu stellen sind. Damit wäre eine Vorlage erforderlich, sofern Zweifel darüber bestehen, ob die rechtlichen Rahmenbedingungen die Stellung des originären Rechtsinhabers ausreichend sichern, indem sie die Einhaltung des Verzichtverbots sicherstellen.

IV. Geltendmachung des Ausgleichs durch Verwertungsgesellschaften

Die Richtlinie enthält keine expliziten Vorgaben zur Geltendmachung der Ansprüche durch Verwertungsgesellschaften.³⁹⁸ Da der europäische Gesetzgeber in vergleichbaren Fällen die Zulässigkeit der Wahrnehmung von Ansprüchen durch Verwertungsgesellschaften geregelt hat,³⁹⁹ handelt es sich um eine bewusste Regelungslücke. Aufgrund der Verkehrsfähigkeit des gerechten Ausgleichs ist die Übertragung im Verhältnis von originärem Rechtsinhaber und Verwertungsgesellschaft möglich.⁴⁰⁰ Hieraus ergibt sich die Möglichkeit der Geltendmachung durch die Verwertungsgesellschaften.⁴⁰¹ In bestimmten Konstellationen stellt sie praktisch eine Voraussetzung für die sinnvolle Anwendung des gerechten Ausgleichs dar. Mithin lässt das Unionsrecht die kollektive Wahrnehmung des gerechten Ausgleichs zu, ohne die Mitgliedstaaten in der Regel hierzu zu verpflichten.

³⁹⁶ *Beck/Nettesheim* NJW 2016, 529, 530, die zudem von einer Beeinträchtigung der nationalen Identität der Mitgliedstaaten ausgehen, Art. 4 Abs. 2 EUV, und vor diesem Hintergrund die Vereinbarkeit mit dem Subsidiaritäts- und Verhältnismäßigkeitsprinzip in Frage stellen, Art. 5 Abs. 3 und 4 EUV.

³⁹⁷ Vgl. *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 649 ff.

³⁹⁸ Vgl. EGr. 18 InfoSoc-RL Auch aus der VG-RL lassen sich keine entsprechenden Vorgaben ableiten (*Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 89 f.).

³⁹⁹ Vgl. etwa Art. 5 Abs. 3 VV-RL (n.F.) sowie Art. 1 Abs. 1, 6 Abs. 2 Folgerecht-RL.

⁴⁰⁰ Vgl. auch *Flehsig* MMR 2012, 293, 297 f. *Walter* MR 2012, 29, 32 f. geht davon aus, dass eine Übertragung an Verwertungsgesellschaften möglich ist, selbst wenn der gerechte Ausgleich grundsätzlich unveräußerlich wäre. Dies begründet er mit der Wertung des Folgerechts: Obwohl das Folgerecht unabtretbar wie auch unveräußerlich ist und ein Vorausverzicht unzulässig ist, können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass die Wahrnehmung einer Verwertungsgesellschaft übertragen wird.

⁴⁰¹ Auch Art. 16 DSM-RL liegt der Gedanke zu Grunde, dass der gerechte Ausgleich durch Verwaltungsgesellschaften geltend gemacht werden kann, siehe insbesondere EGr. 60 S. 9 DSM-RL.

Eine individuelle Wahrnehmung kommt beim Ausgleich für Kopien zum eigenen Gebrauch aufgrund von Transaktionskosten und informationsökonomischen Aspekten praktisch in aller Regel nicht in Betracht.⁴⁰² Dennoch besteht für die Mitgliedstaaten im Regelfall keine Verpflichtung, den Anspruch verwertungsgesellschaftspflichtig auszugestalten. Da auch eine fakultative Wahrnehmung durch die Verwertungsgesellschaften eine wirksame Begünstigung der Rechtsinhaber bewirken kann, ergibt sich dies aus der Ergebnispflicht nicht grundsätzlich.

⁴⁰² Vgl. *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 85 ff.

F. Zulässige Formen der Ausgleichsleistung

Die Mitgliedstaaten können Rechtsinhabern einen gerechten Ausgleich gewähren, indem sie ihnen einen Zahlungsanspruch gegenüber den Nutzern – als mittelbare oder unmittelbare Schuldner – zuerkennen. Daneben kommt theoretisch in Betracht, den gerechten Ausgleich über einen gesamthaften und differenzierenden Ausgleich aller beteiligten Interessen zu gewährleisten.⁴⁰³

I. Notwendigkeit eines Zahlungsanspruchs

Der EuGH hat sich bisher nicht unmittelbar mit der Frage befasst, ob und inwiefern der gerechte Ausgleich zwingend einen Zahlungsanspruch der Rechtsinhaber erfordert.⁴⁰⁴

Vor *Padawan* ging die herrschende Ansicht davon aus, dass ein gerechter Ausgleich auch durch nichtfinanzielle Ansprüche bewirkt werden könne.⁴⁰⁵ Diese Ansicht wird weiterhin vertreten.⁴⁰⁶ Der Unionsgesetzgeber habe bewusst offen gelassen, auf welchem Wege der Ausgleich erfolgen solle, da er eine flexible Regelung mit geringer Harmonisierungswirkung schaffen wollte.⁴⁰⁷ Dass der Gesetzgeber sich offenbar bewusst nicht der üblichen Bezeichnungen wie „Vergütung“ bzw. in der englischen Sprachfassung „*remuneration*“ bediente, wird als Anhaltspunkt gegen die Notwendigkeit eines direkten Zahlungsanspruchs angeführt.⁴⁰⁸ Das Verständnis komme auch in den Erwägungsgründen zum Ausdruck.⁴⁰⁹ Wenn beispielsweise EGr. 35 S. 3 von „der Festlegung [...] der *etwaigen* Höhe dieses gerechten Ausgleichs“ [Hervorhebung durch den Verfasser] spricht, scheint ein Anspruch

⁴⁰³ Vgl. *Leistner* ZGE 2013, 312, 333 unter Verweis auf die von ihm nicht geteilte Ansicht von auf *Schack* GRUR Int. 2009, 490 ff. zur zwingenden Beteiligung von Sendeunternehmen.

⁴⁰⁴ So schon *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 703 allein bezogen auf *Padawan*. An diesem Befund hat sich seither nichts geändert.

⁴⁰⁵ KG ZUM 2009, 567, 570 f.; *Philapitsch* Die digitale Privatkopie, 2007, S. 92 f.; *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.24 f.; *Walter/Walter* Europäisches Urheberrecht, 2001, InfoRL, Rn. 116. In diese Richtung *Schack* GRUR Int. 2009, 490, 492 ff. Siehe auch *Reinbothe* in *Riesenhuber*, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 152.

⁴⁰⁶ *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 63; *Reinbothe* FS *Walter* 2018, S. 101, 109; *Roder* Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 461; *Schricker/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 28.

⁴⁰⁷ *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.24; *Walter/Walter* Europäisches Urheberrecht, 2001, InfoRL Rn. 116. Vgl. auch die Erklärungen der Europäischen Kommission zur Zusammenfassung von Beratungsergebnissen der zuständigen Arbeitsgruppe des Rates, Ratsdokument v. 24. 1. 2000, Nr. 5499/00, Rn. 18; BGH GRUR 2010, 924, Rn. 9 – Beteiligung von Sendeunternehmen an Vergütungsansprüchen; KG ZUM 2009, 567, 570 f.; *Reinbothe* in: *Riesenhuber*, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 152. In diese Richtung auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 62 f.

⁴⁰⁸ *Reinbothe* in *Riesenhuber*, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 152.

⁴⁰⁹ *Bently et al.* Brief betreffend „Draft Statutory Instruments on Exceptions to Copyright“ an das House of Parliament, 2014, S. 4.

in Frage zu kommen, der nicht der Höhe nach beziffert werden kann. Da Zahlungsansprüche immer der Höhe nach beziffert werden können, deutet dies auf die Zulässigkeit anderer Arten des Ausgleichs hin.⁴¹⁰ Auch EGr. 38 S. 2 InfoSoc-RL, der (bezogen auf die Privatkopieregelung) die Einführung und Beibehaltung von Vergütungsregelungen als Möglichkeit des gerechten Ausgleichs aufführt, spricht für dieses Verständnis.⁴¹¹ Dem Vergütungsanspruch komme zwar eine herausgehobene praktische Bedeutung zu, aber dessen Einführung sei nicht zwingend.⁴¹² Ein gerechter Ausgleich könne auch in einer anderen Begünstigung bestehen, ohne dass Mitgliedstaaten eine spezifische Zahlungspflicht einführen müssten. So könnte beispielsweise in Betracht kommen, für Leistungsschutzberechtigte an anderer Stelle gesetzlich eine vorteilhafte Regelung zu treffen, um einen gerechten Ausgleich zu gewährleisten.⁴¹³

Die inzwischen herrschende Auffassung geht davon aus, dass der gerechte Ausgleich nach dem Stand der Rechtsprechung zwingend einen Zahlungsanspruch darstellen müsse.⁴¹⁴ Teilweise berufen sich Vertreter der Auffassung auf die Gesetzgebungsgeschichte, aus der sich eine Verpflichtung zur finanziellen Kompensation ergebe.⁴¹⁵ Dies folge aus dem Zusammenspiel der Erwägungen, dass erstens der gerechte Ausgleich auf Grundlage einer detaillierten Bestandsaufnahme konzipiert wurde und zweitens im internationalen Urheberrecht nur finanzielle Kompensationen bekannt waren.⁴¹⁶ Andere Wege, den Ausgleich nachvollziehbar und effizient zu gewährleisten, seien nur schwer vorstellbar.⁴¹⁷

Weiterhin verweisen Literaturstimmen darauf, dass das andere Verständnis wenigstens überholt sei und sich nicht mit den Anforderungen aus der EuGH-Rechtsprechung ver-

⁴¹⁰ KG ZUM 2009, 567, 570.

⁴¹¹ KG ZUM 2009, 567, 570; *Roder* Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 460 f.

⁴¹² Vgl. *Philapitsch* Die digitale Privatkopie, 2007, S. 93; *Walter/Walter* Europäisches Urheberrecht, 2001, InfoRL Rn. 116.

⁴¹³ Vgl. etwa BT-Drs. 16/1828, S. 17, wonach der Ausschluss von Sendeunternehmen von der Beteiligung an der Geräte- und Speichermedienabgabe auch vor dem Hintergrund des Sendeprivilegs aus § 78 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 UrhG als zulässig angesehen wird. Der Gesetzgeber bezieht diese Erwägung freilich nicht auf das Europarecht. *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 23 f. stellt fest, dass die Möglichkeit von sonstigen Vergütungen, auch durch ideelle Vereinbarungen, bisher nicht thematisiert wird.

⁴¹⁴ *Leistner* ZGE 2013, 312, 333, 339 f.; *Schmitt* MR-Int. 2013, 9; *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 702; *ders.* MR-Int. 2010, 121, 122. So auch bereits *Senfleben* CR 2003, 914, 918 f.; *Ulrich* GRUR Int. 2009, 283, 291. In diese Richtung offenbar auch bereits *Hobagen* Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 222; *Spindler* GRUR 2002, 105, 110 f.; *Triebel* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 255.

⁴¹⁵ *Ulrich* GRUR Int. 2009, 283, 291.

⁴¹⁶ *Ulrich* GRUR Int. 2009, 283, 291. Vgl. auch *Schricker/Katzenberger* GRUR 1985, 87, 99 f.

⁴¹⁷ *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 703.

einbaren lasse.⁴¹⁸ Die bisherigen Urteile des EuGH seien ausnahmslos von einem Zahlungsanspruch als gerechten Ausgleich ausgegangen.⁴¹⁹ Vor allem habe das Gericht Anforderungen an den Ausgleich normiert, die einen Zahlungsanspruch erforderlich machen. Der EuGH erkennt in den EGr. 35 und 38 InfoSoc-RL den Ausdruck des gesetzgeberischen Willens, ein besonderes Ausgleichssystem zu schaffen, bei dem es grundsätzlich erforderlich ist, den Rechtsinhabern ihren Nachteil zu vergüten oder auszugleichen.⁴²⁰ Dabei sieht der EuGH zumindest nicht explizit die Möglichkeit anderer Kompensationsformen vor und legt damit nahe, dass der gerechte Ausgleich eine monetäre Kompensation durch eine gesonderte Vergütungspflicht erfordert.⁴²¹ In den Folgeurteilen verhärten sich die Anzeichen dafür, dass der EuGH seiner Rechtsprechung dieses Verständnis zugrunde legt.⁴²² Der EuGH hat generell etabliert, ganz selbstverständlich von der Finanzierung oder auch Zahlung des gerechten Ausgleichs zu sprechen.⁴²³ Auch die Pflicht zum Schadensausgleich deutet auf einen Zahlungsanspruch hin,⁴²⁴ denn nur ein Zahlungsanspruch kann sich der Höhe nach am Schaden bemessen.

Der Richtlinienentwurf hilft nicht weiter bei der Beantwortung der Frage, ob der gerechte Ausgleich einen Zahlungsanspruch darstellen muss. Eine Verpflichtung zum Zahlungsanspruch kann nicht auf die einheitliche Auslegung von unterschiedlichen Urheberrechtsrichtlinien gestützt werden – unter Verweis auf die Vergleichbarkeit von verschiedenen urheberrechtlichen Vergütungskonzepten.⁴²⁵ Da der Gesetzgeber mit dem gerechten

⁴¹⁸ *Leistner* ZGE 2013, 312, 333 ff., Fn. 89. Vgl. auch Joint Committee on Statutory Instruments des House of Lords & House of Commons, Third Report of Session 2014-15, 2014, S. 17. Siehe auch *Walter* MR-Int. 2010, 121, 122.

⁴¹⁹ *Leistner* ZGE 2013, 312, 333, Fn. 89.

⁴²⁰ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 41 – Padawan.

⁴²¹ *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 703; *Walter* MR-Int. 2010, 121, 122. A.A.: *Roder* Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 461, die diese Äußerungen auf die Gegenstände des Vorlageverfahrens zurückführt.

⁴²² So auch *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 858, 858 f. mit Verweis auf EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 19 – Copydan.

⁴²³ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 32 – Padawan; EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 75 – VG Wort; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 69 – Reprobel. Vgl. auch EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 20, 27 - 42 – EGEDA. Das deckt sich zudem damit, dass GA *Mengozzi* Schlussanträge vom 7. März 2013, Rs. C-521/11, Rn. 77 – Amazon in Zweifel stellt, dass eine auch nur eine mittelbare oder kollektive Auszahlung des gesamten Ausgleichs mit dem Unionsrecht vereinbar sei, womit er offenbar zwingend von einem Zahlungsanspruch ausgeht. So auch *Leistner* ZGE 2013, 312, 333 f. Siehe auch Wandtke/Bullinger/*Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 48.

⁴²⁴ *Leistner* ZGE 2013, 312, 333.

⁴²⁵ In diese Richtung aber *Leistner* ZGE 2013, 312, Fn. 117. Zur richtlinienübergreifenden systematischen Auslegung siehe auch *Leistner/Roder* ZfPW 2016, 129, 137. Auch der Schluss von *Leistner* ZGE 2013, 312, Fn. 117 aus der im Allgemeinen hohen Konkretisierungsdichte des gerechten Ausgleichs auf eine konkrete inhaltliche Vorgabe, ist nach meinem Dafürhalten unzulässig.

Ausgleich bewusst ein neuartiges Konzept geschaffen hat, können die Grenzbereiche des unbestimmten Rechtsbegriffs nicht durch den Verweis auf andere Instrumente ausgelotet werden.⁴²⁶ Die Erwägungsgründe bringen zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber einen Zahlungsanspruch als den Regelfall ansieht, ohne andere Formen des Ausgleichs von vornherein auszuschließen.⁴²⁷ Der EuGH hat Anforderungen an den gerechten Ausgleich entworfen, die für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch⁴²⁸ inzwischen sehr eindeutig auf die Notwendigkeit einer Zahlung an den Rechtsinhaber hindeuten. Schon *Padawan* spricht eher für das Erfordernis eines Zahlungsanspruchs.⁴²⁹ Die Folgeurteile bekräftigen dieses Verständnis, wenn sie von einer Verpflichtung der Mitgliedstaaten ausgehen, die Zahlung eines gerechten Ausgleichs an die Rechtsinhaber vorzusehen.⁴³⁰ Der Gerichtshof ging zunächst in *EGEDA* recht eindeutig von der Notwendigkeit eines Zahlungsanspruchs der Rechtsinhaber aus.⁴³¹ In *Strato* bringt er dies noch deutlicher zum Ausdruck und gibt vor, „dass die Mitgliedstaaten, wenn sie sich dafür entscheiden, die [...] Ausnahme für Privatkopien in ihr innerstaatliches Recht umzusetzen, insbesondere verpflichtet sind, die Zahlung eines gerechten Ausgleichs an die Rechtsinhaber vorzusehen“.⁴³² Viel deutlicher lässt sich nicht auf den Punkt bringen, dass der gerechte Ausgleich über einen Zahlungsanspruch gewährt werden muss. Das Argument, der EuGH wolle nicht zur Zahlung verpflichten, sondern müsse vor dem Hintergrund der Vorlageverfahren verstanden

⁴²⁶ Vgl. GA *Szpunar*, RS. C-470/14, Rn. 24 – *EGEDA*; EuGH GRUR 2011, 913, Rn. 30 – *VEWA*.

⁴²⁷ *Bently* et al. Brief betreffend „Draft Statutory Instruments on Exceptions to Copyright“ an das House of Parliament, 2014, S. 4.

⁴²⁸ Den einschlägigen Verfahren lagen insgesamt pauschale Abgabensysteme zu Grunde. Die Einheitlichkeit des Konzeptes spricht für eine allgemeine Gültigkeit der Vorgabe. Inwiefern für Schranken, die nicht eine Vielzahl von im Einzelnen nicht zu überblickenden Nutzungen betreffen, andere unionsrechtliche Vorgaben gelten können, kann im Rahmen der Arbeit offenbleiben. Krit. *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 74 f.

⁴²⁹ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 30 – *Padawan*. Auch EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 30 – *Padawan*.

⁴³⁰ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 19 – *Copydan*; EuGH GRUR 2016, 867, Rn. 20 – *EGEDA*.

⁴³¹ EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 20 – *EGEDA*. Siehe auch bereits EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 19 – *Copydan*. *EGEDA* enthält weitere Anhaltspunkte, die auf dieses Verständnis hindeuten: So etwa EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 23, 24, 26 – *EGEDA*: „Insbesondere haben die Mitgliedstaaten zu bestimmen, welche Personen diesen gerechten Ausgleich zu zahlen haben, und dessen Form, Einzelheiten und Höhe unter Beachtung der [InfoSoc-Richtlinie] und ganz allgemein des Unionsrechts festzulegen [...]“, „In Anbetracht [...] [des] weiten Gestaltungsspielraums [...] hindert Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29 die Mitgliedstaaten, die von der Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, die Ausnahme für Privatkopien einzuführen, grundsätzlich nicht daran, in diesem Rahmen ein System des gerechten Ausgleichs vorzusehen, das nicht durch eine [...] Abgabe, sondern aus ihrem allgemeinen Haushalt *finanziert* wird“ (Hervorhebung durch Verfasser). „[...] [A]us den Erwägungsgründen 35 und 38 der [InfoSoc-Richtlinie] [geht] hervor, dass mit dem in Art. 5 Abs. 2 Buchst. b dieser Richtlinie vorgesehenen gerechten Ausgleich den Rechtsinhabern die unbefugte Nutzung ihrer geschützten Werke oder Schutzgegenstände angemessen vergütet werden soll. [...]“

⁴³² EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 38 – *Strato*.

werden,⁴³³ überzeugt angesichts dieser Urteile nicht mehr. Die Vorgaben engen den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten ein, um ein hohes Schutzniveau zu gewährleisten und die Vergütung der Rechtsinhaber effektiv sicherzustellen, EGr. 9 und 10 InfoSoc-RL. Dieses Verständnis trägt der Ergebnispflicht Rechnung und überzeugt für Kopien zum eigenen Gebrauch im Ergebnis.⁴³⁴

II. Unzulässigkeit einer Marktlösung

Mit der Notwendigkeit eines Zahlungsanspruchs steht die strittige Frage in Zusammenhang, inwiefern eine Marktlösung geeignet ist, den gerechten Ausgleich herzustellen oder auf ihn hinzuwirken.⁴³⁵ Es wird erwogen, dass auch Zahlungen aus dem lizenzierten Vertrieb von Schutzgegenständen anteilig dem gerechten Ausgleich zugutekommen könnten. Der vertragliche Zahlungsanspruch im Zusammenhang mit dem Erwerb von Werkstücken, der sich vorrangig auf den Vertrieb des ausgewerteten Werkes bezieht, soll nach diesem Verständnis auch dem monetären Ausgleich der Rechtsinhaber im Gegenzug zur gesetzlichen Privilegierung der Nutzung dienen. Wäre dies zulässig, könnte die Einführung eines spezifischen Vergütungssystems insofern entbehrlich sein, als den Rechtsinhabern auf diesem Wege bereits eine Zahlung zukäme, die die aus der Schranke resultierenden Schäden kompensieren würde. Die Zulässigkeit dieses Ansatzes wurde vor allem im Zusammenhang mit der Einführung einer Privatkopieschranke im Vereinigten Königreich im Jahr 2014⁴³⁶ diskutiert. Normativen Rückhalt könnte EGr. 35 S. 4 InfoSoc-RL bieten, wonach in den Fällen keine spezifische oder getrennte Zahlung fällig sein kann, in denen Rechtsinhaber bereits Zahlungen in anderer Form erhalten haben.⁴³⁷ Der Gesetzgeber nennt hier exemplarisch den Teil einer Lizenzgebühr, womit dieser finanzielle Vor-

⁴³³ Roder Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 461

⁴³⁴ Dass EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 41 – Padawan versucht, dies unmittelbar aus EGr. 35 und 38 IGRL herzuleiten, ist meines Erachtens hingegen kritisch zu bewerten, da diese gerade auf einen offeneren Ansatz hindeuten.

⁴³⁵ Die Zulässigkeit von Marktlösungen wird oftmals auch im Zusammenhang mit der Entbehrlichkeit von Zahlungsansprüchen bei keinem oder nur geringfügigem durch die Schrankenregelung verursachtem wirtschaftlichem Schaden diskutiert. So etwa [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 238 – BASCA v SoSBIS & Others. Gerade im Zusammenhang mit der restriktiv ausgestalteten britischen Privatkopieschranke, die nur eine Vervielfältigung des eigenen Werkexemplars des Nutzers erlaubte, sollen beide Aspekte begründen, dass ein spezifisches Vergütungssystem im Einzelfall entbehrlich sein kann. Beide Erwägungen stehen in Zusammenhang zueinander, sind aber konzeptionell nicht identisch und basieren zudem auf verschiedenen Erwägungsgründen.

⁴³⁶ Vgl. UK IPO, Modernising Copyright, 2012 S. 23 f.; Grisse/Koroch GRUR Int. 2015, 21; Lee IIC 2015, 226, 233 ff.

⁴³⁷ Grisse/Koroch GRUR Int. 2015, 21, 27. Vgl. auch allgemein Hugenholtz/Guibault/van Geffen The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 37.

teil der Rechtsinhaber ein gesondertes gesetzliches Ausgleichssystem entbehrlich machen könnte. Für diese Möglichkeit zur Gewährung des gerechten Ausgleichs wird das sogenannte „*pricing in*“-Argument⁴³⁸ angeführt. Diesem Argument liegt die Annahme zugrunde, dass bei der Preisgestaltung im Zusammenhang mit dem Vertrieb von geschützten Inhalten antizipierte private Nutzungen bereits zu Lasten der Erwerber berücksichtigt werden können.⁴³⁹ Es könne für Rechtsinhaber dabei ökonomisch vorteilhaft sein, wenn die Anfertigung von Privatkopien in restriktivem Umfang zugelassen würde.⁴⁴⁰ Diese Erlaubnis von Nutzungen lasse zwar absolut gesehen einen Rückgang der Anzahl der vertriebenen Werkstücke erwarten, was aber voraussichtlich im Gegenzug durch eine höhere Vergütung pro Transaktion aufgewogen werde. Aufgrund der Erweiterung der Nutzungsbefugnisse erhöhe sich die Zahlungswilligkeit des durchschnittlichen Konsumenten,⁴⁴¹ womit die Rechtsinhaber insgesamt höhere Zahlungen erwarten könnten.

Aus wirtschaftlicher Perspektive ist es möglich, dass die Vertragspartner beim lizenzierten Vertrieb die gesetzlichen Nutzungserlaubnisse mitberücksichtigen und insofern ein Anteil des vertraglichen Entgelts auf die unter eine Schranke fallenden Nutzungen entfällt. Eine Vielzahl von Wissenschaftlern hält die dem Argument zugrundeliegende Theorie der indirekten Aneignungsfähigkeit („*indirect appropriability*“) auf Privatkopien für anwendbar, wengleich darüber im ökonomischen Fachdiskurs Uneinigkeit besteht.⁴⁴² Dabei ist insbesondere umstritten, ob über *pricing in* alle aus privilegierten Nutzungen resultierenden Schäden kompensiert werden können.⁴⁴³ Praktisch wird eine Feststellung nicht möglich sein, dass ein *pricing in* für ein bestimmtes Marktsegment umfassend erfolgt ist.⁴⁴⁴ Ein *pricing in* kann zudem nicht als Zahlungsanspruch verstanden werden, der auf die vom Uni-

⁴³⁸ [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 208 ff. – BASCA v SoSBIS & Others; *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 858, 861; *Varian* JEP 2005, 121, 128 ff. Vgl. auch *Kretschmer* Private Copying and Fair Compensation, 2011, S. 68 f.; *Rogers/Tomalin/Corrigan* The economic impact of consumer copyright exceptions, 2010, S. 15 ff.

⁴³⁹ [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 13– BASCA v SoSBIS & Others. Vgl. auch *Verweyen* JurPC Web-Dok. 10/2019, Abs. 41 ff.

⁴⁴⁰ [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 58– BASCA v SoSBIS & Others.

⁴⁴¹ *Rogers/Tomalin/Corrigan* The economic impact of consumer copyright exceptions, 2010, S. 17 f.

⁴⁴² [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 208 f., 222 – BASCA v SoSBIS & Others.

⁴⁴³ [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 208 ff., 221 ff. – BASCA v SoSBIS & Others. Vgl. die dort wiedergegebene gewichtige Ansicht aus dem Gutachten von *Liebowitz* von November 2014. Danach setzte *pricing in* bei einer heterogenen Gruppe von Erwerbern bzw. Nutzern die Möglichkeit einer differenzierten Preisbildung voraus, bei der zwischen Kunden unterschieden wird, die weitere Kopien anfertigen und solchen, die dies nicht tun.

⁴⁴⁴ Vgl. *Camerani/Grassano/Chavarro/Tang* IPO Study Private Copying, 2013, S. 11; *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 21, 27 f. Siehe hierzu auch *Verweyen* JurPC Web-Dok. 10/2019, Abs. 43.

onsrecht vorgegebene Gewährleistung des gerechten Ausgleichs Bedeutung hat.⁴⁴⁵ Andernfalls würde drohen, dass die lediglich nachrangig bedeutsamen Vorgaben der Erwägungsgründe den obligatorischen Charakter des gerechten Ausgleichs auf sehr allgemeine Weise unterwandern würden.⁴⁴⁶ Aus EGr. 35 S. 4 InfoSoc-RL ergibt sich zudem, dass der gerechte Ausgleich nur für bestimmte Fälle entbehrlich ist, womit die Erwägung nicht die Entbehrlichkeit eines Ausgleichssystems in Gänze begründen kann.⁴⁴⁷ Auch wenn der EuGH die Zulässigkeit einer Marktlösung bisher nicht explizit thematisieren musste,⁴⁴⁸ kann eine Marktlösung den vom EuGH präzisierten Anforderungen nicht genügen. Die Marktlösung ist nicht vereinbar mit der Vorgabe, den gerechten Ausgleich durch ein besonderes Ausgleichssystem zu bewirken.⁴⁴⁹ Den gerechten Ausgleich über den Marktpreis zu gewähren, lässt sich vor allem nicht mit dem Verbot vereinbaren, eine Vergütung für eine gesetzlich erlaubte Vervielfältigung zu zahlen.⁴⁵⁰ Eine privatautonome Vereinbarung über eine Vergütung für gesetzlich erlaubte Kopien kann keine Rechtswirkung entfalten. Aus dieser Beschränkung der Privatautonomie folgt die Unmöglichkeit, bei der vertraglichen Abrede zwischen Verwerter und Nutzer der gesetzlich privilegierten Nutzung einen Anteil der Leistung zuzuordnen. Der EuGH verfolgt keine streng wirtschaftlich ausge-

⁴⁴⁵ Anders [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 208 ff. – BASCA v SoSBIS & Others. Krit. dazu *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 858, 858 f.

⁴⁴⁶ Vgl. *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 858, 858 f.

⁴⁴⁷ In diese Richtung auch *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 858.

⁴⁴⁸ Ohnehin bezieht sich bisher allein EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 40 – Copydan auf EGr. 35 S. 4 InfoSoc-RL, wobei dies im Kontext der Ungleichbehandlung bei der Anwendung einer Vergütungspflicht auf vergleichbare Anlagen geschieht. Insofern stellt der EuGH allerdings nicht – dem im Erwägungsgrund exemplarisch genannten Fall entsprechen – auf eine andere Lizenzzahlung ab, sondern bezieht sich offenbar auf eine spezifische Zahlung für andere Komponenten. Dabei nennt der Gerichtshof EGr. 35 S. 4 InfoSoc-RL nicht explizit, greift aber dessen Formulierung auf. Vgl. auch noch *Leistner* ZGE 2013, 312, 335 mit der Feststellung, EGr. 35 S. 4 InfoSoc-RL sei bisher nicht unmittelbarer Gegenstand einer spezifischen Aussage des EuGH gewesen.

⁴⁴⁹ *Walter* MR-Int. 2010, 121, 122. Vgl. auch British Copyright Council, Draft Statutory Instruments on Exceptions to Copyright – response to Government’s comments published through the Secondary Legislation Scrutiny Committee on 8th May 2014, Nr. 5; *Fischer* FS Walter 2018, S. 466 473 f.

⁴⁵⁰ Siehe EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 66 – Copydan. Eine Zustimmung zu einer Nutzung, die von einer Ausnahme oder Beschränkung erfasst wird und mithin nach *VG Wort* keine Rechtswirkungen entfaltet, kann hiernach als solche keine Verpflichtung zur Zahlung einer Vergütung begründen. Siehe dazu *Schricker/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 56. Vgl. weiterhin *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S.14 ff., die auf schuldrechtlicher Ebene eine Vergütung für eine Zustimmung dennoch für möglich halten. A.A. noch *Gräbig* GRUR 2013, 816, 817; *Zurth* Rechtsgeschäftliche und gesetzliche Nutzungsrechte im Urheberrecht, 2016, S. 169 ff.. Aus dem Verbot folgt nicht die Unzulässigkeit für Dienstleistungen im Zusammenhang mit dem Schutzgegenstand, womit beispielsweise eine Vergütung für ein Zugänglichmachen eines Exemplars des Schutzgegenstands zulässig ist. Aus EuGH GRUR 2018, 68, Rn. 39 – VCAST ergibt sich, dass der Rechtsinhaber den Zugang zum Werk verhindern darf, selbst wenn der Nutzer ein Werk gemäß einer Schrankenregelung nutzen will.

richtete Sichtweise.⁴⁵¹ Zweifel an der Bedeutung der vertraglichen Zahlungen für den gerechten Ausgleich ergeben sich zudem daraus, dass nach *Luksan* der gerechte Ausgleich im Grunde dem originären Rechtsinhaber zugewiesen ist,⁴⁵² der aber die Zahlung vom Erwerber der Werkexemplare im Rahmen in der Regel nicht erhält. Damit kann eine Marktlösung nicht gewährleisten, dass der originäre Rechtsinhaber den gerechten Ausgleich erhält.⁴⁵³

⁴⁵¹ Dies bedeutet hingegen nicht, dass der Inhalt des gerechten Ausgleichs nicht vertraglich festgelegt werden kann (vgl. *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 93 ff.). Eine solche Vereinbarung müsste allerdings zwischen dem Berechtigten und dem Schuldner ergehen. Diesem Erfordernis kann die Marktlösung nicht genügen, da Ausgleichsberechtigung und vertragliche Vergütung beim Vertrieb des Werkes auseinanderfallen können.

⁴⁵² EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 100, 108 – *Luksan*. Vgl. auch EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 101 – *Luksan*, wo der EuGH im Zusammenhang mit der Feststellung der Unzulässigkeit eines Verzehrs hervorhebt, dass die Privatkopieregelung der InfoSoc-RL nur eine Ausnahme vom Vervielfältigungsrecht zulasse und nicht auf Vergütungsansprüche erstreckt werden kann. Das spricht ebenfalls gegen eine Marktlösung (siehe *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 858, 859). Zu dem Komplex im weiteren Sinne auch *Verweyen* JurPC Web-Dok. 10/2019, Abs. 44.

⁴⁵³ Auch der Vorrang der Schrankenregelung wird als Grund angeführt, warum ein Ausgleichssystem notwendig sei, so *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 21, 26. Wenn schon die Zustimmung zur Nutzung keine Auswirkung auf den Schaden des gerechten Ausgleichs habe, so müsse Gleiches erst recht für die Duldung einer Nutzung gelten.

G. *Bemessung der Ausgleichspflicht*

Der EuGH beschränkt den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Höhe des gerechten Ausgleichs,⁴⁵⁴ indem er sie zu einer Ausgestaltung als Schadenskompensation verpflichtet.⁴⁵⁵ Obwohl der EuGH die schadensausgleichende Konzeption in allen Urteilen zum gerechten Ausgleich anführt,⁴⁵⁶ besteht Uneinigkeit und Unklarheit über deren Bedeutung.⁴⁵⁷ Es wird unterschiedlich beurteilt, welche Bedeutung dem Schaden bei der Bemessung der Ausgleichspflicht zukommen muss. Darüber hinaus ist strittig, wie der Begriff des Schadens im Zusammenhang mit dem gerechten Ausgleich zu interpretieren ist.

I. *Bedeutung des Schadens für die Festsetzung des gerechten Ausgleichs*

Im Lichte der EuGH-Rechtsprechung wird über die Bedeutung des Schadens für die Höhe des gerechten Ausgleichs und mithin über die Reichweite der Pflicht zur schadensausgleichenden Konzeption gestritten. Das Verständnis der Bedeutung des Schadens für den gerechten Ausgleich hat sich seit der Verabschiedung der InfoSoc-Richtlinie mehrmals gewandelt. Der Schaden ist nach dem Stand der Rechtsprechung nicht nur die zwingende Berechnungsgrundlage des gerechten Ausgleichs, sondern sogar das einzig zulässige Kriterium zur Bemessung der Höhe der Leistungspflicht. Die Arbeit zeichnet den Verständnisswandel im Folgenden nach.

1. *Richtlinienvorgaben*

Die operativen Bestimmungen der Richtlinie enthalten keine konkreten Vorgaben zur Höhe der Leistung.⁴⁵⁸ Aus dem Gerechtigkeitsgebot lässt sich lediglich ableiten, dass der gerechte Ausgleich der Höhe nach über eine symbolische Kompensation hinausgehen

⁴⁵⁴ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 37 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 1025, Rn. 40 – Amazon. Siehe auch EuGH ZUM-RD 2017, 505, Rn. 28 – SAWP.

⁴⁵⁵ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 38 ff. – Padawan.

⁴⁵⁶ Vgl. insbes. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 40, 42 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. – Opus; auch in EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 106 – Luksan; EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 31 – VG Wort; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 23 f. – Amazon; EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 50 – ACI Adam; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 21 – Copydan; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 36 – Reprobel („Nachteil“); EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 19 – Austro-Mechana; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 19, 21, 26 – EGEDA; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 26, 28 – Microsoft Mobile Sales International. Der EuGH erkennt damit das Erfordernis einer schadensausgleichenden Konzeption in allen Urteilen zumindest mittelbar an.

⁴⁵⁷ So schon *Leistner ZGE* 2013, 312, 334.

⁴⁵⁸ *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter European Copyright Law*, 2010, Rn. 11.5.24.

muss.⁴⁵⁹ Die Bezeichnung des Konzepts als Ausgleich – wobei die meisten Sprachfassungen begrifflich einen der Kompensation entsprechenden Begriff verwenden – knüpft an die nachteiligen Auswirkungen für die Rechtsinhaber an. Man mag in dieser Bezeichnung einen Hinweis auf das Erfordernis einer schadensausgleichenden Konzeption sehen,⁴⁶⁰ zwingend ist dieses Verständnis nicht.

Die Erwägungsgründe enthalten indes konkretere Anhaltspunkte. EGr. 35 S. 1 InfoSoc-RL gibt vor, dass die Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten sollen, damit ihnen die Nutzung ihrer Schutzgegenstände angemessen vergütet wird. Diese Vergütung ist damit zentral für die Bemessung des gerechten Ausgleichs,⁴⁶¹ ohne dass der Gesetzgeber näher konkretisieren würde, was hierunter zu verstehen wäre. Die Vorgaben aus den Erwägungsgründen können angesichts der Gesetzgebungsgeschichte nicht dazu führen, den gerechten Ausgleich mit einer (angemessenen) Vergütung gleichzusetzen. Aus dem Vergleich der Terminologie der Richtlinie in unterschiedlichen Sprachfassungen ergibt sich, dass der Gesetzgeber den Begriff im Rahmen von EGr. 35 S. 1 InfoSoc-RL untechnisch im Sinne einer hinreichenden Gegenleistung versteht.⁴⁶² Die überwiegende Zahl der Sprachfassungen stellt insofern die Kompensation der Rechtsinhaber in das Zentrum der Überlegung; so etwa im Englischen, wo EGr. 35 S. 1 InfoSoc-RL nicht den Begriff der *equitable remuneration*, sondern den der *adequate compensation*⁴⁶³ verwendet.⁴⁶⁴ Der Gesetzgeber knüpft damit für die Festsetzung des Ausgleichs nicht an die nutzungsorientierte Aus-

⁴⁵⁹ So im Ergebnis auch EuGH GRUR 2011, 683, Rn. 34 – VEWA für die angemessene Vergütung für die Sendung und öffentliche Wiedergabe für Handelstonträger gem. Art. 8 Abs. 2 VV-RL (n.F.) im Lichte von EGr. 5 VV-RL (n.F.). Vgl. auch *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 584 m. V. a. EuGH NZA 1984, 157, Rn. 23 f. – Harz.

⁴⁶⁰ Siehe EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 41 – Padawan.

⁴⁶¹ *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 73.

⁴⁶² Es geht damit allgemeiner um eine Vergütung im Gegenzug zur Legalisierung der Nutzung. Das ergänzt den Gedanken aus EGr. 10 InfoSoc-RL, der allgemein auf eine adäquate Gegenleistung für die Nutzung der Werke abzielt. So spricht die englische Sprachfassung in diesem Kontext von einem *adequate reward* (siehe EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 83 – Luksan; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 52 – Amazon. Vgl. vor allem auch GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 79 – Padawan, der den gerechten Ausgleich unter Verweis auf EGr. 10 InfoSoc-RL als Vergütungsanspruch (engl.: *reward*, franz.: *rénumération*) charakterisiert). Diesen sprachlichen Unterschieden in den Sprachfassungen wird zum Teil nicht Rechnung getragen bzw. werden diese zumindest als unbeachtlich angesehen (vgl. etwa *Hobagen* Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 221).

⁴⁶³ Im Wortlaut: „In certain cases of exceptions or limitations, rightholders should receive fair compensation to *compensate* them *adequately* for the use made of their protected works or other subject-matter“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁴⁶⁴ Vgl. auch die französische (*indemniser de manière adéquate*), die italienische (*adeguatamente indennizzati*), die spanische (*recompensarles adecuadamente*), die niederländliche (*naar behoren te compenseren*) sowie die schwedische (*skäligt ersättning*) Sprachfassung, die damit alle einen anderen Fokus als die deutsche Sprachfassung legen. In der dänischen Sprachfassung fehlt eine entsprechende Vorgabe. Wie hier auch *Wiesemann* Die Urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 37.

gestaltung der angemessenen Vergütung an, sondern weicht von den bekannten Konzepten ab.⁴⁶⁵ Weiterhin sollen gemäß EGr. 35 S. 2 InfoSoc-RL bei der Festsetzung der Höhe die besonderen Umstände eines jeden Falls berücksichtigt werden. Für ein Verständnis des gerechten Ausgleichs als Kompensation spricht in der deutschen Sprachfassung EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL, wo der etwaige Schaden der Rechtsinhaber als brauchbares Kriterium für die Bewertung der ausgleichsrelevanten Umstände genannt wird.⁴⁶⁶ Der Vergütungs- und der Kompensationsgedanke des gerechten Ausgleichs schließen sich nach den Erwägungsgründen nicht aus, sondern ergänzen sich.⁴⁶⁷ In EGr. 35 S. 5 InfoSoc-RL findet sich zusätzlich die Vorgabe, dass der Grad des Einsatzes von technischen Schutzmaßnahmen hinsichtlich der Höhe berücksichtigt werden sollte.⁴⁶⁸ EGr. 24 S. 2 DSM-RL legt mit Blick auf Art. 5 Abs. 4 DSM-RL dar, dass bei der Festlegung der möglichen Höhe des gerechten Ausgleichs unter anderem den Bildungszielen der Mitgliedstaaten und dem Schaden Rechnung getragen werden, der den Rechteinhabern entsteht.

2. Ursprüngliche Interpretation

Die Richtlinienvorgaben wurden ursprünglich unterschiedlich interpretiert. Einerseits vertraten *Hugenoltz*, *Guibault* und *van Geffen* die Ansicht, eine Einführung des gerechten Ausgleichs hinge von der Möglichkeit ab, die hinreichende Wahrscheinlichkeit eines Schadenseintritts vernünftig zu begründen.⁴⁶⁹ Nach diesem Verständnis stellt der Schaden den vorrangigen Referenzpunkt des gerechten Ausgleichs dar, der untrennbar mit dem Konzept verwoben ist.⁴⁷⁰ Daher ergebe sich aus der InfoSoc-Richtlinie eine Abkehr vom

⁴⁶⁵ Vgl. auch *Wiesemann* Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 37 m. V. a. *Hugenoltz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 35.

⁴⁶⁶ *Philapitsch* Die digitale Privatkopie, 2007, S. 90 f. spricht von einem anderem „Bewertungsdrall“ im Vergleich zum ersten Satz des Erwägungsgrundes. Vgl. auch EGr. 38 S. 2 InfoSoc-RL, der als Beispiel für einen gerechten Ausgleich die Einführung oder Beibehaltung von Vergütungsregeln nennt, die Nachteile für Rechtsinhaber ausgleichen sollen.

⁴⁶⁷ Vgl. auch bereits *Hobagen* Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 221; *Wiesemann* Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 38. Siehe auch *Hertin/Wagner* Urheberrecht, 3. Aufl. 2019, Rn. 336 i.V.m. 437.

⁴⁶⁸ Zum Teil wird auch EGr. 35 S. 4 InfoSoc-RL, der die Ausgleichspflicht im Verhältnis zu anderen Formen der Zahlung regelt, und die Geringfügigkeitsausnahme gemäß EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL auf die Berechnung des Schadens bezogen (vgl. etwa GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 81 – Padawan).

⁴⁶⁹ *Hugenoltz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 36. Ähnlich auch *Philapitsch* Die digitale Privatkopie, 2007, S. 91, der allerdings den Schaden weiter versteht. Im Grunde ähnlich auch *Spindler* GRUR 2002, 105, 110, der zugleich die Unklarheit des Begriffs bemängelt. Insofern auch krit. auch *Philapitsch* Die digitale Privatkopie, 2007, S. 91.

⁴⁷⁰ *Hugenoltz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003.

Vergütungsprinzip, das der angemessenen Vergütung zugrunde liegt. Dem widersprach *Wiesemann*, der davon ausging, mit dem gerechten Ausgleich sei hinsichtlich der Berechnung der Gegenansprüche kein konzeptioneller Wandel eingeleitet worden.⁴⁷¹ Der Schaden sei nach dem Unionsrecht zwar ein bedeutsames Kriterium, aber eine Anwendung der für eine angemessene Vergütung nach traditionellem Verständnis maßgeblichen Kriterien sei möglich. Die Vereinbarkeit von schadensausgleichender Konzeption und angemessener Vergütung leitete er insbesondere aus dem internationalen Recht her, in dem der Schadensaspekt mit der angemessenen Vergütung in Zusammenhang gebracht werde.⁴⁷²

Ein vermittelndes Verständnis hielt sowohl eine nutzungsorientierte Ausgestaltung als auch eine schadensausgleichende Konzeption für unionsrechtskonform.⁴⁷³ Dieses Verständnis lässt sich mit den unverbindlichen Vorgaben der Erwägungsgründe vereinbaren, in denen der Kompromisscharakter des gerechten Ausgleichs zum Ausdruck kommt. Indem der Gesetzgeber den Schaden als brauchbares Kriterium zur Bemessung des Ausgleichs vorgibt, schlägt er eine Brücke zwischen den Rechtstraditionen.⁴⁷⁴ Die Richtlinie trägt unter anderem der Tradition des angloamerikanischen Systems Rechnung, indem sie die Berechnung auf Grundlage des Schadens gestattet. Eine Verpflichtung zu einer nutzungsorientierten Ausgestaltung besteht nicht, sondern ein Schadensausgleich ist richtlinienkonform.⁴⁷⁵ Ein solcher schadensausgleichender Ansatz entspricht eher dem stärker utilitaristisch geprägten Begründungsansatz⁴⁷⁶ sowie der wirtschaftlichen Ausrichtung von *Copyright*-Systemen.⁴⁷⁷ Hingegen untersagt die Richtlinie den Mitgliedstaaten nicht, ihr

⁴⁷¹ *Wiesemann* Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 38; A.A. *Philapitsch* Die digitale Privatkopie, 2007, S. 91.

⁴⁷² *Wiesemann* Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 38, der sich auf Art. 7 Abs. 3 WCT sowie Art. 9 Abs. 2 WPPT beruft.

⁴⁷³ *Flehsig* ZUM 2002, 1, 9 f.; *Hobagen* Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 221, 223; *Walter/v. Lewinski /v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.25; *Philapitsch* Die digitale Privatkopie, 2007, S. 90 ff.; *Ullrich* GRUR Int. 2009, 283, 291. Vgl. auch GA *Tizzano* Schlussanträge vom 26.2.2002, Rs. C-245/00, Rn. 34 ff. – SENA/NOS. Rückblickend auch *Dreher* ELR 2010, 382, 385; *Reinbothe* in: Riesenhuber, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 154 f.; *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 706. *Reinbothe* GRUR Int. 2001, 733, 738 stellt noch keine konkreten Erwägungen zur Bemessung des gerechten Ausgleichs an.

⁴⁷⁴ *Reinbothe* in: Riesenhuber, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 154 betont insoweit, dass es sich damit eben nicht um das einzige Kriterium handelt und der Schaden damit auch nicht die Einführung eines gerechten Ausgleichs bedingt.

⁴⁷⁵ Vgl. etwa auch *Melichar* UFITA 2012, 307, 310.

⁴⁷⁶ So auch *Ullrich* GRUR Int. 2009, 283, 291. Vgl. auch *Dreher* ELR 2010, 382, 385.

⁴⁷⁷ Vgl. *Reinbothe* in, Riesenhuber, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2003, S. 141, 147 f. zur im Wesentlichen ablehnenden Haltung der Staaten mit angloamerikanischer Urheberrechtstradition im

Vergütungssystem entsprechend dem traditionellen kontinentaleuropäischen Verständnis auszugestalten.⁴⁷⁸ Aus der Möglichkeit, den Schaden als brauchbares Kriterium heranzuziehen, lässt sich nicht ohne Weiteres ableiten, dass es ausgeschlossen wäre, die Ausgleichsverpflichtung an der Nutzung des Werkes auszurichten.⁴⁷⁹ Der Gesetzgeber wollte die Mitgliedstaaten nicht zu einer nutzungsorientierte Ausgestaltung verpflichten, aber eine solche Ausgestaltung ebenso wenig verhindern.⁴⁸⁰

3. Schadensausgleichende Konzeption des EuGH

a) Herleitung

Das vorliegende Gericht stellte in *Padawan* die Frage, ob das Unionsrecht die Mitgliedstaaten dazu verpflichtet, Ausgewogenheit zwischen den am Ausgleich Beteiligten herbeizuführen, und ob diese Ausgewogenheit durch die Rechtfertigung des gerechten Ausgleichs bestimmt werde, die – so wird es in der Vorlagefrage zugrunde gelegt – darin bestehe, den sich aus der Schranke ergebenden Schaden zu beseitigen.⁴⁸¹ Die Frage zielt damit auf die Präzisierung der Angemessenheit gemäß EGr. 31 InfoSoc-RL ab und deutet an, dass hierfür eine verbindliche Präzisierung der Bemessung erforderlich sein könnte.⁴⁸²

Der EuGH entschied in *Padawan*, dass es der Ausgewogenheit zwischen den Beteiligten bedarf. Diese wird gewährleistet, indem der gerechte Ausgleich zwingend auf der Grundlage des Schadens zu berechnen ist, der den Urhebern geschützter Werke infolge der Einführung der Schranke entstanden ist.⁴⁸³ Durch diese Bemessung wird insofern das Krite-

Verhandlungsprozess der InfoSoc-Richtlinie hinsichtlich einer Pflicht zur Gegenleistung für die Einführung einer Schranke

⁴⁷⁸ Vgl. auch GA *Tizzano* Schlussanträge vom 26.2.2002, Rs. C-245/00, Rn. 35 – SENA/NOS.

⁴⁷⁹ Vgl. EGr. 38 S. 1 InfoSoc-RL, wo der Gesetzgeber die Beibehaltung von Vergütungsregeln billigt.

⁴⁸⁰ EGr. 38 InfoSoc-RL deutet darauf hin, dass eine angemessene Vergütung nach kontinentaleuropäischem Vorbild unionsrechtskonform ist. So auch *Philapitsch* Die digitale Privatkopie, 2007, S. 92. Vgl. auch *Walter/Walter* Europäisches Urheberrecht, 2001, Rn. 116 InfoSoc-RL. Vgl. weiterhin die Mitteilung der Kommission (SEK/2000/1734 endg. – COD 97/0359).

⁴⁸¹ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 19, Frage 2 – *Padawan*.

⁴⁸² In den schriftlichen Erklärungen zum Vorlageverfahren wichen die Meinungen dazu, wie die Frage zu beantworten sei, erheblich voneinander ab (vgl. GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 30 ff. – *Padawan*). Deutschland betone die Funktion des gerechten Ausgleichs, ein angemessenes Entgelt sicherzustellen und äußerte, angemessene Vergütung und gerechter Ausgleich seien vereinbar.

⁴⁸³ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 42, 50 – *Padawan*. GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 78 ff. – *Padawan* verfolgte ein abweichendes Verständnis, wonach alle Umstände im Zusammenhang mit der gesetzlichen Erlaubnis für die Bestimmung der Leistungspflicht beachtlich sein können. Sie erkannte den Vergütungscharakter des gerechten Ausgleichs an und erachtete EGr. 35 InfoSoc-RL nicht als abschließende Regelung. Im Ergebnis sei ein Ausgewogenheitserfordernisses erforderlich, die Berechnung sei jedoch nicht im Detail harmonisiert, womit der Ausgleich eine Leistung an

rium der Ausgewogenheit erfüllt.⁴⁸⁴ Dies leitet der EuGH mit drei Erwägungen her, die jeweils kritikwürdig sind. Erstens stützt der EuGH dies auf die Notwendigkeit, durch den gerechten Ausgleich eine angemessene Vergütung zu gewährleisten, EGr. 35 und EGr. 38 InfoSoc-RL.⁴⁸⁵ Da die deutsche Sprachfassung von EGr. 35 S. 1 InfoSoc-RL die angemessene Vergütung der Nutzung als Zweck der Regelung vorgibt, kann hieraus nicht aus sich die Notwendigkeit eines Schadensausgleichs abgeleitet werden. Die deutsche Sprachfassung von EGr. 38 InfoSoc-RL nennt die angemessene Vergütung überhaupt nicht, sondern befasst sich allgemeiner mit Vergütungsregeln, womit die Argumentation des EuGH auch insofern nicht ohne Weiteres greifen dürfte. Zweitens stellt der EuGH in *Padawan* auf die Vorgabe von EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL ab, wonach der „etwaige Schaden“ bei der Festlegung des Ausgleichs als „brauchbares Kriterium“ zu berücksichtigen sei, und will daraus einen zwingenden Zusammenhang zwischen Konzeption und Höhe des gerechten Ausgleichs einerseits und dem Schaden andererseits herleiten.⁴⁸⁶ Insofern berücksichtigt der Gerichtshof nicht hinreichend, dass der Richtlinien text lediglich unverbindlich vorgibt, dass das Kriterium herangezogen werden könnte, womit die Mitgliedstaaten nicht hierauf abstellen müssen.⁴⁸⁷ Mittlerweile könnte zusätzlich in ähnlicher Weise auf EGr. 24 S. 2 DSM-RL verwiesen werden, der für die Festlegung der Höhe des gerechten Ausgleichs festlegt, dass neben dem Schaden unter anderem den Bildungszielen der Mitgliedsstaaten Rechnung getragen werden soll. Im Ergebnis hilft die Norm, die bisher nicht Gegenstand der EuGH-Rechtsprechung war, für das hiesige Problem allenfalls bedingt weiter. Der spezifische Bezug des Erwägungsgrundes zur Schrankenbestimmung deutet eher darauf hin, dass der Gesetzgeber eine spezielle Regelung für den in Art. 5 Abs. 4 DSM-RL vorgesehenen Anspruch auf gerechten Ausgleich schaffen wollte, als dass er auf diesem Wege eine Klarstellung zum oder Modifizierung des Konzepts des

den Rechtsinhaber darstelle, die eine unter Berücksichtigung aller Umstände angemessene Begünstigung für die Nutzung des Schutzgegenstandes gewährleisten müsse. Infolgedessen sei der Schaden weder ausschließliches noch ausschlaggebendes Kriterium für die Bemessung. Es sei zulässig den Ausgleich am Schaden zu orientieren, eine Verpflichtung besteht aber nicht. Zustimmend dazu *Dreher* ELR 2010, 382, 385. Das entspricht in wesentlichen Zügen der vorzugswürdigen Auffassung der Richtlinienvorgaben nach dem ursprünglichen Verständnis.

⁴⁸⁴ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 50 – *Padawan*.

⁴⁸⁵ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 39 ff. – *Padawan*. Vgl. auch *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger 2016, S. 459, 467.

⁴⁸⁶ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 39 f. – *Padawan*.

⁴⁸⁷ Vgl. *Dreher* ELR 2010, 382, 385; *Reinbothe* FS Walter 2018, S. 101, 111; *ders.* in: Stamatoudi, *New Developments in EU and International Copyright Law*, 2016, S. 299, 318. Vgl. auch *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* *European Copyright Law*, 2010, Rn. 11.5.25.

gerechten Ausgleichs insgesamt beabsichtigte. Drittens leitet der Gerichtshof aus der Verwendung der Begriffe „ausgleichen“ und „vergüten“ in den genannten Erwägungsgründen das Erfordernis eines besonderen Ausgleichssystems (Engl.: „*specific compensation scheme*“) her, das sich auf den Nachteil der Rechtsinhaber beziehen muss.⁴⁸⁸ Dieses Verständnis aus dem Verb „ausgleichen“ herzuleiten ist insofern nachvollziehbar, als dass der Begriff mittelbar auf die Beeinträchtigung Bezug nimmt, erscheint aber nicht zwingend. Demgegenüber erscheint es schwer nachvollziehbar, diese Auslegung zusätzlich auf die Verwendung des Verbs „vergüten“ zu stützen.⁴⁸⁹ Die Begründung des Gerichtshofs trägt mit Blick auf die deutsche Sprachfassung die Schlussfolgerung, der gerechte Ausgleich müsse auf Grundlage des Schadens berechnet werden, nicht. Andere Sprachfassungen – etwa die Englische, wonach es einer *adequate compensation* bedarf – stützen das Verständnis des EuGH eher und können als Hinweis auf ein Erfordernis einer Schadensorientierung interpretiert werden.⁴⁹⁰ Die unterschiedlichen Sprachfassungen stehen gleichrangig nebeneinander,⁴⁹¹ weshalb die Herleitung über einige Sprachfassungen angesichts der widersprüchlichen Terminologie und vor allem der offenen Konzeption der Richtlinienvorgaben nicht überzeugen kann.⁴⁹²

Gleichwohl stellt die schadensausgleichende Konzeption eine zentrale Säule der Rechtsprechung des EuGH zum gerechten Ausgleich dar. Ohne die Herleitung oder die Sinnhaftigkeit der Vorgabe erkennbar in Frage zu stellen oder ein Abrücken in Erwägung zu ziehen, hat der Gerichtshof sie in allen Urteilen zum gerechten Ausgleich wenigstens mittelbar aufgegriffen und inhaltlich fortentwickelt.⁴⁹³ Mithin kann kein Zweifel daran beste-

⁴⁸⁸ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 41 – Padawan. Die englische Sprachfassung der Richtlinie verwendet unterschiedslos *compensate*. Folgerichtig leitet der EuGH hieraus die Verpflichtung zu einem *specific compensation scheme* her. Siehe zu der Vorgabe bereits die Untersuchung im Zusammenhang mit den zulässigen Formen des Ausgleichs.

⁴⁸⁹ Vgl. aber EuGH GRUR 2011, 913, Rn. 37 – VEWA, wonach bei der einfachen Vergütung fürs Verleihen ein Bezug zum Schaden bestehen muss.

⁴⁹⁰ Siehe auch *Schack* GRUR Int. 2009, 490, 493

⁴⁹¹ EuGH GRUR 2016, 1146, Rn. 52 – McFadden; EuGH NJW 1983, 1257 Rn. 18 – C.I.L.F.I.T.; Calliess/Ruffert/*Wichard* 6. Aufl. 2022, Art. 342 AEUV Rn. 17 f. m. w. N.; v. *Ungern-Sternberg* GRUR 2017, 217, 217 f.

⁴⁹² Vgl. auch *Dreher* ELR 2010, 382, 385; *Lucas-Schloetter* RIDA 2015 (243), 2, 18 (Rn. 11); *Reinbothe* FS Walter 2018, S. 101, 111; *ders.* in: Stamatoudi, *New Developments in EU and International Copyright Law*, 2016, S. 299, 318; *ders.* in: Riesenhuber, *Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht*, 2013, S. 141, 160.

⁴⁹³ Vgl. v.a. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 40, 42 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 24 – Opus; auch in EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 106 – Luksan; EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 31 – VG Wort; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 23 f. – Amazon; EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 50 – ACI Adam; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 21 – Copydan; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 36 – Reprobel (Nachteil); EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 19 – Austro-Mechana; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 19, 21, 26 – EGEDA; EuGH

hen, dass der gerechte Ausgleich nach dem Stand der Rechtsprechung schadensausgleichend konzipiert werden muss, wenn eine mitgliedstaatliche Regelung den Anforderungen des Gerichtshofs genügen soll.

b) Schaden und Nachteil

Der EuGH verwendet in der deutschen Sprachfassung seiner Urteile im Kontext der Bestimmung der Höhe des Ausgleichs fast ausschließlich den Begriff des Schadens, weicht aber teilweise davon ab, indem er den Terminus Nachteil nutzt.⁴⁹⁴ Das Kriterium des Nachteils findet sich in der deutschen Fassung der Richtlinie in der *de minimis*-Ausnahme aus EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL, wonach die Ausgleichspflicht bei Vorliegen eines geringfügigen Nachteils entfallen kann, sowie in EGr. 38 S. 2 InfoSoc-RL, wonach Vergütungsregeln dem Ausgleich von Nachteilen dienen. Der EuGH bezeichnet mit beiden Begriffen das gleiche Konzept, womit sich hieraus keine inhaltlichen Differenzen ergeben.⁴⁹⁵

Eine klare Unterscheidung zwischen Schaden und Nachteil ist nach dem Stand der Rechtsprechung nicht nur entbehrlich, sondern sogar unmöglich.⁴⁹⁶ Dies ergibt sich aus einer Analyse der unterschiedlichen Sprachfassungen der einschlägigen Urteile und der Richtlinie selbst.⁴⁹⁷ So verwenden alle Urteile in englischer Sprachfassung weit überwiegend den Begriff *harm*, der aus EGr 35 S. 3 InfoSoc-RL stammt und eher eine Interessenbeeinträchtigung oder einen Nachteil als ein konkreter Schaden nach deutschem Verständnis

GRUR 2017, 155, Rn. 26, 28 – Microsoft Mobile Sales International; EuGH ZUM-RD 2017, 505, Rn. 30 – SAWP; EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 37 ff. – Strato.

⁴⁹⁴ Über die Urteile hinweg verwendet der EuGH den Begriff immer wieder punktuell, vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 41, 46 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 27 – Opus; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 41 – Amazon; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 23 – Copydan. Dann aber verwendet EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 36, 48, 56, 61, 68 - 71, 76, 79, 82, 84, 87 – 89 – Reprobel weit überwiegend den Begriff des Nachteils. Damit geht keine inhaltliche Neuausrichtung der Rechtsprechung einher, denn ist die terminologische Abweichung aus *Reprobel* ist in anderen Sprachfassungen nicht auszumachen (so auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 78, Fn. 286). Zudem kehrt der EuGH in seinen Folgeurteilen zur ursprünglichem Begriffsverwendung zurück (EuGH GRUR Int. 2016, 582, Rn. 19 ff. – Austro-Mechana; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 21 – EGEDA; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 26 ff. – Microsoft Mobile Sales International; EuGH GRUR 2018, 68, Rn. 33 – VCAST; EuGH ZUM-RD 2017, 505, Rn. 30 – SAWP; EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 37 ff. – Strato; vgl. auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, 78, Fn. 287). Die Erwartung von *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, Fn. 11, Reprobel könne eine Abkehr vom Schadensbegriff einleiten, hat sich mithin nicht bewahrheitet. Auch Literaturstimmen unterscheiden zum Teil nicht zwischen den Begriffen (vgl. etwa Eichelberger/Wirth/Seifert/*Wirth* 4. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 2).

⁴⁹⁵ Vgl. auch *Fischer* FS Walter 2018, S. 466, 467.

⁴⁹⁶ Vgl. *Dreier* ZUM 2011, 281, 283; *Walter* MR-Int. 2010, 121, 122; *Wandtke* MMR 2017, 367, 369. Anders hingegen *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 78, der das Abstellen auf den Nachteil als Versehen wertet.

⁴⁹⁷ Vgl. zu den sprachlichen Unschärfen auch *Spindler* ZUM 2014, 91.

bezeichnet.⁴⁹⁸ Den Begriff *prejudice*, der eher im Sinne eines Schadens zu verstehen wäre,⁴⁹⁹ verwendet der EuGH nicht. Auch im Niederländischen und Italienischen nutzt der EuGH den Terminus aus EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL, der in Abgrenzung zu den jeweils in EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL verwendeten Begriffen eher im Sinne eines Nachteils als im Sinne eines Schadens zu verstehen sein dürfte.⁵⁰⁰ Im Spanischen – also in der Verfahrenssprache von *Padawan* – verwendet der Gerichtshof überwiegend *perjuicio*, stellt aber alternativ auch auf *daño* ab. Damit bezieht er sich in dieser Sprachfassung aber primär auf das Kriterium aus EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL und EGr. 38 S. 2 InfoSoc-RL und rückt aber auch insofern den Begriff in den Vordergrund, der eher im Sinne einer allgemeinen Beeinträchtigung verstanden werden kann.⁵⁰¹ Der Gerichtshof unterscheidet in den Sprachfassungen nicht konsequent zwischen den Begrifflichkeiten und vermischt damit die Konzepte aus EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL und aus EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL in einer Weise, die auf ein einheitliches Verständnis schließen lassen.

Da die Erwägungsgründe in den unterschiedlichen Sprachfassungen keine klare Linie erkennen lassen, spricht schon die Richtlinie an sich für dieses Verständnis. In der französischen Fassung verwendet der Gesetzgeber sowohl in EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL als auch in EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL *préjudice*,⁵⁰² was eine Unterscheidung von vornherein zweifelhaft erscheinen lässt. Sofern der Gesetzgeber unterschiedliche Kriterien für die Bewertung des gerechten Ausgleichs in EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL und die *de minimis*-Klausel in EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL verwendet, kann hieraus kein eindeutiger Schluss auf inhaltliche Unterschiede gezogen werden.⁵⁰³

⁴⁹⁸ Dreier ZUM 2011, 281, 283; 122; Walter FS Griss 2011, S. 693, 705. Vgl. auch Spindler FS Pfennig 2012, S. 387, 396; Walter MR-Int. 2010, 121. Siehe auch Garner Black's Law Dictionary, 10. Aufl. 2014: „harm, n. (bef. 12c): Injury, loss, damage; material or tangible detriment.“ Krit. Pflüger Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 77, der anmerkt, dass diese Auslegung nicht zwingend sei. Ähnlich auch Spindler ZUM 2014, 91, 98.

⁴⁹⁹ Siehe etwa die englische Sprachfassung von Art. 13 Abs. 1 DuRL.

⁵⁰⁰ Niederländisch: *nadeel*, Italienisch: *pregiudizio*.

⁵⁰¹ Vgl. etwa Adomeit/Frühbeck Einführung in das spanische Recht, 4. Aufl. 2018, S. 60, 72, 106.

⁵⁰² Vgl. Köbler Rechtsfranzösisch, 5. Aufl. 2013: Beeinträchtigung, Nachteil, Schaden.

⁵⁰³ Überwiegend greift der Gesetzgeber für die Berechnung auf einen Begriff zurück, der eher im Sinne des Nachteils der Rechtsinhaber zu verstehen ist. Für die Geringfügigkeitsklausel wird dagegen in den meisten Sprachfassungen ein Begriff verwendet, der eher im Sinne des Schadens zu verstehen ist (Englisch: *prejudice*, Italienisch: *danno*, Niederländisch: *schade*). Anders im Deutschen, wo der Schaden in EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL als mögliches Bewertungskriterium vorgegeben wird und der Nachteil für die Geringfügigkeitsausnahme nach EGr. 35 S. 5 InfoSoc-RL relevant ist. In EGr. 38 S. 2 InfoSoc-RL „verdreht“ sich die Begriffsverwendung noch weiter, wenn die unterschiedlichen Sprachfassungen zum Teil auf den Wortlaut von EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL und teilweise auf denjenigen von EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL abstellen (Span.: *perjuicios* (entspricht EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL, entspricht vornehmlichen Verwendung im Urteil, eher als Schaden zu verstehen); Deutsch: Nachteil (entspricht EGr. 35 S. 6 In-

c) *Zwingende Bemessungsgrundlage und ausschließliches Bemessungskriterium*

Der Schaden ist nach *Padawan* und den Folgeurteilen die zwingende Bemessungsgrundlage des gerechten Ausgleichs.⁵⁰⁴ Die Pflicht zum Schadensausgleich betrifft nur den urheberrechtlichen Ausgleichsanspruch als solches. Abseits des von der Richtlinie harmonisierten Anwendungsbereichs können Mitgliedstaaten Ansprüche vorsehen, die sich nach schadensfremden Aspekten berechnen. So ist beispielsweise für die Höhe der Verzinsung der Ausgleichsforderung kein Schadensbezug erforderlich.⁵⁰⁵ Zudem wirkt der Schadensausgleich im Lichte von Art. 8 Abs. 1 InfoSoc-RL nicht für sanktionierende Ansprüche, da diese nicht der Kompensation der Rechtsinhaber dienen, sondern die Rechtsdurchsetzung absichern.⁵⁰⁶

Es ist notwendig, den gerechten Ausgleich auf Grundlage des Schadens zu bemessen bzw. den Schaden als sachdienliches Kriterium heranzuziehen.⁵⁰⁷ Die Klarstellung, dass dies zwingend geschehen muss, findet sich nicht in allen Urteilen, aber über die Urteile hinweg.⁵⁰⁸ Andere Bemessungsgrundlagen als der Schaden lassen sich nach dem Verständnis des EuGH von vornherein nicht mit dem Unionsrecht vereinbaren.⁵⁰⁹ Damit

foSoc-RL, in der Rechtsprechung vornehmlich anderer Begriff); Engl.: *prejudice* (entspricht EGr. 35 S. 6, in der Rechtsprechung vornehmlich anderer Begriff, eher als Schaden zu verstehen); Ital: *pregiudizio* (entspricht EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL, entspricht vornehmlichen Verwendung im Urteil, eher als Nachteil zu verstehen (vgl. die Übersetzung von Art. 1904 ff., 1915 Abs. 2 ital. Codice Civil durch *Patti* Italienisches Zivilgesetzbuch, 3. Aufl. 2019, siehe im Weiteren Grundmann/*Zaccaria/Zaccaria* Einführung in das italienische Recht, 2007, S. 175 ff.)); Niederl.: *nadeel* (entspricht EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL, entspricht vornehmlichen Verwendung im Urteil, eher als Nachteil zu verstehen (vgl. die Übersetzung von Art. 6:95, 6:106 niederl. BGB durch *Nieper/Westerdijk* Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7, 1995; im Weiteren auch *Mincke/Hentger* Einführung in das niederländische Recht, 2. Aufl. 2021, Rn. 249 f.)).

⁵⁰⁴ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 38 ff. – *Padawan*. Engl. „fair compensation must necessarily be calculated on the basis of the criterion of the harm.“

⁵⁰⁵ *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 79.

⁵⁰⁶ So im Ergebnis auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 79. A.A. *Vermeyen* GRUR Int. 2016, 36, 37.

⁵⁰⁷ EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 55 – *ACI Adam*; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 26 – *EGEDA*. Vgl. hierzu auch *Spindler* Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturflatrate, 2014, Rn. 230.

⁵⁰⁸ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 42, 50 – *Padawan*; EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 47, 50 – *Amazon*; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 36 – *Reprobel*. Damit wird letztendlich allein betont, dass keine andere Berechnungsgrundlage herangezogen werden kann.

⁵⁰⁹ In diese Richtung aber noch *Reinbothe* in: *Riesenhuber*, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 160. Aufgrund der Aussage in EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 48 – *Padawan*, wo der Gerichtshof hervorhebt, dass der private Nutzer von Vielfältigungsleistungen profitiert, ging *Reinbothe* davon aus, die Rechtsprechung lasse auch andere Gesichtspunkte als den potenziellen Schaden als Rechtfertigung für die Zahlung des Ausgleichs gelten. Diese Interpretation sah sich von Beginn an Zweifeln ausgesetzt. Der EuGH hat die entsprechende Erwägung nicht mehr aufgegriffen. Krit. zur Ansicht auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 76 f., Fn. 280.

hängt der gerechte Ausgleich nicht nur vom Bestehen eines Schadens ab,⁵¹⁰ sondern dem Schadensverständnis kommt eine zentrale Bedeutung zu.⁵¹¹

Während sich die Notwendigkeit, den Schaden als Berechnungsgrundlage heranzuziehen, von Beginn an eindeutig aus der Rechtsprechung ergab, ist umstritten, ob andere Berechnungskriterien herangezogen werden können. Der Streit um die Zulässigkeit der Anwendung weiterer Kriterien geht auf unterschiedliche Verständnisse des vom EuGH verwendeten Begriffs der Berechnungsgrundlage zurück. Es wird darum gestritten, ob der Ausgleich abschließend auf Grundlage des Schadens festgelegt werden muss oder ob weitere Berechnungskriterien herangezogen werden können.⁵¹²

aa) *Erste Ansicht: Zulässigkeit der Berücksichtigung weiterer Berechnungskriterien*

Eine Ansicht geht davon aus, der Schaden müsse nicht das einzige Bemessungskriterium des gerechten Ausgleichs sein.⁵¹³ Die Berechnungsgrundlage des gerechten Ausgleichs könne durch die Anwendung weiterer Berechnungskriterien abgeändert werden, um andere Erwägungen bei der Bemessung miteinfließen zu lassen. *Fischer* will die Unionsrechtskonformität dieses Ansatzes daraus ableiten, dass der Schaden das „maßgebliche Berechnungskriterium“ zur Bemessung des Schadens sei.⁵¹⁴ Dies überzeugt nicht, denn der Schaden wäre als Berechnungskriterium weiterhin maßgeblich, wenn er nicht durch andere Kriterien ergänzt würde.⁵¹⁵ Der logische Schluss ist nicht zulässig. Darüber hinaus ist nicht ersichtlich, dass der EuGH den Schaden selbst überhaupt als „maßgebliches Berechnungskriterium“ bezeichnen würde. Auch das Argument von *Kraft*, der sich darauf beruft, dass nach *Copydan* ein Bezug des Ausgleichs zum Schaden ausreiche,⁵¹⁶ überzeugt

⁵¹⁰ So bereits *Hugenholtz/Guibault/van Geffen* *The Future of Levies in a Digital Environment*, 2003, S. iii, 36.

⁵¹¹ Vgl. *Philapitsch* *Die digitale Privatkopie*, 2007, S. 91.

⁵¹² Die Zulässigkeit von Abweichungen vom Schaden wurde zunächst oftmals im Zusammenhang mit Kappungsgrenzen diskutiert, da diese die Höhe des Ausgleichs anhand von schadensfremden Kriterien beeinflussen.

⁵¹³ *Fischer* MR 2015, 175, 177; *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 8; *Pflüger* *Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung*, 2017, S. 81 f.

⁵¹⁴ *Fischer* MR 2015, 175, 177. Ähnlich auch *Pflüger* *Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung*, 2017, S. 81 f., der dies zudem über einen systematischen Vergleich mit anderen gesetzlichen Vergütungsansprüchen herleiten will, da sich hieraus ergebe, dass dem Unionsurheberrecht eine reduzierte Vergütung bekannt sei. Das überzeugt meines Erachtens deshalb nicht, weil der Gesetzgeber für den gerechten Ausgleich keine Reduzierung vorsieht.

⁵¹⁵ Vgl. etwa *Alpmann* *Brockhaus Studienlexikon Recht*, München, 4. Aufl. 2014, wo der maßgebliche Zeitpunkt als entscheidungserheblicher Zeitpunkt bezeichnet wird.

⁵¹⁶ *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 8 m. V. a. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 21 – *Copydan*. Ebenso *Lucas-Schloetter* RIDA 2015 (243), 2, 24 (Rn. 14).

nicht. Diese allgemeine Aussage – wie sie im Übrigen nicht erst in *Copydan* zu finden ist⁵¹⁷ – trifft zu, aber ist nicht abschließend zu verstehen, da sie durch die restriktiveren Vorgaben zur Berechnung konkretisiert wird. Die Tatsache, dass der EuGH in der zitierten Stelle aus *Copydan* auf *Padawan* verweist, deutet vielmehr sogar darauf hin, dass der EuGH keine inhaltliche Änderung in seiner Rechtsprechung beabsichtigt. Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs ergab sich nie, dass eine Ergänzung des Schadens durch weitere Kriterien zulässig ist. Allenfalls wäre es aufgrund weniger präziser Formulierungen in frühen Urteilen in Betracht gekommen, die Frage als offen anzusehen.⁵¹⁸

bb) Gegenansicht: Unzulässigkeit der Anwendung weiterer Berechnungskriterien

Die überwiegende Ansicht erachtete die Ergänzung des Schadens durch andere Kriterien nach den vom EuGH normierten Anforderungen des Unionsrechts von Beginn an als problematisch. Nach dem Stand der Rechtsprechung kann nicht mehr bezweifelt werden, dass die Höhe des Anspruchs einzig anhand des Schadens festgesetzt werden darf.

Eine Ansicht deutete *Padawan* und die ersten Folgeurteilen dahingehend, dass eine Reduzierung des Ausgleichsanspruchs durch die ergänzende Heranziehung anderer Kriterien nicht unionsrechtskonform sei, sondern der gerechte Ausgleich den Schaden grundsätzlich vollständig ausgleichen müsse.⁵¹⁹ Da der EuGH für die Bemessung nur den Schaden berücksichtige, ohne andere Umstände heranzuziehen,⁵²⁰ sei den Mitgliedstaaten die ergänzende Anwendung weiterer Kriterien verwehrt.⁵²¹ Die Höhe des Ausgleichs könne folglich weder von Angemessenheits- noch von Zumutbarkeitserwägungen abhängen.⁵²² Konzeptionell deutet auf die Notwendigkeit, den gerechten Ausgleich auf den Schaden aus allen privilegierten Nutzungen zu beziehen, die individualbegünstigende Konzeption

⁵¹⁷ Vgl. nur EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 40 – *Padawan*; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 47 – *Amazon*.

⁵¹⁸ Wenn EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 42 – *Padawan* etwa feststellt, dass „der gerechte Ausgleich zwingend auf der Grundlage des Kriteriums des Schadens berechnet werden [muss], der den Urhebern geschützter Werke durch die Einführung der Ausnahme für Privatkopien entstanden ist“, lässt dies die Möglichkeit einer restriktiven Interpretation des Begriffs der Berechnungsgrundlage zu, nach der eine ergänzende Anwendung anderer Kriterien möglich ist.

⁵¹⁹ *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 584 mit Blick auf die Zulässigkeit von Kappungsgrenzen. Zweifelnd auch bereits *Dreier* ZUM 2011, 281, 286 f.; *Pejfer* jurisPR-WettbR 12/2010 Anm. 2, lit. C. So nun ebenfalls *Hoeren* CR 2016, 557, 561. Vor diesem Hintergrund kritisch gegenüber einer fehlenden Kompensation für Vervielfältigungen auf Cloud-Servern *Müller* GRUR-Prax 2022, 287. Siehe auch *Stieper* ZUM 2022, 455, 456.

⁵²⁰ *Dreier* ZUM 2011, 281, 286 f.

⁵²¹ *Dreier* ZUM 2011, 281, 286 f.; *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 583. Vgl. auch *Spindler* Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturflatrate, Rn. 238; *Verweyen* JurPC Web-Dok. 10/2019, Abs. 29.

⁵²² *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 589.

der InfoSoc-Richtlinie hin, die das Verwertungsrecht den jeweiligen Rechtsinhabern zuweist. Auch die Wertung der *de minimis*-Ausnahme aus EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL, die ein Entfallen der Zahlungsverpflichtung nur für bestimmte Situationen vorsieht, nämlich solche, in denen dem Rechtsinhaber nur ein geringfügiger Nachteil entsteht, spricht für das Erfordernis eines umfassenden Ausgleichs des Schadens.

In *Reprobel* bringt der EuGH dieses Verständnis eindeutig zum Ausdruck. Der gerechte Ausgleich ist demnach zwingend und ausschließlich anhand des Schadens zu bemessen.⁵²³ Der EuGH leitet unmittelbar aus der schadensausgleichenden Konzeption ab, dass die Mitwirkung der Schuldner bei der Einziehung des Ausgleichs für die Höhe des Vergütungsanspruchs irrelevant sein muss.⁵²⁴ Dass es für die wirtschaftliche Begünstigung des Rechtsinhabers bedeutsam ist, ob der Schuldner bei der Geltendmachung des Anspruchs mitwirkt oder nicht, spielt für den EuGH keine erkennbare Rolle.⁵²⁵ Wenn der EuGH allerdings trotz des offensichtlichen Zusammenhangs zur Begünstigung der Rechtsinhaber die Mitwirkung für die Höhe des Ausgleichs zwingend für unbeachtlich hält, spricht dies eindeutig für das Erfordernis einer abschließenden Berechnung anhand des Schadens. Der EuGH zieht nicht einmal erkennbar in Betracht, dass andere Berechnungskriterien zulässigerweise angewendet werden könnten, sondern beurteilt die Zulässigkeit des Kriteriums allein anhand des Schadens. Eine ergänzende Anwendung von schadensfremden Kriterien scheidet damit generell aus.

d) Unzulässigkeit von Kappungsgrenzen

Kappungs- bzw. Belastungsgrenzen sind Regelungen, die die Ausgleichspflicht der Höhe nach deckeln. Weder die Richtlinienbestimmungen noch die Erwägungsgründe sehen eine Kappungsgrenze vor. Individuelle Kappungsgrenzen sind auf eine Begrenzung der kon-

⁵²³ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 78 ff. – *Reprobel*. Vgl. auch *Klett/Schlüter* WRP 2016, 182, 183 mit positiver Bewertung. Dass EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 26 – EGEDA wieder auf eine allgemeinere Formulierung zurückgreift, wenn der Gerichtshof den Schaden als sachdienliches Kriterium bezeichnet, ändert hieran nichts. Es ist nicht ersichtlich, dass er hiermit inhaltlich von der strengen schadensausgleichenden Konzeption abweichen will. Auch insofern wird die (zutreffende) allgemeinere Aussage durch die strenge schadensausgleichende Konzeption präzisiert. A.A. *Walter* MR-Int. 2016, 82, dem allerdings im Ergebnis zuzustimmen ist, dass die urheberrechtlich relevante Nutzung für die Festsetzung relevant sein kann, was allerdings über die Auslegung des Schadensbegriffs herzuleiten ist.

⁵²⁴ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 79 f. – *Reprobel*; *Klett/Schlüter* WRP 2016, 182, 183. Daraus ergibt sich, dass der administrative Aufwand der Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs den Rechtsinhabern obliegt.

⁵²⁵ Die Kosten für die Geltendmachung des Anspruchs sinken in der Regel proportional zum entsprechenden administrativen Aufwand. Vgl. auch hinsichtlich der pauschalen oder nutzungsgetreuen Verteilung von Einnahmen anschaulich *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 128 ff.

kreten Ausgleichsleistung des Schuldners gerichtet.⁵²⁶ Kollektive Grenzen kappen den gerechten Ausgleich ab einem bestimmten Gesamtaufkommen. Es werden unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten, inwieweit Kappungsgrenzen mit der schadensausgleichenden Konzeption vereinbar sind.⁵²⁷

aa) *Individuelle Kappungsgrenzen*

Als Reaktion auf *Padawan* wurde erstmals in Erwägung gezogen, dass Kappungsgrenzen unionsrechtswidrig sein könnten, da sie im Widerspruch zur schadensrechtlichen Konzeption stehen.⁵²⁸ Bei der rechtlichen Bewertung muss zwischen unterschiedlichen Formen von individuellen Kappungsgrenzen differenziert werden.⁵²⁹ Starre Kappungsgrenzen geben nur in geringem Umfang auslegungsbedürftige Kriterien zur Anwendung der Begrenzung vor.⁵³⁰ In der Literatur besteht weitestgehend Einigkeit darüber, dass starre Kappungsgrenzen mit der schadensorientierten Konzeption unvereinbar sind, da der Schaden für die Bemessung der Leistungspflicht vollkommen irrelevant sein kann.⁵³¹

Uneinigkeit besteht bei der Bewertung von variablen Kappungsgrenzen. Diese weisen eine höhere Flexibilität auf, etwa indem ihr Tatbestand unter Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs eine Beschränkung im Zusammenhang mit den tatsächlichen

⁵²⁶ Dabei beziehen sich die Kappungsgrenzen in der Regel auf den Anknüpfungstatbestand der Ausgleichsleistung.

⁵²⁷ *Ohly* DJT-Gutachten, 2014, F 73 erachtet dies als einem zentralen Aspekt für die Überarbeitung des deutschen Vergütungssystems.

⁵²⁸ *Dreier* ZUM 2011, 281, 286 f. Schon zuvor sahen sich Bestrebungen zur Einführung von starren Kappungsgrenzen Kritik auf nationaler Ebene ausgesetzt (vgl. *Wiesemann* Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 59 ff.). *Schaefer* GRUR 2022, 563 weist zutreffend darauf hin, dass sich der EuGH noch immer nicht mit der Zulässigkeit von Kappungsgrenzen auseinandersetzen hatte.

⁵²⁹ In der Literatur hat sich keine einheitliche Terminologie durchsetzen können, aber eine Unterscheidung zwischen starren/absoluten/abstrakten Kappungsgrenzen einerseits und variablen/flexiblen/relativen Kappungsgrenzen andererseits ist verbreitet (vgl. *Dreier* ZUM 2011, 281, 286 f. (abstrakte und auf ein konkretes Preisverhältnis bezogene Kappungsgrenzen); *Spindler* Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturflatrate, 2014, Rn. 241 (variable und absolute Kappungsgrenzen); *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 399 (variable Kappungsgrenze)).

⁵³⁰ Beispielsweise stellt eine nach dem konkreten Verkaufspreis der ausgleichspflichtigen Anlage berechnete prozentuale Kappung des gerechten Ausgleichs eine starre Kappungsgrenze dar. So etwa die Regelung in Griechenland, wo bei der Einfuhr von Geräten und Speichermedien sowie bei deren Vertrieb durch ein Unternehmen eine Zahlung in Höhe von 6 % des Einkaufspreises, bei Speichermedien mit einer Kapazität von weniger als 100 MB 4 % des Einkaufspreises erhoben werden, Art. 18 Abs. 3 des grUrhG. Dazu *Fischer* FS Walter 2018, 466, 478; *Stavridou* GRUR Int. 2017, 17, 18.

⁵³¹ *Dreier* ZUM 2011, 281, 286 f.; *Jani/Ebbinghaus* GRUR-Prax 2011, 71, 73; *Spindler* ZUM 2014, 91, 99, Fn. 85; *Walter* MR 2015, 162, 164. Anders *Kucsko/Handig/Zemann* 2. Aufl. 2017 § 42b östUrhG, Rn. 56, der eine prozentuale Grenze als geeignete Maßnahme erachtet, um die Möglichkeit zu gewährleisten, die Abgabe an die Nutzer weiterzugeben. Für eine starre Kappungsgrenze auch *Verweyen* K&R Beil 9/2016, 16, 19.

Marktgegebenheiten vorsieht.⁵³² *Dreier* bleibt in seinen grundlegenden Erwägungen im Nachgang zu *Padawan* unentschlossen: Sie seien zwar nicht mit der schadensausgleichenden Konzeption in Einklang zu bringen, könnten aber möglicherweise dennoch über einen Rechts- und Interessenausgleich aus EGr. 31 InfoSoc-Richtlinie gerechtfertigt sein, da sie eine Belastung der Nutzer über Gebühr verhindern.⁵³³ Hieran anknüpfend stellen inzwischen verschiedene Stimmen die Europarechtskonformität von flexiblen Kappungsgrenzen in Zweifel⁵³⁴ oder vertreten diese Auslegung mit Nachdruck.⁵³⁵ So betont *Riesenhuber* zusätzlich, dass nach der EuGH-Rechtsprechung weder Angemessenheits- noch Zumutbarkeitserwägungen für die Bemessung eine Rolle spielen.⁵³⁶ Daher sei es den Mitgliedstaaten verwehrt, auf die Eigeninteressen der Abgabenschuldner, aber auch auf die Interessen der Nutzer abzustellen, um eine Verringerung des Ausgleichsbetrags zu begründen.⁵³⁷

Eine andere Auffassung hält variable Kappungsgrenzen für mit dem Unionsrecht vereinbar.⁵³⁸ Die Ansicht beruft sich auf die Zulässigkeit der Inanspruchnahme von Dritten. Aus dieser Gestaltungsmöglichkeit ergebe sich, dass die Interessen der Anspruchsschuld-

⁵³² Vgl. auch *Dreier* ZUM 2011, 281, 287 (abstrakte Kappungsgrenze). Eine Unzumutbarkeitsklausel, nach der der Ausgleich die Abgabenschuldner nicht übermäßig belasten darf, stellt eine variable Kappungsgrenze dar. Zu § 54a Abs. 4 UrhG siehe Teil 2: C.I.5. § 42b Abs. 4 Nr. 7, 8 östUrhG enthält Elemente einer variablen Kappungsgrenze, gibt aber darüber hinaus vor, dass grundsätzlich eine Kappung bei 11% des Preisniveaus für das vergütungspflichtige Gerät erfolgen sollte. VerfGH Wien ZUM 2019, 447 erklärte die Vorgabe für verfassungswidrig, weil sie das sich aus dem Gleichheitsgebot ergebende Sachlichkeitsgebot verletzt, wobei das Gericht Bezug nimmt auf die unionsrechtlichen Anforderungen im Allgemeinen und das Erfordernis des Schadensausgleichs im Speziellen. Dazu *Forgó* ZUM 2019, 424. Krit. zur Regelung bereits *Fischer* MR 2015, 175, 178.

⁵³³ *Dreier* ZUM 2011, 281, 287. Siehe auch *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 2a.

⁵³⁴ *HK/Hentsch* 4. Aufl. 2018, Vor § 54 UrhG Rn. 11, § 54a Rn. 11; *Spindler* ZUM 2014, 91, 99; *Fromm/Nordemann/Wirtz* 12. Aufl. 2018, § 54a UrhG Rn. 6. In diese Richtung auch *de la Durantaye* GRUR 2017, 558, 566; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 12; *Wandtke/Bullinger/Lüft* 6. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 5; *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 399; *Walter* MR 2015, 162, 164.

⁵³⁵ *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 589.

⁵³⁶ *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 589.

⁵³⁷ Nicht überzeugen kann das Argument von *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 584, der die Unzulässigkeit einer Kappung aus der EuGH-Rechtsprechung zum Diskriminierungsrecht herleiten will (vgl. EuGH BeckRS 2004, 75871, Rn. 26 – Marshall II; EuGH NJW 1997, 1839, Rn. 40 – Draempaehl). Dies ist wegen der unterschiedlichen Zwecke der Regelungen nicht möglich. So wird die diskriminierungsrechtliche Unzulässigkeit einer Höchstgrenze unter anderem mit dem Erfordernis einer abschreckenden Wirkung durch die Gewährung des Anspruchs gestützt (EuGH NJW 1997, 1839, Rn. 40 – Draempaehl).

⁵³⁸ BGH GRUR 2017, 161, Rn. – Gesamtvertrag Speichermedien; BGH GRUR 2016, 792, Rn. – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; OLG München ZUM-RD 2016, Rn. 69 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; *Grünberger* ZUM 2017, 361, 364; *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 966 f.; *Kraßer* GRUR 2016, 129, 136; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 18.

ner nicht unzumutbar beeinträchtigt werden dürfen.⁵³⁹ Dies sei jedoch der Fall, wenn eine Abwälzung der Zahlung auf den Nutzer unmöglich sei.⁵⁴⁰ Eine Abwälzung sei wiederum unmöglich, wenn der Nutzer aufgrund einer nicht in wirtschaftlich angemessenem Verhältnis zum Preisniveau des Gerätes stehenden Vergütung vom Erwerb absieht.⁵⁴¹ Die Kappung diene damit auch der Wahrung der Interessen der Rechtsinhaber, da sie das System des gerechten Ausgleichs absichere.⁵⁴² Dies kann meines Erachtens nicht überzeugen. Sowohl starre als auch variable individuelle Kappungsgrenzen sind nicht mit der strengen schadensausgleichenden Konzeption in Einklang zu bringen. Angesichts des Erfordernisses einer schadensausgleichenden Konzeption stellen solche Grenzen für den gerechten Ausgleich einen Fremdkörper dar, da sie den Anspruch ohne Bezug zum Schaden begrenzen.⁵⁴³ Es ist entscheidend, dass der Schaden der Rechtsinhaber als Bemessungsgrundlage des gerechten Ausgleichs nicht durch einen Rechts- und Interessenausgleich korrigiert werden kann. Die schadensrechtliche Konzeption versagt es den Mitgliedstaaten, schadensfremde Kriterien auch nur ergänzend heranzuziehen. Der Schaden ist nach dem EuGH nicht nur ein vorrangiges, sondern ausschließliches Kriterium. Der angemessene Rechts- und Interessenausgleich wird vielmehr durch eine umfassende schadensausgleichende Konzeption verwirklicht.⁵⁴⁴ Welche Person mit dem Anspruch auf gerechten Ausgleich in Anspruch genommen wird, ist dabei für den Umfang der Leistungspflicht unbeachtlich.⁵⁴⁵ Es trifft zu, dass die Inanspruchnahme des Dritten von der Möglichkeit abhängt, die Abgabe auf die Endnutzer abzuwälzen.⁵⁴⁶ Aus der Unmöglichkeit einer Wei-

⁵³⁹ BGH GRUR 2017, 161, Rn. 76 f. – Gesamtvertrag Speichermedien; BGH GRUR 2016, 792. Rn. 73 f. – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; OLG München ZUM-RD 2016, Rn. 73 f. – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik. Teilweise wird die Zulässigkeit von Kappungsgrenzen aus der Notwendigkeit von Pauschalierungen abgeleitet (vgl. *Kraßer* GRUR 2016, 129, 136). Das überzeugt nicht, denn eine pauschalierte Bemessung des Schadens ist ohne Kappung möglich.

⁵⁴⁰ BGH GRUR 2017, 161, Rn. 77 – Gesamtvertrag Speichermedien; BGH GRUR 2016, 792. Rn. 74 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; OLG München ZUM-RD 2016, Rn. 74 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; *Grünberger* ZUM 2017, 361, 364; *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 966. Vgl. auch *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 346 allerdings ohne Bezug zur Kappungsgrenze.

⁵⁴¹ BGH GRUR 2017, 161, Rn. 77 – Gesamtvertrag Speichermedien; BGH GRUR 2016, 792. Rn. 74 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; OLG München ZUM-RD 2016, Rn. 74 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 18.

⁵⁴² BGH GRUR 2017, 161, Rn. 77 – Gesamtvertrag Speichermedien; BGH GRUR 2016, 792. Rn. 74 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik.

⁵⁴³ *Dreier* ZUM 2011, 281, 287; *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 588; *Walter* MR 2015, 162, 164.

⁵⁴⁴ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 43 ff. – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 25 f. – Opus; EuGH GRUR 2013, 1025 – Amazon. Vgl. auch *Roder-Hießlerich* ZUM 2021, 569, 573; *Spindler* Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturfltrate, 2014, Rn. 241.

⁵⁴⁵ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 38 ff. – Padawan.

⁵⁴⁶ Grundlegend EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 48 – Padawan. Siehe Teil 1: H.II.2.a)dd).

tergabe folgt, dass die Inanspruchnahme des Dritten unzulässig ist.⁵⁴⁷ Weshalb eine Abwälzung im hypothetischen Fall ohne Kappungsgrenze unmöglich sein soll, wurde bisher nicht dargelegt. Dass ein Ausgleichsbetrag im Verhältnis zum Gerätepreis nicht angemessen ist, führt nicht zwangsläufig zur Unmöglichkeit der Weitergabe. Auch der Aspekt, dass Nutzer aufgrund einer Abgabe teilweise vom Erwerb der vergütungspflichtigen Anlagen im Inland absehen, hat keinen Einfluss auf die Möglichkeit der Vergütungsschuldner, den Ausgleich einzupreisen.

Auch der Vergleich zur Regelung des Handelsvertreterausgleichs in Art. 17 Abs. 2 lit. b) Handelsvertreter-RL stützt dieses Ergebnis. Während eine Kappung dieses Ausgleichsanspruchs explizit vorgesehen ist, fehlt eine entsprechende Regelung in der InfoSoc-Richtlinie, was für die Unzulässigkeit einer Kappung spricht.⁵⁴⁸

bb) Kollektive Kappungsgrenzen

Kollektive Kappungen begrenzen die Ausgleichspflicht aller Rechtsinhaber insgesamt auf einen Maximalbetrag. Ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht ist zweifelhaft.

Die Vereinbarkeit einer Deckelung des Gesamtaufkommens des gerechten Ausgleichs bei einem Abgabensystem steht in Frage.⁵⁴⁹ Mit dem Gebot des Schadensausgleichs unvereinbar sind kollektive Kappungsgrenzen, die schadensfremden Kriterien zur Geltung verhelfen – etwa indem abstrakt eine als unangemessen erachtete Belastung der Schuldner ausgeschlossen werden soll.⁵⁵⁰ Auch kollektive Belastungsgrenzen, durch deren Anwendung die Bestimmung des Schadens korrigiert wird – etwa indem die Ausgleichszahlungen beim Gesamtschaden einer Branche gekappt werden –,⁵⁵¹ sehen sich Bedenken ausgesetzt. Der EuGH geht bei Abgabensystemen von einem unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Schaden der Rechtsinhaber einerseits und dem tatbestandlichen Bezugs-

⁵⁴⁷ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 48 f. Siehe auch *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 345 ff.; *Niemann* JurPC Web-Dok. 178/2013, Abs. 10.

⁵⁴⁸ Auf das Fehlen einer Regelung in der InfoSoc-Richtlinie weist auch *Hoeren* CR 2016, 557, 560 hin. Er betont zudem, dass die Geringfügigkeitsausnahme ausdrücklich vorgesehen ist.

⁵⁴⁹ Eine solche Regelung ist beispielsweise in § 116 Abs. 11 östUrhG vorgesehen. Vgl. ErlRV 687 BlgNR XXV. GP, S. 9; *Csillag* ZUM 2015, 783, 791; *Fischer* MR 2015, 175, 180 f.; *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 836 f.; *Hönisch/Schmitt* GRUR Int. 2016, 1, 7; *Walter* MR 2015, 162, 164. Der EuGH hat sich zur Zulässigkeit einer solchen Regelungen bisher nicht explizit geäußert. Die Vorlagefrage aus *EGEDA* musste er nicht beantworten, da sie in Abhängigkeit zu einer anderen Antwort stand. Hoffnungen auf Klärstellung (vgl. *Fischer* MR 2015, 175, 178) wurden nicht erfüllt.

⁵⁵⁰ Vgl. Erwägungen des österreichischen Gesetzgebers ErlRV 687 BlgNR XXV. GP, S. 10. Dazu mit krit. Bewertung *Csillag* ZUM 2015, 783, 791.

⁵⁵¹ Vgl. *Spindler* ZUM 2014, 91, 98 der eine solche Betrachtung für geboten hält.

punkt des Ausgleichsanspruchs andererseits aus.⁵⁵² Eine Kappung würde den Zusammenhang zwischen der (vermuteten) Nutzung und der konkreten Ausgleichspflicht lockern. Da es damit unionsrechtlichen erforderlich sein dürfte, den Schaden unter Berücksichtigung der konkret in Aussicht stehenden Verwendung zu beziffern,⁵⁵³ könnte eine Kappung durch schadensbezogene Erwägungen ebenfalls einen Verstoß gegen das Erfordernis eines Schadensausgleichs darstellen.⁵⁵⁴ Das gestufte Haftungskonzept des Gerichtshofes spricht gegen die Möglichkeit, diesen Zusammenhang bei einer Abgabenslösung zu lockern, die konkret an die Veräußerung von Anlagen oder die Erbringung von Dienstleistungen anknüpft.⁵⁵⁵ Selbst wenn eine kollektive Kappungsgrenze zulässig wäre, würde sich eine solche Regelung wegen des Diskriminierungsverbots zumindest erheblichen praktischen Schwierigkeiten ausgesetzt sehen.⁵⁵⁶

Abstraktere Ausgleichssysteme, etwa solche, die aus dem Staatshaushalt finanziert werden,⁵⁵⁷ lassen eine Kappung der Ausgleichspflicht durch schadensfremde Kriterien ebenfalls nicht zu.⁵⁵⁸ Dass Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Höhe des Ausgleichs ein größerer Spielraum zusteht und die Handlung, die die Leistungspflicht auslöst, keinen tragfähigen Rückschluss auf den Schaden zulässt, folgt aus der Zulässigkeit derartiger Ausgleichssysteme. Sofern die Mitgliedstaaten den gerechten Ausgleich entsprechend dieser Haftungsstufe ausgestalten können, liegt hierin kein Verstoß gegen das Unionsrecht.⁵⁵⁹

e) Bemessungskriterien

Dass für die Bemessung des gerechten Ausgleichs schadensfremde Erwägungen keine Bedeutung erlangen dürfen, beantwortet die Frage danach, welche Kriterien für die Festsetzung zulässig sind, noch nicht abschließend. Eine individuelle Schadensermittlung für

⁵⁵² Vgl. GA Szpunar, Rs. C-470/14, Rn. 63 – EGEDA. Vgl. auch bereits EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 44 ff. – Padawan.

⁵⁵³ Vgl. Walter MR 2015, 162, 164 f.

⁵⁵⁴ Vgl. GA Szpunar, Rs. C-470/14, Rn. 60 ff. – EGEDA. Ebenfalls krit. Reinbothe in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 322.

⁵⁵⁵ Vgl. auch Homar GRUR Int. 2017, 834, 836 f. mit krit. Bewertung unter Bezugnahme auf die Ergebnisspflicht.

⁵⁵⁶ Vgl. zu Problemen der österreichischen Regelung Csillag ZUM 2015, 783, 791. Siehe auch Walter MR 2015, 162, 165 mit krit. Bewertung.

⁵⁵⁷ Vgl. die Regelung des spanischen Rechts wiedergegeben in EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 9 – EGEDA. Vgl. dazu Pardo/Lucas-Schloetter EIPR 2013, 463, 469.

⁵⁵⁸ GA Szpunar, RS. C-470/14, Rn. 64 ff. – EGEDA.

⁵⁵⁹ Siehe hierzu Teil 1: H.IV.

die konkrete Nutzung ist weder sachdienlich noch erforderlich.⁵⁶⁰ Mitgliedstaaten können für die Bemessung des gerechten Ausgleichs insbesondere Schätzungen, Abstraktionen, Typisierungen und Pauschalierungen bemühen. Der gerechte Ausgleich kann unter Zuhilfenahme von objektiven schadensbezogenen Hilfskriterien festgesetzt werden.⁵⁶¹ Hierzu sind die Mitgliedstaaten aus der Ergebnisspflicht in vielen Fällen sogar verpflichtet, wenn dies angesichts praktischer Schwierigkeiten erforderlich ist, um eine wirksame Erhebung des gerechten Ausgleichs zu gewährleisten. Die Mitgliedstaaten können die Höhe des konkreten Zahlungsanspruchs anhand dieser Kriterien festsetzen, wenn es der Anwendung solcher Stellvertreterkriterien bedarf, da der konkrete Schaden nicht feststellbar ist. Ein Hilfskriterium ist schadensbezogen, wenn es einen tragfähigen Schluss auf den mutmaßlichen Schaden der Rechtsinhaber zulässt. Daher ist es zulässig, etwa die technische Leistungsfähigkeit von Ausgleichsobjekten im Rahmen der Festsetzung des Ausgleichs zu berücksichtigen, da das Kriterium einen zulässigen Schluss auf die Verwendung zu ausgleichspflichtigen Vervielfältigungen zulässt.⁵⁶² Von vornherein verbietet sich die Bemessung des Ausgleichs anhand schadensfremder Kriterien – beispielsweise der Mitwirkung des Schuldners an der Einziehung des Ausgleichs.⁵⁶³ Der Gerätetyp oder die technische Leistungsfähigkeit sind als Kriterium nicht *per se* unzulässiger Berechnungsfaktor, müssen aber durch subjektive Kriterien ergänzt werden: Der EuGH billigt die Anwendung von objektiven Kriterien, fordert aber ein differenziertes Vorgehen, nach dem die Festsetzung auch nach subjektiven Merkmalen des Enderwerbers bzw. Nutzers unterscheiden muss.⁵⁶⁴

f) Anwendung der Geringfügigkeitsausnahme

Gemäß EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL kann sich gegebenenfalls in bestimmten Situationen, in denen den Rechtsinhabern nur ein geringfügiger Nachteil entstünde, keine Zahlungsver-

⁵⁶⁰ Vgl. *Fischer* FS Walter 2018, S. 466, 467; *Spindler* ZUM 2014, 91, 97 f.

⁵⁶¹ So bereits *Dreier* ZUM 2011, 281, 286; *Ullmann* CR 2012, 288, 293 f. Vgl. auch *Müller* GRUR-Prax 2012, 255; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 79; *Walter* MR Beil. 2/2012, 1, 11; *Fromm/Nordemann/Wirtz* 12. Aufl. 2018, § 54 UrhG Rn. 7.

⁵⁶² EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 67 ff. – Reprobel. Ähnlich auch *Spindler* Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturflatrate, 2014, Rn. 239, der es als zulässig erachtet, an den Gerätetyp anzuknüpfen, solange wie sein statisch in Annäherungswerten zu ermittelnder Beitrag zu privaten Vervielfältigungen reicht. Siehe auch *Spindler* ZUM 2014, 91, 98 f. In diese Richtung auch *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, 37.

⁵⁶³ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 78 ff. – Reprobel.

⁵⁶⁴ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 74 ff. – Reprobel. Vgl. auch *Hoeren* CR 2016, 557, 560 f. Siehe Teil 1: H.II.3.c)dd)(1) sowie Teil 1: H.II.3.d)bb).

pflichtung ergeben.⁵⁶⁵ Damit führt der Gesetzgeber über die Erwägungsgründe eine Geringfügigkeitsklausel bzw. *de minimis*-Ausnahme ein,⁵⁶⁶ ohne dass sich eine entsprechende Kompetenz zwingend aus dem Richtlinien text ergeben würde.⁵⁶⁷ Mittelbar findet ein Entfallen des Ausgleichs in Bagatellfällen über das Gerechtigkeitsgebot Rückhalt in der Richtlinie.⁵⁶⁸ Der unbestimmte Rechtsbegriff wird durch die Geringfügigkeitsklausel in zulässiger Weise konturiert: In Bagatellkonstellationen ist das Kompensationsbedürfnis der Rechtsinhaber so geringfügig, dass es gerecht sein kann, keine Ausgleichsleistung zu erheben.

Ob ein Mitgliedstaat im Falle eines geringfügigen Nachteils dazu berechtigt ist, den Ausgleich entfallen zu lassen, oder ob eine Verpflichtung hierzu besteht, lässt die Formulierung der Erwägungsgründe offen. Der EuGH geht offenbar davon aus, dass Mitgliedstaaten die Möglichkeit der Befreiung von einer Zahlung haben.⁵⁶⁹ Der EuGH stellte in *Copydan* fest, dass die Festsetzung des Schwellenwertes in den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten fällt, sofern die Regelung insbesondere mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu vereinbaren ist.⁵⁷⁰ Damit können Mitgliedstaaten näher konkretisieren, in welchen Situationen den Rechtsinhabern durch die Einführung der Schranke ein geringfügiger Nachteil entsteht, sodass insofern keine vollständige Harmonisierung erreicht wird. Im Grunde legt der EuGH der *de minimis*-Regelung einen weiten Ansatz zugrunde, der durch konkretere Anforderungen an den gerechten Ausgleich beschränkt wird.⁵⁷¹ So ergibt sich vor allem aus der Notwendigkeit einer faktisch orientierten Betrachtung, dass die Gering-

⁵⁶⁵ Generell hierzu Wandtke/Bullinger/Leenen 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 79. Vgl. auch Kucsko/Handig/Zemann 2. Aufl. 2017 § 42b östUrhG Rn. 24 f. mit Verweis auf die Regelung in § 42b Abs. 2a östUrhG, die sich hierauf bezieht.

⁵⁶⁶ Vgl. etwa Leistner ZGE 2013, 312, 328.

⁵⁶⁷ [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 199 – BASCA v SoSBIS & Others.

⁵⁶⁸ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 58 – Copydan. Generell krit. gegenüber der Einführung einer *de minimis*-Regelung im nationalen Recht Jani/Ebbinghaus GRUR-Prax 2011, 71, 74, ohne dabei indes auf EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL einzugehen.

⁵⁶⁹ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 59 – Copydan. Auch HK/Hentsch 4. Aufl. 2018, Vor § 54 UrhG Rn. 9; Hertin/Wagner Urheberrecht, 3. Aufl. 2019, Rn. 344 gehen von einer Kompetenz aus. Anders offenbar Frank GRUR 2015 623, 628; ders. CR 2011, 1, 5; Ullmann CR 2012, 288, 289. Vgl. aber auch EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 39 – Padawan, wonach ein geringfügiger Nachteil keine Zahlungsverpflichtung begründen könne.

⁵⁷⁰ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 61 – Copydan. Dazu Kucsko/Handig/Zemann 2. Aufl. 2017 § 42b östUrhG Rn. 24.

⁵⁷¹ Ähnlich Klett/Schlüter K&R 2015, 322, 322 f. Vgl. aber Leistner ZGE 2013, 312, 344 ff., 355 ff., der auf Grundlage von Padawan eine Beschränkung der Geringfügigkeitsausnahme auf individuelle Einzelfälle ableiten wollte, da der EuGH diese im Sinne einer *de minimis*-Regelung interpretiere, die gewisse Pauschalierungen im Rahmen eines allgemeinen Interessenausgleichs gestattet. Dieses enge Verständnis konnte meines Erachtens so nicht aus Padawan hergeleitet werden, lässt sich meines Erachtens zumindest nicht mit dem weiteren Ansatz aus Copydan vereinbaren.

fugigkeitsklausel greift, wenn die Gesamtheit der Nutzer eine Anlage nach der Praxiserfahrung so gut wie nicht für die Anfertigung von ausgleichspflichtigen Kopien verwendet.⁵⁷² Bei der Interpretation der unbestimmten Vorgaben der Rechtsprechung kommt den Mitgliedstaaten ein weitreichender Spielraum zu.⁵⁷³ Entsprechend ist es etwa auch unschädlich, dass ein Ausgleichssystem handschriftlich angefertigte Privatkopien nicht erfasst. Aus der Schwelle ergibt sich, dass ein Entfallen des Ausgleichsanspruchs bei mehr als nur geringfügigen Nachteilen für Rechtsinhaber nicht möglich ist. Damit bedarf es eines Ausgleichs, wenn nach einer typisierten Betrachtung⁵⁷⁴ auch nur einigen Rechtsinhabern ein mehr als nur unwesentlicher Nachteil entsteht.

Es ist fraglich, ob die Bagatellschranke als Grundlage dafür dienen kann, den gerechten Ausgleich für bestimmte Schrankentatbestände komplett entfallen zu lassen.⁵⁷⁵ Dies kommt von vornherein nur in Betracht, wenn Rechtsinhaber lediglich einen geringen gerechten Ausgleich erhalten müssten.⁵⁷⁶ Während einige annehmen, dass selbst bei einer restriktiven Schranke mit obligatorischem Ausgleich der Schaden nie geringfügig im Sinne von EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL sein kann,⁵⁷⁷ geht die Gegenansicht davon aus, auf diesem Wege könnten Mitgliedstaaten die Ausgleichspflicht entfallen lassen.⁵⁷⁸ Die letztgenannte

⁵⁷² EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 61 – Copydan.

⁵⁷³ Vgl. auch *Jani/Leenen* EuZW 2015, 358. Auch EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – Padawan argumentiert mit der Geringfügigkeitsausnahme, um die einfache Dritthaftung herzuleiten.

⁵⁷⁴ Vgl. *Fischer* ZUM 2015, 719, 720 m. V. a. östOGH GRUR Int. 2014, 402 – HP, Begründung Abs. 11

⁵⁷⁵ Vgl. zur Diskussion um eine restriktive Privatkopieschranke im britischen Recht bereits Teil 1: F.II. In der Praxis wird auch in Luxemburg, Malta und Zypern kein Ausgleich gewährt. In dogmatischer Sicht sind zwischen diesen Staaten Unterschiede zu verzeichnen. So sieht die maltesische Umsetzung für die Schranken mit obligatorischem Ausgleich im Gesetzestext ebenfalls einen gerechten Ausgleich vor, wobei sich die Schranken stark an dem Richtlinien text orientieren (vgl. Sec. 9. (1) (b), (c) und (f) maltesischer Copyright Act). Praktisch wird jedoch kein Ausgleich geleistet. Demgegenüber sieht die Privatkopieschranke des luxemburgischen Rechts keine Vergütung vor (vgl. Art. 10 (4°), 46 (4°) luxUrhG). Zur Thematik Europäische Kommission, Background Document – Fair Compensation for Acts of Private Copying; *de la Durantaye* GRUR 2017 558, Fn. 117 m. w. N. *Kretschmer* Private Copying and Fair Compensation, 2011, S. 28 m. w. N.; *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 858, 859, Fn. 77; *Reinbothe* in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 304 f. (auch für Irland).

⁵⁷⁶ Ohne dass dies im Ergebnis zu Unterschieden führen würde, stützen einige Literaturstimmen schon das Entfallen der Vergütung beim Fehlen eines Schadens auf die *de minimis*-Annahme (*Rosati* GRUR Int. 2016, 399, 401). Da die Geringfügigkeitsausnahme jedoch dem Wortlaut nach zumindest das Bestehen eines geringfügigen Nachteils voraussetzt, erscheint es vorzugswürdig, diese nur anzuwenden, sofern überhaupt ein Schaden besteht.

⁵⁷⁷ *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 21, 26 f. Vgl. auch *Leistner* ZGE 2013, 312, 341 ff.

⁵⁷⁸ *Karapapa* EIPR 2013, 129, 131 ff.; *Rosati* GRUR Int. 2016, 399, 401.

Ansicht verweist darauf, dass *Copydan*⁵⁷⁹ davon abgesehen hat, konkretere inhaltliche Vorgaben zur Festlegung des Schwellenwertes zu unterbreiten.⁵⁸⁰

Entscheidend ist meines Erachtens die Gesetzgebungsgeschichte. Die Geringfügigkeitsklausel geht auf die Intention des Gesetzgebers zurück, bestimmte Nutzungen vollständig von der Ausgleichspflicht auszunehmen. Im Lichte der Gesetzeshistorie sind *time-shifting*⁵⁸¹ und *porting*⁵⁸² traditionell Beispiele für privilegierte Nutzungen, die unter die Geringfügigkeitsklausel fallen können.⁵⁸³ Grundsätzlich kommt den Mitgliedstaaten gemäß *Copydan* ein gewisser Beurteilungsspielraum für die Festlegung der Schwelle zu. Sofern der Mitgliedstaat die Schrankenregelung allerdings nicht auf besondere Nutzungspraktiken – wie *time-shifting* oder *porting* – beschränkt, sondern eine allgemeine Privatkopierschranke einführt, die im Grunde weit angelegt ist und die Zulässigkeit der Nutzung lediglich von restriktiven, aber allgemeinen Voraussetzungen abhängen lässt,⁵⁸⁴ dürfte das Unionsrecht einen gerechten Ausgleich erfordern.⁵⁸⁵ Hierauf deutet die Regulationsstruktur der Richtlinie unter Berücksichtigung des Erfordernisses eines hohen Schutzniveaus hin.

g) Exkurs: Sperrwirkung hinsichtlich eines Ausgleichs für rechtswidrige Vervielfältigungen

In Frage steht, inwieweit die Regelung des gerechten Ausgleichs es den Mitgliedstaaten verwehrt, eine Leistung im Gegenzug zu rechtswidrigen Vervielfältigungen vorzusehen, oder inwiefern der gerechte Ausgleich insofern Sperrwirkung entfaltet.⁵⁸⁶ Damit handelt es sich um eine Frage des Anwendungsbereichs der Richtlinie, die insofern im inhaltlichen Zusammenhang mit dem Schadensausgleich steht, als dass sie die Frage betrifft, inwiefern

⁵⁷⁹ *Rosati* GRUR Int. 2016, 399, 401.

⁵⁸⁰ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 61 – *Copydan*. Vgl. auch Joint Committee on Statutory Instruments des House of Lords & House of Commons, Third Report of Session 2014-15, S. 18 unter Verweis auf den weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten gemäß EuGH GRUR 2013, 1025 – *Amazon*

⁵⁸¹ *Time shifting* bezeichnet die Aufnahme von Sendungen zur späteren Rezeption (*Hugenboltz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. iii, 36). Diese Praktik unterscheidet sich vom *librarying*, das (auch) der Aufnahme der Kopie in ein Archiv dient. Vgl. grundlegend zum US-amerikanischen Recht U.S. Supreme Court, *Sony Corp. v. Universal City Studios*, 464 U.S. 417 (1984).

⁵⁸² *Porting* bezeichnet die Übertragung von rechtmäßig erworbenen Inhalten auf andere Plattformen wie beispielsweise von einer CD auf die Festplatte eines PCs (*Hugenboltz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. iii).

⁵⁸³ *Hobagen* Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 221; *Hugenboltz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. iii, 36; *Philapitsch* Die digitale Privatkopie, 2007, S. 92 (nur *time shifting*); *Reinbothe* in *Riesenhuber*: Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 141, 155 (nur *time shifting*); *ders.* GRUR Int. 2001, 733, 739.

⁵⁸⁴ Die Zuordnung einer Schrankenregelung in eine der beiden Kategorien erfordert eine Würdigung in Ansehen des konkreten Einzelfalls unter Berücksichtigung der konkreten tatbestandlichen Vorgaben. (vgl. auch *Karapapa* EIPR 2013, 129, 130 ff.).

⁵⁸⁵ A.A. *Karapapa* EIPR 2013, 129, 130 ff.

⁵⁸⁶ Vgl. östOGH GRUR Int. 2012, 262, 266.

Nutzer nicht über den durch den gerechten Ausgleich zu kompensierenden Schaden hinaus belastet werden dürfen. Eine solche Leistungspflicht geht über den gerechten Ausgleich nach der InfoSoc-Richtlinie hinaus, der eindeutig auf die Kompensation des Schadens gesetzlich privilegierter Vervielfältigungen gerichtet ist⁵⁸⁷ und sich mithin nicht auf rechtswidrige Kopien bezieht.⁵⁸⁸

Eine Ansicht hält einen Ausgleich für rechtswidrige Vervielfältigungen europarechtlich nicht für problematisch.⁵⁸⁹ Die Gegenauffassung nimmt an, dass nur die rechtmäßige Anfertigung von Kopien der Vergütungspflicht unterfallen könne.⁵⁹⁰ Aus dem Umstand, dass der gerechte Ausgleich nur als Ausgleich für legale Vervielfältigungen angelegt ist, wird auf die Unzulässigkeit von darüberhinausgehenden Vergütungen geschlossen.⁵⁹¹ *Walter* vertritt einen differenzierenden Ansatz, wonach eine Vergütung zumindest für solche Vervielfältigungen zulässig sei, die aufgrund der Nutzung einer unzulässigen Quelle als rechtswidrig einzustufen sind.⁵⁹² Die Leistung einer Pauschalvergütung soll dabei als Anzahlung auf anderweitige Ansprüche eines Rechtsinhabers anzusehen sein.

⁵⁸⁷ Siehe grundlegend EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 42 ff. – Padawan.

⁵⁸⁸ So im Grundsatz auch *Walter* MR-Int. 2015, 119, 121; östOGH GRUR Int. 2016, 40, 44.

⁵⁸⁹ v. *Ungern-Sternberg* GRUR 2009, 247, 249 hält eine solche Regelung sogar für wünschenswert und appelliert an den deutschen Gesetzgeber, zu überprüfen inwiefern die Gewährung der angemessenen Vergütung aus §§ 54 ff. UrhG von der Ausnutzung der Schrankenregelung abhängen soll. Europarechtliche Probleme zog er damals nicht in Betracht. östOGH GRUR Int. 2012, 262, 266 sah eine über den gerechten Ausgleich hinausgehende Regelung zunächst als unionsrechtlich unbedenklich an. östOGH GRUR Int. 2016, 40, 46 bewertet solche Regelungen im Lichte der EuGH-Rechtsprechung nunmehr kritisch, konnte die Frage im Ergebnis bisher allerdings offenlassen. So auch OLG Wien GRUR Int. 2016, 274, 276. Vgl. auch *Spindler* Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturfltrate, Rn. 57 zur Bedeutung des Kriteriums für eine Kulturfltrate. Auch *Spindler* geht wohl von der Zulässigkeit aus, da er die Frage im Zusammenhang mit den unionsrechtlichen Vorgaben zur Abgabe (Rn. 227 ff.) gar nicht thematisiert.

⁵⁹⁰ Dreier/Hugenholz/*Bechtold* Concise European Copyright Law, 2. Aufl. 2016, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 3(b), 3(e); *Hugenholz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 36; *Karapapa* EIPR 2013, 129, 132; *Philapitsch*, Die digitale Privatkopie, 2007, S. 91; *Peukert* Urheberrecht, 19. Aufl. 2023, § 30 Rn. 8; *Stieper* ZGE 2015, 170, 183; *Stieper* EuZW 2013, 699, 701; *Fromm/Nordemann/Wirtz* 12. Aufl. 2018, § 54 UrhG Rn. 7, 54a UrhG Rn. 3. Offen hingegen *Pardo/Lucas-Schloetter* EIPR 2013, 463, 467.

⁵⁹¹ Siehe Dreier/Hugenholz/*Bechtold* 2. Aufl. 2016, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 3 (b); *Hugenholz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 36; *Philapitsch*, Die digitale Privatkopie, 2007, S. 91.

⁵⁹² *Walter* MR-Int. 2015, 119, 121; *Walter* MR-Int. 2014, 42, 47 f.; *Walter* Österreichisches Urheberrecht, I. Teil, 2008 Rn. 764 ff.; 969 ff. Entsprechend für Vervielfältigungen im Wege des *Files Sharings* auch *Walter* MR Beil. 2/2012, 1, 14 f. Der von *Walter* genutzte Begriff der Legitimität wird von ihm synonym mit dem der Rechtmäßigkeit verwendet (vgl. *Walter* MR-Int. 2015, 119, 121). Er hielt aufgrund der Schwächen des Urteils explizit auch im Lichte von *ACI Adam* an der Auffassung fest. So gehe der EuGH offensichtlich davon aus, die Zahlung eines gerechten Ausgleichs würde die Vervielfältigung legalisieren. Zudem würde ein strenges Verbot einer Abgabenslösung dazu führen, dass Rechtsverletzer „titellos“ belastet würden, womit *Walter* auf die Probleme bei der Rechtsdurchsetzung und der Unmöglichkeit der Differenzierung zwischen legalen und illegalen Kopien für den Einzelfall abzielen dürfte. Er erach-

Dass das Unionsrecht mit dem gerechten Ausgleich nur einen Gegenanspruch für legale Vervielfältigungen regelt, führt nicht zwingend zur Unzulässigkeit von darüber hinausgehenden Ausgleichsansprüchen. Die Frage war damit zunächst im Grunde offen, wobei die vermittelnde Ansicht von *Walter* von vornherein nicht überzeugen konnte. Es ist nicht ersichtlich ist, warum das Kriterium der Rechtmäßigkeit der Quelle für die Gewährung des gerechten Ausgleichs entscheidend sein soll, da auch für andere rechtswidrige Vervielfältigungen im privaten Bereich Durchsetzungsprobleme bestehen.

Aus der EuGH-Rechtsprechung ergibt sich inzwischen die Unzulässigkeit von solchen Vergütungen.⁵⁹³ Die Mitgliedstaaten können nach dem Stand der Rechtsprechung nur für privilegierte Nutzungen eine Vergütungspflicht vorsehen. Nutzer dürfen nicht mit Ansprüchen des gerechten Ausgleichs für Nutzungen aus rechtswidrigen Quellen belastet werden.⁵⁹⁴ Dies begründet der EuGH damit, dass die Nutzer vor einer ungebührlichen Belastung geschützt werden müssen. Diese wirtschaftliche Belastung hält der EuGH nicht mit dem Interessenausgleich aus EGr. 31 InfoSoc-RL für vereinbar. Auch wenn die Frage nach der Zulässigkeit eines gerechten Ausgleichs nicht identisch ist mit derjenigen, nach der Zulässigkeit von Ausgleichsansprüchen für rechtswidrige Vervielfältigungen, lässt die Rechtsprechung erkennen, dass das Konzept des gerechten Ausgleichs insofern eine Maximalvorgabe zugunsten der Nutzer darstellt. Die Mitgliedstaaten können generell keine über den Anspruch auf gerechten Ausgleich hinausgehende Vergütung für rechtswidrig erstellte Kopien einführen, da dies die Vorgaben des EuGH unterwandern würde.

II. *Inhaltliches Verständnis des Schadensbegriffs*

1. *Der durch den Anspruch auf gerechten Ausgleich zu kompensierende Schaden als eigenständiges Konzept*

Dem gerechten Ausgleich liegt ein eigenständiger Schadensbegriff zugrunde.⁵⁹⁵ Dass der Schaden des gerechten Ausgleichs insbesondere nicht identisch mit dem Schaden aus

tet es als vorzuzugswürdig, dass die Gesamtheit der Nutzer eine höhere Abgabe bezahlt, anstatt diese zu Lasten der Rechtsinhaber etwas zu reduzieren, *Walter* MR-Int. 2014, 42, 47 f.

⁵⁹³ EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 74 ff. – Copydan; EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 20 ff. – ACI Adam; *Peukert* Urheberrecht, 19. Aufl. 2023, § 30 Rn. 8. Siehe auch *Roder* Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 68. In der Tendenz auch OGH GRUR Int. 2016, 40, 46 – Amazon. Offengelassen von OLG Wien GRUR Int. 2016, 274, 276 – Amazon.

⁵⁹⁴ EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 56 – ACI Adam.

⁵⁹⁵ Vgl. [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 188 ff. – BASCA v SoSBIS & Others u. a. m. V. a. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 31 ff. – Padawan.

Art. 13 Abs. 1 DuRL ist,⁵⁹⁶ zeigt sich in der Begriffsverwendung in den unterschiedlichen Sprachfassungen.⁵⁹⁷ Auch die Unterschiede in den Funktionen des gerechten Ausgleichs zum einen und von Art. 13 Abs. 1 DuRL zum anderen deuten auf ein abweichendes Verständnis hin.⁵⁹⁸ Dies findet in Art. 2 Abs. 1 DuRL sowie den EGr. 16, 17 und 26 DuRL Ausdruck: Wohingegen der Schadenersatz aus Art. 13 Abs. 1 DuRL auf die Kompensation im Gegenzug für eine Rechtsverletzung gerichtet ist⁵⁹⁹ und damit intentional zur Abschreckung der Verletzten beiträgt,⁶⁰⁰ ist der gerechte Ausgleich auf die Kompensation eines aus einer legalisierten Nutzung resultierenden Schadens gerichtet, die nicht missbilligt ist.⁶⁰¹

Da das Europarecht nur die Rahmenbedingungen vorgibt, erfordert der unbestimmte Begriff des Schadens eine Konkretisierung auf nationaler Ebene,⁶⁰² wobei den Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Schadens ein weitreichender Ermessensspielraum zukommt.⁶⁰³ Die Mitgliedstaaten müssen dabei die sachnächsten Kriterien festlegen.⁶⁰⁴

⁵⁹⁶ Hofmann GRUR 2018, 21, 27. Vgl. hierzu auch Koch/Druschel GRUR 2015, 957, 965 So im Ergebnis auch Wandtke MMR 2017, 367, 369.

⁵⁹⁷ Vgl. bspwse. Engl.: *damages* (Art. 13 Abs. 1 DuRL) im Gegensatz zu *harm* (EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL) oder auch *prejudice* (EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL); Franz.: *dommages-intérêts* (Art. 13 Abs. 1 DuRL) im Gegensatz zu *préjudice* (EGr. 35 S. 3 und S. 6 InfoSoc-RL); Span.: *daños* (Art. 13 Abs. 1 DuRL) im Gegensatz zu in der Rechtsprechung überwiegend verwendeten *perjuicio* (EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL), was EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL entspricht; Ital.: *danno* (Art. 13 Abs. 1 DuRL) im Gegensatz zu *pregiudizio* (EGr. 35 S. 3), was EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL entspricht. Dass die deutsche Sprachfassung mit „Schaden“ in EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL (ausnahmsweise) den gleichen Begriff wie in Art. 13 Abs. 1 DuRL verwendet, stellt eine Ausnahme dar. Die niederländische Regelung von Art. 13 Abs. 1 DuRL spricht von *schadevergoeding* und knüpft damit zwar an das überwiegend in der EuGH-Rechtsprechung verwendete Kriterium an, weicht damit aber wiederum vom Kriterium aus EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL (*mogelijke nadeel*) ab.

⁵⁹⁸ Koch/Druschel GRUR 2015, 957, 964 f.; Wandtke MMR 2017, 367, 369.

⁵⁹⁹ Koch/Druschel GRUR 2015, 957, 964 f.; Raue Die dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 102; Stamatoudi/Torremans/Stamatoudi EU Copyright Law, 2014, Rn. 12.181.; Walter/v. Lewinski/Walter/Goebel European Copyright Law, 2010, Rn. 13.13.6.

⁶⁰⁰ Wandtke MMR 2017, 367, 369.

⁶⁰¹ Vor diesem Hintergrund generell kritisch gegenüber dem Schadensbegriff Wandtke/Ostendorff Urheberrecht, 9. Aufl. 2023, Kap. 5 Rn. 28. Siehe auch Spindler GRUR 2002, 105, 110, Fn. 101.

⁶⁰² Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 20 ff. – Amazon.

⁶⁰³ [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 194 ff. – BASCA v SoSBIS & Others. Vgl. auch Niemann CR 2011, 69, 73; Walter MR 2015, 162, 163. Siehe auch bereits Ohly in: Riesenhuber, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 167, 181. A.A. allerdings Grisse/Koroch GRUR Int. 2015, 858, 859 f., die den Ermessensspielraum nur auf konkret abgesteckte Einzelfragen und die Festsetzung von Schwellenwerten beziehen wollen. Das überzeugt insbesondere deshalb nicht, da der Schadensbegriff so unbestimmt ist, dass eine präzise Bestimmung nicht möglich wäre. Das Verständnis steht auch in Widerspruch zu EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 20 ff. – Amazon. Siehe aber auch Hoeren CR 2016, 557, 559, der feststellt, es könne rechnerisch nur eine Vergütungshöhe geben.

⁶⁰⁴ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 21 – Amazon.

2. Konzeptionelle Grundlagen des Schadensverständnisses

a) Schaden als Interessenbeeinträchtigung

Der EuGH hat bisher nicht ausdrücklich präzisiert, wie der vom gerechten Ausgleich zu kompensierende Schaden zu verstehen ist.⁶⁰⁵ Die Literatur interpretiert die Rechtsprechung unterschiedlich.⁶⁰⁶ Einige Stimmen gehen davon aus, der EuGH habe mit der schadensrechtlichen Konzeption die Beeinträchtigung des Vermögens des Rechtsinhabers durch die Schranke in den Fokus gerückt.⁶⁰⁷ Da nach dieser Sicht dem wirtschaftlichen Nutzen des Urheberrechts vorrangige Bedeutung zukommt,⁶⁰⁸ könnte die wirtschaftliche Zielsetzung der Richtlinie für dieses Verständnis der Rechtsprechung sprechen.⁶⁰⁹ Es überzeugt meines Erachtens nicht, den gerechten Ausgleich auf die Kompensation des wirtschaftlichen Verlusts des Rechtsinhabers in Folge der Nutzung zu beschränken.⁶¹⁰ Dies ließe sich nicht mit den sonstigen Anforderungen aus der EuGH-Rechtsprechung vereinbaren. Der originäre Rechtsinhaber erleidet durch eine gesetzlich privilegierte Nutzung keinen wirtschaftlichen Schaden, wenn er das Vervielfältigungsrecht insgesamt nicht ausüben kann – etwa bei Einräumung eines ausschließlichen Nutzungsrechts an einen Verwerter. Für ihn hat es keine unmittelbaren wirtschaftlichen Konsequenzen, ob eine

⁶⁰⁵ Vgl. *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 858, 861; *dies.* GRUR Int. 2015, 21, 26; *Karapapa* EIPR 2013, 129, 130; *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies 2013, S. 19. Auch in der InfoSoc-RL selbst finden sich keine näheren Anhaltspunkte zur Auslegung des Begriffs. *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 76 formuliert mit Blick auf EGr. 35 InfoSoc-RL knapp, aber treffend: „Fraglich ist, welchen Schaden die InfoSoc-RL meint.“

⁶⁰⁶ *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, 77 ff. lehnt beide nachfolgend dargestellten Ansätze – also sowohl das wirtschaftliche Verständnis als auch ein Verständnis als Ausgleich einer Interessenbeeinträchtigung – ab. Die Interessenbeeinträchtigung hält er für problematisch, da sich diese aufgrund der Unterschiede in den Sprachfassungen nicht eindeutig aus der Rechtsprechung ergebe. Vgl. dahingehend auch bereits *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 584 f. Unter anderem aufgrund der Notwendigkeit der Einzelfallbewertung, die sich aus EGr. 35 S. 2 InfoSoc-RL ergibt, hält *Pflüger* ein normatives Schadensverständnis für erforderlich, welches nicht zwingend einen wirtschaftlichen Schaden voraussetze. Den Schaden verortet er bei der Relativierung des Ausschließlichkeitsrechts und will diesen subjektiv aus Sicht des originären Rechtsinhabers verstanden wissen.

⁶⁰⁷ *Dreher* ELR 2010, 382, 385; *Hoeren* CR 2016, 557, 559; *Klett K&R* 2010, 800; *Ullmann* CR 2012, 288, 293. Vgl. auch *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 964 f.; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim* 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 4; *Kucsko/Handig/Zemann* 2. Aufl. 2017 § 42b östUrhG, Rn. 42. Auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 76, geht davon aus, dass der EuGH eine rein wirtschaftliche Sichtweise vertrete, kritisiert dies allerdings. Ähnlich offenbar auch *Kur/Dreier/Luginbuehl* European IP Law, 2. Aufl. 2019, S. 378; *Verweyen* JurPC Web-Dok. 10/2019, Abs. 32. Vgl. auch das restriktive Verständnis der Rechtsprechung von *Karapapa* EIPR 2013, 129, 131 ff.

⁶⁰⁸ Vgl. *Dreher* ELR 2010, 382, 385; *Ullmann* CR 2012, 288, 293.

⁶⁰⁹ *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 76.

⁶¹⁰ So aber *Hoeren* CR 2016, 557, 559; *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 958, 964 ff.; *Niemann* CR 2011, 69, 73; *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, Fn. 11. Siehe auch *Peijfer/Nohr* in: Obergfell: Zehn Jahre reformiertes Urhebervertragsrecht, 2013, S. 25, 34 f.; *Ullmann* CR 2012, 288, 293 f.).

Nutzung unter eine Schranke fällt oder nicht.⁶¹¹ Dem derivativen Rechtsinhaber, für den die Nutzung unter der Schranke wirtschaftlich nachteilhaft sein mag,⁶¹² ist der gerechte Ausgleich nach *Luksan* nicht zugewiesen.⁶¹³ Den Schaden streng auf wirtschaftliche Einbußen zu beschränken, ließe sich nicht mit der Intention des EuGH vereinbaren, dem originär Berechtigten zwingend eine Begünstigung zuzuerkennen. Dies würde weder dem Erfordernis eines hohen Schutzniveaus noch dem Verzichtsverbot gerecht, da ein gerechter Ausgleich in typischen Konstellationen entfallen würde.

Es ist vorzugswürdig, den Schaden des gerechten Ausgleichs im Sinne einer Beeinträchtigung von Interessen durch die Nutzung oder eines allgemeinen Nachteils zu verstehen.⁶¹⁴ Nach diesem Ansatz könnten auch nicht wirtschaftliche Auswirkungen monetär kompensiert werden.⁶¹⁵ Der Umstand, dass der EuGH den Begriff *harm* und im Deutschen teilweise auch „Nachteil“ verwendet, könnte dieses stärker normativ geprägte⁶¹⁶ Schadensverständnis nahelegen.⁶¹⁷ Hierin drückt sich ein offeneres Verständnis eines Schadens

⁶¹¹ Allenfalls könnte man überlegen, inwiefern sich dies auf seine Verhandlungssituation bei der Lizenzierung bzw. Übertragung des Rechtes auswirkt, inwiefern er also mittelbar einen Nachteil erleidet, da das Bestehen der Schranke sich negativ auf seine Verhandlungsposition auswirkt (ähnlich *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 81). Hierbei dürfte es sich aber nicht mehr um einen Schaden aus der Nutzung des Werkes im Sinne des gerechten Ausgleichs handeln, auf die sich der gerechte Ausgleich beziehen muss (vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 40 – Padawan).

⁶¹² *Schack* JZ 2016, 693, 694 f.

⁶¹³ Der EuGH bezieht den gerechten Ausgleich auf den Schaden des originären Rechtsinhabers, EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 40 – Padawan; EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 103 – Luksan. Weniger eindeutig EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 23, 28 – Amazon. Daher kann nicht unterstellt werden, dass der originäre Rechtsinhaber in Höhe des wirtschaftlichen Schadens des derivativen Rechtsinhabers – quasi als Drittschadensliquidation – kompensiert werden soll. Ein derartiges Verständnis eines wirtschaftlichen Schadensbegriffes erscheint auch zweifelhaft, da der Schaden nicht zufällig verlagert wird. Dies wäre (nach deutschem Verständnis) jedoch eine notwendige Voraussetzung, um den Grundsatz des Gläubigerinteresses durch eine Drittschadensliquidation zu durchbrechen, vgl. BeckOK/J. W. Flume 67. Aufl. 2023, § 249 BGB Rn. 372. Somit käme nur der eigene Schaden des unmittelbar Berechtigten in Betracht.

⁶¹⁴ *Dreier* ZUM 2011, 281, 283, der eine Begrenzung auf den wirtschaftlichen Schaden auch deshalb ablehnt, weil dies im Widerspruch zur Zulässigkeit von Pauschalierungen stünde. Dieses Argument überzeugt nicht restlos, da auch rein wirtschaftliche Schäden pauschaliert werden können. Ähnlich wie hier *Walter* MR-Int. 2010, 121, 122.

⁶¹⁵ Vgl. *Dreier* ZUM 2011, 281, 283; *Walter* MR-Int. 2010, 121 ff. Teilweise halten Stimmen, die eine wirtschaftlich ausgerichtete Interpretation verfolgen, es für zulässig, Vorteile der Nutzer mitzuberücksichtigen (*Klett* K&R 2010, 800; *Peifer* jurisPR-WettbR 12/2010, Anm. 2, C). Dies nähert sich der Sicht wenigstens im Ergebnis an.

⁶¹⁶ *Raue* Die dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 278 legt dar, dass ein Schaden ein Konstrukt rechtlicher Haftungsvorgaben ist, womit im Ergebnis jeder rechtliche Schadensbegriff normativ ist. Die Arbeit nutzt den normativen Schaden, der eine wertende Beurteilung unter Berücksichtigung der Interessen der Beteiligten zulässt, als Gegenbegriff zum wirtschaftlichen Schaden.

⁶¹⁷ Vgl. *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 4; *ders.* ZUM 2011, 281, 283. In diese Richtung auch *Wandtke* MMR 2017, 367, 370 f., der einen Widerspruch zwischen dem gerechten Ausgleich und dem Schadenersatz erkennt. Krit. gegenüber dem Wortlautargument *Pflüger* Gerechter Ausgleich

aus.⁶¹⁸ Den Mitgliedstaaten steht hiernach ein weiter Ermessensspielraum zu. Dieser entspricht im Grunde dem unbestimmten Schadenskonzept der Richtlinie,⁶¹⁹ das der EuGH nicht näher präzisiert hat.⁶²⁰ Gerade weil der EuGH den Schaden als zwingende Berechnungsgrundlage vorgibt und damit den mitgliedstaatlichen Ausgestaltungsspielraum insofern verengt, legt der vom Gesetzgeber in den Richtlinienvorgaben zum Ausdruck gebrachte Wunsch nach Flexibilität nahe, den Schaden im Gegenzug offener zu interpretieren. Auch der EuGH stellt fest, „dass durch [den] gerechten Ausgleich den Urhebern die ohne ihre Genehmigung erfolgte Nutzung ihrer geschützten Werke angemessen vergütet werden soll, so dass er als eine Gegenleistung für den dem Urheber durch die Vervielfältigung entstandenen Schaden zu sehen ist“.⁶²¹ Der Gerichtshof unterscheidet nicht trennscharf zwischen angemessener Vergütung für die Nutzung und dem Schaden durch die Vervielfältigung, was gegen ein streng dogmatisches Schadensverständnis spricht. Auf diese Interpretation deutet zudem hin, dass nach *EGEDA* und *Microsoft Mobile Sales International* sowohl ein Ausgleich als auch eine Vergütung dazu geeignet sind, den gerechten Ausgleich zu gewährleisten.⁶²² Diese Vorgaben können angesichts der Unterschiede in den Sprachfassungen nicht überbewertet werden.⁶²³ Dennoch zeigt sich in dem unklaren Bild, das sich aus der Analyse der Sprachfassungen ergibt, dass der EuGH eine tiefergehende Harmonisierung des Schadens offenbar nicht beabsichtigt, sondern den Mitgliedstaaten einen Gestaltungsspielraum zuerkennt. Zuletzt trägt dieses Verständnis auch dem gesetzgeberischen Ansinnen Rechnung, mit dem gerechten Ausgleich ein Instrument zu

und angemessene Vergütung, 2017, S. 78. Ebenfalls krit. *Brenken* WRP 2013, 48, Rn. 17; *Spindler* ZUM 2014, 91, 97 f.

⁶¹⁸ *Walter* MR Beil. 2/2012, 1, 11.

⁶¹⁹ Vgl. *Dreher* ELR 2010, 382, 385. Über die Anforderungen hinaus, dass dem Gerechtigkeitsgebot genüge getan und den besonderen Umständen eines jeden Falls Rechnung getragen werden muss, EGr. 35 S. 2 InfoSoc-RL, macht die Richtlinie keine Vorgaben zum Schaden.

⁶²⁰ Vgl. auch EuGH GRUR 2003, 325, Rn. 38 – *SENA/NOS*, wonach die Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Kriterien einer angemessenen Vergütung innerhalb des Unionsrechts völlig frei sind, wobei dem Schaden allerdings insoweit keine unmittelbare Bedeutung zukommt

⁶²¹ EuGH GRUR 2011, 913, Rn. 28 – *VEWA*. In der Argumentation ähnlich *Walter* MR Beil. 2/2012, 1, 11 bezogen auf EGr. 39 InfoSoc-RL

⁶²² Vgl. EuGH GRUR Int. 2016, 838, Rn. 19 – *EGEDA*; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 26. – *Microsoft Mobile Sales International*.

⁶²³ Es ist kennzeichnend, dass sich diese Unterteilung in der englischen Sprachfassung überhaupt nicht findet. Hier spricht der Gerichtshof allein von einer „obligation to ‚compensate““. Auch eine weitergehende Analyse der unterschiedlichen Sprachfassungen vermag das Bild nicht zu erklären.

implementieren, das gleichermaßen mit den Vorgaben der unterschiedlichen Urheberrechtstraditionen vereinbar ist.⁶²⁴

Die Mitgliedstaaten müssen den Schaden auf Grundlage einer wertenden Betrachtung festlegen. Das Unionsrecht macht keine konkreten Vorgaben dazu, wie die Interessenbeeinträchtigung zu bewerten wäre. Damit geht einher, dass die Wahl der konkreten Berechnungsmethode in den mitgliedstaatlichen Ermessensspielraum fällt.⁶²⁵ Offenbar geht der EuGH aber davon aus, dass nicht jede Nutzung zwingend zu einem Schaden führt.⁶²⁶ Mangels einer tiefergreifenden Normierung der Berechnungsmethoden steht ihnen ein weiter Gestaltungsspielraum zu.⁶²⁷ Bei der Wahl der Berechnungsmethode sind sie nicht verpflichtet, auf bestehende Ansätze zurückzugreifen, sondern können auch neuartige Methoden anwenden, solange diese sich im Rahmen des unionsrechtlich Zulässigen bewegen.⁶²⁸ Die Mitgliedstaaten können wirtschaftliche Erwägungen berücksichtigen, solange sie sich damit nicht in Widerspruch zu den übrigen unionsrechtlichen Anforderungen setzen.⁶²⁹ Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn sie eine auf die wirtschaftlichen Einbußen des originären Rechtsinhabers bezogene strenge wirtschaftliche Konzeption verfolgen würden, da diese – wie dargelegt – nicht mit der EuGH-Rechtsprechung zu vereinbaren ist. Die entsprechende Festsetzung darf sich zudem nicht nur abstrakt auf die Einführung der Schranke beziehen, sondern muss die privilegierte Nutzung berücksichtigen. Dieses Erfordernis schließt es nicht aus, dass der gerechte Ausgleich die Relativierung des Ausschließlichkeitsrechts an sich, die sich in der privilegierten Nutzung konkretisiert, berücksichtigt. Der Rechtsgutschaden liegt in der Beeinträchtigung des umfassend angelegten Zuweisungsgehalts des Urheberrechts als solches.⁶³⁰ Auch dieser Schaden steht im

⁶²⁴ Vgl. *Dreher* ELR 2010, 382, 385 mit dem Hinweis, die Berechnung auf Grundlage des Schadens sei dem kontinentaleuropäischen Urheberrechtsverständnis fremd.

⁶²⁵ [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 194 ff. – *BASCA v SoSBIS & Others*. Wenn es den Mitgliedstaaten gem. EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL zusteht, festzulegen in welchen Situationen ein gerechter Ausgleich wegen eines geringfügigen Nachteils entfällt (vgl. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 61 f. – *Copydan*), liegt es nahe, auch die Entscheidung über die Berechnungsmethode in ihren Kompetenzbereich zu verorten. *Peukert* GRUR 2015, 452 hält die Berechnung nach einer Lizenzanalogie zumindest für zulässig, wobei nicht eindeutig ist, ob er dieses Vorgehen als zwingend erachtet. Anders *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 858, 860; *dies.* GRUR Int. 2015, 21, 26; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 81 f.

⁶²⁶ Vgl. EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 39 – *Strato*.

⁶²⁷ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 20 – *Amazon*. Ähnlich bereits EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 23 f. – *Opus*. Vgl. auch [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 197 – *BASCA v SoSBIS & Others*.

⁶²⁸ [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 194 – *BASCA v SoSBIS & Others*.

⁶²⁹ Siehe auch Teil 1: G.II.2.b).

⁶³⁰ Vgl. auch *Raue* Die dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 277 ff. mit der Darlegung, dass der Eingriff in das Immaterialgüterrecht als solches bei einer Verletzungshandlung nicht ignoriert werden darf,

weiteren Sinne in Zusammenhang mit der Nutzung, denn die Relativierung des umfassend angelegten Verwertungsrechts schlägt sich darin nieder, dass die Nutzungshandlung privilegiert wird. Auch für die Beeinträchtigung der Dispositions- und Vermögensinteressen durch die Nutzung kann ein Ausgleich gewährt werden.⁶³¹

b) Kein Schaden trotz Schranke?

Es ist unklar, wie niedrig Mitgliedstaaten den Schaden ansetzen dürfen, ohne gegen das Verbot einer rein symbolischen Kompensation zu verstoßen, das sich aus dem Gerechtigkeitsgebot ergibt. Insbesondere besteht Unsicherheit, inwiefern der gerechte Ausgleich entfallen kann, wenn die Anwendung einer Berechnungsmethode zu dem Ergebnis führt, den Rechtsinhabern entstehe kein Schaden.

Eine Ansicht geht davon aus, dass ein Ausgleichssystem zumindest bei einer restriktiv angelegten Schranke entbehrlich sein könnte, wenn den Rechtsinhabern durch die Einführung der Schranke kein wirtschaftlicher Nachteil entsteht.⁶³² An einem (wirtschaftlichen) Nachteil könne es fehlen, wenn die Rechtsinhaber bereits eine Zahlung in anderer Form erhalten haben, die bei der Bemessung des zu kompensierenden Schadens berücksichtigt wird, vgl. EGr 35 S. 4 InfoSoc-RL.⁶³³ An einem Schaden könne es auch fehlen, wenn Nutzer den Schutzgegenstand überhaupt nicht in entsprechender Weise nutzen würden, wenn eine Schrankenregelung nicht bestünde. Dann stünde der Rechtsinhaber durch die Einführung der Schranke nicht schlechter als mit der Schranke da. Dass ein gerechter Ausgleich entbehrlich sei, falls kein wirtschaftlicher Schaden festzustellen ist, wird vereinzelt auf *Reprobel* gestützt: Da der gerechte Ausgleich anhand des tatsächlichen Schadens zu bemessen sei, sei ein Vergütungssystem entbehrlich, soweit die mitgliedstaat-

sondern in die Schadensbilanz einbezogen werden muss. Die Passage bezieht sich nicht auf den Schaden des gerechten Ausgleichs, kann aber übertragen werden.

⁶³¹ Vgl. auch *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 584, 586 f.

⁶³² Vgl. Intellectual Property Office (UK), Impact Assessment: Copyright Exception for Private Copying, IA No: BIS1055 vom 13. Dezember 2012, S. 3 ff. Vgl. auch *Hargreaves* Digital Opportunity, 2011, S. 48 f.; Joint Committee on Statutory Instruments des House of Lords & House of Commons, Third Report of Session 2014-15, 2014, S. 18.

⁶³³ *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 21, 27; *Kretschmer* Private Copying and Fair Compensation, 2011, S. 68 f.; *Varian* JEP 2005, 121 ff. *Spindler* Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturflaute, 2014, Rn. 235 f. zieht zudem in Betracht, ob und inwieweit kompensierende Effekte – etwa Promotioneffekte – bei der Bestimmung des Schadens berücksichtigt werden können, was er zu Recht als zweifelhaft beurteilt. Vgl. mit entsprechenden Erwägungen für die Auslegung des deutschen Rechts auch *Jani/Vonthien* ZUM 2023, 78 f.

liche Regelung keinen erkennbaren Schaden der Rechtsinhaber zur Folge habe.⁶³⁴ Diese Argumentation kann meines Erachtens nicht überzeugen, da sich aus der Relevanz des tatsächlichen Schadens, der sich aus den tatsächlich vorgenommenen Vervielfältigungen ergibt,⁶³⁵ keine zwingenden Rückschlüsse auf die Konturen des Schadens ableiten lassen. Der EuGH hält eine Pauschalabgabe auch angesichts dieses Erfordernisses für unionsrechtskonform,⁶³⁶ womit sich aus dem Urteil die Entbehrlichkeit einer Vergütung nicht ohne Weiteres ableiten lässt.

Die Gegenansicht geht davon aus, dass bei der Einführung einer Schranke mit obligatorischem Ausgleich ein gesonderter Vergütungsanspruch in jedem Fall erforderlich sei.⁶³⁷ Dies ergebe sich auch schon daraus, dass den Mitgliedstaaten kein Ermessensspielraum bei der Frage zukomme, ob ein gerechter Ausgleich gewährt werden muss, sondern nur bei dessen Ausgestaltung.⁶³⁸ Nach dieser Sichtweise führt selbst eine eng zugeschnittene Privatkopieausnahme absolut gesehen zu einem kompensationsbedürftigen Schaden der Rechtsinhaber.

Ob die Mitgliedstaaten im Einzelfall eine Schranke ohne spezifisches Ausgleichssystem einführen können, kann nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung nicht abschließend beurteilt werden.⁶³⁹ Weder die Richtlinienvorgaben noch die Rechtsprechung des EuGH lassen einen eindeutigen Schluss zu, ob die Mitgliedstaaten hierzu in Ausnahmefällen berechtigt sein können. Einerseits scheint der EuGH ganz selbstverständlich von der Nutzungshandlung auf den Eintritt eines Schadens zu schließen, ohne dass er erkennen ließe, dass weitere Umstände hinzutreten müssten.⁶⁴⁰ Andererseits deutet das Erfordernis einer schadensausgleichenden Konzeption im Grunde eher darauf hin,⁶⁴¹ auch eine stär-

⁶³⁴ *Rosati* GRUR Int. 2016, 399, 400 f. Ähnlich, aber unmittelbar bezogen auf die Richtlinienvorgaben bereits *Hugenholz/ Guibault/ van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 36.

⁶³⁵ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 69 – Reprobel.

⁶³⁶ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 71 – Reprobel.

⁶³⁷ *Walter* MR-Int. 2010, 121, 122. Vgl. auch British Copyright Council, Draft Statutory Instruments on Exceptions to Copyright, 2014, Nr. 5; *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 21, 25 f.; *dies.* GRUR Int. 2015, 858, 860; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 80 f.; *Reinbothe* in: *Stamatoudi*, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 322 f.

⁶³⁸ British Copyright Council, Draft Statutory Instruments on Exceptions to Copyright, 2014, Nr. 5. Der Verweis auf *ACI Adam* überzeugt nicht, da das Urteil nicht zu dieser Konstellation entscheidet (so auch *Bentley et al.* Brief betreffend „Draft Statutory Instruments on Exceptions to Copyright“ an das House of Parliament, 2014, S. 4.).

⁶³⁹ In diese Richtung auch *Bentley et al.* Brief betreffend „Draft Statutory Instruments on Exceptions to Copyright“ an das House of Parliament, 2014, S. 5.

⁶⁴⁰ *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 21, 26, Fn. 97 m. V. a. EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 35 – Opus. Unklar hingegen EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 39 – Strato.

⁶⁴¹ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 44, 50 – Padawan.

ker wirtschaftlich geprägte Betrachtung für zulässig zu halten, da Mitgliedstaaten nicht zu einer nutzungsorientierten Ausgestaltung verpflichtet sind.⁶⁴² Auch der Aspekt, dass bezüglich der Festlegung der Höhe des Ausgleichs ein weites Ermessen besteht,⁶⁴³ spricht für diese Auslegung. Welche Gesichtspunkte für die Beantwortung der Frage vorrangig bedeutsam sind, ist unklar.

Vorzugswürdig erscheint es, dass die Mitgliedstaaten den wirtschaftlichen Schaden im Grunde als maßgebliches Kriterium verwenden können, wobei dieser Ansatz aber eine wertende Korrektur erfahren muss. Im Einzelnen: Da es den Mitgliedstaaten gestattet ist, dem wirtschaftlichen Interesse der Rechtsinhaber bei der Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs maßgebliche Bedeutung zuzuerkennen, kommt es in Betracht, dass – bei Anwendung einer kohärenten und unionsrechtskonformen Berechnungsmethode – der Schaden null betragen kann.⁶⁴⁴ Sollte durch die Einführung der Schranke kein (wirtschaftlicher) Schaden entstehen, lässt es sich mit dem Gerechtigkeitsgebot vereinbaren, selbst den obligatorischen Ausgleich der Höhe nach auf null anzusetzen. Dieser Grundsatz wird allerdings durch die konkreten unionsrechtlichen Anforderungen an den gerechten Ausgleich modifiziert. Auf den Ausgestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Höhe des Ausgleichs können sich insbesondere zwei Anforderungen des Unionsrechts auswirken. Erstens muss dem Verzichtverbot insofern Rechnung getragen werden, als dass der wirtschaftliche Schaden nicht nur deshalb entfallen kann, weil der originäre Rechtsinhaber über sein Verwertungsrecht in einer Weise verfügt hat, nach der ihm aus der Schrankennutzung kein wirtschaftlicher Nachteil erwächst. Bezogen auf diese Konstellation genügt es den unionsrechtlichen Anforderungen nicht, allein auf einen wirtschaftlichen Schaden des originär Ausgleichsberechtigten abzustellen, sondern es bedarf einer wertenden Korrektur – etwa durch Heranziehung eines hypothetischen Schadens. Zweitens ist der Vorrang der gesetzlichen Erlaubnis der Nutzung vor der privatautonomen Gestattung der Nutzung⁶⁴⁵ bei der Berechnung zu beachten. Per Größenschluss leitet sich aus den Vorgaben zum Vorrang der gesetzlichen Erlaubnis zudem ab, dass ein Schaden nicht unter Verweis darauf ausgeschlossen werden kann, die Rechtsinhaber hät-

⁶⁴² Vgl. die dahingehenden Erwägungen, die GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 79 f. – Padawan, die EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 38 ff. – Padawan allerdings nicht aufgegriffen hat.

⁶⁴³ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 20 – Amazon.

⁶⁴⁴ Vgl. auch *Kretschmer* Private Copying and Fair Compensation, 2011, S. 67.

⁶⁴⁵ Vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 30 ff. – VG Wort. Dazu Teil 1: G.II.3.b).

ten im Falle des Nichtbestehens einer Schranke die Vervielfältigung geduldet.⁶⁴⁶ Wenn der gerechte Ausgleich schon bei einer expliziten Einwilligung zur Nutzung nicht entfällt, soll sich dies erst recht nicht aus der Duldung ergeben können.⁶⁴⁷ Außerdem würde eine Auslegung, die maßgeblich darauf abstellt, dass Rechte andernfalls nicht durchgesetzt würden, nicht dem Umstand gerecht, dass die Pauschalabgabe gerade der Überwindung von praktischen Schwierigkeiten bei der Durchsetzung von Ansprüchen dient.⁶⁴⁸ Vor diesem Hintergrund überzeugt zudem das *pricing in* insofern nicht, als die Entscheidung über den vertraglich vereinbarten Preis keinen Einfluss auf das Bestehen von Schadenersatzansprüchen hat.⁶⁴⁹ Solange ein Mitgliedstaat eine Schrankenregelung nicht einführt, stehen den Rechtsinhabern oft Schadenersatzansprüche gegen den Verletzter zu, ohne dass hierfür maßgeblich wäre, ob bei der Preiskalkulation miteinbezogen wurde, dass bestimmte Nutzungen geduldet werden sollen. Die Einführung der Schranke hat für die Rechtsinhaber formal den Nachteil zur Folge, dass eine Geltendmachung dieser Ansprüche – wie auch die Entscheidung hierüber – entfällt. Das Entfallen dieser Ansprüche muss bei der Bemessung berücksichtigt werden.

3. Bedeutung der Zustimmung zur Nutzung

Das Verständnis der unionsrechtlichen Vorgaben zur Bedeutung der Zustimmung zu einer ausgleichspflichtigen Nutzung⁶⁵⁰ auf den gerechten Ausgleich hat sich mehrfach gewandelt. Zunächst ging die herrschende Ansicht davon aus, dass die Bedeutung der Zustimmung des Rechtsinhabers auf den gerechten Ausgleich nicht europarechtlich deter-

⁶⁴⁶ Vgl. aber [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn.191 f. – BASCA v SoSBIS & Others.

⁶⁴⁷ *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 858, 860; *dies.* GRUR Int. 2015, 21, 26. Dieses Argument ist insofern nicht zwingend, als dass die Einwilligung im Falle des Bestehens einer Schranke nicht notwendigerweise mit einer unterbliebenen Durchsetzung eines Anspruchs im Falle des Nichtbestehens einer Schranke gleichbehandelt werden muss. Dennoch sind die Konstellationen im Kern ähnlich, weshalb eine Gleichbehandlung sinnvoll erscheint.

⁶⁴⁸ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 34 – Opus. Siehe aber die in [2015] EWHC 1723 (Admin), Rn. 191 f. – BASCA v SoSBIS & Others wiedergegebene Argumentation, wonach ein wirtschaftlicher Schaden ausscheiden können soll, wenn die Rechtsinhaber für den Fall, dass keine gesetzliche Schranke besteht, ihr Recht nicht durchsetzen würden oder aufgrund von praktischen Problemen nicht durchsetzen könnten.

⁶⁴⁹ *Grisse/Koroch* GRUR Int. 2015, 21, 26; *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 584. Im Grundsatz auch *Spindler ZUM* 2014, 91, 98.

⁶⁵⁰ Die Arbeit verwendet die Begriffe Zustimmung, Einwilligung und Genehmigung entsprechend der deutschen Legaldefinitionen aus §§ 182 ff. BGB. Im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung um die Vorgaben des gerechten Ausgleichs wird oftmals nicht trennscharf zwischen den Begrifflichkeiten unterschieden (vgl. etwa EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 30 ff. – VG Wort; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 65 ff. – Copydan). Für die Frage der Ausgleichspflicht ist nicht relevant, wann die Zustimmung erteilt wurde.

miniert sei. In einer nächsten Phase erachtete die herrschende Literaturlauffassung eine Zustimmung angesichts von *Padawan* als vorrangig im Verhältnis zur Schranke, womit der Ausgleich unter diesen Umständen entfallen wäre. Dieses Verständnis wurde durch die Vorgaben aus *VG Wort* und *Copydan* widerlegt. Im Einzelnen:

a) Ursprüngliche Interpretation der Richtlinienvorgaben und von Padawan

Die herrschende Meinung ging ursprünglich davon aus, die Bedeutung der Zustimmung für den gerechten Ausgleich sei nicht europarechtlich determiniert.⁶⁵¹ Nach diesem Verständnis stand es den Mitgliedstaaten frei, die Bedeutung der Zustimmung zu einer Nutzung für den gerechten Ausgleich zu regeln. Abweichend vom herrschenden Verständnis sprach sich eine Literaturlauffassung – lange bevor der EuGH sich mit dem Thema befasste – für einen Vorrang der Zustimmung aus, womit diese einen gerechten Ausgleich entbehrlich gemacht hätte.⁶⁵² Dies wurde neben der Vorgabe aus EGr. 35 S. 4 InfoSoc-RL, wonach Zahlungen an die Rechtsinhaber in anderer Form für die Ausgleichspflicht bedeutsam sein können, auch auf die Bedeutung des Schadens für den gerechten Ausgleich gestützt, EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL.

Padawan löste eine Debatte um die Rolle der Zustimmung aus.⁶⁵³ Das Urteil wurde von der vorherrschenden Ansicht so interpretiert, dass ein Ausgleich in den Fällen entfallen müsse, in denen eine Nutzung auch privatautonom gestattet wird.⁶⁵⁴ Das wurde mit der schadensrechtlichen Konzeption begründet. Die Auffassung berief sich dabei auf den Wortlaut des EuGH, der einen Zusammenhang vorgab zwischen der Konzeption und der Höhe des Ausgleichs mit dem Schaden aus der Vervielfältigung des Werks, „wenn sie ohne [...] Genehmigung [des Urhebers][...] erfolgt“.⁶⁵⁵ Da der Ausgleich nach *Padawan* die Schäden der Rechtsinhaber aus Vervielfältigungen ohne Genehmigung kompensiere, seien Schäden bei Vervielfältigungen mit Genehmigung im Umkehrschluss für den Aus-

⁶⁵¹ BGH GRUR 2008, 245, Rn. 23 – Drucker und Plotter I sowie BGH GRUR 2009, 53, Rn. 19 – PC I gingen noch allein unter Auslegung des nationalen Rechts von einem Vorrang der Einwilligung aus, ohne eine Vorlage an den EuGH erkennbar in Erwägung zu ziehen (vgl. *Stieper* EuZW 2013, 699, 700).

⁶⁵² *Hugenholz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. iii, 37.

⁶⁵³ Vgl. *Frank* GRUR 2015, 623, 624; BGH GRUR 2011, 1007, Rn. 47 – Drucker und Plotter II; BGH GRUR 2011, 1012, Rn. 51 ff. – PC II.

⁶⁵⁴ *Frank* CR 2011, 1, 4 f.; *Klett/Apetz-Dreier* K&R 2011, 633, 635; *Niemann* CR 2011, 69, 73; *Ullmann* jurisPR-WettbR 9/2013, Anm. 1; *ders.* CR 2012, 288, 294 f. Im Lichte von *VG Wort* dann auch *Mackert* K&R 2013, 646, 647.

⁶⁵⁵ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 40 – *Padawan*. *Niemann* CR 2011, 69, 73 bezieht sich zudem auf EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 42 und hält die Aussage relevant, dass der Schaden, der den Urhebern durch die Einführung der Ausnahme entstanden ist, kompensiert werden müsse. Wie sich dies auf die Einwilligung des Rechtsinhabers bezieht, ist nicht ersichtlich.

gleich unbeachtlich.⁶⁵⁶ Die Auslegung entspreche auch dem Sinn und Zweck der schadensrechtlichen Konzeption: Wo der Rechtsinhaber durch sein Einverständnis die gesetzliche Privilegierung anerkenne, fehle es ihm an einem Kompensationsbedürfnis.⁶⁵⁷ Vertreter der Auffassung gingen davon aus, eine erneute Vorlage sei angesichts der eindeutigen Rechtsprechung entbehrlich.⁶⁵⁸ Demgegenüber zog vor allem die deutsche Rechtsprechung in Zweifel, ob dem Urteil eine Aussage zum Verhältnis von Zustimmung und Ausgleichspflicht entnommen werden konnte.⁶⁵⁹ Der BGH hielt einen Vorrang der gesetzlichen Erlaubnis vor der Einwilligung für geboten, hatte aber Zweifel über die Vereinbarkeit dieser Auslegung mit dem Unionsrecht, weshalb er die Frage in den Verfahren *PC* und *Drucker und Plotter* dem EuGH vorlegte.⁶⁶⁰

b) Die Vorgaben aus VG Wort und den Folgeentscheidungen

aa) Unbeachtlichkeit der Zustimmung für den gerechten Ausgleich

Der EuGH hat sich in *VG Wort* erstmals explizit mit dem Verhältnis von Zustimmung und Ausgleichspflicht befasst⁶⁶¹ und zieht nicht einmal erkennbar in Erwägung, dass *Padawan* für die Beantwortung der Frage relevant sein könnte.⁶⁶² Der Gerichtshof gelangt zu dem Ergebnis, dass der Ausgleichsanspruch unabhängig davon besteht, ob die Kopie mit der Zustimmung des Rechtsinhabers erfolgt.⁶⁶³ Dies leitet der EuGH für Ausnahmen

⁶⁵⁶ So im Ergebnis *Frank* CR 2011, 1, 5; *Niemann* CR 2011, 69, 73. Vgl. auch die Vorlagefrage von BGH GRUR 2011, 1007, Rn. 46 ff. – *Drucker und Plotter II*; BGH GRUR 2011, 1012, Rn. 50 ff. – *PC II*, die sich hierauf bezieht. Hierzu auch im Nachgang zur Klarstellung durch den EuGH *Dreier* ZUM 2013, 769, 773.

⁶⁵⁷ *Frank* CR 2011, 1, 5; *Ullmann* CR 2012, 288, 294 f.

⁶⁵⁸ *Niemann* CR 2011, 69, 73.

⁶⁵⁹ BVerfG ZUM 2011, 313, Rn. 24 – *Drucker und Plotter*; BGH GRUR 2011, 1007, Rn. 49 – *Drucker und Plotter II*; BGH GRUR 2011, 1012, Rn. 53 – *PC II*.

⁶⁶⁰ BGH GRUR 2011, 1007, Rn. 49 – *Drucker und Plotter II*; BGH GRUR 2011, 1012, Rn. 53 – *PC II*. Siehe hingegen noch BGH GRUR 2008, 245, Rn. 23 ff. – *Drucker und Plotter I*.

⁶⁶¹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 30 ff. – *VG Wort*. Mit einem anderen Vorschlag GA *Sharpstone* Schlussanträge vom 24.1.2013, Rs. C-457/11 – 460/11, Rn. 120 f. – *VG Wort*.

⁶⁶² Vgl. *Frank* GRUR 2015, 623, 625, der hierin einen Widerspruch zwischen der Rechtsprechung der einzelnen Kammern erkennen will.

⁶⁶³ So auch BGH GRUR 2014, 979, Rn. 42 ff. – *Drucker und Plotter III*; BGH GRUR 2014, 984, Rn. 68 ff. – *PC III*; *Dreier* ZUM 2013, 769, 773; *de la Durantaye* Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 92 f.; *Fischer* ZUM 2015, 719; *Flehsig* jurisPR-ITR 13/2015 Anm. 2; *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S. 13; *Kraft* MR Beil. 4/2015, 1, 12; *Kur/Dreier/Luginbuehl* European IP Law, 2. Aufl. 2019, S. 378 *Metzger* ZEuP 2017, 836, 859; *Pejfer* NJW 2015, 348, 349; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 57; *Stieper* ZGE 2015, 170, 185 f.; *ders.* EuZW 2013, 699, 701; *Wandtke/Ohst/Jani* Praxishandbuch Medienrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2014, Kap. 1 Rn. 185; *Zurth* Rechtsgeschäftliche und gesetzliche Nutzungsrechte im Urheberrecht, 2016, S. 162. In diese Richtung auch *Quintais* IIC 2015, 66, 78. Siehe aber *Kucsko/Handig/Zemann* 2. Aufl. 2017 § 42b östUrhG, Rn. 44, der die Zustimmung im Rahmen der Bemessung des Ausgleichs für bedeutsam hält.

und Beschränkungen auf unterschiedliche Weise her.⁶⁶⁴ Für Ausnahmen betont der EuGH den Ausschluss der Dispositionsbefugnis durch die gesetzliche Regelung.⁶⁶⁵ Für die Beschränkung unterscheidet der Gerichtshof wiederum zwischen zwei Konstellationen. Sofern der nationale Gesetzgeber im konkreten Fall das Verwertungsrecht aufrechterhalten hat, finden die Vorschriften des gerechten Ausgleichs von vornherein keine Anwendung, womit die Zustimmung zur Nutzung sich erst recht nicht auf den Ausgleich auswirken kann. Wird das Vervielfältigungsrecht hingegen im konkreten Fall nicht beibehalten, gilt die Vorgabe zur Ausnahme entsprechend, sodass die Zustimmung wegen der vorrangigen gesetzlichen Regelung unbeachtlich ist. In *Copydan* – erneut zum Verhältnis von Zustimmung und gerechtem Ausgleich gefragt – bestätigt der Gerichtshof seine Rechtsprechung aus *VG Wort* beinahe wortgleich.⁶⁶⁶ Eine Zustimmung des Rechtsinhabers zur Nutzung ist damit für den gerechten Ausgleich unbeachtlich. Auch wenn die Herleitung des EuGH im Detail Fragen aufwirft, ergibt sich aus der Rechtsprechung zweifelsfrei ein Vorrang der gesetzlichen Regelung. Die Rechtsprechung ist eindeutig von dem Willen getragen, den gerechten Ausgleich nicht mit der Begründung entfallen zu lassen, dass der Rechtsinhaber der Vervielfältigung zugestimmt hat. Wegen des Vorrangs der gesetzlichen Regelung wirkt sich die privatautonome Zustimmung nicht auf den Schaden aus, der vom gerechten Ausgleich zu kompensieren ist.

Die Lösung des EuGH überzeugt im Ergebnis, da sie gewährleistet, dass die originären Rechtsinhaber einen Ausgleich für die Nutzung ihrer Werke erhalten. Die Herleitung sieht sich allerdings berechtigter Kritik ausgesetzt. Die Unterscheidung zwischen Ausnahmen und Beschränkungen ist nicht nur schwer nachzuvollziehen, sondern es ist auch zweifelhaft, ob es dieser überhaupt bedurft hätte. Eine Differenzierung bei der Ausgleichspflicht zwischen Ausnahmen und Beschränkungen ist in der Richtlinie nicht angelegt. Kritikwürdig ist zudem, dass der Gerichtshof die materiellen Vorgaben eher umschreibt, als sie im engeren Sinne zu begründen.⁶⁶⁷ Es fehlt an einer nachvollziehbaren Auseinandersetzung mit den Argumenten, die für und gegen diese Auslegung sprechen.

A.A. *Peukert* GRUR 2015, 452, 454, der von einem Verweis an die Mitgliedstaaten ausgeht. Die Mitgliedstaaten sollen demnach frei darüber entscheiden können, ob sie privatautonome Abreden neben der gesetzlichen Lizenz zulassen. Das lässt sich nicht mit den Vorgaben des Gerichtshofs vereinbaren (vgl. insbesondere EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 40 – *VG Wort*). Siehe zu dieser Ansicht bereits Teil 1: C.III.3.

⁶⁶⁴ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 34 f. – *VG Wort*.

⁶⁶⁵ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 37 – *VG Wort*.

⁶⁶⁶ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 63 ff. – *Copydan*. Vgl. *Frank* GRUR 2015, 623, 626.

⁶⁶⁷ Vgl. auch *Dreier* ZUM 2013, 769, 770.

Gerade in Anbetracht des Streits, der um diese Frage auf nationaler Ebene geführt wurde,⁶⁶⁸ wäre eine Begründung sinnvoll gewesen. Dies hätte zudem einen Beitrag zum Verständnis von Inhalt und zur Tragweite der Rechtsprechung leisten können.⁶⁶⁹

bb) Entgeltlichkeit der Zustimmung als irrelevanter Umstand

Da die Zustimmung für den Schaden und für die Ausgleichspflicht generell unbeachtlich ist, ist es nach den Vorgaben des EuGH insbesondere irrelevant, ob die Zustimmung zur Vervielfältigung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgte.⁶⁷⁰ Zum Teil wurde und wird gefordert, für die Ausgleichspflicht anhand dieses Kriteriums zu unterscheiden. Zum Teil wurde argumentiert, die Vorgaben aus *VG Wort* wären nur für unentgeltliche Zustimmungen bedeutsam.⁶⁷¹ So sprach sich etwa GA *Cruz Villalón* für eine Differenzierung anhand der Entgeltlichkeit der Zustimmung aus.⁶⁷² Gerade im Lichte von EGr. 35 S. 4 InfoSoc-RL, wonach der Erhalt einer Zahlung in anderer Form eine Zahlung entfallen lassen kann, bedürfe es in diesen Konstellationen keines gerechten Ausgleichs.⁶⁷³ Vielmehr könne es sogar einer Erstattungsmöglichkeit bedürfen.⁶⁷⁴

Dass *VG Wort* sich nur auf unentgeltliche Vervielfältigungen bezieht, kann nicht überzeugen.⁶⁷⁵ Dies ergibt sich weder aus dem Vorlagebeschluss⁶⁷⁶ noch aus dem Urteil des Gerichtshofs.⁶⁷⁷ Der EuGH befasst sich in *Copydan* nicht mit der Möglichkeit einer sol-

⁶⁶⁸ Dazu Teil 2: C.I.4

⁶⁶⁹ So muss im Lichte der Rechtsprechung auch in Frage gestellt werden, welcher Anwendungsbereich EGr. 35 S. 4 InfoSoc-RL verbleibt. *Fischer FS Walter* 2018, S. 466, 472 f. geht davon aus, die Erwägung sei im Rahmen des Privatkopieausgleichs nicht bedeutsam, sondern könne nur für den fakultativen gerechten Ausgleich Bedeutung erlangen. Das erscheint zweifelhaft, da in Anbetracht der Einheitlichkeit des Konzepts nicht ersichtlich ist, warum der Zustimmung für den fakultativen gerechten Ausgleich eine andere Bedeutung zukommen soll, als beim obligatorischen gerechten Ausgleich.

⁶⁷⁰ *Frank* GRUR 2015, 623, 626. Vgl. bezogen auf das deutsche Recht im Vorfeld zu den EuGH-Urteilen noch *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2008, 247, 249, der für ein Entfallen der Gerätevergütung bei Vervielfältigungen im Rahmen der entgeltlichen Nutzung von Online-Datenbanken plädierte.

⁶⁷¹ GA *Cruz Villalón* Schlussanträge vom 18.6.2014, Rs. C-463/12, Rn. 59 – *Copydan*; *Peukert* GRUR 2015, 452, 452 f.

⁶⁷² GA *Cruz Villalón* Schlussanträge vom 18.6.2014, Rs. C-463/12, Rn. 57 ff. – *Copydan*.

⁶⁷³ GA *Cruz Villalón* Schlussanträge vom 18.6.2014, Rs. C-463/12, Rn. 60 ff. – *Copydan* mit Verweis auf EGr. 45 InfoSoc-RL, der die Möglichkeit zur Sicherstellung eines gerechten Ausgleichs durch vertragliche Beziehungen vorsieht, soweit dies nach innerstaatlichem Recht zulässig ist.

⁶⁷⁴ GA *Cruz Villalón* Schlussanträge vom 18.6.2014, Rs. C-463/12, Rn. 67 – *Copydan*.

⁶⁷⁵ So auch *Frank* GRUR 2015, 623, 625 f.

⁶⁷⁶ Vgl. BGH GRUR 2011, 1012, Rn. 54 – PC II; BGH GRUR 2011, 1007, Drucker und Plotter II. So auch *Frank* GRUR 2015, 623, 625 f. A.A. *Peukert* GRUR 2015, 452, 453.

⁶⁷⁷ Vgl. EuGH GRUR 2013, 812 – *VG Wort*. So auch *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S. 13 f.; *Frank* GRUR 2015, 623, 625 f. A.A. *Peukert* GRUR 2015, 452, 453, der auf die Vorlagefragen verweist und das Urteil vor diesem Hintergrund umdeutet. Die Beschränkung ergibt sich allerdings meines Erachtens aus der Vorlage nicht.

chen Unterscheidung.⁶⁷⁸ Damit lässt er die Option einer Klarstellung verstreichen. Das Vorlagegericht warf die Frage auf, inwiefern eine Bezahlung für die Gestattung der Nutzung maßgeblich sei.⁶⁷⁹ Wenn der Gerichtshof hierauf entgegnet, dass es keine Vergütung für eine gesetzlich erlaubte Nutzung geben kann, bestätigt er sein strenges dogmatisches Verständnis.⁶⁸⁰ Der Gerichtshof hält weitere Maßstäbe offenbar für unbeachtlich, womit es nicht erforderlich war, auf sie in dem sowieso schon langen und komplexen Urteil⁶⁸¹ einzugehen.⁶⁸²

cc) *Ausgleichspflicht für den „ersten Download“*

Es ist umstritten, ob Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich für den „ersten Download“ erhalten müssen. Es steht insbesondere in Frage, inwiefern ein gerechter Ausgleich selbst für solche Vervielfältigungen erforderlich ist, in denen Rechtsinhaber eine Einwilligung zum Download im Rahmen von Plattformen zum digitalen Vertrieb von Inhalten erteilt haben.⁶⁸³ Anders als beim Erwerb eines analogen Werkstücks erfolgt beim *Download to own* eine Vervielfältigungshandlung, die – insbesondere unter Berücksichtigung des Vorrangs der gesetzlichen Erlaubnis – den Tatbestandsvoraussetzungen der Schrankenregelungen zum eigenen Gebrauch genügen kann,⁶⁸⁴ zugleich aber eine notwendige Voraussetzung zum Werkgenuss darstellt.

GA *Cruz Villalón* erachtete in den Schlussanträgen zu *Copydan* die unionsrechtlichen Vorgaben auch für diese Konstellation im Lichte der Vorgaben von *VG Wort* noch als offen, da sich der EuGH bisher nicht mit der Frage auseinandergesetzt habe.⁶⁸⁵ Auch bezüglich

⁶⁷⁸ Vgl. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 63 ff. – *Copydan*.

⁶⁷⁹ Vorlagefrage 1 a) und b). Auch GA *Cruz Villalón*, Schlussanträge vom 18.6.2014, Rs. C-463/12, Rn. 54 ff. hatte sich explizit mit der Bedeutung der Entgeltlichkeit befasst. Siehe anschaulich *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S. 13 ff.

⁶⁸⁰ So auch *Stieper* ZGE 2015, 179, 185 f.

⁶⁸¹ Vgl. *Peukert* GRUR 2015, 452; *Jani/Leenen* EuZW 2015, 358.

⁶⁸² Für dieses Verständnis spricht zudem die Unwirksamkeit einer Zahlungsverpflichtung an einen Rechtsinhaber für eine Zustimmung zu einer Nutzung, die im Rahmen des Anwendungsbereichs einer Schranke keine Rechtswirkung entfaltet (EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 66 – *Copydan*). Da eine entgeltliche Zustimmung zu einer gesetzlich erlaubten Nutzung mithin überhaupt nicht in Einklang mit den rechtlichen Vorgaben zu bringen ist, kann sie für den gerechten Ausgleich nicht bedeutsam sein.

⁶⁸³ Vgl. GA *Cruz Villalón* Schlussanträge vom 18.6.2014, Rs. C-463/12, Rn. 59 – *Copydan*; *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 6 ff.

⁶⁸⁴ BGH GRUR 2016, 792, Rn. 50 ff. – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 7. Zu dieser Frage aus nationaler Perspektive auch *Poll/Braun* ZUM 2004, 266, 273 f., die im Ergebnis sowohl für die Anwendung der Schranke als auch für die Anwendung des gesetzlichen Vergütungssystems keinen Raum sehen. Vgl. auch OLG München GRUR 2015, 989, 991 mit gleichem Ergebnis.

⁶⁸⁵ GA *Cruz Villalón* Schlussanträge vom 18.6.2014, Rs. C-463/12, Rn. 59 – *Copydan*.

dieser Frage hat sich der Gerichtshof in *Copydan* nicht explizit geäußert. Eine Ansicht geht davon aus, dass kein Schaden vorliege, sofern dem Rechtsinhaber für die Erteilung seiner Zustimmung zum Herunterladen des Werkes aus dem Internet ein individueller Vergütungsanspruch zusteht.⁶⁸⁶ Die Ansicht beruft sich zudem auf die schadensrechtliche Konzeption und verweist darauf, den Rechtsinhabern entstünde aus der Nutzung kein Schaden.⁶⁸⁷ Dies lässt sich allerdings – entsprechend der Argumentation zur Irrelevanz der Entgeltlichkeit der Zustimmung – nicht mit den Vorgaben des EuGH vereinbaren.⁶⁸⁸ Dass eine gesonderte Behandlung des „ersten Downloads“ im europäischen Recht erfolgen soll, lässt sich schon *VG Wort* nicht entnehmen. Aus dem Schweigen des EuGH in *Copydan* zu dieser spezifischen Konstellation leitet sich – angesichts der expliziten Thematisierung in den Vorlagefragen und Schlussanträgen – ab, dass der allgemeine Grundsatz zum Tragen kommt.⁶⁸⁹ Damit ist nach dem Stand der Rechtsprechung ein gerechter Ausgleich auch für einen „ersten Download“ geschuldet, sofern dieser auch von der Schrankenregelung erfasst wird.⁶⁹⁰ Das soll nicht unbillig sein, da die originären Rechtsinhaber für die Downloadmöglichkeit erfahrungsgemäß keine angemessene Vergütung erhalten würden.⁶⁹¹ Daraus resultiert für die Nutzer beim digitalen Erstvertrieb eine zusätzliche wirtschaftliche Belastung im Vergleich zum Erwerb eines analogen Werkstücks.⁶⁹² Ob der EuGH tatsächlich an dieser aus den von ihm erarbeiteten Vorgaben resultierenden Ungleichbehandlung festhalten will, müsste durch (erneute) Vorlage einer entsprechenden

⁶⁸⁶ BGH GRUR 2016, 792, Rn. 53 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik m. V. a. *Peukert* GRUR 2015, 452, 453; BGH GRUR 2017, 172, Rn. 58 – Musik-Handy; Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 7. Vgl. auch östOGH ZUM 2015, 715, Nr. 2.2.3. In diese Richtung auch bereits *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 7 f. Ähnlich auch *Stieper* ZGE 2015, 170, 185 f.; *ders.* FS Köhler 2014, S. 729, 735, der mit Blick auf das deutsche Recht für eine Auslegung plädiert, nach der kostenpflichtige Downloads von entsprechenden Portalen als Vertriebshandlung angesehen werden sollen, die dem Anbieter zuzurechnen sind. Diese Auslegung ergibt sich weder aus dem europäischen noch aus dem deutschen Tatbestand.

⁶⁸⁷ *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 7.

⁶⁸⁸ So im Ergebnis auch *Fischer* FS Walter 2018, S. 466, 472 f.

⁶⁸⁹ Ähnlich *Fischer* FS Walter 2018, S. 466, 472 f.

⁶⁹⁰ *Flehsig* MMR 2016, 50, 51; *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2017, 217, 224 f.; *Walter* Urheber- und Verwertungsgesellschaftenrecht, Bd. I, 2015, S. 196.

⁶⁹¹ *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2017, 217, 225 m. V. a. *Zurth* Rechtsgeschäftliche und gesetzliche Nutzungsrechte im Urheberrecht, 2016, S. 163. Vgl. auch *Flehsig* MMR 2016, 50, 51. Mit guten Gründen kritisch gegenüber diesem Argument *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 7.

⁶⁹² Siehe mit einem anderen Vergleich hingegen *Müller* ZUM 2014, 11, 15 f.

Frage abgesichert werden. Die Rechtsprechung ist kritikwürdig⁶⁹³ und sollte daher für diesen Konstellation korrigiert werden.

4. Bedeutung technischer Schutzmaßnahmen

Auch das Verständnis zur Bedeutung von technischen Schutzmaßnahmen für den gerechten Ausgleich hat sich seit der Verabschiedung der Richtlinie gewandelt. Dass bisweilen die Erforderlichkeit von Pauschalgebühren angesichts der Kontrollmöglichkeiten durch technische Schutzmaßnahmen wie *Digital Rights Management*-Systeme in Frage gestellt wird,⁶⁹⁴ adressiert vorrangig die rechtspolitische Dimension des Themas und ist für die für die Auslegung des geltenden Rechts nicht unmittelbar relevant. Technische Schutzmaßnahmen können bei einer Pauschalabgabe sowohl Bedeutung für die Leistungspflicht des Schuldners als auch für das Kompensationsbedürfnis eines Rechtsinhabers erlangen. Für die Höhe des Ausgleichs ist der erste Gesichtspunkt relevant, wohingegen der zweite eine Frage der Verteilung darstellt.⁶⁹⁵ Der EuGH hat sich in *VG Wort* erstmals ausdrücklich mit der Bedeutung technischer Schutzmaßnahmen für den gerechten Ausgleich befasst.⁶⁹⁶ Diese Rechtsprechungslinie hat er in *ACI Adam* und *Copydan* bestätigt.⁶⁹⁷ Die Rechtsprechung ist schwer verständlich und leidet unter inhaltlichen Mängeln.

⁶⁹³ So auch *Vitorino Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies*, 2013, S. 19. A.A. *Fischer* FS Walter 2018, S. 466, 472 f., der darauf verweist, dass im Rahmen des lizenzierten Online-Vertriebs das Entgelt für den Zugang zur Datei auf dem Server des Anbieters geschuldet sei. Vgl. auch die Vorschläge von *Stieper* ZGE 2015, 170, 185 f.; *ders.* FS Köhler 2014, S. 729, 735.

⁶⁹⁴ So etwa *Bremer/Lammers* K&R 2008, 145, 150 f.; *Hugenboltz/Guibault/van Geffen* *The Future of Levies in a Digital Environment*, 2003, S. 43. Dazu etwa *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, Einl. Rn. 24; *Laufer-Rönsberg* *Urheberrecht und Privatgebrauch*, 2011, S. 21; *Pardo/Lucas-Schloetter* EIPR 2013, 463. Siehe auch die Kritik von *Verweyen* *JurPC Web-Dok.* 10/2019, Abs. 10 ff., 38 ff., der mit verschiedenen Argumenten darzulegen versucht, dass es sich bei der deutschen Regelung um eine „völlig unbrauchbare gesetzliche Regelung ohne Zukunft“ handle. Gegen Forderungen nach einem *phasing out* mit überzeugenden Argumenten *Obly* DJT-Gutachten 2014, S. F70 f.; *Reinbothe* in: *Stamatoudi*, *New Developments in EU and International Copyright Law*, 2016, S. 299, 324; *Stieper* ZGE 2015, 170, 177 ff. Vgl. auch *Vitorino Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies*, 2013, S. 2; *Pfennig* ZUM 2004, 198, 199 f.

⁶⁹⁵ Vgl. beispielsweise auch *Peukert* ZUM 2003, 1050, 1055 ff. *Wandtke/Bullinger/Liift* 6. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 3. Wegen des inhaltlichen Zusammenhangs werden beide Aspekte in diesem Abschnitt gemeinsam behandelt.

⁶⁹⁶ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 41 ff. – *VG Wort*. Im Vorfeld zur Entscheidung wurde für die Thematik zum Teil auf die Vorgaben aus *Padawan* abgestellt (vgl. die von GA *Sharpstone* Schlussanträge vom 24.1.2013, Rs. C-457/11 – 460/11, Rn. 99 – *VG Wort* wiedergegebene Auffassung).

⁶⁹⁷ EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 42 ff. – *ACI Adam*; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 68 ff. – *Copydan*.

a) Ursprüngliche Interpretation der Richtlinienvorgaben

Die Richtlinienvorgaben lassen keine eindeutige Interpretation zur Bedeutung technischer Schutzmaßnahmen auf den gerechten Ausgleich zu.⁶⁹⁸ Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL sieht ausdrücklich vor, dass beim Privatkopieausgleich berücksichtigt werden muss, ob technische Maßnahmen im Sinne von Art. 6 InfoSoc-RL auf den betreffenden Schutzgegenstand angewendet wurden. In den anderen Schrankenbestimmungen mit einem obligatorischen gerechten Ausgleich fehlt eine entsprechende Vorgabe. Für den gerechten Ausgleich ist in EGr. 35 S. 5 InfoSoc-RL generell vorgegeben, dass der Grad des Einsatzes von technischen Schutzmaßnahmen in vollem Umfang berücksichtigt werden sollte. EGr. 39 InfoSoc-RL ergänzt für die Privatkopie, dass die Mitgliedstaaten bei der Anwendung der Privatkopieregelung die technologischen und wirtschaftlichen Entwicklungen gebührend berücksichtigen sollen, wenn wirksame technische Maßnahmen verfügbar sind. Der Gesetzgeber hebt hervor, dass diese Vorgabe vor allem für die digitale Privatkopie und die Vergütungssysteme gilt. Nach dem Erwägungsgrund sollen Schranken nicht den Einsatz technischer Maßnahmen und auch nicht deren Durchsetzung im Falle ihrer Umgehung behindern.⁶⁹⁹

Schon bevor sich der EuGH der Frage nach der Bedeutung von technischen Schutzmaßnahmen auf die Ausgleichspflicht annahm, wurden in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung verschiedene Auffassungen zur Interpretation der Richtlinienvorgaben vertreten. Daher wurde zuletzt befürwortet, nicht auf die tatsächliche Anwendung der technischen Schutzmaßnahmen abzustellen, sondern den gerechten Ausgleich allein von der Möglichkeit zu deren Anwendung abhängen zu lassen.⁷⁰⁰ Dass nach diesem Verständnis

⁶⁹⁸ Vgl. Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 6. Zum Hintergrund der Gesetzgebung *Reinbothe* GRUR Int. 2001, 733, 739.

⁶⁹⁹ Zum Erwägungsgrund auch *Spindler* GRUR 2002, 105, 112 mit Hinweis auf Forderungen im Kontext des Gesetzgebungsprozesses, pauschale Vergütungsmodelle zu Gunsten von DRM-Systemen abzuschaffen. Vgl. auch *Guntrum* Zur Zukunft der Privatkopie in der Informationsgesellschaft, 2007, S. 124 f.; *Reinbothe* GRUR Int. 2001, 733, 739.

⁷⁰⁰ *Hugenholtz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 43 f. Die Autoren berufen sich darauf, die Einführung von Pauschalvergütungssystemen sei historisch gesehen aufgrund eines Marktversagens bei der Durchsetzung von Ansprüchen wegen Verletzung des Ausschließlichkeitsrecht notwendig geworden. Wenn aber nunmehr eine individuelle Steuerung möglich sei, entfalle nicht nur die Rechtfertigung von pauschalen Ausgleichssystemen, sondern es würden sinnwidrige Anreize für die Nichtanwendung solcher Maßnahmen gesetzt. In diese Richtung auch *Spindler* GRUR 2002, 105, 112. Vgl. auch die von GA *Sharpstone* Schlussanträge vom 24.1.2013, Rs. C-457/11 – 460/11, Rn. 99 – VG Wort wiedergegebenen Auffassungen. GA *Sharpstone* Schlussanträge vom 24.1.2013, Rs. C-457/11 – 460/11, Rn. 104 – VG Wort geht davon aus, dass die Mitgliedstaaten die Wahl hätten, ob und in welchem Umfang ein gerechter Ausgleich für Privatkopien vorgesehen werden soll, wenn technische Maßnahmen zur Verfügung stehen, ohne angewendet zu werden. Damit wäre

nur der Stand der Technik relevant ist und die tatsächliche Verbreitung unbeachtlich bleibt, vereinfacht die praktische Handhabung im Vergleich zu den anderen Ansätzen.⁷⁰¹ Der Ansatz ist allerdings kritisch zu sehen. Auch wenn EGr. S. 1 InfoSoc-RL, der die Verfügbarkeit der Maßnahmen als relevantes Kriterium vorgibt, auf dieses Verständnis hindeuten mag,⁷⁰² ist dieses Verständnis nicht zweifelhaft.⁷⁰³ Die Auslegung lässt sich mit dem Wortlaut aus Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL, der vorrangig bedeutsam ist, nicht vereinbaren.⁷⁰⁴ Die Auffassung stünde auch der Intention des Gesetzgebers zuwider, der Vergütungssysteme im digitalen Bereich fortbestehen lassen will.⁷⁰⁵

Vorzugswürdig ist eine wortlautgetreue Auslegung von Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL, nach der das Bestehen des jeweiligen Ausgleichsanspruchs davon abhängt, ob der konkrete Schutzgegenstand unter Anwendung von technischen Schutzmaßnahmen vertrieben wurde.⁷⁰⁶ Dieses individuell geprägte Verständnis erscheint geeignet, eine Doppelvergütung der Rechtsinhaber effektiv auszuschließen.⁷⁰⁷ Letztendlich ist nur diese Auslegung in der Lage, dem Gerechtigkeitsgebot sowie dem Rechts- und Interessenausgleich gem. EGr. 31 InfoSoc-RL zu genügen, da sie gewährleistet, dass Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich nur erhalten, wenn sie kompensationsbedürftig sind.⁷⁰⁸ Nicht überzeugen kann insbesondere ein kollektiveres Verständnis, wonach der Einsatzgrad technischer Schutzmaßnahmen zu berücksichtigen ist. Auch wenn EGr. 35 S. 5 InfoSoc-RL hierauf hindeuten könnte, genügt es nicht, dass ein hoher Einsatzgrad von technischen Maßnahmen zu

der obligatorische Ausgleich allerdings entbehrlich, ohne dass dies Rückhalt in der Richtlinie finden würde. Krit. gegenüber solchen Erwägungen *Peukert* ZUM 2003, 1050, 1055.

⁷⁰¹ *Hugenboltz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 44.

⁷⁰² *Hugenboltz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 44. Vgl. auch *Dreier* ZUM 2013, 769, 772.

⁷⁰³ Vgl. GA *Sharpstone* Schlussanträge vom 24.1.2013, Rs. C-457/11 – 460/11, Rn. 104 – VG Wort.

⁷⁰⁴ Vgl. BGH GRUR 2011, 1007, Rn. 42 – Drucker und Plotter II; BGH GRUR 2011, 1012, 1016, Rn. 46 – PC II. Tendenziell großzügiger *Spindler* GRUR 2002, 105, 111 f.

⁷⁰⁵ Vgl. *Reinbothe* GRUR Int. 2001, 733, 739; *Spindler* GRUR 2002, 105, 111 f., der EGr. 39 InfoSoc-RL als Überbleibsel der Forderung nach der Abschaffung von Pauschalvergütungen zu Gunsten von DRM-Systemen versteht und daran erinnert, dass dieser Vorschlag bewusst nicht in die operationalen Bestimmungen aufgenommen wurde.

⁷⁰⁶ Für das deutsche Recht unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben *Dreier/Schulze/Dreier* 3. Aufl. 2008, § 54a UrhG Rn. 6; *Hohagen* Die Freiheit für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 588. Vgl. auch *Hugenboltz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 42.

⁷⁰⁷ Vgl. GA *Sharpstone* Schlussanträge vom 24.1.2013, Rs. C-457/11 – 460/11, Rn. 101 f. – VG Wort; *Peukert* ZUM 2003, 1050, 1055; *Reinbothe* GRUR Int. 2001, 733, 739.

⁷⁰⁸ Vgl. auch *Peukert* ZUM 2003, 1050, 1055.

einer niedrigen Pauschalabgabe führt und *vice versa*.⁷⁰⁹ Die Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs kann sich nicht allein auf die statistische Wahrscheinlichkeit der Anwendung von technischen Schutzmaßnahmen beziehen, ohne im Rahmen der Begünstigung die Anwendung von technischen Schutzmaßnahmen auf den konkreten Schutzgegenstand in den Blick zu nehmen. Bei einer Pauschalabgabe ergeben sich Unterschiede zwischen dem individuellen und kollektiveren Ansatz bei der Verteilung der Einnahmen, also bei der Ausschüttungspraxis der Verwertungsgesellschaften. Dass der administrative Aufwand dabei hoch ist,⁷¹⁰ kann kein anderes Ergebnis begründen. Im Rahmen der Geltendmachung zu erfassen, inwieweit technische Schutzmaßnahmen auf einen Schutzgegenstand angewendet werden, ist kein unüberwindbares Hindernis.⁷¹¹ Für die wortlautgetreue Auslegung spricht zudem, dass Rechtsinhaber keinen Anreiz haben, die zur Verfügung stehenden technischen Schutzmaßnahmen anzuwenden. Dies ist der praktischen Möglichkeit zur Nutzung unter den Bedingungen der Schrankenregelung förderlich.⁷¹²

b) Die Vorgaben aus VG Wort und den Folgeentscheidungen

Der BGH ersuchte den EuGH in *VG Wort* um Klärung, ob bereits die Möglichkeit einer Anwendung von technischen Maßnahmen im Sinne der InfoSoc-Richtlinie die Bedingung eines gerechten Ausgleichs für Privatkopien entfallen lässt.⁷¹³ Der EuGH gibt vor, dass die Möglichkeit einer Anwendung von technischen Schutzmaßnahmen den gerechten Ausgleich nicht entfallen lassen kann.⁷¹⁴ Trotzdem soll sich der Umstand, ob freiwillige technische Maßnahmen angewendet wurden oder nicht, nach dem EuGH auf die Höhe des Ausgleichs auswirken können.⁷¹⁵ Damit unterscheidet der Gerichtshof zwischen dem

⁷⁰⁹ Vgl. *Hugenholtz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 42 mit dem Beispiel des Einsatzes von technischen Schutzmaßnahmen beim Vertrieb von DVDs im Vergleich zu VHS-Kassetten.

⁷¹⁰ *Hugenholtz/Guibault/van Geffen* The Future of Levies in a Digital Environment, 2003, S. 42.

⁷¹¹ Vgl. *Peukert* ZUM 2003, 1050, 1057 f.

⁷¹² *Wandtke/Bullinger/Lijft* 6. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 3; *Nolte* CR 2006, 254, 257; *Wagner* ZUM 2004, 723, 729 f.

⁷¹³ BGH GRUR 2011, 1007, Rn. 42 – Drucker und Plotter II; BGH GRUR 2011, 1012, 1016, Rn. 46 – PC II. Vgl. auch GA *Sharpstone* Schlussanträge vom 24.1.2013, Rs. C-457/11 – 460/11, Rn. 94 – VG Wort. Der EuGH befasst sich in seiner Antwort – entsprechend der Vorlagefragen – nur mit dem Ausgleich für Privatkopien, obwohl das nationale Vergütungssystem auch Nutzungen unter anderen Tatbeständen erfasst.

⁷¹⁴ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 56, 59 – VG Wort. Vgl. *Peifer* NJW 2015, 348, 349.

⁷¹⁵ Vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 57 f. – VG Wort.

Bestehen des Ausgleichs im Grund und der Höhe nach. Der EuGH hat die Rechtsprechung mehrfach bestätigt, womit keine inhaltliche Abkehr zu erwarten ist.⁷¹⁶

aa) Herleitung der Merkmale

Der EuGH stellt bei der Beantwortung der Vorlagefrage zunächst grundsätzlich fest, dass Mitgliedstaaten eine Schranke für Privatkopien vorsehen können, wobei die Rechtsinhaber im Gegenzug einen gerechten Ausgleich erhalten müssen, der die Anwendung von technischen Maßnahmen auf die Schutzgegenstände berücksichtigt.⁷¹⁷ Daraufhin befasst er sich mit den Zielsetzungen des gerechten Ausgleichs und mit technischen Schutzmaßnahmen. Die Funktion des gerechten Ausgleichs stellt der EuGH entsprechend seiner Rechtsprechungslinie als Leistung zugunsten des Rechtsinhabers zur Kompensation des Schadens bzw. zur Vergütung der Nutzung dar.⁷¹⁸ Bei dem Ziel der technischen Schutzmaßnahmen findet der Gerichtshof hingegen keine klaren Worte und „verheddert“ sich in seinen Erläuterungen.⁷¹⁹ Ausgangspunkt der Überlegung des EuGH stellt die Definition der technischen Maßnahmen aus Art. 6 Abs. 3 InfoSoc-Richtlinie dar, nach der technische Maßnahmen – verkürzt – Technologien sind, die dazu bestimmt sind, nicht von den Rechtsinhabern genehmigte Nutzungen zu unterbinden oder einzuschränken. Hieraus leitet der Gerichtshof ab, dass technische Maßnahmen im Sinne der Privatkopieregelung nicht vom Rechtsinhaber genehmigte Handlungen einschränken sollen, also „die korrekte Anwendung dieser Bestimmung, die eine Einschränkung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte begründet, [sicherstellen sollen][...] und damit Handlungen [verhindern][...] sollen, die nicht die strengen Voraussetzungen der genannten Bestimmung erfüllen“.⁷²⁰ Da aber, so der EuGH, nicht die Rechtsinhaber, sondern die Mitgliedstaaten die Schrankenregelung einführen, sei es auch Sache der Mitgliedstaaten, die korrekte Anwendung der Schranke sicherzustellen und Handlungen einzuschränken, die von den Rechtsinhabern nicht genehmigt wurden.⁷²¹ Hat ein Mitgliedstaat die korrekte Anwen-

⁷¹⁶ EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 42 – 46 – ACI Adam; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 68 – 73 – Copydan. Vgl. auch *Peukert* GRUR 2015, 452, 455. Dabei unterscheiden sich die Vorgaben der Urteile im Detail, ohne dass der EuGH diesen Abweichungen erkennbar Bedeutung zuerkennen würde.

⁷¹⁷ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 48 – VG Wort, wobei er nur von einer Ausnahme spricht.

⁷¹⁸ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 49, 31 – VG Wort.

⁷¹⁹ So auch *Dreier* ZUM 2013, 769, 772.

⁷²⁰ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 51 – VG Wort.

⁷²¹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 52 f. – VG Wort.

derung der Privatkopieschranke nicht sichergestellt, entfalle daher der gerechte Ausgleich keineswegs.⁷²²

Im Weiteren verweist der EuGH zusätzlich darauf, dass Mitgliedstaaten die Anwendung freiwilliger Maßnahmen durch die Rechtsinhaber fördern sollen, mit denen unter anderem die Ziele der Privatkopieschranke erreicht werden können, EGr. 52 InfoSoc-RL.⁷²³ Daher sollen nach dem Verständnis des EuGH unter technischen Maßnahmen, die von den Rechtsinhabern getroffen werden können, Technologien zu verstehen sein, mit denen das von der Privatkopieausnahme verfolgte Ziel erreicht werden kann und Vervielfältigungen verhindert werden können, die Mitgliedstaaten nicht gesetzlich erlaubt haben.⁷²⁴ Es fällt auf, dass der Gerichtshof in diesem argumentativen Strang⁷²⁵ nicht von „technischen Maßnahmen“ im Sinne von Art. 6 Abs. 3 InfoSoc-RL“ spricht, sondern diese als „freiwillige technische Maßnahmen“ bezeichnet. Ohne dies ausdrücklich hervorzuheben, stellt er damit offenbar auf Art. 6 Abs. 4 UAbs. 3 i.V.m. UAbs. 1 und 2 InfoSoc-RL ab, der die Regelung zu den „freiwillig angewandten technischen Maßnahmen“ enthält.⁷²⁶ Die Erwägungen zu den freiwilligen technischen Maßnahmen der Rechtsinhaber sind daher wohl eigenständig zu verstehen und müssen im Verhältnis zu den technischen Maßnahmen im Sinne von Art. 6 Abs. 3 InfoSoc-RL gesondert verstanden werden. Der EuGH kommt dann zu dem Ergebnis, dass wegen des freiwilligen Charakters der Anwendung dieser technischen Maßnahmen der gerechte Ausgleich nicht entfallen kann, sofern diese nicht angewendet werden, selbst wenn dies möglich wäre.⁷²⁷ Demgegenüber steht es dem Mitgliedstaat frei, die Höhe des Ausgleichs von der Anwendung „derartiger technischer Maßnahmen“ abhängig zu machen. Dies begründet der Gerichtshof damit, dass ein Anreiz zur Anwendung solcher Maßnahmen möglich sein soll, um freiwillig zur korrekten Anwendung der Privatkopieausnahme beizutragen.⁷²⁸ Der EuGH wiederholt in *ACI*

⁷²² EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 54 – VG Wort mit der Erwägung, dass den Rechtsinhabern hierdurch sogar ein zusätzlicher Schaden entstehen könne.

⁷²³ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 55 – VG Wort, wobei die Formulierung des EuGH entgegen dem Wortlaut des Erwägungsgrundes auf eine Verpflichtung hindeutet.

⁷²⁴ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 56 – VG Wort.

⁷²⁵ Also EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 55 bis 58 – VG Wort.

⁷²⁶ Auch EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 52 – VG Wort, auf den sich der EuGH zu Beginn des argumentativen Strangs bezieht betrifft diesen Absatz.

⁷²⁷ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 57 – VG Wort.

⁷²⁸ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 58 – VG Wort

Adam und *Copydan* die Eckpfeiler seiner Entscheidung und die entsprechenden Ergebnisse, ohne die Herleitung zu wiederholen.⁷²⁹

bb) Funktion technischer Maßnahmen

Den Ausführungen zur Herleitung dieser Vorgaben in *VG Wort* ist nur schwer zu folgen.⁷³⁰ Das ist vor allem darauf zurückzuführen, dass der EuGH seiner Herleitung fehlerhafte Annahmen zugrunde legt. Insbesondere geht er von einer unzutreffenden Funktion technischer Maßnahmen aus.⁷³¹ Technische Maßnahmen im Sinne des Art. 6 Abs. 3 InfoSoc-RL zielen darauf ab, Kontrolle über die Nutzung zu ermöglichen, vgl. auch EGr. 47 InfoSoc-RL. Art. 6 InfoSoc-RL schützt technische Maßnahmen, indem er den Rechteinhabern angemessenen Rechtsschutz vor Umgehung zubilligt.⁷³² Der EuGH gibt vor, dass

„es sich bei den ‚technischen Maßnahmen‘, von denen in Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29 die Rede ist, um Technologien, Vorrichtungen oder Bestandteile handelt, mit denen Handlungen eingeschränkt werden sollen, die von den Rechteinhabern nicht genehmigt wurden, d. h., mit denen die korrekte Anwendung dieser Bestimmung, die eine Einschränkung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte begründet, sichergestellt werden soll und damit Handlungen verhindert werden sollen, die nicht die strengen Voraussetzungen der genannten Bestimmung erfüllen“.

Der EuGH überträgt die Definition aus Art. 6 Abs. 3 InfoSoc-RL in modifizierter Weise auf die Privatkopierregelung Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL, der die technischen Maßnahmen im Tatbestand erwähnt.⁷³³ Dass technische Maßnahmen, von denen im Zusammenhang mit der Privatkopieschranke die Rede ist, die korrekte Anwendung der Schranke sicherstellen und damit Handlungen verhindern sollen, die nicht hierunter fallen,⁷³⁴ meint wohl, dass nach der Schrankenregelungen privilegierte Nutzungen tatsächlich möglich sein sollen. Diese Formulierung scheint schon insofern kritikwürdig, als dass das nach traditionellem Verständnis das europäische Recht kein Recht auf Privatkopie im Sinne eines Rechts auf Zugang und Nutzung vorsieht.⁷³⁵ Es steht der korrekten Anwendung der

⁷²⁹ EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 43 ff. – ACI Adam; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 68 ff. – Copydan.

⁷³⁰ Vgl. *Dreier* ZUM 2013, 769, 772.

⁷³¹ Vgl. *Dreier* ZUM 2013, 769, 772; *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 6. Unkrit. gegenüber der Rechtsprechung *Wandtke/Bullinger/Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 82; Art. 6 InfoSoc-RL Rn. 3.

⁷³² Dieser Schutz ist umfassend angelegt, wird allerdings durch die Vorgaben aus Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL relativiert.

⁷³³ Der EuGH verkennt nicht etwa, dass die Bestimmungen aufeinander Bezug nehmen (vgl. EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 42 – ACI Adam).

⁷³⁴ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 50 f. – VG Wort; EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 43 – ACI Adam; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 69 – Copydan.

⁷³⁵ *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 115.11. Vgl. auch *Schack* GRUR 2021, 904, 908 f.

Schrankenbestimmung nicht entgegen, wenn ein Schutzgegenstand nicht entsprechend genutzt wird. Generell geht die Annahme fehl.⁷³⁶

Bezogen auf die Rechtsinhaber zeigt sich dies darin, dass diese „überschießende“ technische Maßnahmen vorsehen können. Hierdurch können sie die Möglichkeit einschränken, den Schutzgegenstand im Rahmen der tatbestandlichen Vorgaben der Schranke zu nutzen. Zum Teil wird gemutmaßt, der Gerichtshof gehe (möglicherweise) davon aus, dass Rechtsinhaber technische Maßnahmen nicht anwenden dürften, wenn damit durch die Schranke privilegierte Nutzungen unterbunden würden.⁷³⁷ Die Rechtsprechung kann und muss anders interpretiert werden.⁷³⁸ Der EuGH stellt fest, dass durch *freiwillige* technische Maßnahmen der Rechtsinhaber die von der Schranke verfolgten Ziele erreicht werden können, womit Nutzungen, die nicht unter die Schranke fallen, verhindert werden.⁷³⁹ Der EuGH unterscheidet zwischen technischen Maßnahmen nach Art. 6 Abs. 3 InfoSoc-RL einerseits und freiwilligen technischen Maßnahmen nach Art. 6 Abs. 4 UAbs. 3 InfoSoc-RL andererseits. Mit dieser Unterscheidung ließe es sich nicht vereinbaren, wenn die Rechtsinhaber bei der Anwendung von technischen Schutzmaßnahmen gem. Art. 6 Abs. 3 InfoSoc-RL jedwede Nutzung nach dem Schrankentatbestand ermöglichen müssen. Der Gerichtshof hat die Freiwilligkeit der letztgenannten Kategorie von Maßnahmen, durch welche die Ziele der Ausnahme erreicht werden können, im Blick. Es wäre zudem nicht mit den Richtlinienbestimmungen vereinbar, zu unterstellen, Rechtsinhaber dürften technische Schutzmaßnahmen nur anwenden, solange sie hierdurch keine von einer Schranke erfassten Nutzungen verhindern. Ein generelles Verbot „überschießender“ technischer Maßnahmen liefe dem Vorrang von technischen Schutzmaßnahmen vor den Schrankenbestimmungen, der sich aus der Systematik der Richtlinie ergibt, zuwider.⁷⁴⁰ Aus Art. 6 Abs. 4 UAbs. 2 InfoSoc-RL ergibt sich speziell für die Privatkopie, dass solche „überschießenden“ technischen Schutzmaßnahmen im Grunde zulässig sind.⁷⁴¹

⁷³⁶ So auch *Dreier* ZUM 2013, 769, 772.

⁷³⁷ *Peukert* GRUR 2015, 452, 455. Vgl. auch die Erwägungen von *Dreier* ZUM 2013, 769, Fn. 24.

⁷³⁸ Die Ausführungen des Gerichtshofs – insbesondere zur Definition der technischen Schutzmaßnahmen – bleiben letztendlich missverständlich (vgl. insbesondere EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 50 f. – VG Wort mit der Feststellung, dass technische Maßnahmen im Sinne von Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL die korrekte Anwendung der Schranke sicherstellen sollen). Im Ergebnis bestehen aber insbesondere unter Berücksichtigung der Richtlinienvorgaben keine ernsthaften Zweifel daran, dass der EuGH „überschießende“ technische Schutzmaßnahmen zulässt.

⁷³⁹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 56 – VG Wort.

⁷⁴⁰ *Peukert* GRUR 2015, 452, 455.

⁷⁴¹ Es wäre nicht schlüssig, dass Rechtsinhaber freiwillig Maßnahmen ergreifen können, um eine von der Schranke erfasste Nutzung zu ermöglichen, wenn es ihnen schon von vornherein versagt wäre, gesetz-

Bezogen auf den Zweck der technischen Maßnahmen ist zudem die Annahme des EuGH problematisch, es obliege den Mitgliedstaaten, die korrekte Anwendung der Schranke zu gewährleisten und Handlungen einzuschränken, die von den Rechtsinhabern nicht genehmigt wurden.⁷⁴² Dass Mitgliedstaaten Nutzerhandlungen selbst einschränken müssen, ergibt sich nicht aus der Richtlinie.⁷⁴³ Gemäß Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL haben Mitgliedstaaten allenfalls die Pflicht, geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass die Rechtsinhaber dem Begünstigten einer Schranke die Mittel zu deren Nutzung in dem für die Nutzung erforderlichen Ausmaß zur Verfügung stellen, soweit der Begünstigte rechtmäßig Zugang zum geschützten Werk erhalten hat (nachfolgend: geeignete Maßnahmen). Hierunter fallen vor allem Durchsetzungsmechanismen wie administrative und gerichtliche Verfahren sowie Mediationssysteme.⁷⁴⁴ Mitgliedstaaten müssen nach Art. 6 Abs. 3 UAbs. 1 InfoSoc-RL nur für die dort genannten Schranken – etwa die Reprograhieschranke – geeignete Maßnahmen ergreifen, wenn die Rechtsinhaber keine freiwilligen Maßnahmen ergriffen haben. Für bestimmte Formen des Online-Vertriebs besteht eine Verpflichtung generell nicht, Art. 6 Abs. 4 UAbs. 4 InfoSoc-RL.⁷⁴⁵ Mitgliedstaaten sind generell nicht verpflichtet, selbst technische Maßnahmen zu ergreifen, vgl. EGr 48 InfoSoc-RL.⁷⁴⁶ Eine Verpflichtung, Handlungen selbst einzuschränken, wäre nicht praktikabel. Erst recht besteht für die Privatkopieschranke gem. Art. 6 Abs. 3 UAbs. 2 InfoSoc-RL von vornherein keine Pflicht, geeignete Maßnahmen vorzusehen. Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL unterscheidet zwischen verschiedenen Schrankenbestimmungen.⁷⁴⁷ Die Mitgliedstaaten sind für die Privatkopieschranke gem. Art. 6 Abs. 3 UAbs. 2 InfoSoc-RL lediglich

lich privilegierte Nutzungen über technische Maßnahmen auszuschließen (vgl. auch *Dreier* GRUR Int. 2015, 648, 655; *Walter/v. Lewinski/Walter* Europäisches Urheberrecht, 2001, Info-RL Rn. 158; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 97; *Reinbothe* GRUR Int. 2001, 733, 741 f.; *Spindler* Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturflatrate, 2014, Rn. 212. Bezogen auf die deutsche Umsetzung auch *Grassmuck* ZUM 2005, 104 ff.). Aus dieser Regulationsstruktur ergibt sich die Zulässigkeit von überschießenden technischen Maßnahmen auch für die übrigen Schrankenregelungen.

⁷⁴² Vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 52 f. – VG Wort. In diese Richtung wohl auch *Dreier* ZUM 2013, 769, 772. Anders hingegen *Peukert* GRUR 2015, 452, 455, der die Vorgabe im Sinne versteht, dass nicht von der Schranke gedeckte Nutzungen verboten sind.

⁷⁴³ Vgl. *Dreier* ZUM 2013, 769, 772 f. Unkrit. hingegen *Rosenkranz* ZUM 2016, 160, 161 f.

⁷⁴⁴ *Stamatoudi/Torremanns/Geiger/Schönherr* EU Copyright Law, 2014, Rn. 11.99; *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.6.13.

⁷⁴⁵ *Peukert* GRUR 2015, 452, 455.

⁷⁴⁶ Vgl. *Stamatoudi/Torremanns/Geiger/Schönherr* EU Copyright Law, 2014, Rn. 11.113 zum Nichtbestehen einer Verpflichtung für die Rechtsinhaber. Schon daraus ergibt sich, dass Mitgliedstaaten erst recht nicht verpflichtet sind. Vgl. auch *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.6.2 zum Zweck von Art. 6 InfoSoc-RL.

⁷⁴⁷ *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.6.10 ff.

berechtigt, geeignete Maßnahmen vorzusehen, ohne dass ihnen eine Pflicht obliegen würde.⁷⁴⁸ Die tatsächliche Möglichkeit zur Nutzung nach der Privatkopierschranke wird bewusst nicht gewährleistet.

cc) Bedeutung für das Bestehen der Ausgleichspflicht dem Grunde nach

Es bestehen keine Zweifel darüber, dass die Möglichkeit der Anwendung von technischen Schutzmaßnahmen nach dem EuGH die Verpflichtung zum gerechten Ausgleich nicht entfallen lassen kann.⁷⁴⁹ In *Copydan* bekräftigt er diese Sichtweise ausdrücklich.⁷⁵⁰ Dies trägt dem Wortlaut der Richtlinie Rechnung und ist im Ergebnis überzeugend.

Die Art und Weise, wie der EuGH herleitet, ist problematisch. Der Gerichtshof stellt erstens fest, dass der gerechte Ausgleich nicht entfallen kann, wenn ein Mitgliedstaat die korrekte Anwendung der Privatkopierschranke nicht sicherstellt.⁷⁵¹ Diese Aussage basiert auf der unzutreffenden Annahme des EuGH über die Funktion von technischen Maßnahmen. Da es schon nicht die Aufgabe des Mitgliedstaates ist, die korrekte Anwendung der Schranke sicherzustellen, kann der gerechte Ausgleich konsequenterweise nicht entfallen, wenn sie dies nicht machen. Sofern Nutzungen erfolgen, die nicht unter die Schranke fallen, resultiert hieraus sowieso kein für den gerechten Ausgleich relevanter Schaden. Diese Feststellung passt auch nicht auf die in *VG Wort* vom Vorlagegericht gestellte Frage.⁷⁵² Der EuGH wurde in *VG Wort* eigentlich danach gefragt, ob die *Möglichkeit* der Anwendung von technischen Maßnahmen zum Entfallen der Ausgleichspflicht führen kann. Dieser Frage kommt der EuGH näher, wenn er zweitens feststellt, dass selbst wenn es den Rechtsinhabern möglich ist, freiwillige technische Maßnahmen anzuwenden, dies den

⁷⁴⁸ Krit. zur Regelung Stamatoudi/Torremanns/Geiger/Schönherr EU Copyright Law, 2014, Rn. 11.101.

⁷⁴⁹ Vgl. auch Wandtke/Bullinger/Leenen 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 82; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 13. Aus der Rechtsprechung ergibt sich, dass die Möglichkeit der Anwendung von technischen Schutzmaßnahmen auch für die Höhe des Ausgleichs unbeachtlich ist (so im Ergebnis auch Dreier ZUM 2013, 769, 772 f.; Stieper EuZW 2013, 699, 700. Vgl. auch Gräbig GRUR 2013, 816, 817). Bisher hat der EuGH nur festgestellt, dass die Möglichkeit der Anwendung der Maßnahmen die Ausgleichspflicht nicht ganz entfallen lassen kann. Die Argumentation des Gerichtshofs deutet allerdings darauf hin, dass die Möglichkeit der Nutzung insgesamt unbeachtlich ist (vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 57 – VG Wort). Dafür spricht insbesondere, dass der EuGH für die Höhe des Ausgleichs nur auf die tatsächliche Verwendung abstellt, ohne hiernach gefragt worden zu sein (EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 58 – VG Wort. Vgl. auch EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 45 f. – ACI Adam).

⁷⁵⁰ EuGH GRUR 2015, 487, Rn. 71 – Copydan.

⁷⁵¹ EuGH GRUR 2012, 812, Rn. 53 f. – VG Wort.

⁷⁵² Diese lautet: „Lässt bereits die Möglichkeit einer Anwendung von technischen Maßnahmen gemäß Art. 6 [InfoSoc-RL] die Bedingung eines gerechten Ausgleichs im Sinne des Art. 5 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie entfallen?“

gerechten Ausgleich nicht entfallen lassen kann.⁷⁵³ An einer nachvollziehbaren Begründung fehlt es. Der Gerichtshof betont, dass Rechtsinhaber technische Maßnahmen freiwillig anwenden können. Hieraus ergibt sich logisch aber nicht zwingend, warum der gerechte Ausgleich nicht entfallen können soll.⁷⁵⁴

dd) Bedeutung für die Höhe der Ausgleichspflicht

Der EuGH gibt vor, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, die konkrete Höhe des geschuldeten Ausgleichs davon abhängig zu machen, ob freiwillige technische Maßnahmen angewendet werden oder nicht.⁷⁵⁵ Das begründet er damit, dass die Mitgliedstaaten eine Möglichkeit zu einem Anreiz haben sollen, um zur korrekten Anwendung der Schranke beizutragen.⁷⁵⁶ Damit zielt er darauf ab, dass Rechtsinhaber von einer Schranke erfasste Nutzungen auch tatsächlich ermöglichen.⁷⁵⁷ Insofern befasst sich der EuGH allerdings nur mit der Bedeutung von freiwilligen technischen Maßnahmen im Sinne des Art. 6 Abs. 4 UAbs. 3 InfoSoc-RL auf die Höhe des Ausgleichs, ohne die Bedeutung der technischen Schutzmaßnahmen für die Ausgleichspflicht allgemeingültig zu adressieren.⁷⁵⁸

(1) Freiwillige technische Maßnahmen gemäß Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL

Den Mitgliedstaaten soll es freistehen, die Höhe des Ausgleichs von der Anwendung freiwilliger technischer Maßnahmen abhängig zu machen.⁷⁵⁹ Der EuGH stellt insofern – anders als beim gänzlichen Entfallen des Ausgleichs – auf die tatsächliche Anwendung

⁷⁵³ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 57 – VG Wort. So auch EuGH GRUR 2015, 478, 71 – Copydan. Argumentativ ist hierbei problematisch, dass der EuGH sich auf Maßnahmen nach Art. 6 Abs. 4 UAbs. 3 InfoSoc-RL bezieht, wie sich aus dem Kontext des Urteils ergibt.

⁷⁵⁴ Vgl. die entsprechende, in sich stimmige Argumentation von *Hugenboltz/Guibault/van Geffen* *The Future of Levies in a Digital Environment*, 2003, S. 43 f.

⁷⁵⁵ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 58 – VG Wort. Vgl. *Peukert* GRUR 2015, 452, 455; *Stieper* EuZW 2013, 699, 701. Wohingegen *VG Wort* sich auf die Anwendung freiwilliger technischer Maßnahmen im Sinne des Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL, die dem Ziel der Schranke Rechnung tragen sollen, bezieht (Rn. 56, 58), scheint EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 71 f. – Copydan weiterzugehen, wenn sich der EuGH hier auf die Anwendung von technischen Maßnahmen „gemäß Art. 6 InfoSoc-RL“ bezieht. Da der EuGH allerdings auch in *Copydan* davon ausgeht, die Regelung stelle die korrekte Anwendung der Schranken sicher, dürften hiermit ebenfalls die freiwilligen technischen Maßnahmen gem. Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL gemeint sein.

⁷⁵⁶ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 58 – VG Wort.

⁷⁵⁷ Vgl. *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 13; *Stieper* EuZW 2013, 699, 701.

⁷⁵⁸ Der EuGH würdigt diesen Umstand in EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 71 – Copydan nicht ausreichend, sondern bezieht die Aussage dann wiederum auf die technischen Maßnahmen nach Art. 6 Abs. 3 InfoSoc-RL generell. Diese Inkongruenz ändert nichts daran, dass sich EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 55 ff. – VG Wort zunächst nur mit freiwilligen technischen Maßnahmen befasst. Aufgrund des Verweises in *Copydan* muss dies als redaktioneller Fehler gewertet werden.

⁷⁵⁹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 58 – VG Wort.

der Maßnahmen und nicht auf die reine Möglichkeit ab.⁷⁶⁰ Damit sollen Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Höhe des Ausgleichs auf die tatsächliche Verbreitung von freiwilligen technischen Maßnahmen abstellen können. Dabei ist bemerkenswert, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, den Ausgleich entsprechend anzupassen, ohne dass sich hieraus eine entsprechende Verpflichtung ergeben würde. Den Mitgliedstaaten steht nach der Vorstellung des EuGH ein Ermessensspielraum zu. Das Unionsrecht steckt bezüglich der Bedeutung von technischen Schutzmaßnahmen die Grenzen ab, innerhalb derer sich die Mitgliedstaaten bei der konkreten Festsetzung der Höhe des Ausgleichs bewegen müssen.⁷⁶¹ Indem ihnen die Möglichkeit zu einem Anreiz eröffnet wird,⁷⁶² sollen die Mitgliedstaaten einen Beitrag zur korrekten Anwendung der Schrankenregelung leisten können.⁷⁶³ Dies zielt darauf ab, den Einsatz von technischen Maßnahmen zu fördern, die von Schrankenbestimmungen erfasste Nutzungen tatsächlich ermöglichen.⁷⁶⁴

Die Mitgliedstaaten können von der Möglichkeit meines Erachtens keinen Gebrauch machen, da nicht ersichtlich ist, wie ein solcher Anreiz sinnvoll funktionieren kann.⁷⁶⁵ Es kommt kein überzeugender Ansatz in Betracht, wie die Mitgliedstaaten einen sinnvollen Anreiz setzen könnten. Erstens müssen Rechtsinhaber, die gesetzlich privilegierte Nutzungen durch freiwillige technische Maßnahmen ermöglichen, bessergestellt werden als solche Rechtsinhaber, die „überschießende“ technische Schutzmaßnahmen anwenden.⁷⁶⁶ Dafür bedarf es allerdings keines mitgliedstaatlichen Anreizes, denn die Notwendigkeit – nicht nur die Möglichkeit – hierzu folgt aus der schadensrechtlichen Konzeption. Die

⁷⁶⁰ Vgl. auch *Stieper* EuZW 2013, 699, 700 f.

⁷⁶¹ Ähnlich *Peukert* GRUR 2015, 452, 455.

⁷⁶² Der EuGH würdigt nicht explizit, dass Rechtsinhaber gem. Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 bis 3 InfoSoc-RL auch verbindlich zur Einführung von technischen Maßnahmen veranlasst werden können, um sicherzustellen, dass die Rechtsinhaber dem Begünstigten die Mittel zur Nutzung nach bestimmten Schranken in dem für die Nutzung erforderlichen Maße zur Verfügung stellen.

⁷⁶³ So EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 57 – VG Wort.

⁷⁶⁴ Vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 55 – VG Wort.

⁷⁶⁵ Anders hingegen *Stieper* EuZW 2013, 699, 701, der davon ausgeht der Gerichtshof müsse wohl am ehesten so verstanden werden, dass es für die Höhe des Ausgleichs darauf ankommen kann, inwieweit die Verwender von technischen Schutzmaßnahmen den Schrankenbegünstigten die erforderlichen Mittel gem. Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL zur Verfügung stellen und die Maßnahmen insofern mit den mit der Schrankenregelung verfolgten Zielen zu vereinbaren sind. Nur wenn die Rechtsinhaber dies tun, erachte der EuGH den Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen als förderungswürdig. Das würdigt meines Erachtens nicht hinreichend, dass sofern entsprechende Maßnahmen nicht eingeleitet würden, eine Ausgleichspflicht mangels privilegierter Nutzung nicht bestünde. *Stieper* ist allerdings beizupflichten, dass derjenige, der seine Werke mit einem DRM-Mechanismus versieht, der privilegierte Kopien ausschließt oder einschränkt, sich gefallen lassen muss, dass er nur einen entsprechend geminderten Anteil am Vergütungsaufkommens erhält. Siehe auch *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 12.

⁷⁶⁶ In diese Richtung auch *Stieper* EuZW 2013, 699, 701.

Mitgliedstaaten sind bereits aus der Notwendigkeit zum Schadensausgleich generell dazu verpflichtet, den Schaden auf Grundlage einer Prognose über die Nutzung anzustellen,⁷⁶⁷ wobei die Anwendung von technischen Maßnahmen berücksichtigt werden muss.⁷⁶⁸ Wenn der Rechtsinhaber eine Nutzung faktisch unterbindet, ist er nicht kompensationsbedürftig.⁷⁶⁹ Zweitens können Rechtsinhaber, die freiwillige technische Maßnahmen im Sinne des Art. 6 Abs. 4 InfoSoc-RL ergreifen, nicht bevorzugt werden im Verhältnis zu Rechtsinhabern, die überhaupt keine technischen Schutzmaßnahmen anwenden. Das würde gegen das Gleichbehandlungsgebot⁷⁷⁰ verstoßen, da das Kompensationsbedürfnis der Rechtsinhaber in beiden Fällen gleich gelagert ist. Da keine sachlichen Gründe für eine Privilegierung vorliegen, kann die Ungleichbehandlung nicht gerechtfertigt werden. Ein solcher Anreiz wäre zudem nicht sachgerecht, da sich aus einem solchen Einsatz von technischen Schutzmaßnahmen im Vergleich zur Nichtanwendung technischer Maßnahmen für die Berechtigten der Schranke keine Vorteile ergeben.⁷⁷¹ Zuletzt erscheint es bei einer Pauschalabgabe nicht praktikabel, die Höhe des vom Schuldner zu leistenden Ausgleichs von der Anwendung freiwilliger technischer Maßnahmen abhängig zu machen und hierdurch einen Anreiz für den Einzelfall zu setzen.

(2) Technische Maßnahmen gemäß Art. 6 Abs. 3 InfoSoc-RL

Die Untersuchung der EuGH-Rechtsprechung zur Bedeutung der technischen Maßnahmen auf die Höhe des gerechten Ausgleichs hat gezeigt, dass Mitgliedstaaten generell be-

⁷⁶⁷ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – Padawan; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 28 – Copydan.

⁷⁶⁸ Vgl. auch Dreier ZUM 2013, 769, 772 f. Dass der EuGH dies nicht ausdrücklich hervorhebt, muss darauf zurückgeführt werden, dass er die Funktion der technischen Schutzmaßnahmen unzutreffend erfasst. Vgl. mit Blick auf das deutsche Recht auch Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 6. Ähnlich auch bereits Pfennig ZUM 2004, 198, 201 f. Im Ergebnis wohl auch HK/Hentsch 4. Aufl. 2018, § 54 UrhG Rn. 6, dessen Feststellungen aber bis zu einem gewissen Grad widersprüchlich erscheinen.

⁷⁶⁹ Dieser Ansatz entspricht dem vorzugswürdigen Verständnis nach der ursprünglichen Interpretation der Richtlinienvorgaben, weshalb auf die in der Darstellung der Ansicht genannten Argumente verwiesen wird.

⁷⁷⁰ Vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 73 – VG Wort; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 31 – Copydan.

⁷⁷¹ Einem Anreiz bedarf es auch nicht, wenn eine Nutzung durch die technische Maßnahme nicht generell ausgeschlossen wurde, sondern von bestimmten Voraussetzungen – wie der Leistung eines Entgelts – abhängig gemacht wird. Es ist zu verneinen, dass es sich hierbei um eine freiwillige technische Maßnahme im Sinne der EuGH-Rechtsprechung handelt, da die Maßnahme nicht auf die korrekte Anwendung der Schranke an sich abzielt, sondern die Nutzung nur unter weitergehenden Bedingungen möglich ist. Ebenfalls nicht überzeugend wäre es, dass Mitgliedsstaat vorsehen können, die Ausgleichsansprüche eines Rechtsinhabers für die Nutzungen all seiner Werke zu verringern, wenn er (teilweise) überschießende technische Schutzmaßnahmen anwendet. Damit würde nicht die Anwendung freiwilliger technischer Maßnahmen begünstigen, sondern die Anwendung überschießender technischer Maßnahmen sanktioniert.

rücksichtigen müssen, inwiefern Rechtsinhaber technische Maßnahmen angewendet haben.⁷⁷² Dies ergibt sich unmittelbar aus dem Erfordernis einer schadensausgleichenden Konzeption des gerechten Ausgleichs. Dass der EuGH diese generelle Verpflichtung nicht explizit herausstellt, ist bedauerlich, aber unschädlich. Die Mitgliedstaaten können Rechtsinhabern nur eine Kompensation zuerkennen, wenn deren Schutzgegenstände ausgleichspflichtig genutzt werden. Im Gegensatz zu den expliziten Vorgaben aus *VG Wort* liegt dem nicht unmittelbar ein Anreizgedanke zugrunde. Mittelbar kann sich hieraus aber sehr wohl ein Anreiz ergeben, keine „überschießenden“ technischen Maßnahmen anzuwenden, um in den Genuss des gesetzlichen Ausgleichs zu kommen. Der Einsatz von wirksamen technischen Schutzmaßnahmen reduziert den kompensationsfähigen Schaden zumindest.⁷⁷³ Mit Blick auf die Verpflichtung der Ausgleichsschuldner bedeutet dies, dass der gerechte Ausgleich konzeptuell berücksichtigen muss, wenn wegen der Anwendung von technischen Schutzmaßnahmen ausgleichspflichtige Nutzungen unterbleiben.⁷⁷⁴

ee) Übertragbarkeit auf den gerechten Ausgleich für andere Schrankentatbestände

Der EuGH hat sich in seiner Rechtsprechung bisher nur explizit mit dem Verhältnis von technischen Schutzmaßnahmen und dem gerechten Ausgleich für Privatkopien nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL befasst. Die Rechtsprechung ist auf den gerechten Aus-

⁷⁷² Meines Erachtens muss wenigstens theoretisch in Betracht kommen, den gerechten Ausgleich entfallen zu lassen, wenn technische Maßnahmen in der Praxis eine solche Verbreitung finden, dass allen Rechtsinhabern bei der Verwendung der Vergütungsobjekte allenfalls ein geringfügiger Schaden entstünde (so auch Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 9. Vgl. auch Peukert GRUR 2015, 452, 455). Sofern eine ausgleichspflichtige Nutzung gänzlich verhindert würde, wäre eine Inanspruchnahme mit dem gerechten Ausgleich nicht nur entbehrlich, sondern sogar unzulässig. Das ergibt sich aus der faktisch geprägten Sichtweise des EuGH, wonach die praktische Erwartung über die ausgleichspflichtige Nutzung berücksichtigt werden muss (vgl. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 28 – Copydan). Sofern der Schaden wegen der praktischen Verwendung von technischen Schutzmaßnahmen nur geringfügig wäre, kann die *de minimis*-Ausnahme angewendet werden. Der EuGH hat diese Konstellation bisher nicht adressiert, da nach den derzeitigen Gegebenheiten ein Entfallen der Ausgleichspflicht nicht droht. Das ist wiederum insbesondere auf die Konvergenz der Einsatzmöglichkeiten von Anlagen und Trägern zurückzuführen (vgl. Hugenholtz/Guibault/van Geffen *The Future of Levies in a Digital Environment*, 2003, S. 23, 40; GA Szpunar, Schlussanträge vom 19.1.2016, Rs. C-470/14, Rn. 43 – EGEDA; Walter MR Beil. 2/2012, 1, 2).

⁷⁷³ Vgl. Gräbig GRUR 2013, 816, 817; Pflüger *Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung*, 2017, S. 96 f.

⁷⁷⁴ Anders wohl GA Cruz Villalón Schlussanträge vom 18.6.2014, Rs. C-462/12, Rn. 77 ff. – Copydan, der von einem weiten Ermessenspielraum der Mitgliedstaaten ausgeht, wonach weder der Einsatz noch der Nichteinsatz wirksamer technischer Schutzmaßnahmen eine Auswirkung auf den Privatkopieausgleich haben soll. Dies lässt sich meines Erachtens nicht damit vereinbaren, dass die Anwendung technischer Schutzmaßnahmen für den Privatkopieausgleich nach den Richtlinienvorgaben berücksichtigt werden muss. Krit. zur Herleitung, aber im Ergebnis ähnlich Peukert GRUR 2015, 452, 455 f.

gleich für andere Schrankenbestimmungen zu übertragen.⁷⁷⁵ Gegen eine Übertragung könnte zwar sprechen, dass die Privatkopieregelung im Gegensatz zu den anderen Richtlinienbestimmungen mit obligatorischem gerechtem Ausgleich explizit die Berücksichtigung der Anwendung von technischen Schutzmaßnahmen fordert. Zudem nimmt der EuGH in seiner Herleitung auch auf EGr. 52 InfoSoc-RL Bezug, der sich nur auf diese Schrankenbestimmung bezieht. Dies steht einer Übertragbarkeit der Rechtsprechung jedoch nicht entgegen. Dass für die Höhe des gerechten Ausgleichs die Anwendung von technischen Schutzmaßnahmen berücksichtigt werden muss, ergibt sich aus der schadensausgleichenden Konzeption, die schrankenübergreifend gilt. Insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich das Ergebnis mit der Auffassung deckt, die nach dem ursprünglichen Verständnis der Richtlinienvorgaben vorzugswürdig ist, bleibt hier kein ernsthafter Zweifel.

⁷⁷⁵ Dreier ZUM 2013, 769, 773. Vgl. aber die differenzierten Erwägungen zu den Richtlinienvorgaben von *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.33.

H. *Strukturierung der Haftungsvorgaben*

Der EuGH hat ein gestuftes Haftungskonzept entworfen. Aus diesem Konzept ergibt sich, unter welchen Voraussetzungen den Mitgliedstaaten welche Gestaltungsspielräume bei der Ausgestaltung der Ausgleichssysteme zustehen. Dies ist vor allem für die Fragen von Bedeutung, wer Schuldner des Ausgleichs sein kann, welche Handlungen Anknüpfungspunkt für eine Zahlungspflicht sein können – d. h. welcher Akt die Leistungspflicht auslöst – und inwiefern Korrekturen der Ausgleichspflicht etwa durch Erstattungen zulässig oder sogar erforderlich sind. Der Terminus der Haftung, der keinen einheitlich verwendeten Rechtsbegriff darstellt,⁷⁷⁶ bezeichnet in diesem Kontext also die Ausgestaltung des Systems der Inanspruchnahme sowie der Rechte und Pflichten der vom Ausgleichssystem betroffenen Personen. Das Haftungskonzept ist nicht unmittelbar im Richtlinienentwurf oder in den Erwägungsgründen angelegt, sondern es ergibt sich aus der Auslegung des gerechten Ausgleichs durch den EuGH. Die verschiedenen Haftungsstufen hat der Gerichtshof sukzessive herausgearbeitet.⁷⁷⁷ Dabei ist nicht erkennbar, dass der Gerichtshof von vornherein ein Gesamtkonzept vor Augen hatte, aus dem sich die materiellen Anforderungen an die einzelnen Stufen ableiten.

Der EuGH hat die Haftungsstufen zunächst ausschließlich für Fälle entwickelt, die einen gerechten Ausgleich für Privatkopien zum Gegenstand hatten.⁷⁷⁸ Inzwischen hat er das Haftungskonzept entsprechend auf den gerechten Ausgleich der Reprographieschranke angewendet.⁷⁷⁹ Teilweise lagen den Vorlageverfahren Systeme zugrunde, deren gerechter Ausgleich sich auf mehrere Schrankenbestände der InfoSoc-Richtlinie bezog.⁷⁸⁰ An der

⁷⁷⁶ Staudinger/*Olzen* 2019, Einl. SchuldR, Rn. 239.

⁷⁷⁷ Der EuGH normiert die Vorgaben, ohne selbst von Haftungsstufen zu sprechen oder diese mit bestimmten Begriffen zu bezeichnen. Aus der Rechtsprechung ergibt sich aber der gestufte Ansatz, der der Gliederung der Arbeit zu Grunde liegt. In der Auseinandersetzung mit den Vorgaben der Rechtsprechung werden die Haftungsvorgaben überwiegend umschrieben, ohne die Stufen mit einem Begriff zu benennen.

⁷⁷⁸ Grundlegend EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 39 ff., 46 – Padawan.

⁷⁷⁹ Grundlegend EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 60 ff., 76 f. – Padawan.

⁷⁸⁰ Der EuGH hat dem multikompensatorischen Charakter der Ausgleichssysteme keine erkennbare Bedeutung zuerkannt (vgl. EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 22 – Luksan; EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 12 – VG Wort; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 7 – Amazon; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 9 – Reprobel; EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 8 – Austro-Mechana). Ausgleichssysteme für Nutzungen gemäß sich überschneidenden Schrankenbestimmungen sind hingegen nicht im engeren Sinne multikompensatorisch, sondern stellen eine besondere Erscheinungsform eines monokompensatorischen Systems dar. Sofern sich Anwendungsbereiche von verschiedenen europäischen Schrankenbestimmungen überschneiden – etwa bei der Reprografiekopien durch Privatpersonen, Art. 5 Abs. 2 lit. a) und b) InfoSoc-RL – können Nutzungen sich auf beiden Regelungen gleichermaßen berufen (vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 33 – Reprobel. Anders Walter/*v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010,

grundsätzlichen Zulässigkeit solcher multikompensatorischen Systeme besteht kein ernsthafter Zweifel.⁷⁸¹ Sofern die Anwendung der jeweiligen Anteile einer Abgabe für sich genommen zulässig ist, können sie auch kumuliert angewendet werden.⁷⁸² Der EuGH hat in den Urteilen zu multikompensatorischen Ausgleichssystemen nicht festgestellt, dass für die unterschiedlichen Ausprägungen des gerechten Ausgleichs unterschiedliche unionsrechtliche Anforderungen an die Strukturierung des Haftungssystems zu stellen sind. Da keine grundlegenden Unterschiede hinsichtlich der Interessen der Beteiligten bestehen, kann angenommen werden, dass die Haftungsstufen schrankenübergreifend gelten.⁷⁸³ Teilweise ist es erforderlich, die Anforderungen an die konkrete Ausprägung des gerechten Ausgleichs dem Tatbestand der zu kompensierenden Schranke anzupassen.⁷⁸⁴

I. Idealtypische Haftung

Den Vorgaben des EuGH zu den verschiedenen Haftungsstufen liegt eine idealtypische Vorstellung über die Inanspruchnahme der Nutzer durch die Rechtsinhaber zugrunde. Sie bildet den Ausgangspunkt für die Strukturierung der Vorgaben. Nach dem Idealtyp haftet

Rn. 11.5.27, 11.5.30). Es ist in diesen Konstellationen ausreichend, wenn der Ausgleich den zwingenden Anforderungen des gerechten Ausgleichs für eine Schrankentatbestand genügt (vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 37 – Reprobel).

⁷⁸¹ Vgl. BGH GRUR 2012, 1017 Rn. 32 – Digitales Druckzentrum; Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 2a; Dreier ZUM 2011, 281, 290; Obby DJT-Gutachten 2014, S. F72; Spindler FS Pfennig 2012, S. 387, 393, 401. Im Grundsatz auch Ullmann CR 2011, 288, 290 f.

⁷⁸² Dreier ZUM 2011, 281, 290; Spindler FS Pfennig 2012, S. 387, 393, 401. Dabei kann ein multikompensatorisches System auch Anteile von fakultativen und obligatorischen Ausgleichsansprüchen kombinieren. Im Ergebnis allerdings anders östOGH GRUR Int. 2017, 455, Nr. 4.3.(c) – Austro-Mechana/Amazon III. Dazu auch auf Teil 1: Vor A. sowie Teil 1: H.II.3.f)aa). Obwohl der österreichische Gesetzgeber ein multikompensatorisches Vergütungssystem vorgesehen hat, interpretiert der östOGH den Anspruch im Ergebnis im Sinne einer monokompensatorischen Privatkopievergütung. Dem liegt wohl die unzutreffende Annahme zu Grunde, ein gerechter Ausgleich könne nur gewährt werden, wenn die Richtlinie dies vorsehe. Inwiefern das Gericht multikompensatorische Systeme auch für einen obligatorischen Ausgleich nach unterschiedlichen Schranken für zulässig hält, ist nicht klar. Gründe, warum ein multikompensatorischer Ausgleich unionsrechtlich unzulässig sein sollte, werden vom Gericht weder genannt, noch sind sie ersichtlich.

⁷⁸³ Damit ist eine Dritthaftung im Grunde nicht etwa nur für die Privatkopie- und Reprographieschranke zulässig. Die Besonderheiten der jeweiligen Schranken können für die Ausgestaltung des Haftungsstufen insofern bedeutsam sein, als dass sie sich auf die tatsächlichen Zulässigkeitsvoraussetzungen der jeweiligen Haftungsstufen auswirken können und mithin Bedeutung bei der Frage erlangen, welche Gestaltungsspielräume den Mitgliedstaaten praktisch offenstehen. Beispielsweise können für die Beurteilung von praktischen Schwierigkeiten bei der Identifikation und Inanspruchnahme der Nutzer die Tatbestandsvoraussetzungen einer Schranke bedeutsam sein. Derartige Schwierigkeiten liegen bei Privatkopie- und Reprographieschranken in der Regel vor, da diese Massennutzungen privilegieren, die von den Rechtsinhabern nicht ohne Weiteres erfasst werden können. Dies führt allerdings nicht dazu, dass die materiellen Vorgaben zur Strukturierung der Haftung zwischen den verschiedenen Ausprägungen des gerechten Ausgleichs von vornherein unterschiedlich wären.

⁷⁸⁴ Vgl. abstrakt EuGH GRUR 2016, Rn. 37 – Reprobel.

der gesetzlich privilegierte Endnutzer selbst⁷⁸⁵ für den konkreten aus den tatsächlich vorgenommenen Vervielfältigungen entstehenden Schaden.⁷⁸⁶ Da der Nutzer der Verursacher des Schadens der Rechtsinhaber ist, ist er zur Wiedergutmachung verpflichtet; dies wird maßgeblich aus dem Rechts- und Interessenausgleich nach EGr. 31 InfoSoc-RL hergeleitet.⁷⁸⁷ Wegen des Bezugs zur konkreten Nutzung erfolgt die Inanspruchnahme nach dieser Vorstellung im engen zeitlichen Zusammenhang mit der Nutzung oder im Nachhinein.⁷⁸⁸

Der EuGH erkennt an, dass eine Haftung, die diesem Idealtyp in jeder Hinsicht gerecht wird, nicht praxisgerecht ist. Auch wenn der EuGH weitreichende Abweichungen von der idealtypischen Haftung zulässt, erachtet er diese als rechtfertigungsbedürftige Ausnahmen, womit die Vorstellung die Haftung prägt.⁷⁸⁹ Während eine Abweichung von der idealtypischen Vorstellung in konzeptioneller Hinsicht also eine Ausnahme darstellt, ist sie in der tatsächlichen Handhabung der Normalfall. Solche Abweichungen treten in verschiedenen Formen und unterschiedlichen Intensitätsgraden auf. Sie können sich auf die Person des Schuldners sowie auf die Modalitäten der Leistungspflicht beziehen. Oftmals werden unterschiedliche Formen von Abweichungen – wie Typisierungen, Kumulierungen, Pauschalierungen sowie die Inanspruchnahme von anderen Personen – miteinander kombiniert.

Das Unionsrecht eröffnet nach der Auslegung des EuGH den Mitgliedstaaten die entsprechenden Gestaltungsspielräume nur, sofern ein Bedürfnis für eine entsprechende Ausgestaltung des Ausgleichssystems besteht.⁷⁹⁰ Je weiter sich die vom Mitgliedstaat avisierte Ausgestaltung von der idealtypischen Haftung entfernt, desto höher sind die Zulässigkeitsvoraussetzungen, denen die Ausgleichssysteme genügen müssen.

⁷⁸⁵ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 45 – Padawan; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 22 – Copydan; EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 43 – Strato. Siehe auch *Verweyen* JurPC Web-Dok. 10/2019, Abs. 27.

⁷⁸⁶ EuGH GRUR 2016, 50, Rn. 69, 82, 84, 86 – Reprobel; Wandtke/Bullinger/*Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 68.

⁷⁸⁷ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 44 f., 47 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 23, 29 – Opus; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 43 – Amazon; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 23 – Copydan; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 27 – EGEDA; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 30 – Microsoft Mobile Sales International. Vgl. auch *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 345; *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 835 f.; GA *Špurnar* Schlussanträge vom 19.1.2016, Rs. C-470/14, Rn. 37 ff. – EGEDA.

⁷⁸⁸ Vgl. EuGH GRUR 2016, 50, Rn. 69, 82 – Reprobel.

⁷⁸⁹ Vgl. auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 88 f.

⁷⁹⁰ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 82 – Reprobel. Vgl. auch EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 47 f. – Padawan; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 27 – EGEDA. So auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 86. Siehe auch *Dokalik/Zemann/Zemann* Österreichisches und internationales Urheberrecht, 7. Aufl. 2018, S. 331.

II. Einfache Dritthaftung

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen und die mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräume der einfachen Dritthaftung gehen auf *Padawan* zurück.⁷⁹¹ Die Zulässigkeitsvoraussetzungen dieser Haftungsstufe sind niedrig. Die Mitgliedstaaten haben die Möglichkeit, nicht den jeweiligen Nutzer selbst, sondern einen Dritten mit dem Ausgleich zu belasten. Im Rahmen dieser Haftungsstufe gilt das Verbot der unterschiedslosen Anwendung, d. h. eine Abgabe darf nur angewendet werden, soweit eine ausgleichspflichtige Nutzung vermutet werden kann. Die Mitgliedstaaten müssen Erstattungen ermöglichen, sofern ein Nutzer mit einer Ausgleichspflicht belastet wird, mit der er nach den unionsrechtlichen Vorgaben von vornherein nicht hätte belastet werden dürfen. Nach vorzugswürdiger Ansicht steht es den Mitgliedstaaten frei, weitergehende Erstattungsansprüche vorzusehen – etwa im Fall einer ausschließlichen Nutzung der Ausgleichsobjekte zu nicht ausgleichspflichtigen Zwecken.

1. Zulässigkeitsvoraussetzungen

Padawan wurde zunächst dahingehend verstanden, dass es den Mitgliedstaaten möglich sei, eine Inanspruchnahme nach den Vorgaben der einfachen Dritthaftung voraussetzungslos umzusetzen.⁷⁹² Diese Annahme wurde in der Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung zugrunde gelegt, ohne dass hierüber überhaupt ein Diskurs entfacht wäre.⁷⁹³ Der EuGH begründet die Möglichkeit, einen Dritten in Anspruch zu nehmen, mit vier Erwägungen. Zwei von ihnen begründen, warum es sachgerecht ist, nicht den Endnutzer auf direktem Wege in Anspruch zu nehmen. Zwei weitere legen das Bedürfnis einer derartigen Gestaltungsmöglichkeit dar. Dass es unionsrechtlich zulässig sein kann, nicht den Nutzer unmittelbar zu belasten, ergibt sich nach dem EuGH erstens daraus,

⁷⁹¹ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 38 ff. – *Padawan*. Die Arbeit verwendet den Begriff der Dritthaftung. In der Rechtsprechung wie auch in der Literatur hat sich kein gängiger Begriff etabliert für Vergütungs- bzw. Ausgleichsansprüchen, die bei einem Dritten erhoben werden (vgl. die Umschreibung von *Pflüger Gerechter Ausgleich* und angemessene Vergütung, 2017, S. 24). Zum Teil wird die Verlagerung von Nutzern auf Dritte als indirektes System bezeichnet (Wandtke/Bullinger/*Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 57). Die Dritthaftung ist dadurch gekennzeichnet, dass eine Person sich einem Anspruch der Rechtsinhaber ausgesetzt sieht, der in der Sache auf eine Leistung für die gesetzlich privilegierten Nutzungen einer anderen Person abzielt, die nicht in Anspruch genommen werden kann. In Mitgliedstaaten, die eine Dritthaftung vorsehen, sind die Nutzer üblicherweise keinen direkten Ansprüchen der Rechtsinhaber für die nach der Schranke privilegierten Nutzungen ausgesetzt. Der Begriff der Dritthaftung bezeichnet insofern nicht die Haftung für die Schuld eines anderen.

⁷⁹² EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan*.

⁷⁹³ Vgl. *Dreher* ELR 2010, 382, 384; *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1006; *Niemann* JurPC Web-Dok. 178/2013, Abs. 10; *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 15.

dass die Tätigkeit der erfassten Dritten eine notwendige tatsächliche Voraussetzung für die Anfertigung von Privatkopien darstellt, und zweitens ist es dem Dritten möglich, die Abgabe abzuwälzen.⁷⁹⁴ Dass ein Bedürfnis für eine derartige Regelung besteht, ergibt sich erstens daraus, dass praktische Schwierigkeiten bei der Identifikation und Inanspruchnahme der Endnutzer bestehen, und zweitens erachtet der EuGH es als möglich, dass der „Nachteil, der sich aus jeder privaten Nutzung ergeben kann, einzeln betrachtet“ zu geringfügig ist.⁷⁹⁵ Das Argument der praktischen Schwierigkeiten bezieht sich auf die Belastung des Dritten selbst, wohingegen das Argument der Geringfügigkeit auf die kumulative Haftung für mehrere Vervielfältigungen gerichtet ist. Diese beiden Ausgestaltungsformen können zwar voneinander unterschieden werden, hängen aber voneinander ab und sind in der einfachen Dritthaftung gleichsam einschlägig.⁷⁹⁶ Aus dem Wortlaut der Entscheidung ergibt sich nicht, dass die Zulässigkeit der Belastung von Dritten von einem der genannten Erwägungen abhängen würde. Das Gericht begründet in seinen Ausführungen lediglich, warum eine derartige Inanspruchnahme möglich ist.⁷⁹⁷ Da der Gerichtshof nur für das Geringfügigkeitsargument davon ausging, es sei *möglicherweise* relevant, lag der Schluss nahe, pauschal vom Vorliegen der praktischen Schwierigkeiten auszugehen. Nicht nur die Formulierung aus *Padawan*, den Mitgliedstaaten stehe es unter Berücksichtigung dieser Gesichtspunkte frei, Dritte zu belasten,⁷⁹⁸ spricht für dieses Verständnis. Auch ein Umkehrschluss aus *Amazon* deutete auf diese Auslegung hin.⁷⁹⁹ In dem dortigen Urteil erachtet der EuGH den mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum nach der qualifizierten Dritthaftung nur unter der Voraussetzung für eröffnet, dass ein nationales Gericht praktische

⁷⁹⁴ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 48 – *Padawan*. Dazu unter Teil 1: H.II.2.a)dd).

⁷⁹⁵ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan*.

⁷⁹⁶ Vgl. auch EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 70 f. – *Reprobel*. So wäre es zum einen denkbar, dass die von einem Dritten (z. B. einem Dienstleister von Vervielfältigungen) zu entrichtende Abgabe nach dem tatsächlichen Schaden der jeweiligen Vervielfältigungen berechnet wird. Zum anderen kann der Nutzer selbst auf eine kumulierende Pauschalabgabe in Anspruch genommen werden. Damit ist es aber problematisch, das Argument der Geringfügigkeit für die Begründung der Haftung von Dritten anzubringen. Das Gericht bezieht sich auf den aus einer einzelnen Vervielfältigungshandlung resultierenden Nachteil. Dessen Geringfügigkeit soll die Inanspruchnahme eines Dritten begründen. Sinnvollerweise kann dies nur so verstanden werden, dass der Geringfügigkeit durch eine Kumulation des Ausgleichs für verschiedenen Handlungen entgegengetreten wird. Damit kann aber nicht die Inanspruchnahme des Dritten im engeren Sinne, sondern die kumulierte Anwendung gerechtfertigt werden. Es erschließt sich nicht, warum der Geringfügigkeit nicht durch eine pauschale Inanspruchnahme des Endnutzers selbst abgeholfen werden soll.

⁷⁹⁷ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan*. Vgl. auch die zusammenfassende Wiedergabe in EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 24 – *Amazon*, die ebenfalls auf dieses Verständnis hindeutet.

⁷⁹⁸ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan*.

⁷⁹⁹ Vgl. *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1006, die diese Annahme zu Grunde legen.

Schwierigkeiten feststellen konnte.⁸⁰⁰ Der EuGH versteht das Merkmal der praktischen Schwierigkeiten der qualifizierten Dritthaftung nach *Amazon* weiter als das entsprechende Merkmal nach *Padawan*.⁸⁰¹ Da die *Padawan*-Entscheidung für die einfache Dritthaftung nicht ausdrücklich die Feststellung praktischer Schwierigkeiten fordert, war zunächst von deren Entbehrlichkeit auszugehen.

Aus *Reprobel* ergibt sich inzwischen, dass eine *ex ante*-Inanspruchnahme nur beim Vorliegen praktischer Schwierigkeiten zulässig ist. Hiernach ist die Feststellung erforderlich, dass die Identität der Nutzer nicht festgestellt werden kann und infolgedessen eine Bewertung des Schadens unmöglich ist.⁸⁰² Der Gestaltungsspielraum der einfachen Dritthaftung wird den Mitgliedstaaten unter der Voraussetzung eröffnet, dass praktische Schwierigkeiten bestehen. Weitere Voraussetzungen sind an diese Haftungsstufe nicht zu stellen. An die Voraussetzung können keine hohen Anforderungen gestellt werden.⁸⁰³ Insbesondere für den Privatkopie- und den Reprographieausgleich ergeben sich praktische Schwierigkeiten in der Regel bereits aus dem Umstand, dass sich die Schranken auf massenhafte Nutzungen beziehen, die aus rechtlichen und praktischen Gründen kaum kontrolliert werden können.⁸⁰⁴ Der Mitgliedstaat kann sich indes nicht auf das Vorliegen praktischer Schwierigkeiten berufen, wenn sich aus der Logik des Ausgleichssystems ergibt, dass diese nicht bestehen. Der EuGH versteht die sich aus diesem Kohärenzerfordernis ergebende

⁸⁰⁰ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31; 33 f. – *Amazon*.

⁸⁰¹ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31 – *Amazon*.

⁸⁰² EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 69, 82 – *Reprobel* mit vergleichendem Verweis auf EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 45, wo die grundsätzliche Ausgleichspflicht des Nutzers festgelegt wird. Siehe auch Wandtke/Bullinger/*Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 69; *Verweyen* JurPC Web-Dok. 10/2019, Abs. 27, wobei letztgenannter zusätzlich auf die Abwälzungsmöglichkeit abstellt. In Richtung der Notwendigkeit einer Inanspruchnahme des „nutzungsnäheren“ Schuldners auch *Schaefer* GRUR 2020, 1248, 1254 bezogen auf sog. Internetvideorekorder, der diese Annahme nicht auf eine normative Grundlage zurückführt. Trotz Unterschiede in der Formulierung entspricht dies im Wesentlichen dem Kriterium aus EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan*. Der EuGH hatte offenbar eine spezielle Konstellation vor Augen. Letztendlich sprechen die besseren Gründe dafür, nicht nur eine *ex ante*-Haftung eines Dritten, sondern auch der Nutzer zuzulassen. Da der EuGH aber vorgibt, dass die Unmöglichkeit der Bewertung auf der Unmöglichkeit der Identitätsfeststellung beruhen muss, bedarf es insofern einer Vorlage. Vgl. nun auch EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 47 – *Strato*.

⁸⁰³ A.A. *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, 37, der unter anderem auf EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 24 ff. – *Amazon* verweist und signifikante praktische Schwierigkeiten für notwendig hält. In dem Kontext, in dem *Amazon* die Prüfung des Vorliegens von hinreichenden praktischen Schwierigkeiten vorschreibt, befasst sich das Urteil mit einer anderen Haftungsstufe. Daher lässt sich dieser Maßstab für die einfache Dritthaftung aus dem Urteil nicht herleiten.

⁸⁰⁴ Ob praktische Schwierigkeiten auch für den Ausgleich nach anderen Schrankentatbeständen bestehen, ist anhand der konkreten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Gerade bei Nutzungen, die schwer zu erfassen und zu kontrollieren sind und zugleich für sich genommen nur einen verhältnismäßig geringen Schaden verursachen, wird das Merkmal regelmäßig erfüllt sein.

Subsidiarität der *ex ante*-Inanspruchnahme im Verhältnis zur Notwendigkeit einer persönlichen Haftung nicht zu streng, sondern lässt hiervon Ausnahmen zu.⁸⁰⁵

2. *Anknüpfungspunkt der Leistungspflicht*

Im Grundsatz steht den Mitgliedstaaten bei der Festlegung des Anknüpfungspunktes für die Pflicht zur Zahlung eines gerechten Ausgleichs und der damit zusammenhängenden Wahl des Schuldners ein weites Ermessen zu.⁸⁰⁶ Das weite Ermessen umfasst, die verschiedenen Elemente der Regelung des gerechten Ausgleichs festzulegen.⁸⁰⁷ Dabei kommen unterschiedlichste Regelungskonzepte in Betracht. Anschaulich zeigt sich dies etwa darin, dass sich dem Unionsrecht keine konkreten Vorgaben darüber entnehmen lassen, wie ein gerechter Ausgleich für Vervielfältigungen auf Cloud-Speichern gewährt werden soll.⁸⁰⁸ Die Mitgliedstaaten können vorsehen, dass der Anbieter von Cloud-Dienstleistungen in Anspruch genommen wird.⁸⁰⁹ Genauso ist es aber möglich, den gerechten Ausgleich auch für diese Vervielfältigungen über eine Abgabe auf Geräte- oder auch Speichermedien zu gewähren.⁸¹⁰

Der Spielraum wird durch zwingende Vorgaben eingeschränkt. So müssen die Mitgliedstaaten etwa das Gleichbehandlungsgebot beachten, Art. 20 GRCh, was unter anderem die Auswahl des Schuldners betrifft.⁸¹¹ Aus dem Gleichbehandlungsgebot leitet sich für die Mitgliedstaaten keine Pflicht ab, sowohl eine Geräte- als auch eine Speichermedienab-

⁸⁰⁵ Beispielsweise kann gemäß EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 85 – Repebel ein kombiniertes System, das sich zum einen aus einer vorab zu entrichtenden Pauschalvergütung und zum anderen aus einer ergänzend zu zahlenden Vergütung zusammensetzt, die nach dem Vervielfältigungsvorgang eingezogen wird und deren Höhe sich nach den vorgenommenen Vervielfältigungen richtet, unionsrechtskonform sein, sofern den vom EuGH konkretisierten Anforderungen an eine Erstattung genüge getan wird.

⁸⁰⁶ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 23 – Opus; EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 74 – VG Wort; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 20 – Amazon; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 20 – Copydan; EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 18 – Austro-Mechana; EuGH GRUR Int. 838, Rn. 23 – EGEDA; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 27 – Microsoft Mobile Sales International. Vgl. auch BGH GRUR 2017, 172, Rn. 51 – Musik-Handy; BGH ZUM-RD 2017, 262, Rn. 48 – Mobiltelefone; BGH ZUM-RD 2016, 444, Rn. 35 – GV Unterhaltungselektronik; BGH GRUR 2012, Rn. 39 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; Dreier ZUM 2013, 769, 771; Dreier/Hugenholtz/Bechtold Concise European Copyright Law, 2. Aufl. 2016, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 3(e); Wandtke/Bullinger/Leenen 56. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 54; HK/Hentsch 4. Aufl. 2018, Vor § 54 UrhG Rn. 10.

⁸⁰⁷ EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 46 – Strato. Vgl. auch Müller GRUR-Prax 2022, 287.

⁸⁰⁸ EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 34 ff. – Strato. In der Tendenz kritisch gegenüber der Einbeziehung in das Ausgleichssystem Peifer JZ 2022, 521.

⁸⁰⁹ EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 44, 48 – Strato

⁸¹⁰ EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 46 – Strato.

⁸¹¹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 73 – VG Wort; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 31 ff. – Copydan; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 44 f. – Microsoft Mobile Sales International.

gabe einzuführen.⁸¹² Da es sich bei Geräten und Speichermedien nicht um vergleichbare Güter im Sinne des Gleichbehandlungsgebotes handelt, sondern sie wegen ihrer unterschiedlichen Eigenschaften verschiedene Kategorien von Anlagen darstellen, sind Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, beide Abgaben zu kombinieren.⁸¹³ Welche konkreten Anforderungen sich aus dem Gleichbehandlungsgebot für die Ausgestaltung des Ausgleichssystems ergeben können, hat der EuGH in weiteren Urteilen präzisiert. *VG Wort*⁸¹⁴ stellt für die Konstellation eines einheitlichen Verfahrens, bei dem Kopien mithilfe einer Kette von Geräten angefertigt werden, fest, dass die Mitgliedstaaten das System auf ein Gerät beziehen können, das als Teil dieser Kette in nicht eigenständiger Weise zu dem Vervielfältigungsverfahren beiträgt. Dabei ist es notwendig, dass der Betrag des Ausgleichs insgesamt im Verhältnis zu demjenigen, der für die Vervielfältigung mittels nur eines Geräts geschuldet ist, nicht substantiell abweicht.⁸¹⁵ Nach *Copydan*⁸¹⁶ dürfen unterschiedliche Kategorien von Wirtschaftsteilnehmern, „die vergleichbare von der für Privatkopien geltenden Ausnahme erfasste Güter vermarkten“, ohne dass hierfür eine Rechtfertigung besteht, nicht ungleich behandelt werden. Der Gerichtshof erarbeitet dies im Kontext der Frage, ob eine Ungleichbehandlung von multifunktionalen Trägern, wie Speicherkarten einerseits und internen Speichern andererseits, zulässig sein könne. Wird der Privatkopieausgleich nicht umfassend auf unterschiedliche Kategorien von gleichartigen Anlagen angewendet, die jeweils für Vervielfältigungen geschützter Werke zu privaten Zwecken genutzt werden, deutet dies auf eine Ungleichbehandlung hin.⁸¹⁷ Besondere Umstände können jedoch eine andere Bewertung erfordern.⁸¹⁸ Dies nimmt der EuGH etwa an, wenn aufgrund charakteristischer Eigenschaften der Anlage eine ausgleichspflichtige Nutzung in größerem Umfang zu erwarten ist.⁸¹⁹ Die Ungleichbehandlung soll dann insbe-

⁸¹² Vgl. EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 46 – Strato. In der einschlägigen Literatur wird die Frage überwiegend gar nicht erst thematisiert (vgl. *Dreier ZUM* 2013, 769, 772; *Pardo/Lucas-Schloetter EIPR* 2013, 463, 468). Vor dem Hintergrund des Ausgestaltungsermessens der Mitgliedstaaten ist davon auszugehen, dass die Autoren nicht von der Notwendigkeit einer entsprechenden Ausgestaltung ausgehen dürften. Anders hingegen *Walter MR* 2015, 162, 163, der in Erwägung zieht, eine Pflicht zu einer Geräteabgabe abzuleiten, sofern eine Speichermedienabgabe besteht.

⁸¹³ Vgl. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 37 ff. – Copydan.

⁸¹⁴ EuGH GRUR 2013, Rn. 78 – VG Wort. Vgl. dazu *Dreier ZUM* 2013, 769, 771 f.; *Wandtke/Bullinger/Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 39.

⁸¹⁵ Diese Vorgabe kann für Vervielfältigungshandlungen auf Cloud-Speichern Bedeutung erlangen (vgl. EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 52 f. – Strato).

⁸¹⁶ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 33 ff. – Copydan.

⁸¹⁷ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 34 f. – Copydan.

⁸¹⁸ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 37 – Copydan.

⁸¹⁹ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 38 – Copydan.

sondere gerechtfertigt werden können, wenn für die nicht ausgleichspflichtigen Anlagen ein gerechter Ausgleich in anderer Form geleistet wird.⁸²⁰

Es ist umstritten, welche Handlungen die Ausgleichspflicht auslösen dürfen. Die grundsätzliche Möglichkeit, die Inanspruchnahme vom Nutzer als indirekten Schuldner auf einen Dritten zu verlagern, steht außer Frage. Uneinigkeit herrscht darüber, welche Handlungen welcher Personen unter welchen Umständen als Anknüpfungspunkt für die Anwendung der Abgabe dienen können. Insofern ist unklar, ob der EuGH nur ein Anknüpfen an Verfügungen von ausgleichspflichtigen Anlagen an deren Enderwerber bzw. an die Nutzer selbst zulassen will oder auch eine vorgelagerte Anknüpfung – also beispielsweise der Erwerb eines Zwischenhändlers – unionsrechtskonform ist. Die unionsrechtlichen Vorgaben darüber, wie weit sich die Mitgliedstaaten von der idealtypischen Haftungsvorstellung entfernen dürfen, unterscheiden sich je nachdem, auf welchen Schrankentatbestand sich der gerechte Ausgleich bezieht, im Detail.

a) Privatkopieausgleich

Den Mitgliedstaaten steht es gemäß *Padawan* frei,

„zur Finanzierung des gerechten Ausgleichs eine ‚Abgabe für Privatkopien‘ einzuführen, die nicht die betroffenen Privatpersonen, sondern diejenigen belastet, die über Anlagen, Geräte und Medien zur [...] Vervielfältigung verfügen und sie zu diesem Zweck Privatpersonen rechtlich oder tatsächlich zur Verfügung stellen oder diesen die Dienstleistung einer Vervielfältigung erbringen“.⁸²¹

Ergänzend stellt der EuGH klar, dass „[i]m Rahmen eines solchen Systems [...] die über diese Anlagen verfügenden Personen die Abgabe für Privatkopien zu leisten [haben]“.⁸²² Damit bestehen im Rahmen der einfachen Dritthaftung zwei gleichberechtigte Optionen: Einerseits können Personen, die über Anlagen verfügen, und andererseits Personen, die Dienstleistungen erbringen, in Anspruch genommen werden.⁸²³ Die Vorgaben des EuGH sind uneindeutig. Für die Anlagenhaftung müssen gemäß der Definition von *Padawan* drei Merkmale als Voraussetzungen erfüllt sein: Erstens muss der Schuldner über Vervielfälti-

⁸²⁰ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 40 – Copydan.

⁸²¹ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan*. Ohne entsprechende Definition GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 73 - 77 – *Padawan*. *Padawan* stellt im Wortlaut auf digitale Vervielfältigungen ab. Nach EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 29 – *Opus* steht fest, dass dies auch für analoge Vervielfältigungen gilt.

⁸²² EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan*.

⁸²³ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46. – *Padawan*. Die Arbeit verwendet im Anschluss an die Begriffsverwendung des EuGH der Begriff der Anlage in einem weiten Sinne. Sollten sich Äußerungen lediglich auf Anlagen im engeren Sinne beziehen, wird dies kenntlich gemacht.

gungsanlagen verfügen, zweitens muss er sie Privatpersonen zur Verfügung stellen und drittens muss dies zum Zwecke der Privatkopie erfolgen. Aus der Rechtsprechung ergibt sich im Weiteren, dass ein Schuldner nur dann belastet werden darf, wenn er die Möglichkeit hat, die Abgabe an die tatsächlichen Schuldner weiterzugeben.⁸²⁴

aa) Verfügen über Anlagen

Personen dürfen nur in Anspruch genommen werden, wenn sie über die ausgleichspflichtigen Anlagen, Geräte oder Medien verfügen. Als ausgleichspflichtige Anlagen kommen alle Anlagen in Betracht, die zur Anfertigung von Vervielfältigungen geeignet sind, die unter den Schrankentatbestand fallen. Da sich die Zulässigkeit einer Nutzung unter der Privatkopieschranke nicht nach technischen Kriterien bestimmt, sondern durch den Nutzerkreis und den Nutzungszweck eingeschränkt ist,⁸²⁵ kommt eine Vielzahl von Objekten in Betracht. Aus dem Vergleich mit anderen Sprachfassungen ergibt sich, dass das Verfügen im Sinne einer Herrschaftsausübung und nicht etwa im Sinne einer Disposition zu verstehen ist. So spricht der EuGH beispielsweise im Englischen von „those who have the [...] equipment“. Hersteller, Importeur und Händler von Anlagen verfügen über diese, sofern sie in deren Eigentum stehen.⁸²⁶

bb) Überlassung an Privatpersonen

Zudem gibt der EuGH in *Padawan* vor, dass (nur) solche Personen als Schuldner im Betracht kommen, die Anlagen Privatpersonen rechtlich oder tatsächlich zur Verfügung stellen.⁸²⁷ Der EuGH spricht auch von der Überlassung der Anlagen.⁸²⁸ Eine Überlassung erfolgt, wenn der Erwerber Eigentum oder eine vergleichbare Position an der ausgleichspflichtigen Anlage erlangt. Probleme ergeben sich für dieses Erfordernis erstens daraus,

⁸²⁴ Die Resultate der Untersuchung zur Anlagenhaftung können mit den entsprechenden Anpassungen auf die Dienstleisterhaftung übertragen werden. Die sich aus der Rechtsprechung ergebenden Fragestellungen und Unklarheiten sind weitestgehend gleich gelagert. Die Übertragbarkeit der Vorgaben entspricht dem Verständnis als gleichberechtigte Option, das sich aus der EuGH-Rechtsprechung ergibt.

⁸²⁵ Vgl. *Walter/v. Lewinski/v. Leminski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.29 ff.

⁸²⁶ Vgl. *Brenken* WRP 2013, 48, Rn. 8; *Dreher* ELR 2010, 382, 386; *Dreier/Hugenholtz/Bechtold* Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 3 (e); *Dreier* ZUM 2013, 769, 771; *Frank* CR 2011, 1, 6; *Klett K&R* 2010, 800, 802; *Peifer* jurisPR-WettbR 12/2010 Anm. 2; *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 401; BGH GRUR 2014, 797, Rn. 32 – Drucker und Plotter III; BGH GRUR 2014, 984, Rn. 54 – PC III; BGH GRUR 2017, 172Rn. 99 – Musik-Handy. Davon zu trennen ist die Frage, ob diese nur dann in Anspruch genommen werden dürfen, wenn sie an den Endabnehmer liefern. Dazu sogleich.

⁸²⁷ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan*.

⁸²⁸ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 48 – *Padawan*; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 28; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 25 – *Amazon*; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 25 – *Copydan*; EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 22 – *Austro-Mechana*; EuGH GRUR Int. 2016, 838, Rn. 34 – *EGEDA*; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 33 – *Microsoft Mobile Sales International*.

dass die Vorgaben des EuGH nicht kongruent sind. Die Anforderungen, die das Gericht in anderen Urteilen aufstellt, sind nicht ohne Weiteres mit dem Erfordernis aus *Padawan* in Einklang zu bringen. Zweitens ist das Merkmal schon an sich unbestimmt und daher auslegungsbedürftig.

(1) *Bedeutung des Merkmals*

Der EuGH gibt in *Padawan* und der überwiegenden Anzahl von Urteilen vor, eine Überlassung müsse an Privatpersonen erfolgen.⁸²⁹ Dass der EuGH an anderer Stelle anderslautende Vorgaben zum Kreis der Adressaten der Überlassung macht, ändert hieran nichts. Einerseits nennt der EuGH teilweise anderslautende Adressatenkreise.⁸³⁰ So stellt er in *EGEDA* zwar fest, dass eine Person mit der Abgabe belastet werden darf, die Anlagen *natürlichen Personen* zur Verfügung stellt.⁸³¹ Er verweist aber auf mehrere ältere Urteile, die dies nicht stützen. Daher dürfte es sich um ein redaktionelles Versehen handeln. Dafür spricht auch, dass die Aussage (bezogen auf die Privatkopie) bisher einmalig blieb und der EuGH in *Microsoft Mobile Sales International* wieder zum alten Sprachgebrauch zurückkehrte.⁸³²

Andererseits wird der Adressatenkreis in einigen Urteilen überhaupt nicht näher bestimmt.⁸³³ So ist es fraglich, welche Bedeutung es hat, wenn der EuGH in *ACI Adam* vorgibt, eine Abgabe dürfe diejenigen belasten, „die die Höhe dieser Abgabe auf den Preis für die Zurverfügungstellung der Anlagen, Geräte und Träger für die Vervielfältigung oder auf den Preis für die Dienstleistung einer Vervielfältigung überwälzen können, wobei

⁸²⁹ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan*; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 27 – *Opus*; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 24 – *Amazon*; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 23 – *Copydan*; EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 21 – *Austro-Mechana*; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 31 – *Microsoft Mobile Sales International*.

⁸³⁰ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 76 – *VG Wort* und EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 70 – *Reprobel* beziehen das Zuverfügungstellen auf die Personen, die Kopien anfertigen, bzw. die Nutzer der Anlage. Diese Aussagen lassen sich allerdings mit den Besonderheiten der jeweiligen Vorlageverfahren erklären, die sich (auch) mit dem Reprographicausgleich befasst haben, womit die Anforderungen zur Privatkopie hierdurch nicht geändert werden.

⁸³¹ EuGH GRUR Int. 2016, 838, Rn. 33 – *EGEDA*.

⁸³² EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 31 – *Microsoft Mobile Sales International*.

⁸³³ EuGH GRUR 2014, 456, Rn. 52 – *ACI Adam*. Mit ähnlichen Erwägungen auch EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 19 ff. – *Amazon*, der aber ebenfalls nur eine Belastung des Endempfängers für zulässig erachten dürfte. Auch EuGH GRUR 2016, 68 – *VCAST* spezifiziert den Kreis der möglichen Schuldner nicht näher. Zwar stellt der EuGH klar, dass der Nutzer Vervielfältigungsdienstleistungen durch Dritte in Anspruch nehmen können, und verweist auf die Begründung von *Padawan* zur Anknüpfung der Abgabe (Rn. 35). Hieraus leitet das Urteil aber allein die Möglichkeit einer durch einen Dritten angefertigten Privatkopie ab, ohne sich überhaupt mit dem Schuldner der Abgabe zu befassen.

diese Abgabe letztendlich vom privaten Nutzer getragen wird, der diesen Preis zahlt“.⁸³⁴ Da der EuGH sich in diesem Urteil vordergründig allein auf die Möglichkeit der Abwälzung bezieht, könnte jede Überlassung, die diesem Erfordernis gerecht wird, tauglicher Anknüpfungspunkt sein.⁸³⁵ Da der EuGH auch vergleichend auf *Padawan* und *Opus* verweist und auch in den Folgeurteilen die Formulierung aus *ACI Adam* nicht wiederaufgreift, dürfte hierin keine inhaltliche Änderung zu sehen sein. Obwohl das Urteil damit auf die materiellen Vorgaben keine Auswirkung hat, ist die Spruchpraxis der Rechtssicherheit nicht zuträglich.⁸³⁶ Im Ergebnis kann als Dritter mit dem Privatkopieausgleich derjenige belastet werden, der die ausgleichspflichtige Anlage einer Privatperson zur Verfügung stellt.

(2) *Auslegung des Merkmals*

Der EuGH unterstellt, dass der private Erwerber einer Anlage zugleich der private Nutzer ist,⁸³⁷ womit das Merkmal inhaltliche Parallelen zur Möglichkeit der Abwälzung an den privilegierten Nutzer aufweist. Der Gerichtshof verwendet den Begriff des rechtlichen oder tatsächlichen Zuverfügungstellens,⁸³⁸ ohne ihn zu definieren. Dies hat inhaltliche Unklarheiten zur Folge. Es ist umstritten, was der EuGH hierunter versteht.

(a) *Extensives Verständnis*

Die herrschende Ansicht geht davon aus, dass auch solche Überlassungen eine europarechtskonforme Inanspruchnahme begründen zu können, die nicht unmittelbar an die Nutzer erfolgen.⁸³⁹ Das Unionsrecht gebiete es nicht, die Vergütung erst bei der unmittel-

⁸³⁴ EuGH GRUR 2014, 456, Rn. 52 – *ACI Adam*.

⁸³⁵ Vgl. auch bereits *Frank CR* 2011, 1, 6.

⁸³⁶ Das zeigt sich beispielsweise daran, dass BGH GRUR 2014, 979, Rn. 32 – *Drucker und Plotter III* auf *ACI Adam* verweist. Der BGH legt den Fokus auf die Möglichkeit der Abwälzung der Belastung und verliert kein Wort zum Kreis der Abnehmer.

⁸³⁷ Vgl. etwa EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 48 – *Padawan*; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 27 – *Opus*; EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 52 – *ACI Adam*; EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 21, 25 – *Austro-Mechana*. Zur Identitätsannahme im Rahmen des notwendigen Zusammenhangs Teil 1: H.II.3.c)bb)(1)(b)(aa) sowie Teil 1: H.II.3.c)cc)(1)(d).

⁸³⁸ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan*; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 27 – *Opus*; EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 76 – *VG Wort*; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 24 – *Amazon*; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 23 – *Copydan*; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 70 – *Reprobel*; EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 21 – *Austro-Mechana*; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 31 – *Microsoft Mobile Sales International*.

⁸³⁹ BGH GRUR 2012, 705, Rn. 39 – *PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät*; BGH GRUR 2014, 979, Rn. 31 f. – *Drucker und Plotter III*; BGH GRUR 2017, 172, Rn. 100 – *Musik-Handy*; BGH GRUR 2017, 684, Rn. 40 – *Externe Festplatten*; BGH GRUR ZUM 2023, 391, Rn. 24; *Peifer jurisPR-WettbR* 12/2010 Anm. 2; *Spindler FS Pfennig* 2012, S. 387, 401. Im Ergebnis auch *Degenhardt GRUR* 2018, 342, 345; *Frank CR* 2011, 1, 6. Siehe auch *Dreier ZUM* 2013, 769, 771; *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 2a; *Dreier/Hugenholtz/Bechtold Concise European Copyright Law*, 2. Aufl. 2016, Art. 5

telbaren Überlassung an den Endnutzer zu erheben.⁸⁴⁰ Auch derjenige, der Anlagen an einen Zwischenhändler überlässt, kann nach diesem Verständnis Schuldner der Abgabe sein.⁸⁴¹ Eine Belastung mit der Abgabe sei zulässig, da eine ausgleichspflichtige Verwendung der Anlagen nicht ausgeschlossen sei.⁸⁴² Viele Quellen begründen nicht, warum diese Handlungen in Ansehen der Vorgaben des Gerichtshofs den gerechten Ausgleich auflösen sollen können.⁸⁴³ Selbst Quellen, die sich ausdrücklich mit der Definition des EuGH auseinandersetzen, gehen oftmals über das Merkmal der Überlassung hinweg und begründen nicht näher, ob sie dieses für irrelevant halten oder es sehr weit auslegen wollen.⁸⁴⁴ Damit wird dem Merkmal wenigstens implizit ein inhaltlicher Gehalt abgesprochen.⁸⁴⁵

(b) *Restriktives Verständnis*

Die Gegenauffassung versteht die Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung wesentlich enger und geht für die einfache Dritthaftung davon aus, nur der Endhändler⁸⁴⁶ könne Schuldner

IGRL Rn. 3(e), die jeweils auf den weiten Gestaltungsspielraum abstellen, ohne die Überlassung an Zwischenhändler ausdrücklich zu billigen. *De la Durantaye* Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 96, verweist allein auf die Zulässigkeit einer der Nutzung vorgelagerten Anknüpfung, ohne den zulässigen Akt der Anknüpfung zu beschränken. Da *Niemann* CR 2011, 69, 74 f. die Art bzw. Ausstattung der Anlagen als taugliche Kriterien erachtet, um Rückschlüsse auf die Lieferung an private Endnutzer zu ziehen, also auf objektive Merkmale abstellt, geht er anscheinend davon aus, dass eine mittelbare Erhebung ausreicht. GA *Wahl* Schlussanträge vom 04.5.2015, Rs. C-110/15, Rn. 53 – Microsoft Mobile Sales International vertritt, die EuGH-Rechtsprechung beziehe sich bisher pauschal auf das Inverkehrbringen und billige dieses Vorgehen. Vgl. auch *Castex-Report* Entwurf einer Entschließung des Europäischen Parlaments zu den Abgaben für Privatkopien (2013/2114(INI)), Nr. 11.

⁸⁴⁰ BGH GRUR 2014, 979, Rn. 32 – Drucker und Plotter III.

⁸⁴¹ *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 401; *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 715; BGH GRUR 2014, 979, Rn. 31 f. – Drucker und Plotter III m. V. a. *Padaman*, *Opus* und *ACI Adam*.

⁸⁴² BGH GRUR 2017, 684, Rn. 40 – Externe Festplatten.

⁸⁴³ BGH GRUR 2012, 705, Rn. 39 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät geht davon aus, eine Überlassung an natürliche Personen (sic!) sei keine Bedingung des Anspruchs auf Vergütung, ohne näher zu begründen, wie dies mit den Vorgaben des EuGH in Einklang steht. Diese Aussage wird in den Folgeurteilen nicht wiederholt, aber der BGH hält an seiner Rechtsprechung fest. Das Gericht scheint dabei davon auszugehen, dass die Wahrung des notwendigen Zusammenhangs ausreiche, um eine Belastung zu begründen, ohne dass diese weiteren Einschränkungen unterliegen (vgl. BGH GRUR 2017, 684, Rn. 38 ff. – Externe Festplatten).

⁸⁴⁴ Vgl. *Dreier* ZUM 2013, 769, 771; *Wandtke/Bullinger/Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 57 f.; *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 401; *Fromm/Nordemann/Wirtz* 12. Aufl. 2018, Vor §§ 54 ff. UrhG Rn. 2.

⁸⁴⁵ So im Ergebnis auch *Frank* CR 2011, 1, 6, der allein die Abwälzungsmöglichkeit als maßgebliche Voraussetzung erachtet. *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 714 f. verweist auf das weite Ermessen der Mitgliedsstaaten, ohne sich mit dem Kreis auseinanderzusetzen und geht im Folgenden davon aus, dass eine Anknüpfung an das erste gewerbsmäßige und entgeltliche Inverkehrbringen ausdrücklich den Vorgaben des EuGH entspricht. Ähnlich auch *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 13.

⁸⁴⁶ Die Arbeit bezeichnet als Endhändler denjenigen, der bezogen auf die konkrete Transaktion die Anlagen einem Dritten zur eigenen Nutzung überlässt. Den gängigen Begriff des Einzelhändlers verwendet die Arbeit nicht, da dieser in der Regel in Abgrenzung zum Großhändler genutzt wird (Statistisches

der zur Umsetzung des gerechten Ausgleichs geschuldeten Abgabe sein.⁸⁴⁷ Der EuGH fordere eine rechtliche oder tatsächliche Verfügung über die Anlage an eine Privatperson, was erst mit der Überlassung an den Enderwerber gegeben sei.⁸⁴⁸ Nur die unmittelbare Überlassung an die Privatperson könne daher die Inanspruchnahme des Dritten begründen. Eine Lieferung an einen Zwischenhändler genüge hingegen nicht.⁸⁴⁹ Hersteller, Importeure und Zwischenhändler werden auf diese Weise vor einer ungebührlichen Belastung mit der Abgabe geschützt. Wenn die Abgabe bei einer Veräußerung an einen Zwischenhändler auferlegt wird, ist der Ausgleichsschuldner zumindest vorübergehend mit der Abgabe belastet, bis er sie auf den Nutzer abgewälzt hat. Ob eine Überlassung an den Nutzer tatsächlich erfolgt, ist in der Regel zum Zeitpunkt der Überlassung an einen Zwischenhändler nicht sicher. Kann ein Händler die ausgleichspflichtigen Anlagen nicht absetzen, trägt er die wirtschaftliche Belastung endgültig. Indem der EuGH nach diesem Verständnis die Möglichkeit der Inanspruchnahme für die einfache Dritthaftung auf das Verhältnis zwischen dem Enderwerber und dem „letzten“ Händler beschränkt, missbilligt er das sich aus einer vorübergehenden Belastung ergebende wirtschaftliche Risiko.⁸⁵⁰ Das minimiert die Gefahr einer Doppelbelastung der Schuldner, die insbesondere bestehen

Bundesamt, Klassifikation der Wirtschaftszweige, 2008, S. 360). Auch ein Großhändler kann kommerziellen Erwerb Anlagen zur eigenen Nutzung verkaufen (a.a.O.). Der Einzelhandel ist wiederum vor allem auf den Verkauf an private Haushalte für den privaten Ge- oder Verbrauch ausgerichtet, lässt aber auch einen Verkauf an Gewerbliche zur weiteren Veräußerung zu (a.a.O., S. 361). Angesichts dessen nutzt die Arbeit den weniger geläufigen, aber insofern präziseren Begriff des Endhändlers.

⁸⁴⁷ *Dreher* ELR 2010, 382, 386; *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 836; *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2012, 881, 883 f.; *dies.* GRUR Int. 2013, 1003, 1011; *Dokalik/Zemann/Zemann* Österreichisches und internationales Urheberrecht, 7. Aufl. 2018, S. 331. So auch *östOGH* GRUR Int. 2017, 455, Nr. 4.1, Nr. 4.4.(c) – *Austro-Mechana/Amazon III*, der die Zulässigkeit der Dritthaftung prüft und dabei klarstellt, dass bei deren Unzulässigkeit die Rechtfertigung des Anknüpfens an die erste Handelsstufe wegfiel. Vgl. auch den Parteivortrag bei *BGH* GRUR 2017, 684, Rn. 38 – *Externe Festplatten* sowie *OLG München* GRUR-RS 2019, 5349, Rn. 17. Mit krit. Erwägungen *Grünberger* ZUM 2015, 273, 286. Vgl. weiterhin *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 10 ff. mit der Empfehlung, Abgaben nur auf der letzten Handelsstufe anzuwenden. Dabei unterscheidet er nicht eindeutig zwischen Forderungen zur Anwendung des geltenden Rechts und Forderungen zur Fortentwicklung der rechtlichen Vorgaben.

⁸⁴⁸ *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2012, 881, 883; *dies.* GRUR Int. 2013, 1003, 1011; *Niemann* CR 2011, 69, 74. Vgl. auch *Dreher* ELR 2010, 382, 386. *Koch* und *Krauspenhaar* ziehen hierbei die Zweckbestimmung der Zurverfügungstellung und den notwendigen Zusammenhang zusammen. Aufgrund der Unterschiede beim Bedeutungsgehalt erscheint es sinnvoll, die Merkmale getrennt zu untersuchen. Der EuGH erarbeitet in *Padawan* die Merkmale in unterschiedlichen Fragestellungen.

⁸⁴⁹ *Dreher* ELR 2010, 382, 386; *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1011.

⁸⁵⁰ Vgl. *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2012, 881, 883. In diese Richtung auch *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 345, der eine Anwendung auf die Überlassung an Zwischenhändler aber nicht prinzipiell ausschließt.

kann, wenn eine Abgabe sowohl beim Inverkehrbringen als auch auf der letzten Handelsstufe erhoben wird.⁸⁵¹

Betont wird zudem, dass der EuGH in *Amazon* feststellt, der gerechte Ausgleich sei nicht für das Inverkehrbringen von Anlagen, sondern für das Vervielfältigen selbst geschuldet.⁸⁵² Das überzeugt nicht. Die Aussage des EuGH ist für die Frage nach dem Anknüpfungspunkt einer Abgabe nicht relevant, was sich aus dem Kontext des Urteils ergibt. Die Feststellung betrifft die territorialen Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten. Der Verweis auf die Aussage überzeugt inhaltlich nicht: Dass eine Inanspruchnahme des Endhändlers möglich ist, wird nicht bezweifelt. Wenn der EuGH betont, dass der gerechte Ausgleich für die Vervielfältigungen geschuldet ist, schließt er damit offensichtlich nicht aus, dass andere Handlungen die konkrete Leistungspflicht auslösen können.⁸⁵³

Zuletzt könnte sich auch aus dem vom EuGH präzisierten Erfordernis eines notwendigen Zusammenhangs zwischen Anwendung der Abgabe und mutmaßlicher Nutzung⁸⁵⁴ ergeben, dass Abgaben nur auf der letzten Handelsstufe erhoben werden können.⁸⁵⁵ Die Vorgaben zum notwendigen Zusammenhang stehen inhaltlich in Zusammenhang zur Frage nach dem zulässigen Schuldner, wengleich die inhaltlichen Anforderungen dieses eigenständigen Merkmals im Einzelnen hoch umstritten sind. Nach dem hier verfolgten Verständnis deuten die Vorgaben des EuGH zum notwendigen Zusammenhang darauf hin, dass die Abgabe im Regelfall auf die unmittelbare Überlassung an den Enderwerber angewendet werden soll; zwingende Vorgaben zum Schuldnerkreis lassen sich hieraus jedoch nicht herleiten.⁸⁵⁶ Damit bieten diese Vorgaben der Rechtsprechung nur einen Anhaltspunkt für ein restriktives Verständnis, lassen aber keinen zwingenden Schluss für die hier untersuchte Frage zu.

⁸⁵¹ Vgl. *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 11 ff.

⁸⁵² *Koch/Krauspenbaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1011 f. mit Bezug auf EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 63 – *Amazon*. Vgl. auch *Grünberger* ZUM 2015, 273, 286; *Anderl/Grama* eolex 2013, 640, 642; *Staudegger* ju-sIT 2011, 1, 4.

⁸⁵³ Vgl. BGH GRUR 2014, 984, Rn. 54 – PC III; BGH GRUR 2014, 984, Rn. 54 – PC III.

⁸⁵⁴ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 52 – *Padawan*; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 27 – *Opus*. Dazu ausführlich Teil 1: H.II.3.

⁸⁵⁵ *Koch/Krauspenbaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1011; *dies.* GRUR Int. 2012, 881, 883. Mit dahingehenden Überlegungen, im Ergebnis aber ablehnend *Peifer* jurisPR-WettbR 12/2010 Anm. 2. Vgl. auch *Klett* K&R 2010, 800; 802; *Niemann* CR 2011, 69, 74 f. *Grünberger* ZUM 2015, 273, 286 bezweifelt die Zulässigkeit, hält die Frage wohl aber für offen.

⁸⁵⁶ Vgl. dazu Teil 1: H.II.3.c)dd)(2).

(c) *Stellungnahme*

Im Rahmen der einfachen Dritthaftung kann der gerechte Ausgleich nur auf die unmittelbare Überlassung an den Nutzer angewendet werden.⁸⁵⁷ Auf vorgelagerte Überlassungen darf sich der Anspruch auf dieser Haftungsstufe nicht beziehen. Dass eine mittelbare Überlassung nicht genügen kann, ergibt sich aus den folgenden Erwägungen: Ausgehend von der idealtypischen Haftung liegt der Rechtsprechung erstens die Annahme zugrunde, dass grundsätzlich der Endnutzer den Ausgleich schuldet und eine Abweichung hiervon rechtfertigungsbedürftig ist.⁸⁵⁸ Der EuGH legt Ausnahmen trotz berechtigter Kritik oftmals eng aus.⁸⁵⁹ Das deutet darauf hin, dass der Gerichtshof auch insofern eine restriktive Auslegung verfolgt. Zweitens deutet auch die Begriffsverwendung des EuGH eher an, mittelbare Überlassungen nicht zu erfassen. Für gewöhnlich erfasst der Begriff der Überlassung nur unmittelbare Akte.⁸⁶⁰ Sofern der EuGH tatsächlich auch mittelbare Überlassungen hätte erfassen wollen, wäre eine Klarstellung nicht nur vorzugswürdig, sondern naheliegend gewesen. Während der EuGH hinsichtlich der denkbaren Anknüpfungshandlungen mit der Betonung des „rechtlichen oder tatsächlichen“ Zurverfügungstellens einen weiteren Ansatz wählt, fehlt eine vergleichbare Klarstellung für die mittelbare Überlassung an Privatpersonen. Drittens spricht auch der Vergleich zur Rechtsprechung zur Reprographie für dieses Verständnis.⁸⁶¹ Der EuGH sieht die Möglichkeit der Anknüpfung des Reprographieausgleichs für Überlassungen an die Nutzer⁸⁶² bzw. an Personen, die Kopien anfertigen,⁸⁶³ vor. Da der Kreis der Endnutzer dieser Schranke nicht beschränkt ist, wäre nach dem extensiven Verständnis jede Überlassung eine Überlassung an den Nutzer. Dann hätte der EuGH auch schlicht von einer Überlassung sprechen können,

⁸⁵⁷ Da der gerechte Ausgleich insofern nur auf der letzten Handelsstufe angewendet werden kann, kommt eine Bindung des mitgliedsstaatlichen Ermessens dahingehend, dass zwingend an das erste Inverkehrbringen anzuknüpfen wäre, von vornherein nicht in Betracht. A.A. *Fischer* UFITA 2014, 407, 432 f. mit Verweis auf den administrativen Aufwand und unter Berufung auf die Ergebnisspflicht. Ähnlich wohl auch *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 401 f. Der EuGH hat weder explizit aufgestellt noch anderweitig zum Ausdruck gebracht, dass die Auswahl der Vergütungsschuldner einem strengen Wirtschaftlichkeitsgebot genügen müsste, sondern stellt im Grundsatz auf das freie Ermessen der Mitgliedstaaten ab.

⁸⁵⁸ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 45, 47 – Padawan; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 69, 82 – Reprobel.

⁸⁵⁹ Vgl. EuGH GRUR 2014, 456, Rn. 22 – ACI Adam. Siehe bereits Teil 1: C.I.1.

⁸⁶⁰ So auch *Dreber* ELR 2010, 382, 386.

⁸⁶¹ Dazu **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden..**

⁸⁶² EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 70 – Reprobel.

⁸⁶³ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 76 – VG Wort.

ohne den potenziellen Adressatenkreis überhaupt einzuschränken. Dass der EuGH in der Definition ein bedeutungsloses Merkmal aufnimmt, ist unwahrscheinlich.⁸⁶⁴

Eine Überlassung an eine Privatperson liegt insbesondere vor, wenn diese eine neue ausgleichspflichtige Anlage bei einem Händler erwirbt.⁸⁶⁵ Darüber hinaus kann aber auch eine Zweitüberlassung, d. h. die Weitergabe einer zunächst von einem Nichtprivaten zur eigenen Nutzung erworbenen Anlage an einen Privaten, die Pflicht zum gerechten Ausgleich auslösen.⁸⁶⁶ Im Grunde wird man es für geboten halten müssen, Ansprüche auf gerechten Ausgleich auch auf Akte der Zweitüberlassungen anzuwenden.⁸⁶⁷ Sofern die praktischen Gegebenheiten hinreichende Anhaltspunkte dafür liefern, dass der Schaden der Rechtsinhaber in diesen Konstellationen nur geringfügig ist, kann die Ausgleichspflicht nach der Geringfügigkeitsklausel entfallen. Aus den Vorgaben zur Anknüpfung des Ausgleichs ergibt sich bisher nicht, dass eine Abgabe für Privatkopien angewendet werden darf, wenn die ausgleichspflichtigen Anlagen nachweislich nichtprivaten Ender-

⁸⁶⁴ In der Gesamtschau sind auch die Vorgaben aus EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 19 ff. – Amazon nicht geeignet, ernsthafte Zweifel an dieser Auslegung zu begründen. Die Möglichkeit, den Betrag der Abgabe in den Kaufpreis einfließen zu lassen, reicht für sich genommen nicht aus, um die Belastung des Schuldners zu begründen. Der EuGH scheint zwar maßgeblich hierauf abzustellen (Rn. 27), geht aber offenbar davon aus, dass der angemessene Ausgleich nur gewährleistet ist, sofern eine Überlassung an einen privaten Nutzer als Endempfänger erfolgt. Das stellt er in Zusammenhang mit dem inhaltlich zusammenhängenden Merkmal des notwendigen Zusammenhangs. Dass der EuGH in *Amazon* nicht für die einfache Dritthaftung eine Anwendung der Abgabe vor der letzten Handelsstufe gestattet, zeigt sich auch in EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 21 ff. – Austro-Mechana.

⁸⁶⁵ Der Rechtsprechung liegt die Vorstellung zu Grunde, dass eine Anlage an einen einzigen Enderwerber veräußert wird, der diese über deren gesamte Nutzungsdauer hinweg verwendet. Das zeigt sich beispielsweise darin, dass der Gerichtshof vom Endnutzer und Endempfänger spricht (vgl. EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 29 – Opus; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 27 ff.).

⁸⁶⁶ Der EuGH hat sich bisher nicht explizit mit der Konstellation befasst. Die Auslegung lässt sich aber mit seiner Rechtsprechung vereinbaren und wegen des Kompensationsbedürfnisses der Rechtsinhaber kann hieran kein Zweifel bestehen. Dass die Frage in der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit dem Privatkopieausgleich bisher keine Beachtung findet, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass nach dem weiten Verständnis der herrschenden Meinung zum notwendigen Zusammenhang und zum Kreis der Schuldner kein Bedürfnis für ein Anknüpfen an diese Handlung besteht. Nach dem Verständnis der Arbeit kann eine Anwendung beim Zweiterwerb vor allem in Konstellationen erforderlich sein, in denen ein nicht ausgleichspflichtiger Ersterwerber eine Anlage an einen ausgleichspflichtigen Zweiterwerber veräußert. Es würde eine Umgehung der Kompensationspflicht drohen, wenn nicht auch Zweitüberlassungen ausgleichspflichtig wären. Selbst wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht eine Zweitüberlassung im Grundsatz nicht für ausgleichspflichtig hielte, wäre dies zumindest für missbräuchliche Umgehungen der Ausgleichspflicht erforderlich (vgl. zu problematischen Konstellationen auch *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 838).

⁸⁶⁷ Insbesondere dürften administrative Gründe nicht für eine zulässige Ungleichbehandlung sprechen, da der EuGH den Rechtsinhabern auf dieser Haftungsstufe zumutet, die Tätigkeit von einer Vielzahl von Marktteilnehmern zu erfassen. Im Lichte der Ergebnisspflicht setzt das ein wirksames Kontrollsystem voraus, was im Regelfall nur durch eine aktive Mitwirkung der Schuldner – etwa durch Meldungen – gewährleistet werden kann (vgl. *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 11 ff.). Warum dies nur auf die ersten Enderwerber angewendet werden können, soll, ist nicht ersichtlich.

werbern zur Verfügung gestellt werden. Dies deckt sich nach dem hier verfolgten Verständnis in weiten Teilen mit den vom EuGH erarbeiteten Vorgaben zum notwendigen Zusammenhang. Es ist davon auszugehen, dass der notwendige Zusammenhang auf dieser Haftungsstufe grundsätzlich nur bei Überlassungen an Privatnutzer gewährleistet werden kann. Inwiefern Mitgliedstaaten hiervon ausnahmsweise abweichen dürfen, bedarf der Klarstellung. Die Vorgaben zum zulässigen Kreis der Ausgleichsschuldner müssen in Einklang mit dem Erfordernis des notwendigen Zusammenhangs ausgelegt werden.

cc) Zweckbestimmung

Die Definition des EuGH sieht in der deutschen Sprachfassung der überwiegenden Zahl der Urteile eine Zweckbestimmung vor, nach der die zu belastende Person die Anlage einer Privatperson zum Zweck der Anfertigung von Privatkopien zur Verfügung stellen muss.⁸⁶⁸ Ungeachtet der Frage, inwiefern die Voraussetzung überhaupt relevant ist,⁸⁶⁹ kommt ihm kein erkennbarer eigenständiger Gehalt zu, sofern davon ausgegangen wird, dass eine Abgabe nur auf die Überlassung an den Endnutzer angewendet werden kann.⁸⁷⁰ Aufgrund der Vermutung der Nutzung zur Anfertigung von Privatkopien bei der Über-

⁸⁶⁸ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 20 – Opus; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 23 – Copydan; EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 21 – Austro-Mechana.

⁸⁶⁹ In anderen Urteilen fehlt das Kriterium der Zweckbestimmung (vgl. beispielsweise EuGH GRUR 2014, 456, Rn. 52 – ACI Adam; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 31 – Microsoft Mobile Sales International). Es zeichnet sich keine konsequente Entwicklung einer von Padawan abweichenden Rechtsprechungslinie ab. So fehlt das Kriterium in Amazon (Rn. 24), in Copydan wird es wieder aufgeführt (Rn. 43) und in EGEDA (Rn. 33) sowie Microsoft Mobile Sales International (Rn. 31) fehlt es wieder. In Padawan und Opus erwähnt der EuGH das Merkmal teilweise, teilweise aber auch nicht (vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46, 56 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 27, 29 – Opus). In der englischen Sprachfassung von Padawan und anderer Urteile findet sich das Merkmal in dieser Form von vornherein nicht: „[...] It is open to the Member States to establish a ‘private copying levy’ for the purposes of financing fair compensation chargeable not to the private persons concerned, but to those who have the digital reproduction equipment, devices and media and who, *on that basis*, in law or in fact, make that equipment available to private users or who provide copying services for them“ (Hervorhebung durch Verfasser). Der EuGH verwendet den Begriff des Zwecks bzw. der Zwecke (*purposes*), den er aber auf die Funktion der Abgabe bezieht, was im Deutschen durch die Präposition „zur“ zum Ausdruck gebracht wird. Ähnlich beispielsweise auch die französische und spanische Sprachfassung. Die Sprachfassung lässt aber erkennen, dass die Überlassung auf dem Innehaben des Disponenten beruhen muss, wobei nicht ersichtlich ist, welche Konstellationen hiermit ausgeschlossen werden sollen.

⁸⁷⁰ Ginge man entgegen der hier vertretenen Ansicht davon aus, der Ausgleich könne auf vorgelagerte Handelsstufen angewendet werden, würde dies in weitergehenden Unklarheiten über die Vorgaben des EuGH resultieren.

lassung an Privatnutzer⁸⁷¹ kann unterstellt werden, dass diese Zurverfügungstellung auch zum Zwecke der Privatkopie erfolgt.⁸⁷²

dd) Möglichkeit, die Abgabe an den Nutzer weiterzugeben

Die Zulässigkeit der Inanspruchnahme eines Dritten hängt weiterhin von der Möglichkeit ab, die Abgabe an den Nutzer weiterzugeben.⁸⁷³ Teilweise spricht der EuGH auch davon, dass der Schuldner den Betrag der Abgabe in seinen Preis miteinfließen lassen kann.⁸⁷⁴ Dass der Schuldner die Kosten der Abgabe auf den Nutzer abwälzen kann, sodass dieser letztlich den Preis trägt, ist eine zentrale Erwägung in *Padawan*.⁸⁷⁵ Obwohl der Gerichtshof diese Erwägung zur Begründung anführt, warum nicht der Nutzer selbst in Anspruch genommen werden muss,⁸⁷⁶ und den möglichen Anknüpfungspunkt der Abgabe unabhängig davon definiert,⁸⁷⁷ geht er offenbar davon aus, dass sich die Zulässigkeit der Belastung aus der Abwälzungsmöglichkeit ableitet.⁸⁷⁸ Es würde den unmittelbaren Schuldner ungebührlich belasten, wenn er in Anspruch genommen werden könnte, obwohl ihm die Weitergabe der Belastung unmöglich wäre, er also die wirtschaftlichen Folgen selbst tragen müsste.⁸⁷⁹

Es ist fraglich, welche Anforderungen an die Möglichkeit der Abwälzung an den Endnutzer zu stellen sind. Nach einem strengen wirtschaftlichen Verständnis müsste der Betrag effektiv an den Nutzer durchgereicht werden. Es wäre also erforderlich, dass der Abgabenschuldner wirtschaftlich so stünde, wie es ohne Einführung der Abgabe der Fall wäre.

⁸⁷¹ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 55 – *Padawan*.

⁸⁷² Für die Dienstleiterhaftung sieht der EuGH eine Zweckbestimmung von vornherein nicht vor (vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan*). Da es sich nach dem erkennbaren Willen des EuGH um gleichwertige Optionen handelt, spricht auch dies gegen einen eigenständigen Gehalt des Merkmals, da andernfalls unterschiedliche Anforderungen bestünden.

⁸⁷³ BGH GRUR 2012, 705, Rn. 54 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; *Frank* CR 2011, 1, 6; *Niemann* JurPC Web-Dok. 178/2013, Abs. 10; *ders.* CR 2011, 69, 74. Anders *Dreher* ELR 2011, 382, 384. Vgl. auch OLG München GRUR 2015, 989, 994 – Festplatten.

⁸⁷⁴ Vgl. etwa EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 48 – *Padawan*; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 25 ff. – *Amazon*.

⁸⁷⁵ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 48 ff. – *Padawan*. So auch *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 3456 („wesentliches und unverzichtbares Element“). Die Terminologie weicht im Einzelnen voneinander ab, ohne dass inhaltliche Unterschiede erkennbar wären (vgl. etwa EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 50 – *Padawan* (Abwälzung auf den Endnutzer); EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 52 – *Copydan* (Abwälzung auf den Preis der Anlagen)).

⁸⁷⁶ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 48 – *Padawan*. So auch *Dreier* ZUM 2013, 769, 771; *Fromm/Nordermann/Wirtz* 12. Aufl. 2018, § 54 UrhG Rn. 7.

⁸⁷⁷ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan*. Mit anderer Einordnung *Frank* CR 2011, 5, 6.

⁸⁷⁸ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 50 – *Padawan*. EuGH GRUR 2014, 456, Rn. 52 – *ACI Adam*. So auch *Frank* CR 2011, 1, 6. Dies liegt auch den Erwägungen von *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 346 f. zu Grunde.

⁸⁷⁹ Vgl. BGH GRUR 2012, 705, Rn. 54 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät.

Empirische Erhebungen deuten allerdings darauf hin, dass wenigstens in breiten Marktsegmenten keine erkennbare Korrelation zwischen der Höhe gesetzlicher Ausgleichsansprüche und dem Verkaufspreis der ausgleichspflichtigen Anlagen besteht.⁸⁸⁰ Damit könnte insoweit die Zulässigkeit der Dritthaftung generell in Zweifel gezogen werden, da die Abgabe tatsächlich nicht weitergegeben werden könnte. Dieses Ergebnis ließe sich nicht mit der Ergebnispflicht vereinbaren, da damit eine wirksame Erhebung des gerechten Ausgleichs in Frage gestellt werden würde. Dass die Anforderungen an die Weitergabe nicht zu hoch sein können, lässt sich auch den Urteilen des EuGH selbst entnehmen. Mehrfach hat der EuGH die Abwälzungsmöglichkeit nicht erst als Voraussetzung der Inanspruchnahme dargestellt, sondern im Gegenteil die Zulässigkeit der Inanspruchnahme eines Dritten damit begründet, dass dieser den Betrag in seine Preisgestaltung einfließen lassen kann, sodass die Belastung letztlich vom privaten Nutzer getragen wird.⁸⁸¹ Daher ist ein weiteres Verständnis erforderlich, wonach die Abwälzungsmöglichkeit besteht, sofern der Belastete rechtlich und tatsächlich die Möglichkeit hat, den Betrag der Abgabe in seinen Verkaufspreis einzupreisen.⁸⁸² Wenn sich beispielsweise ein Abgabenschuldner dazu entscheidet, Anlagen unentgeltlich zu veräußern, besteht die Möglichkeit zur Weitergabe des Ausgleichsanspruchs, solange er diese Entscheidung eigenverantwortlich trifft.⁸⁸³ Für dieses Verständnis spricht zudem, dass das Kompensationsbedürfnis der Rechtsinhaber nicht von dem Preis für die ausgleichspflichtigen Anlagen abhängt.

b) Andere Ansprüche auf gerechten Ausgleich

Der gerechte Ausgleich kann im Rahmen der einfachen Dritthaftung beim Reprographieausgleich erhoben werden, wenn die Anlagen dem Nutzer bzw. der Person, die die Vielfältigung anfertigt, überlassen werden.⁸⁸⁴ Entsprechend der Auslegung zum Privatkopieausgleich darf die Abgabe insofern lediglich auf der letzten Handelsstufe angewendet werden. Wegen des umfassenden personalen Anwendungsbereichs von Art. 5 Abs. 2 lit.

⁸⁸⁰ *Kretschmer* Private Copying and Fair Compensation, 2011, S. 12 ff.

⁸⁸¹ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 48 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 28 – Opus; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 25, 27 – Amazon; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 33 – Microsoft Mobile Sales International; EuGH GRUR 2022, 1522, Rn. 38 – Ametic.

⁸⁸² In diese Richtung auch *Frank* CR 2011, 1, 6.

⁸⁸³ Vgl. *Fischer* MR 2015, 175, 179; *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 586. A.A. *Niemann* JurPC Web-Dok. 178/2013, Abs. 10.

⁸⁸⁴ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 76 – VG Wort; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 70 – Reprobel.

a) InfoSoc-RL ist die Anwendung auf dieser Stufe nicht auf die endgültige Überlassung an bestimmte Nutzergruppen beschränkt, sondern umfassend zulässig.⁸⁸⁵

Auch im Rahmen des Reprographieausgleichs steht den Mitgliedstaaten bei der konkreten Ausgestaltung der Anknüpfung ein weiterer Gestaltungsspielraum zu. Auch insofern ist der Gleichbehandlungsgrundsatz anzuwenden, womit Modalitäten für einen gerechten Ausgleich unzulässig sind, nach denen verschiedene Kategorien von Wirtschaftsteilnehmern, die vergleichbare von der für Privatkopien geltenden Ausnahme erfasste Güter vermarkten, ohne Rechtfertigung ungleich behandelt werden.⁸⁸⁶ In *VG Wort* präzisiert der EuGH die unionsrechtlichen Vorgaben zum möglichen Kreis der Schuldner bei einem einheitlichen Vervielfältigungsverfahren für den Reprographieausgleich. Einheitliche Verfahren zeichnen sich dadurch aus, dass sich der Kopiervorgang aus verschiedenen nicht eigenständigen Schritten zusammensetzt, die unter der Kontrolle einer Person stattfinden und alle auf die Anfertigung einer analogen Kopie abzielen.⁸⁸⁷ Es ist entscheidend, ob die Geräte miteinander verbunden sind.⁸⁸⁸ Ein einheitliches Verfahren liegt damit beispielsweise vor, wenn ein Nutzer eine analoge Vorlage per Scanner in einen PC einliest und die entsprechende Datei sodann unter Zuhilfenahme wiederum analog ausdruckt. Der gerechte Ausgleich kann auch an Schritte anknüpfen, die nicht in eigenständiger Weise zur Vervielfältigung beitragen, sofern sie Teil der Kette des einheitlichen Verfahrens sind.⁸⁸⁹ Damit kann eine Reprographieabgabe auch auf Scanner und PCs angewendet werden. Der insgesamt geschuldete Betrag darf allerdings nicht substantiell von demjenigen abweichen, der für die Vervielfältigung durch ein einzelnes Gerät geschuldet ist.⁸⁹⁰ Genügt die mitgliedstaatliche Regelung diesen Anforderungen, liegt nach der Auffassung des EuGH kein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot vor.⁸⁹¹ Damit kann sich der Mitgliedstaat entscheiden, ob er die Vergütungspflicht nur auf ein Gerät der Kette kon-

⁸⁸⁵ Dass eine Anwendung auch insofern auf der letzten Handelsstufe erfolgen muss, ist auch der praktischen Handhabung der Vorgaben zuträglich, da auch beim Reprographieausgleich eine Unterscheidung zwischen Privaten und anderen Erwerbbern erforderlich ist (vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 75 f. – *Reprobel*).

⁸⁸⁶ Vgl. EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 44 f. – *Microsoft Mobile Sales International*.

⁸⁸⁷ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 70 – *VG Wort*. Vgl. hierzu auch *Dreier ZUM* 2013, 769, 771; *Niemann JurPC Web-Dok.* 178/2013, Abs. 38.

⁸⁸⁸ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 80 – *VG Wort*. Vgl. auch *de la Durantaye Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke*, 2014, S. 96.

⁸⁸⁹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 78 – *VG Wort*.

⁸⁹⁰ *Ebd.*

⁸⁹¹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 79 – *VG Wort*.

zentriert oder auf mehrere Geräte verteilt.⁸⁹² Im Gegenzug erfordert ein nicht einheitliches Verfahren – also die Anfertigung von verschiedenen Kopien in jeweils eigenständigen Schritten – eine differenzierte Betrachtung, bei der jede Vervielfältigung konzeptionell eigenständig betrachtet wird.⁸⁹³

Welche Vorgaben für die Anknüpfung des gerechten Ausgleichs bei anderen Schrankenstatbeständen gelten, ist nicht abschließend geklärt. Die Vorgaben zum Reprographieausgleich können auf Schranken der InfoSoc-Richtlinie übertragen werden, die keine Beschränkungen hinsichtlich des persönlichen Anwendungsbereichs vorsehen. Offen ist hingegen, wie mit den Schranken umzugehen ist, deren Anwendungsbereich auf einen bestimmten Personenkreis beschränkt ist. Insofern dürfte eine generalisierende Anwendung möglich sein, wonach eine Abgabe bei Dritten erhoben werden kann, die die Anlagen an die jeweiligen privilegierten Nutzer veräußern.⁸⁹⁴ Ob sich darüber hinausgehend aus Praktikabilitätsgründen die Zulässigkeit einer weitergehenden Anwendung ergeben kann, müsste gegebenenfalls in einem Vorlageverfahren geklärt werden.

3. Verbot der unterschiedslosen Anwendung

Der EuGH präzisiert in *Padawan* für den Privatkopieausgleich das Erfordernis des notwendigen Zusammenhangs (Engl.: *necessary link*) zwischen der Anwendung der zur Finanzierung des gerechten Ausgleichs bestimmten Abgabe und der mutmaßlichen Nutzung.⁸⁹⁵ Aus dem Erfordernis ergibt sich für die einfache Dritthaftung das Verbot der unterschiedslosen Anwendung.⁸⁹⁶ Die Rechtsprechung wurde bestätigt und fortentwickelt.⁸⁹⁷ Die Bedeutung des notwendigen Zusammenhangs wurde und wird sehr unterschiedlich beurteilt. Erstens wird darum gestritten, wie die Vorgaben des EuGH aus *Padawan* über-

⁸⁹² Dreier ZUM 2013, 769, 772. Anders Walter MR 2015, 162, 163, der eine Pflicht zur Verteilung auf die verschiedenen Glieder der Kette in Erwägung zieht. Eine dahingehende Beschränkung des mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraums kann aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs aber nicht abgeleitet werden. Der EuGH nutzt die Möglichkeit der Vorlage bewusst nur dazu, die Möglichkeit darzulegen, ohne eine Verpflichtung auch nur erkennbar in Erwägung zu ziehen.

⁸⁹³ Vgl. Niemann JurPC Web-Dok. 178/2013, Abs. 38.

⁸⁹⁴ Genau wie beim Privatkopieausgleich ist ein Gleichklang zwischen den Vorgaben zum zulässigen Schuldner und dem notwendigen Zusammenhang erforderlich.

⁸⁹⁵ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 51 ff. – *Padawan*, wobei der Gerichtshof für das Vorlageverfahren herausstellt, dass beim Privatkopieausgleich ein Zusammenhang zwischen der Anwendung der Abgabe auf Anlagen, Geräte und Medien zur Vervielfältigung und deren mutmaßlichen Gebrauch zu privaten Zwecken notwendig ist.

⁸⁹⁶ Vgl. Niemann JurPC Web-Dok. 178/2013, Abs. 11; Ullmann CR 2012, 288, 289. Engl.: *indiscriminate application*.

⁸⁹⁷ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 24 – *Opus*; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 28 – *Amazon*; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 21 – *Copydan*; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 31 – *Microsoft Mobile Sales International*. Vgl. *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 835.

haupt zu verstehen sind. Verschiedene Interpretationen, die im unmittelbaren Nachgang zu *Padawan* vertreten wurden, sind inzwischen überholt, aber einige Punkte sind weiterhin ungeklärt. Zweitens besteht Uneinigkeit darüber, inwiefern die Vorgaben zum notwendigen Zusammenhang abstraktionsfähig sind.⁸⁹⁸

a) Herleitung

Das Erfordernis des notwendigen Zusammenhangs ergibt sich nicht unmittelbar aus dem Richtlinien text,⁸⁹⁹ sondern der Gerichtshof legt den unbestimmten Rechtsbegriff präzisierend aus.⁹⁰⁰ Bevor sich der EuGH erstmals mit dem gerechten Ausgleich befasste, hielt die deutsche Fachöffentlichkeit eine unterschiedslose Anwendung einer urheberrechtlichen Pauschalabgabe für zulässig.⁹⁰¹ Der Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten fand nach diesem Verständnis seine Schranken erst in den verfassungsrechtlichen Vorgaben des nationalen Rechts, also etwa im Gleichheitssatz und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.⁹⁰² Als die *Audiencia Provincial de Barcelona* den EuGH in *Padawan* nach der unionsrechtlichen Notwendigkeit eines Zusammenhangs zwischen der Anwendung des Ausgleichs für Privatkopien und der mutmaßlichen Nutzung fragte,⁹⁰³ hielten einige Äußerungsberechtigte nach Art. 23 EuGH-Satzung rein objektbezogene Abgaben für unionsrechtskonform.⁹⁰⁴ Mehrere Beteiligte – unter anderem die britische und die französische Regierung – sprachen sich demgegenüber aber für ein entsprechendes Erfordernis aus.⁹⁰⁵ GA *Trstenjak* erachtete in ihren Schlussanträgen einen notwendigen Zusammenhang ebenfalls für erforderlich.⁹⁰⁶ Der EuGH schloss sich in *Padawan* der Generalanwältin an und stützt das Merkmal auf den angemessenen Ausgleich nach EGr. 31 InfoSoc-RL.⁹⁰⁷

⁸⁹⁸ Vgl. *Hoeren* MMR 2010, 831. Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 12.

⁸⁹⁹ *Frank* CR 2011, 1, 3; GA *Wahl* Schlussanträge vom 04.5.2015, Rs. C-110/15, Rn. 30 – Microsoft Mobile Sales International.

⁹⁰⁰ Ähnlich GA *Wahl* Schlussanträge vom 04.5.2015, Rs. C-110/15, Rn. 31 – Microsoft Mobile Sales International. Anders Fromm/Nordemann/Wirtz 12. Aufl. 2018, Vor §§ 54 ff. UrhG Rn. 2.

⁹⁰¹ Zumeist wurde die Frage nicht näher erläutert. Vgl. beispielsweise auch *Wiesemann* Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 48 f., der bei seiner Untersuchung der Vorgaben des gerechten Ausgleichs keine Bedenken gegenüber einer Anknüpfung an die objektive Nutzungsmöglichkeit hat.

⁹⁰² *Wiesemann* Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien, 2007, S. 49 m. V. a. BGH GRUR 1993, 553, 556 – Readerprinter.

⁹⁰³ Vgl. die dritte Vorlagefrage, wiedergegeben in EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 3 – EuGH.

⁹⁰⁴ Vgl. GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 34 f. – *Padawan*.

⁹⁰⁵ Vgl. GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 33 – *Padawan*.

⁹⁰⁶ GA *Trstenjak* Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 91 – 95 – *Padawan* mit einem im Vergleich zum Urteil liberaleren Vorschlag. Vgl. hierzu auch *Hoeren* MMR 2010, 831.

⁹⁰⁷ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 52 – *Padawan*.

Dabei erachtet er es für die Anwendung der Abgabe als relevant, dass den Rechtsinhabern nur ein Schaden entstehen kann, wenn die Anlagen zur Anfertigung von Privatkopien genutzt werden können.⁹⁰⁸ Daraus leitet er her, dass ein Zusammenhang zwischen Anwendung der Abgabe und Verwendung der Anlagen bestehen muss. Der notwendige Zusammenhang ergänzt und präzisiert damit das Erfordernis des Schadensausgleichs und bringt das Kompensationsbedürfnis der Rechtsinhaber in einen Ausgleich zu den Interessen der Nutzer und potenziellen Anspruchsschuldner, nicht übermäßig belastet zu werden. Das Merkmal dient dem Schutz der potenziellen Anspruchsschuldner vor einer interessenwidrigen Inanspruchnahme. Das Merkmal ist zudem der Einzelfallgerechtigkeit in gewissem Maße zuträglich, vgl. EGr. 35 S. 2 InfoSoc-RL, da es die Zulässigkeit von Abstraktionen begrenzt.⁹⁰⁹

b) Grundlagen

Der notwendige Zusammenhang macht es im Rahmen der einfachen Dritthaftung erforderlich, dass die Anwendung der zur Finanzierung des gerechten Ausgleichs bestimmten Abgabe in Verbindung zum mutmaßlichen Gebrauch des ausgleichspflichtigen Objekts zum Zwecke privilegierter Vervielfältigungen steht.⁹¹⁰ Das Merkmal wurde zunächst für Anlagen zur digitalen Vervielfältigung präzisiert,⁹¹¹ aber aus den Folgeurteilen ergibt sich die darüberhinausgehende Geltung für analoge Vervielfältigungen.⁹¹²

aa) Anwendung der Abgabe

Eine Ansicht sprach sich für ein enges Verständnis der „Anwendung der Abgabe“ aus, nach dem eine Abgabe nicht angewendet würde, wenn der Vergütungsschuldner diese wirtschaftlich nicht tragen müsse.⁹¹³ Demnach würde der gerechte Ausgleich nicht angewendet, wenn eine Erstattung erfolgt. Dieses Verständnis wäre für die Rechtsinhaber vorteilhaft, da auch die ursprüngliche Erhebung eines Ausgleichs nicht zwangsläufig zu deren

⁹⁰⁸ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 52 – Padawan.

⁹⁰⁹ Vgl. Walter/Walter Europäisches Urheberrecht, 2001, Info-RL Rn. 115.

⁹¹⁰ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 59 – Padawan zum Privatkopieausgleich.

⁹¹¹ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 59. Vgl. auch Peifer jurisPR-WettbR 12/2010 Anm. 2, lit. C; Staudegger jusIT 2011, 1, 4.

⁹¹² EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 33 – Amazon.

⁹¹³ Kröber GRUR 2011, 55, 56; Staudegger jusIT 2011, 1, 4. So wohl auch Spindler FS Pfennig 2012, S. 387, 402. Vgl. auch die von Vitorino Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 14 wiedergegebenen Ansicht einiger Beteiligter sowie die hilfsweisen Erwägungen von Dreier ZUM 2011, 281, 291. Krit. von Beginn an Klett K&R 2010, 800, 802; Koch/Krauspenhaar GRUR Int. 2012, 881, 884 f.; Zib/Nitsch MR Beil. 2/2011, 1, 5.

Anwendung führt. Solange eine Abgabe erstattet würde, wäre dem notwendigen Zusammenhang genüge getan, auch wenn eine mutmaßliche Nutzung nicht vorläge. Die Gegenansicht ging schon im Lichte von *Padawan* davon aus, dass unabhängig von Erstattungen eine Anwendung der Abgabe bereits mit deren Erhebung vorliegt.⁹¹⁴ Dieses weite Verständnis ist tendenziell nutzer- bzw. schuldnerfreundlich. Zuletzt äußerten einige Stimmen zunächst – mit guten Gründen – Zweifel daran, ob sich aus *Padawan* die Anforderungen für die Anwendung der Abgabe mit Sicherheit absehen ließen.⁹¹⁵

Inzwischen ergibt sich aus der Rechtsprechung des EuGH, dass die Anwendung die erstmalige Erhebung des Ausgleichs bezeichnet.⁹¹⁶ So stellt der EuGH in *Copydan* für eine andere Haftungskonstellation fest, dass die Anwendung einer Vergütung nur zulässig ist, wenn unter anderem ein Anspruch auf Erstattung für die Fälle besteht, in denen diese nicht geschuldet ist.⁹¹⁷ Der EuGH bezeichnet mit der Anwendung mithin die originäre Belastung. Würde eine Abgabe gar nicht erst angewendet, wenn eine Erstattung erfolgt, wäre es widersinnig, die Anwendung von einem wirksamen Erstattungsmechanismus abhängen zu lassen.

bb) Zusammenhang

Die mutmaßliche Nutzung der Anlagen und die Anwendung der Abgabe müssen im konkreten Sachverhalt in Zusammenhang zueinander stehen. Der EuGH bezieht den Zusammenhang auf die jeweilige Anwendung der Ausgleichspflicht im Einzelfall.⁹¹⁸ Der notwendige Zusammenhang ist damit eine individuelle, einzelfallbezogene Vorgabe und nicht etwa nur als systembezogenes Merkmal zu verstehen.⁹¹⁹ Der EuGH stellt für den notwendigen Zusammenhang auf konkrete Merkmale des einzelnen Erwerbs von aus-

⁹¹⁴ *Niemann* CR 2011, 69, 74 f. ging davon aus, dass Personen, die nicht an Private liefern, von vornherein nicht die Abgabenlast der Privatkopievergütung tragen müssten. In diese Richtung auch *Frank* GRUR 2015, 623, 628, dessen Erwägungen sich nicht auf die einfache Dritthaftung beschränken.

⁹¹⁵ *Klett K&R* 2010, 800, 802. Ähnlich auch *Koch/Krauspenbaar* GRUR Int. 2012, 881, 884 f.; *Zib/Nitsch* MR Beil. 2/2011, 1, 5; *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 14.

⁹¹⁶ Vgl. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 44 ff. – *Copydan*.

⁹¹⁷ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 44 ff. – *Copydan*; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 36 f. – *Microsoft Mobile Sales International*. Diese Vorgaben zur Anwendung werden zwar für die qualifizierten Dritthaftung herausgearbeitet, können aber auf die einfache Dritthaftung übertragen werden. Es ist nicht ersichtlich, dass der EuGH den Begriff für die verschiedenen Haftungsstufen unterschiedlich auslegen will. Eine entsprechende Unterscheidung wäre weder sinnvoll noch sachlich gerechtfertigt.

⁹¹⁸ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 52 ff. – *Padawan*.

⁹¹⁹ Vgl. auch *Hoeren* MMR 2010, 831. Siehe auch *Frank* CR 2011, 1, 3 („Bedingungszusammenhang“).

gleichspflichtigen Anlagen ab.⁹²⁰ Ein abstrakter Zusammenhang zwischen Abgabe und Nutzung reicht daher nicht aus. Es genügt beispielsweise nicht, eine Abgabe auf alle kopierfähigen Anlagen zu beziehen, ohne deren konkreter Verwendung überhaupt Berücksichtigung zu schenken.⁹²¹ Zwar besteht auch bei einem solchen Ausgleichssystem insofern ein abstrakter Zusammenhang zwischen der Anwendung der Abgabe und den gesetzlich privilegierten Nutzungen, als dass die Ausgleichsobjekte global gesehen zu privilegierten Nutzungen verwendet werden. Das genügt allerdings nicht den Anforderungen des Unionsrechts an einen konkreten Zusammenhang, wonach der Verwendung des Ausgleichsobjekts in jedem Fall der Anwendung Rechnung getragen werden muss.⁹²²

cc) *Nutzung*

Der zweite Bezugspunkt des Zusammenhangs ist der mutmaßliche Gebrauch zu gesetzlich privilegierten Zwecken.⁹²³ Bei der Inanspruchnahme von Disponenten im Rahmen der einfachen Dritthaftung bezieht sich dieser Aspekt auf die mutmaßliche Nutzung der ausgleichspflichtigen Anlagen.⁹²⁴ Die Vorgaben der Rechtsprechung dazu, wann eine mutmaßliche Nutzung vorliegt, werden unterschiedlich interpretiert. Eine Anwendung kommt im Rahmen der einfachen Dritthaftung meines Erachtens nur in Betracht, wenn eine ausgleichspflichtige Nutzung vermutet oder nachgewiesen⁹²⁵ werden kann.⁹²⁶ Auch

⁹²⁰ Vgl. insbesondere EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 53 f. – Padawan.

⁹²¹ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 55 f. – Padawan.

⁹²² EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 52 ff. – Padawan.

⁹²³ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 51, 59 – Padawan, der für den Privatkopieausgleich in diesem Kontext dem Wortlaut nach lediglich von „Zwecken der privaten Vervielfältigung“ spricht. Im Ergebnis besteht kein Zweifel daran, dass eine Ausgleichspflicht nur für privilegierte Nutzungen besteht.

⁹²⁴ Vgl. *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger 2016, S. 459, 468 f.

⁹²⁵ Einige Stimmen äußern sich im Zusammenhang mit der Untersuchung von Pauschalabgaben dahingehend, eine Anwendung des gerechten Ausgleichs sei in bestimmten Konstellationen nicht möglich, wenn keine Vermutung über eine ausgleichspflichtige Nutzung bestehe (vgl. etwa *Niemann* CR 2011, 69, 74; *Zib/Nitsch* MR Beil. 2/2011, 1, 5. Siehe auch östOGH GRUR Int. 2017, 455, Nr. 4.3.(c) – *Austro-Mechana/Amazon III*). Angesichts des Kontexts kann nicht ohne Weiteres unterstellt werden, dass damit ein pauschaler Ausschluss der Ausgleichspflicht auch in Fällen einer nachgewiesenen ausgleichspflichtigen Nutzung gemeint ist. Warum das Kompensationsbedürfnis der Rechtsinhaber in diesen Fällen zwingend unberücksichtigt bleiben soll, lässt sich nicht sinnvoll begründen. Praktisch wird es bei Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch nur ausnahmsweise möglich sein, den notwendigen Nachweis zu führen. Eine massenhafte Durchsetzung der Ansprüche auf gerechten Ausgleich setzt das Bestehen einer Vermutung voraus. Im Einzelfall ist es möglich, eine ergänzende Anwendung des Ausgleichs für nachgewiesene ausgleichspflichtige Nutzungen neben dem Ausgleich aufgrund vermuteter Nutzung zu ermöglichen. Sofern Schäden aus Nutzungen, für die keine Vermutung besteht, geringfügig sind, müssen Mitgliedstaaten nach der Geringfügigkeitsausnahme keinen Ausgleich vorsehen. Eine nationale Regelung ist dann zulässig, wonach Rechtsinhabern selbst dann keinen Ausgleich fordern können, wenn sie eine privilegierte Nutzung nachweisen.

⁹²⁶ Vgl. *Hoeren* MMR 2010, 831; *Fromm/Nordemann/Wirtz* 12. Aufl. 2018, § 54 UrhG Rn. 10. So wohl auch *HK/Hentsch* 4. Aufl. 2018, vor § 54 UrhG Rn. 10, § 54 UrhG Rn. 8 f.

wenn der EuGH die inhaltlichen Anforderungen hätte klarer fassen können, besteht hieran im Ergebnis kein Zweifel. Verwirrung resultiert vor allem aus *Padawan*, weil der Gerichtshof zwei unterschiedliche Maßstäbe vorzugeben scheint. Einerseits erarbeitet er Voraussetzungen für Vermutungen, andererseits scheint er eine extensivere Anwendung des Ausgleichs gutzubeißen, wenn er die Anwendung eines Privatkopieausgleichs für den Fall missbilligt, dass Anlagen von anderen als natürlichen Personen zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien erworben werden. Im Einzelnen:

Der mutmaßliche Gebrauch liegt vor, wenn die ausgleichspflichtige Nutzung vermutet werden kann. Dieser Gleichklang ergibt sich aus der Argumentation des Gerichtshofs in *Padawan*. Auf die Normierung des Verbots der unterschiedslosen Anwendung als solches folgt die Aussage zur Vermutung über die ausgleichspflichtige Nutzung der abgabepflichtigen Anlagen.⁹²⁷ Andere Gründe, warum sich der EuGH in diesem Zusammenhang und auf diese Weise zur Vermutung äußern sollte, wenn diese nicht für die Anwendung der Abgabe bedeutsam sein soll, überzeugen nicht.⁹²⁸ Wann eine Vermutung der ausgleichspflichtigen Nutzung besteht, ist unter Berücksichtigung der Besonderheiten eines jeden Schrankentatbestands zu bestimmen.

Der EuGH stellt im Rahmen der Herleitung auch auf die technische Fähigkeit der ausgleichspflichtigen Anlagen zur Anfertigung von Kopien⁹²⁹ und die Nutzungsmöglichkeit⁹³⁰ ab, womit er die Vorgaben zur Vermutung jedoch lediglich ergänzt. Der technischen Fähigkeit kommt mittelbar Bedeutung zu, da der Umstand für das Bestehen der Vermutung bedeutsam ist. Dabei lässt der EuGH die von ihm in *Padawan* normierte Vermutung für den Privatkopieausgleich nicht allein von dieser Fähigkeit als solches abhängen, sondern stellt sie zusätzlich unter die Voraussetzung der Überlassung an Privatpersonen.⁹³¹ Die vergütungsrelevante Vermutung ergebe sich unmittelbar aus der technischen Fähigkeit der Anlagen.⁹³²

⁹²⁷ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 53 ff. – *Padawan*. Siehe auch *Jani/Ebbinghaus* GRUR-Prax 2011, 71, 72.

⁹²⁸ So lässt BGH GRUR 2014, 984, Rn. 49 f. – PC III eine Erklärung für den beschränkten Anwendungsbereich der Vermutung vermissen.

⁹²⁹ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 56 – *Padawan*. Vgl. auch *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 837.

⁹³⁰ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 56 ff. – *Padawan*; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 28 – *Amazon*. Vgl. hierzu auch *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 393; *Dreier* ZUM 2011, 281, 286.

⁹³¹ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 52 ff. – *Padawan*.

⁹³² Vgl. die Argumentation der österreichischen Verwertungsgesellschaft Austro-Mechana wiedergegeben von OLG Wien GRUR Int. 2016, 274. Für eine Betreiberabgabe auch HK/*Hentsch* 4. Aufl. 2018, § 54c UrhG Rn. 23. Auch die Nutzungsmöglichkeit ist für den notwendigen Zusammenhang für sich genommen nicht entscheidend. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 55 ff. – *Padawan* stellt lediglich in seiner Begründung, warum die Anwendung der Abgabe von der mutmaßlichen Nutzung abhängt, auf die

Grundsätzlich liegt die Aufstellung von Vermutungen nach Ansicht des EuGH im mitgliedstaatlichen Ermessen.⁹³³ Der sich hieraus auf nationaler Ebene ergebende Gestaltungsspielraum wird durch die vom EuGH erarbeiteten unionsrechtlich zwingenden Vorgaben erheblich eingeschränkt, wobei die Konkretisierungstiefe umstritten ist. Die Mitgliedstaaten sind aufgrund der Ergebnisspflicht nicht nur dazu berechtigt, Beweislastregeln aufzustellen, um die Erhebung des gerechten Ausgleichs zu gewährleisten, im Einzelfall sind sie sogar dazu verpflichtet.⁹³⁴

Der EuGH gibt keinen abweichenden Prüfungsmaßstab vor, der das Bestehen der Vermutung in den Hintergrund treten ließe. Insbesondere geht der EuGH nicht davon aus, dass die Anwendung einer Abgabe im Rahmen der einfachen Dritthaftung im Grundsatz zulässig ist und nur ausnahmsweise ausgeschlossen wird. Passagen aus der EuGH-Rechtsprechung – insbesondere aus *Padawan* – könnten in dem Sinne interpretiert werden. Dieses Verständnis ist aus der Rechtsprechung indes nicht zu entnehmen. Würde ein solcher eigenständiger Prüfungsmaßstab bestehen, wäre es im Ergebnis nicht beachtlich, ob eine Vermutung einer ausgleichspflichtigen Nutzung besteht oder nicht. Die Vorgaben zur Vermutung würden bedeutungslos.⁹³⁵

Die herrschende Ansicht für den Privatkopieausgleich geht allerdings von einem solchen besonderen Prüfungsmaßstab aus.⁹³⁶ Dieses Verständnis der unionsrechtlichen Vorgaben

Möglichkeit einer Nutzung ab. Mit diesen allgemeineren Erwägungen begründet der Gerichtshof allerdings, warum die mutmaßliche Nutzung für die Anwendung der Abgabe bedeutsam ist. Wann eine mutmaßliche Nutzung gegeben ist, entscheidet sich anhand der feingliedrigeren Vorgaben zur Vermutung.

⁹³³ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 40 – Amazon. Vgl. auch *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 394. Der BGH stützt seine Auffassung maßgeblich auf diese Rechtsprechung (vgl. etwa BGH GRUR 2017, 172, Rn. 94 – Mobiltelefon I; BGH GRUR 2017, 716 Rn. 58 – PC mit Festplatte II).

⁹³⁴ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 32, 40 – Amazon.

⁹³⁵ Vgl. *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 704 f. Das zeigt sich etwa bei *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 836, der sich zunächst mit dem expliziten Ausschluss befasst und dann zwar erwähnt, dass der EuGH sich zur Zulässigkeit von Vermutungsregeln äußert. Warum dies relevant sein soll und in welchem Verhältnis die Vermutung zum Ausschluss steht, erschließt sich jedoch überhaupt nicht. Das ist vom EuGH erkennbar nicht gewollt.

⁹³⁶ BGH GRUR 2012, 705, Rn. 39 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; BGH GRUR 2012, 1017, Rn. 34 – Digitales Druckzentrum; BGH GRUR 2017, 172, Rn. 63 – Musik-Handy; BGH GRUR 2017, 694, Rn. 36 – Gesamtvertrag PC; BGH GRUR 2017, 684, Rn. 39 – Externe Festplatten. Der BGH bezieht sich zwar auch auf die Vermutung der vergütungspflichtigen Nutzung, ordnet diese aber faktisch dem besonderen Maßstab unter (siehe etwa BGH ZUM 2018, 365, Rn. 32 ff. – PCs mit eingebauter Festplatte). Zur Rechtsprechung *Grünberger* ZUM 2018, 321, 327. *Dreier* ZUM 2011, 281, 283, 288; *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 2a; *Grünberger* ZUM 2023, 309, 343; *Hoeren* MMR 2010, 831; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 14; *Peifer* jurisPR-WettbR 12/2010 Anm. 2, lit. C.; *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 393; *Ullmann* CR 2012, 288, 292.; *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2022, 1777, 1787; *Walter* MR Beil. 2/2012, 1, 12; *ders.* FS Griss 2011, S. 693, 704 f. Vgl. die Argumentation der österreichischen Verwertungsgesellschaft Austro-Mechana wieder-

stützt sich maßgeblich auf einen Umkehrschluss zu einer Aussage aus *Padawan*, durch die der EuGH das Verbot der unterschiedslosen Anwendung konturiert. Nachdem der EuGH das Verbot zunächst dem Grunde nach herausgearbeitet hat,⁹³⁷ stellt er die Unzulässigkeit der Gleichbehandlung fest von einerseits Vervielfältigungsanlagen, die nichtprivaten Nutzern überlassen werden und *eindeutig* anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind und andererseits Vervielfältigungsanlagen, die Privatzutzern überlassen werden. Diese Aussage deckt sich nicht mit den vom EuGH im gleichen Urteil normierten Anforderungen zur Vermutung der ausgleichspflichtigen Nutzung für die Privatkopie, die auf die Überlassung von technisch geeigneten Anlagen an Privatpersonen abstellt.⁹³⁸ Dass der Gerichtshof insofern einen abweichenden Maßstab vorzugeben scheint, sieht die herrschende Ansicht als „auffällig“ an.⁹³⁹ Sie misst der zitierten Aussage eine eigenständige inhaltliche Bedeutung zu und leitet aus ihr ab, ein Privatkopieausgleich könne auch auf Anlagen angewendet werden, die von Nichtprivaten erworben werden, sofern der Erwerb nicht eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien dient. Die Anwendung der Privatkopieabgabe sei daher nur ausgeschlossen, wenn eine zumindest auch private Nutzung von vornherein nicht in Betracht komme.⁹⁴⁰ Da der EuGH damit die Anforderungen des notwendigen Zusammenhangs niedrig ansetze, sei eine Anwendung der Abgabe zulässig, wenn eine Überlassung an Private erfolge oder der Nutzungsvorbehalt nicht eindeutig sei.⁹⁴¹

Diese Auslegung des notwendigen Zusammenhangs überzeugt nach meinem Dafürhalten nicht.⁹⁴² Der Umkehrschluss ist nicht zulässig, da dieser sich nicht mit dem Kontext der Entscheidung vereinbaren lässt: Da der EuGH sich mit der Aussage insofern eindeutig auf die Vorlagefrage bezieht, in der das nationale Gericht explizit nach dieser Konstellation gefragt hatte, lässt sich hieraus kein von der Vermutung abweichender Maßstab entnehmen. Der EuGH bringt selbst zum Ausdruck, die unterschiedslose Anwendung verbiete sich „*einschließlich* in dem vom vorlegenden Gericht ausdrücklich angesprochenen

gegeben von OLG Wien GRUR Int. 2016, 274. In diese Richtung auch *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 836; *Klett K&R* 2010, 800, 801; *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 958; *Wandtke/Bullinger/Löffel* 6. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 14; *Metzger* ZEuP 2017, 836, 858. Nicht eindeutig östOGH GRUR Int. 2017, 455, Nr. 4.3.(b) – *Austro-Mechana/Amazon III*.

⁹³⁷ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 53, 59 – *Padawan*.

⁹³⁸ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 55 – *Padawan*.

⁹³⁹ *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 704 f.

⁹⁴⁰ *Dreier* ZUM 2011, 281, 288. Vgl. auch *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 394.

⁹⁴¹ Vgl. auch EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 28 – *Amazon*.

⁹⁴² Vgl. auch bereits GA *Trstenjak*, Schlussanträge vom 11.5.2010, Rs. C-467/08, Rn. 100 – *Padawan*.

Fall, dass diese von anderen als natürlichen Personen zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien erworben werden“.⁹⁴³ Der EuGH will mit der einschlägigen Textstelle keine über die Beantwortung der Vorlagefrage hinausgehende Aussage treffen⁹⁴⁴ und erarbeitet erst recht keine eigenständigen inhaltlichen Vorgaben zur Zulässigkeit der Anwendung des Ausgleichs für alle Fälle ohne eindeutigen Nutzungszweck. Dass nicht klar ist, wie der EuGH den Ausnahmefall genau verstehen will, spricht ebenfalls gegen die herrschende Ansicht. Aus der Interpretation der Vorgabe würden sich zudem diverse Schwierigkeiten ergeben. So wäre es nicht sachgerecht, eine Ausnahme von der Ausgleichspflicht – entsprechend dem Wortlaut des EuGH – nur zuzulassen, wenn die Anlagen kumulativ an Nichtprivate überlassen werden und diese eindeutig einer anderen Verwendung als der privilegierten Nutzung vorbehalten sind.⁹⁴⁵ Zudem bestehen für beide Merkmale inhaltliche Unklarheiten.⁹⁴⁶ Dass die Auslegung der herrschenden Meinung nicht überzeugend ist, zeigt sich im Weiteren auch in *Copydan* und *Microsoft Mobile Sales International*, wenn der EuGH mit Verweis unter anderem auf *Padawan* feststellt, dass die unterschiedslose Anwendung *jedenfalls* bei der Lieferung an andere als natürliche Personen zu eindeutig anderen Zwecken unzulässig ist,⁹⁴⁷ womit Freistellungen auch darüber hinaus erforderlich sein können.

⁹⁴³ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 53 – Padawan (Hervorhebung durch den Verfasser).

⁹⁴⁴ Vgl. *Frank* CR 2011, 1, 4.

⁹⁴⁵ Vgl. auch GA *Wahl* Schlussanträge vom 04.5.2015, Rs. C-110/15, Rn. 58 f. – Microsoft Mobile Sales International, der jeden Erwerb zur beruflichen Nutzung erfasst sieht und daher vorab freistellen will. Das ist im Ergebnis weitestgehend sachgerecht, in der Begründung hingegen problematisch.

⁹⁴⁶ Hinsichtlich des personalen Merkmals ist es nicht kongruent, dass der EuGH in der Argumentation eine unterschiedslose Anwendung beim Erwerb von „anderen als natürlichen Personen“ für unzulässig hält, dann aber im Ergebnis die entsprechende Aussage auf Überlassungen an nichtprivate Nutzer bezieht. Bezüglich des Merkmals der „Eindeutigkeit“ ist klärungsbedürftig, ob der EuGH dieses unmittelbar auf den Zweck der Vervielfältigung oder auf den Zweck des Erwerbs bezieht (vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 53, 59 – Padawan). Es macht inhaltlich einen Unterschied, ob die Vorgabe den Erwerb zu einem eindeutig anderen Zweck oder den eindeutigen Erwerb zu einem anderen Zweck betrifft. Insofern bestehen Diskrepanzen einerseits zwischen der Vorlagefrage und der Antwort des EuGH, andererseits zwischen den unterschiedlichen Sprachfassungen der Urteile. Die Lehre befasst sich in der Auseinandersetzung mit dem Urteil nicht mit dieser Ungereimtheit, sondern stellt – entsprechend der Vorlagefrage – vornehmlich auf die Eindeutigkeit des Erwerbs zu anderen Zwecken ab (Wandtke/Bullinger/*Lijft* 6. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 14; *Peifer* jurisPR-WettbR 12/2010 Anm. 2, lit. C.; *Staudegger* jusIT 2011, 1, 2; *Ullmann* CR 2012, 288, 292.; *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 705). Das wäre auch das sachgerechtere Kriterium, da es dem Anliegen sinnvoll Rechnung trägt, zwischen Erwerbergruppen zu differenzieren. Dennoch bezieht sich der EuGH in seiner Antwort vornehmlich auf den Zweck selbst (EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 53, 59 – Padawan).

⁹⁴⁷ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 47 – Copydan; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 36 – Microsoft Mobile Sales International. Vgl. auch *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 345. Auch wenn der EuGH die Feststellung im Zusammenhang mit der qualifizierten Dritthaftung trifft, lässt sich die Wertung für die einfache Dritthaftung übertragen.

Im Ergebnis definiert der EuGH den mutmaßlichen Gebrauch zur Anfertigung von Privatkopien positiv. Hieraus folgt ein Verbot der Anwendung einer Abgabe für alle Fälle, in denen keine Vermutung der Nutzung zur Anfertigung von Privatkopien besteht.⁹⁴⁸ Solange der Gebrauch zu Zwecken der privilegierten Kopie nicht vermutet werden kann, darf eine Abgabe nicht angewendet werden.⁹⁴⁹ Es gibt keinen abgeschwächten Prüfungsmaßstab für den notwendigen Zusammenhang der einfachen Dritthaftung, der eine Anwendung unter anderen Voraussetzungen zulässig machen würde.

c) *Privatkopieausgleich*

Die Vorgaben der Rechtsprechung zum Verbot der unterschiedslosen Anwendung für den Privatkopieausgleich sind komplex und werden unterschiedlich interpretiert.⁹⁵⁰ Bei den Vermutungen für pauschale Privatkopieabgaben muss zwischen drei Ebenen differenziert werden.⁹⁵¹ Die Ebenen beziehen sich auf das Vorliegen verschiedener Tatsachen.⁹⁵² Die erste Ebene betrifft die technische Fähigkeit von Anlagen zur Anfertigung von Kopien, die zweite Ebene die Vermutung der privaten Nutzung und die dritte Ebene bezieht sich auf die Anfertigung von gesetzlich privilegierten Vervielfältigungen.⁹⁵³ Auch wenn viele Quellen dieser vom EuGH vorgegebenen Systematisierung – wohl insbesondere angesichts eines abweichenden Verständnisses zur Bedeutung der Vermutung für die Anwendung des gerechten Ausgleichs – keine oder nur eine untergeordnete Bedeutung zumessen, liegt der Rechtsprechung des EuGH diese dreigliedrige Einteilung meines Erachtens zweifelsfrei zugrunde.⁹⁵⁴ Ob ein Ausgleichssystem unionsrechtskonform ist, ist im Ergebnis allein anhand der durch den EuGH normierten Vorgaben zu bestimmen.

⁹⁴⁸ Siehe EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 52 – Padawan.

⁹⁴⁹ Vgl. Hoeren MMR 2010, 831.

⁹⁵⁰ Der Aufbau der Arbeit orientiert sich an der inhaltlichen Systematik der Rechtsprechung, nicht an der Chronologie der Entscheidungen.

⁹⁵¹ So auch Koch/Krauspenhaar GRUR Int. 2013, 1003, 1008.

⁹⁵² Diese Systematik wurde in Vorlageverfahren herausgearbeitet, die Geräte- und Speichermedienabgaben betrafen. Sie ist aber für alle Abgaben der einfachen Dritthaftung – insbesondere für Betreiberabgaben – bedeutsam.

⁹⁵³ Koch/Krauspenhaar GRUR Int. 2013, 1003, 1008 beziehen die dritte Stufe auf den Umfang der Nutzung für die Anfertigung von Privatkopien. Das setzt das „Ob“ voraus, geht aber sogar darüber hinaus.

⁹⁵⁴ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 41 ff. – Amazon unterscheidet zwischen der bereits entschiedenen Regelung des Nachweises der Anfertigung von Privatkopien (Rn. 41 f.) und der in Frage stehenden Vermutung zur privaten Nutzung (Rn. 43 f.). Vgl. auch östOGH, GRUR Int. 2017, 455, 2.4.; Zöchling-Jud MR 2016, 23, 31; Fischer MR 2015, 175, 179. Der Gerichtshof normiert in Padawan zunächst die Vermutung der dritten Stufe und ergänzte die Rechtsprechung in Amazon um die Vermutung der zweiten Stufe (vgl. Koch/Krauspenhaar GRUR Int. 2013, 1003, 1007). Da der EuGH die Vermutungen der zweiten und dritten Stufe mit unterschiedlichen Erwägungen begründet und sie unterschiedlich gestaltet – vor allem indem er sie jeweils auf andere Tatsachen bezieht –, ist es nicht möglich, von einer einheitli-

aa) *Erste Ebene: Technische Fähigkeit*

Die erste Ebene der Beweislast bezieht sich auf die technische Fähigkeit einer Anlage zur Anfertigung von Vervielfältigungen. Eine entsprechende Vermutung für diesen Umstand besteht nicht.⁹⁵⁵ Die Vermutungen der zweiten und dritten Ebene beziehen sich nur auf Anlagen, die diesem Erfordernis genügen.⁹⁵⁶ Enger als der Wortlaut des EuGH es zunächst vermuten lassen würde, reicht die technische Fähigkeit zur Anfertigung von Kopien an sich nicht aus, sondern die Objekte müssen zur Anfertigung von Privatkopien geeignet sein.⁹⁵⁷ Dieses enge Verständnis ist notwendig, da andernfalls kein Kompensationsbedürfnis bestehen kann. Dass dies dem Ansatz des EuGH entspricht, zeigt sich in der Notwendigkeit einer funktionalen Betrachtung, wonach ein gerechter Ausgleich nur bei der Möglichkeit der Nutzung zu ausgleichspflichtigen Zwecken angenommen werden kann.⁹⁵⁸

bb) *Zweite Ebene: Private Nutzung*

Die zweite Ebene der Beweislast bezieht sich auf die Nutzung zu privaten Zwecken.⁹⁵⁹ Aus der Vermutung oder dem Nachweis einer privaten Nutzung resultiert die Möglichkeit der Anwendung eines Ausgleichsanspruchs nicht unmittelbar, aber die Voraussetzungen der dritten Beweislaststufe hängen von diesem Umstand ab, womit die Möglichkeit der effektiven Geltendmachung praktisch wesentlich beeinflusst wird. Im Folgenden wird das Verständnis des EuGH zur privaten Nutzung erläutert, um daraufhin die vom EuGH normierten Vorgaben zu der entsprechenden Vermutung zu untersuchen.

chen europäischen Vermutung auszugehen. Das wird weder ausdrücklich bestritten noch wird eine solche Vermutung gefordert (vgl. *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 839, der in diesem Zusammenhang auf terminologische Unsauberkeiten in der EuGH-Rechtsprechung verweist und ebenfalls von einer Unterscheidung zwischen den Vermutungen ausgeht). Vielfach werden die Vorgaben zu den Vermutungen dennoch nicht sauber getrennt (vgl. *HK/Hentsch* 4. Aufl. 2018, Vor § 54 UrhG Rn. 10; *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 16. Ähnlich auch *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 345 ff., der die Vorgaben zunächst zusammen betrachtet und erst im weiteren Verlauf zwischen den Stufen differenziert). Das wird der vom EuGH vorgegebene Systematik nicht gerecht. Zu Unrecht kritisch gegenüber der öst. Rechtsprechung daher *Verweyen* MMR 2017, 392.

⁹⁵⁵ *Koch/Krauspenbaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1008.

⁹⁵⁶ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 55 – Padawan; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 43 – Amazon.

⁹⁵⁷ Wie hier auch *Dreier* ZUM 2011, 281, 288, 290; *Koch/Krauspenbaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1008; *Fromm/Nordemann/Wirtz* 12. Aufl. 2018, § 54 UrhG Rn. 6. *Ullmann* CR 2012, 288, 291 nimmt eine unwiderlegliche Vermutung zur eindeutig anderen Verwendung als zur Anfertigung von Privatkopien an, wenn die Anfertigung von privaten Kopien technisch ausgeschlossen ist.

⁹⁵⁸ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025 Rn. 28 – Amazon; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 42 – Microsoft Mobile Sales International.

⁹⁵⁹ *Koch/Krauspenbaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1008; *Zöchling-Jud* MR 2016, 23, 31.

Der EuGH unterscheidet zwischen Vervielfältigungen zum Zweck des privaten Gebrauchs einerseits und zu sonstigen Zwecken andererseits.⁹⁶⁰ Der Begriff des privaten Gebrauchs ist aufgrund des inhaltlichen Bezugs identisch mit dem Tatbestandsmerkmal aus der Privatkopieregelung auszulegen, Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL. Es handelt sich mithin um eine dichotome Einteilung. Es besteht weder eine dritte Gruppe noch kann eine Nutzung beiden⁹⁶¹ oder überhaupt keiner Gruppe zugeordnet werden. Die private Nutzung ist für die Anwendung der Privatkopierschranke nicht hinreichend, da weitere Tatbestandsmerkmale erfüllt sein müssen. Der EuGH bezieht die zweite Ebene ausschließlich auf dieses für die Schrankenregelung bedeutsame Merkmal, ohne einen unmittelbaren Bezug zu durch die Schranke privilegierten Nutzungen herzustellen.⁹⁶² Auf dieser Unterscheidung des Nutzungszwecks baut die Unterscheidung des Gerichtshofs zwischen Privatpersonen⁹⁶³ und nichtprivaten Personen⁹⁶⁴ auf. Wer Privatperson ist, bestimmt sich danach, wer Anlagen zu privaten Zwecken nutzt bzw. zu privaten Zwecken erwirbt.⁹⁶⁵ Alle anderen Rechtssubjekte sind Nichtprivate, was beispielsweise auf Unternehmer und Behörden⁹⁶⁶ zutrifft. Da die Eigentumsverhältnisse an Vervielfältigungsanlagen nach den europäischen Vorgaben für die Zulässigkeit einer Nutzung nach der Privatkopierschranke unbeachtlich sind,⁹⁶⁷ können Anlagen von verschiedenen Personen zur Anfertigung von

⁹⁶⁰ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 39, 44 – Amazon. Zum Teil stellt er dem privaten Gebrauch auch den öffentlichen Gebrauch gegenüber, ohne dass hierin eine erkennbare inhaltliche Abweichung liegt (vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 75 – Rebel).

⁹⁶¹ Die Anfertigung einer Kopie kann sowohl der privaten als auch der nichtprivaten Verwendung dienen („auch private Vervielfältigungen“), aber in diesen Fällen ist die Nutzung im Sinne der Privatkopieregelung als nichtprivat zu bewerten, da nur ausschließlich private Nutzungen der Schranke unterfallen. Damit besteht insofern auch kein Kompensationsbedürfnis. So auch Dreier/Hugenholz/*Bechtold* Concise European Copyright Law, 2. Aufl. 2016, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 5(e). Vgl. für das deutsche Recht Dreier/Schulze/*Dreier* 7. Aufl. 2022, § 53 UrhG Rn. 10.

⁹⁶² Die private Verwendung der Anlagen setzt nicht einmal zwingend voraus, dass diese zu urheberrechtlichen Nutzungen verwendet werden. So können multifunktionale Anlage privat genutzt werden, ohne dass überhaupt eine urheberrechtlich relevante Nutzung erfolgt.

⁹⁶³ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 27 – Opus; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 24 – Amazon; EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 52 – ACI Adam; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 23 – Copydan; EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 21; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 31 – Microsoft Mobile Sales International.

⁹⁶⁴ Vgl. bspw. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 59 – Padawan. Vgl. auch EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 41 – Rebel.

⁹⁶⁵ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 54 ff.; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 24 – Copydan.

⁹⁶⁶ *Frank* CR 2011, 1, 5; *Ullmann* CR 2012, 288, 291. Die von den Autoren separat aufgeführten Freiberufler können als Unternehmer erfasst werden (vgl. *MüKo/Micklitz* 9. Aufl. 2021, § 14 BGB, Rn. 30 f.).

⁹⁶⁷ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 23 – Copydan; EuGH GRUR 2018, 68 Rn. 35 – VCAST. Es kommt in Betracht, dass Mitgliedstaaten die Schranken restriktiver ausgestalten, als die Richtlinie dies zulässt. Vgl. zu unterschiedlichen nationalen Konzepten *Pardo/Lucas-Schloetter* EIPR 2013, 463, 464.

privilegierten Kopien genutzt werden, selbst wenn diese von einem Nichtprivaten erworben wurden.

(1) *Die Amazon-Vermutung*

In *Amazon* stellt der EuGH als Antwort auf eine Vorlagefrage des österreichischen Obersten Gerichtshofs zur Inanspruchnahme von natürlichen Personen fest, dass ein Mitgliedstaat unter bestimmten Voraussetzungen

„im Rahmen einer Regelung zur Finanzierung des [...] gerechten Ausgleichs durch eine Abgabe für Privatkopien zulasten von Personen, die zur Vervielfältigung geeignetes Trägermaterial im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaats als Erste gewerbsmäßig und entgeltlich in Verkehr bringen, [...] eine widerlegbare Vermutung für den privaten Gebrauch dieses Trägermaterials im Fall seines Inverkehrbringens an natürliche Personen“

aufstellen kann.⁹⁶⁸ Kürzer gefasst: Eine widerlegliche Vermutung der privaten Nutzung kann zulässig sein, wenn die Anlagen natürlichen Personen überlassen werden und die Abgabe beim ersten Inverkehrbringen der Objekte angewendet wird⁹⁶⁹ (sog. „*Amazon-Vermutung*“). Der EuGH macht die Zulässigkeit der Einführung davon abhängig, dass praktische Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Nutzungszwecks dies rechtfertigen und keine Erhebung erfolgt, wenn der Endnutzer offenkundig nicht von der Schrankenregelung privilegiert wird.⁹⁷⁰ Die nationalen Gerichte haben zu beurteilen, ob diese Voraussetzungen vorliegen.⁹⁷¹

⁹⁶⁸ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 45 – *Amazon*. Der Gerichtshof hätte sich angesichts der vom Vorlagegericht vorgegebenen Abhängigkeitsverhältnis zu einer anderen Vorlagefrage nicht zu der die Vermutung betreffende Frage äußern müssen. Dass er dies trotzdem macht, wurde zum Teil dahingehend interpretiert, der EuGH ginge von der Richtlinienkonformität der dem Vorlageverfahren zugrundeliegenden Regelung aus (so *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 16). Das ist zumindest zweifelhaft. Die Notwendigkeit einer Antwort auf diese Frage erschließt sich meines Erachtens aus dem Verhältnis der einfachen zur qualifizierten Dritthaftung. Mit der Vorlagefrage zur Zulässigkeit der Vermutung bei der Überlassung von Anlagen an natürliche Personen normiert der EuGH die Voraussetzungen der einfachen Dritthaftung. Dies ist für die Vorlagefrage zur Zulässigkeit der qualifizierten Dritthaftung bedeutsam, da deren Zulässigkeit davon abhängt, ob nach der einfachen Dritthaftung praktische Schwierigkeiten bestünden. Daraus ergibt sich ein Zusammenhang zwischen den Vorlagefragen.

⁹⁶⁹ Dies ist nach der hier vertretenen Ansicht umfassend nur für die qualifizierte Dritthaftung zulässig. Die einfache Dritthaftung kann nur in den Fällen an das erste Inverkehrbringen anknüpfen, wenn dies zugleich die Überlassung an den Endnutzer darstellt.

⁹⁷⁰ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 44 – *Amazon*. Verkürzt daher GA *Wabl*/Schlussanträge vom 04.5.2015, Rs. C-110/15, Rn. 53 – *Microsoft Mobile Sales International*, der das zweite Merkmal nicht erwähnt, aber dafür die Beschränkung auf natürliche Personen als Voraussetzungen zu erachten scheint.

⁹⁷¹ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 44 – *Amazon*.

(a) *Anwendungsbereich*

Der Anwendungsbereich, der sich unmittelbar aus der zitierten Formulierung ergibt, ist relativ eng: Die Vermutung gilt erstens nur für das erste Inverkehrbringen des Trägermaterials.⁹⁷² Zweitens gilt sie nur für den Fall, dass dieses Inverkehrbringen an natürliche Personen erfolgt, wobei es darauf ankommt, wer die Anlage in der konkreten Transaktion, auf die sich die Vermutung bezieht, erwirbt. Der EuGH bezieht sich ausdrücklich nur auf den unmittelbaren Erwerb durch natürliche Personen,⁹⁷³ womit der Enderwerber insofern unbeachtlich ist.⁹⁷⁴ Ungeachtet der zum Teil unpräzisen Begriffsverwendung durch den EuGH⁹⁷⁵ sind natürliche Personen von juristischen Personen abzugrenzen.⁹⁷⁶ Der Begriff der juristischen Person erfasst alle rechtsfähigen Organisationen wie etwa Personengesellschaften.⁹⁷⁷ Einzelkaufleute und Freiberufler sind natürliche Personen, ohne Privatnutzer zu sein.

⁹⁷² Der EuGH bezieht sich dem Wortlaut nach nur auf diejenigen Fälle, in denen das erste Inverkehrbringen mit der Überlassung an den Enderwerber zusammenfällt. Eine Vermutung ist für Fälle des ersten Inverkehrbringens zulässig, was aber nichts daran ändert, dass ein Dritter im Rahmen dieser Haftungsstufe nur in Anspruch genommen werden kann, wenn das Inverkehrbringen zugleich die Überlassung an den Endnutzer darstellt. Demgegenüber ist bei der zulässigen unterschiedslosen Anwendung im Rahmen der qualifizierten Dritthaftung der notwendige Zusammenhang in einer Weise gelockert, dass eine Vermutung über die entsprechende Nutzung entbehrlich ist.

⁹⁷³ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 45 – Amazon.

⁹⁷⁴ Es kann nicht angenommen werden, dass der EuGH als „Inverkehrbringen“ innerhalb eines Satzes einmal die erste und dann die endgültige Überlassung bezeichnet. Letztendlich befinden sich die Anlagen nach dem „ersten Inverkehrbringen“ auch bereits im Verkehr, womit es fern liegt, eine Weiterveräußerung als Inverkehrbringen zu bezeichnen.

⁹⁷⁵ Zum Teil könnten die Urteile den Eindruck erwecken, der EuGH verwende den Begriff der natürlichen Person synonym zur Privatperson. So benutzt der Gerichtshof in *Padawan* den Begriff der natürlichen Person in der Argumentation und tauscht ihn im Folgenden in der Antwort zur Vorlagefrage durch den Begriff des privaten Nutzers aus (EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 53, 59 – *Padawan*. Vgl. auch die Vertauschung der Begriffe in EuGH GRUR 2017, 687, Rn. 33 – *EGEDA* („natürliche Person“) unter Zitierung von EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan* („Privatperson“)). Ein solches Begriffsverständnis würde aber nicht nur der üblichen Verwendung widersprechen, sondern lässt sich auch mit der Systematik der Rechtsprechung nicht vereinbaren. Denn würde man die Begriffe gleichsetzen, hätte eine Vermutung der privaten Nutzung bei der Überlassung an natürliche Personen keinen Mehrwert (vgl. auch *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 836, 839).

⁹⁷⁶ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 76 – *Reprobel* (Engl. *natural or legal persons*). Der EuGH bedient sich für den gerechten Ausgleich zur Unterscheidung überwiegend negativen Formulierungen und grenzt die natürliche Person von „anderen als natürlichen Personen“ ab (vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 53 – *Padawan*; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 28 – *Amazon*). Die Unterscheidung zwischen natürlichen und juristischen Personen entspricht auch der gewöhnlichen Begriffsverwendung (vgl. *Weber/Fuchs* Rechtswörterbuch, 27. Aufl. 2021, unter „Person“).

⁹⁷⁷ Das folgt aus der Systematik der Privatkopieregelung (vgl. hierzu *Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter* European Copyright Law, 2010, Rn. 11.5.31 f.). Siehe auch die dualistische Konzeption in der Legaldefinition des (urheberrechtlichen) Nutzers in Art. 3 lit. k) VG-RL (vgl. zur Umsetzung im deutschen Recht *BeckOK/Freudenberg* 40. Aufl. 2023, § 8 VGG Rn. 7). Dies deckt sich mit der Auslegung des Begriffs der natürlichen Person aus Art. 19 Abs. 3 GG (vgl. dazu übersichtlich *Dürig/Herzog/Scholz/Remmert* 55. EL 2009, Art. 19 Abs. 3 GG Rn. 37 ff.). Die Einordnung ist insoweit davon unabhängig, ob sie in anderer Hinsicht nicht als juristische Person gelten (vgl. etwa

Die *Amazon*-Vermutung kann auf alle Handlungen angewendet werden, die geeignet sind, die Pflicht zum gerechten Ausgleich auszulösen. Obwohl der EuGH im Ergebnis lediglich feststellt, dass eine Vermutung beim ersten Inverkehrbringen angewendet werden kann, beschränkt sich die Rechtsprechung nicht hierauf.⁹⁷⁸ Dies ergibt sich aus der Begründung des EuGH, der ausführt, dass die Vermutung über eine private Nutzung grundsätzlich gerechtfertigt ist, wenn Anlagen einer natürlichen Person überlassen werden.⁹⁷⁹ Daher ist es irrelevant, ob sich die Vermutung auf das Inverkehrbringen oder eine nachgelagerte Veräußerung bezieht. Es kommt allein darauf an, dass die Anlagen natürlichen Personen überlassen werden. Im Gegensatz dazu scheidet eine Anwendung der Vermutung bei der Überlassung an juristische Personen aus.⁹⁸⁰ Eine Überlassung an eine juristische Person ist gegeben, wenn diese Eigentum, Besitz oder eine hiermit vergleichbare Position am Vergütungsobjekt erlangt.⁹⁸¹ Dass die *Amazon*-Vermutung sich damit im Ergebnis auf jeden Erwerb von natürlichen Personen bezieht, wird auch durch die Funktion der Vermutung gestützt. Da die Vermutung der Überwindung von praktischen Schwierigkeiten bei der Einordnung der Nutzer in unterschiedliche Kategorien dient, ist eine Übertragung auf den Erwerb durch insofern wesensverschiedene juristische Personen nicht möglich. Dies ist sachgerecht, da juristische Personen nicht zugleich Privatperson sein können und schon dem Wortlaut der Richtlinienbestimmung nach keine Privatkopien anfertigen können.⁹⁸² Demgegenüber ist eine Anwendung der *Amazon*-Vermutung auf jede Art der Überlassung an natürliche Personen notwendig, da die Probleme bei der Kategorisierung des Nutzers unabhängig von der Handelsstufe vergleichbar sind.

MüKo/Schäfer 9. Aufl. 2023, § 705 BGB Rn.315 ff. für die deutsche GbR). Auch Behörden werden nach der hier verwendeten Begriffsdefinition erfasst. Insoweit begrifflich differenzierter *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1008, die Behörden separat erfassen, ohne dass dies inhaltliche Unterschiede zur Folge hätte.

⁹⁷⁸ So auch ohne dies zu problematisieren *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1007. A.A. offenbar GA *Wahl*/Schlussanträge vom 04.5.2015, Rs. C-110/15, Rn. 53 f., 58 f. – Microsoft Mobile Sales International.

⁹⁷⁹ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 43 – Amazon.

⁹⁸⁰ Dies ist nicht selbstverständlich, da das Vorlagegericht seine Frage auf den Erwerb durch natürliche Personen begrenzt hat. Vorliegend ist es möglich, der Aussage einen eigenständiger Aussagegehalt beizumessen, da die Vorgaben zur Vermutung einen entsprechenden Willen erkennen lassen (vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 43 – Amazon). Der EuGH bezieht sich für die Übertragung nicht streng auf die Vorlagefrage („Inverkehrbringen“), sondern benennt das relevante Kriterium („Überlassung“) eigenständig.

⁹⁸¹ Vgl. in diese Richtung im Lichte von *Padawan* auch *Ullmann* CR 2012, 288, 292. Bei der Konkretisierung kommt den Mitgliedstaaten ein gewisser Spielraum zu.

⁹⁸² Vgl. *Wandtke/Bullinger/Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 41.

(b) *Zulässigkeitsvoraussetzung*

(aa) *Bestehen praktischer Schwierigkeiten*

Die Einführung der Vermutung ist vom Bestehen praktischer Schwierigkeiten abhängig. Zugleich dient die Vermutung auch dem Zweck, praktischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des privaten Zwecks der Nutzung entgegenzutreten.⁹⁸³ Es ist fraglich, ob die Vermutung sich zwingend auf bestimmte Schwierigkeiten beschränkt und falls ja, auf welche. Wie *Jani* zutreffend bemerkt, fällt es dem EuGH im Urteil schwer, klare Aussagen vorzunehmen,⁹⁸⁴ was auch diese Frage betrifft. Dass der EuGH in *Amazon* zunächst recht allgemein vorgibt, die Aufstellung einer widerleglichen Vermutung sei „[u]nter Berücksichtigung der praktischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des privaten Zwecks der Nutzung von zur Vervielfältigung geeignetem Trägermaterial[,] [...] für eine solche Nutzung [...] grundsätzlich gerechtfertigt“,⁹⁸⁵ könnte für einen weiten mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum sprechen, wobei die Vermutung sich auf jedwede praktischen Schwierigkeiten beziehen könnte. Bei genauerer Betrachtung gibt der EuGH jedoch einen restriktiveren Ansatz vor, nach dem die Vermutung der privaten Nutzung nur der Überwindung von Schwierigkeiten bei der Feststellung der Identität des Erwerbers dienen kann. Die *Amazon*-Vermutung ist demgegenüber nicht darauf ausgerichtet, den Nachweis über eine Nutzung durch andere Personen als den Erwerber selbst entbehrlich zu machen. Sie begründet weder die Vermutung, dass Dritte die vergütungspflichtigen Anlagen in dem Zeitraum nutzen, in dem der Erwerber über diese verfügt – beispielsweise weil der Eigentümer der Anlage sie ihnen zur eigenen Nutzung überlässt –, noch ergibt sich aus ihr, dass Dritte die Anlage nutzen, nachdem der Erwerber die Anlage einer anderen Person überlassen hat – beispielsweise die Fälle des sogenannten Refurbishing.⁹⁸⁶

Diese Auslegung der *Amazon*-Vermutung folgt daraus, dass der EuGH seiner Rechtsprechung insoweit die Annahme zugrunde legt, dass Erwerber und Nutzer dieselbe Person sind (folgend: Identitätsannahme). Auf die Geltung der Identitätsannahme für die zweite Stufe deuten diverse Anhaltspunkte hin: Erstens spricht der EuGH in diesem Zusammenhang im Singular von „dem Endnutzer“,⁹⁸⁷ womit er offenbar davon ausgeht, dass eine Anlage nur durch eine Person genutzt wird. Zweitens ist die Beschränkung der *Amazon*-

⁹⁸³ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 43 – Amazon.

⁹⁸⁴ *Jani* EuZW 2013, 745, 746.

⁹⁸⁵ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 43 – Amazon.

⁹⁸⁶ Vgl. auch BGH GRUR 2012, 705, Rn. 47 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät.

⁹⁸⁷ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 44 f. – Amazon.

Vermutung auf die Überlassung an natürliche Personen zu nennen. Dass die Vermutung nicht greift, wenn juristische Personen die Anlagen erwerben, lässt erkennen, dass die Vermutung auf die Überwindung von praktischen Schwierigkeiten bei der Kategorisierung des Erwerbers gerichtet ist.⁹⁸⁸ Denn bei einer Überlassung an eine natürliche Person ist für den Veräußerer nicht ohne Weiteres zu erkennen, ob der Erwerber als Privatperson oder in anderer Eigenschaft handelt. Demgegenüber scheidet bei einer Verfügung an eine juristische Person der Erwerb einer Privatperson aufgrund der Identität des Erwerbers zwingend aus. Damit richtet der EuGH die Vermutung aus *Amazon* an einem Merkmal aus, das sich auf den Erwerber bezieht. Indem der EuGH die Vermutung auf ein Merkmal des Erwerbers bezieht, das für die privilegierte Nutzung bedeutsam ist, stellt er einen Zusammenhang zwischen Erwerb und Nutzung her. Warum die Kategoriezugehörigkeit des Erwerbers Bedeutung zur Nutzung seiner Anlagen durch Dritte haben soll, erschließt sich nicht. Der EuGH gibt für die Zulässigkeit der Vermutung ein Kriterium vor, das Rückschlüsse auf die typische Nutzung durch den Erwerber zulässt, was aber eine abweichende tatsächliche Nutzung im Einzelfall nicht ausschließt. Darüber hinaus ergibt sich die Identitätsannahme drittens aus der Wertung der dritten Stufe – also zur Vermutung der Anfertigung von privilegierten Kopien –, die auf die zweite Stufe durchschlägt. Der EuGH beschränkt die Vermutung der Anfertigung von Privatkopien auf entsprechende Verwendungen durch den Erwerber.⁹⁸⁹ In der Textpassage aus *Amazon*, in der der Gerichtshof die Vermutung der zweiten Ebene normiert, gibt er diese Rechtsprechung aus *Padawan* zunächst wieder und erweckt den Eindruck, dass er auch für die Vermutung der privaten Nutzung von diesem Grundsatz ausgeht.⁹⁹⁰ Das ist auch aus systematischen Gründen geboten, denn es besteht kein Bedürfnis für eine weiterreichende Vermutung der privaten Nutzung, da die Vermutung insofern leerlaufen würde. Da die Anwendung des Ausgleichs auf Grundlage der Anwendung von Vermutungen wegen der Identitätsannahme nur in Betracht kommt, wenn die Privatperson die Anlagen erwirbt,⁹⁹¹

⁹⁸⁸ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 41, 44 – Amazon.

⁹⁸⁹ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 55 – Padawan. Der EuGH liefert keine Anhaltspunkte dafür, dass die Annahme für die dritte Stufe aufgebrochen oder erweitert werden soll, sondern gibt die Rechtsprechung im Urteil eindeutig mit dieser Beschränkung wieder, was für ein striktes Festhalten an dieser Konzeption spricht.

⁹⁹⁰ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 41 – Amazon.

⁹⁹¹ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 54 ff.

ist überhaupt nicht ersichtlich, welche Funktion eine darüber hinausgehende Vermutung der privaten Nutzung erfüllen soll.⁹⁹²

(bb) *Ausnahme für offenkundig nicht erfasste Nutzer*

Auch wenn praktische Schwierigkeiten bei der Ermittlung des privaten Zwecks der Nutzung der ausgleichspflichtigen Anlage bestehen, darf die Vermutung nicht dazu führen, dass die Abgabe in Fällen auferlegt wird, in denen der Endnutzer der Anlage offenkundig nicht von der Privatkopierschranke erfasst wird.⁹⁹³ Hierdurch präzisiert der EuGH die Möglichkeit zur Widerlegung der Vermutung und erhebt diese zur Zulässigkeitsvoraussetzung. Aus der Voraussetzung ergibt sich, dass Mitgliedstaaten eine Freistellung beim Nachweis, nicht unter die Schranke zu fallen, zulassen müssen. Eine Möglichkeit der Erstattung ist zwar darüber hinausgehend notwendig, aber für sich genommen nicht ausreichend. Sofern der Erwerber nachweist, dass er die Anlagen als Nichtprivater erwirbt, darf ihm nach den Vorgaben der *Amazon*-Vermutung die Abgabe für Privatkopien nicht auferlegt werden.

(2) *Zulässigkeit weitergebender Vermutungen?*

Ob eine Vermutung einer privaten Nutzung auch abseits der Vorgaben von *Amazon* bestehen kann, ist umstritten.⁹⁹⁴ Inwieweit sich aus den ausdrücklichen Normierungen des EuGH Beschränkungen für den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten ableiten lassen, wurde schon auf Grundlage von *Padawan* diskutiert. Diese Frage stellt sich entsprechend für die Vorgaben aus *Amazon*.⁹⁹⁵

⁹⁹² Ähnlich *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 348.

⁹⁹³ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 44 – *Amazon*. Auch diese Voraussetzung der *Amazon*-Vermutung spricht im Übrigen nach dem hiesigen Verständnis der einfachen Dritthaftung für die Identitätsannahme. Denn wenn die Abgabe nur auf der letzten Handelsstufe angewendet werden kann, dabei aber nicht solchen Nutzern auferlegt werden darf, die offenkundig nicht unter die Schranke fallen, dann kommt auch hierin die Vorstellung des EuGH zum Ausdruck, dass nur die eigene Nutzung des Erwerbers unterstellt werden kann.

⁹⁹⁴ *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1008. Vgl. noch ohne Berücksichtigung von *Amazon* die Erwägungen von *Niemann* CR 2011, 69, 75; *Ullmann* CR 2012, 288, 291. Die Vorgaben von östOGH GRUR Int. 2017, 455 – *Amazon/Vergütung für Trägermaterial IV* sind in diesem Zusammenhang nicht beachtlich, da die Entscheidung sich maßgeblich mit der qualifizierten Dritthaftung befasst.

⁹⁹⁵ Der Streit darüber, ob und inwieweit Mitgliedstaaten Vermutungen aufstellen können, die über die vom EuGH normierten Vorgaben hinausgehen, ist im Kern bereits im unmittelbaren Nachgang zu *Padawan* entfacht, bezog sich aber zunächst auf die Vermutung der ausgleichspflichtigen Nutzung. Die Vermutung über die private Nutzung ist der Vermutung über die Anfertigung von Privatkopien vorgelagert. Daher liegen Aussagen über die Zulässigkeit der Vermutung einer Nutzung zu Zwecken der Privatkopie oftmals zumindest implizit Erwägungen über die Vermutung einer privaten Nutzung zu Grunde. Daher werden die Argumente, die in der Auseinandersetzung mit den Vorgaben aus *Padawan* vorge-

(a) *Meinungsstand*

Es wird die Ansicht vertreten, es könne den Mitgliedstaaten versagt sein, über die *Amazon*-Vermutung hinauszugehen und die private Nutzung auch bei der Überlassung von Anlagen unter anderen Umständen zu unterstellen. Damit wäre für die Anwendung der Privatkopieabgabe bei der Überlassung an andere als natürliche Personen ein Nachweis der Nutzung zu privaten Zwecken erforderlich.⁹⁹⁶ Dass eine Vermutung unzulässig sein soll, leitet die Ansicht aus einem Umkehrschluss aus der EuGH-Rechtsprechung her. Da der Gerichtshof nur bestimmte Vermutungen erlaubt habe, sei in anderen Fällen ein Nachweis notwendig.⁹⁹⁷ Im unmittelbaren Nachgang zu *Padawan* wurde dabei die Meinung vertreten, dass ein Nachweis immer notwendig sei, sofern keine Überlassung an eine natürliche Person zu privaten Zwecken erfolge.⁹⁹⁸ Zumindest in dieser Absolutheit ist die Auffassung inzwischen nicht mehr haltbar, da nach *Amazon* die Vermutung bei einer Überlassung an natürliche Personen – unabhängig vom Zweck der Verwendung der Anlagen – zulässig sein kann und damit die *Padawan*-Rechtsprechung ergänzt wurde. Auch vor dem Hintergrund dieser Relativierung von *Padawan* wird jedoch argumentiert, die Logik des EuGH lege es nahe, bei jeder Lieferung an juristische Personen einen Nachweis über die Nutzung zur Anfertigung von Privatkopien zu fordern.⁹⁹⁹ Die Auffassung geht davon aus, der EuGH wolle zwischen unterschiedlichen Erwerbergruppen unterscheiden, und leitet daraus ab, dass nicht alle Personen pauschal mit einer entsprechenden Abgabe belastet werden dürfen.¹⁰⁰⁰

Im Gegensatz dazu nimmt eine andere Auffassung an, dass bei der Überlassung von Anlagen, die technisch zur Anfertigung von privaten Vervielfältigungen geeignet sind, unabhängig von der Kategorisierung des Erwerbers, die private Nutzung vermutet werden kann.¹⁰⁰¹ Da die Vermutungsregelungen im Ansehen konkreter Ausgleichssysteme nor-

bracht worden sind, teilweise bereits in diesem Prüfungspunkt untersucht, sofern die Argumente diesen Prüfungspunkt inhaltlich betreffen.

⁹⁹⁶ Vgl. *Frank* CR 2011, 1, 5 f.; *Niemann* CR 2011, 69, 75; *Ullmann* CR 2012, 288, 291. In diese Richtung auch *Jani/Ebbinghaus* GRUR-Prax 2011, 71, 72. So im Ergebnis auch *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 347 f. In diese Richtung auch *Nassall* jurisPR-BGHZivilR 1/2022 Anm. 5.

⁹⁹⁷ *Frank* CR 2011, 1, 5 f. mit Bezug auf die Vermutung aus *Padawan*. Ähnlich *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 348; *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1008.

⁹⁹⁸ Vgl. *Frank* CR 2011, 1, 5 f.

⁹⁹⁹ *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1008.

¹⁰⁰⁰ Vgl. *Niemann* CR 2011, 69, 74.

¹⁰⁰¹ Vgl. *Babner* IPRB 2011, 26, 27; *Dreier* ZUM 2011, 281, 288 f.; *Peifer* jurisPR-WettbR 12/2010, Anm. 2 C; *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 394. Die Zulässigkeit einer Anwendung auf diese Fälle wird zum Teil mit dem Prüfungsmaßstab des notwendigen Zusammenhangs im Rahmen der einfachen Dritthaltung begründet (vgl. *Dreier* ZUM 2011, 281, 287 f.; *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 394). Sofern man

miert wurden, könne den Vorgaben über die jeweils zugrundeliegenden Systeme hinaus höchstens ein sehr begrenzter Aussagegehalt zuerkannt werden.¹⁰⁰² Den Vorgaben komme angesichts des weiten mitgliedstaatlichen Regelungsermessens keine Sperrwirkung zu. Vielmehr ergebe sich die Zulässigkeit weitergehender Vermutung aus dem Kompensationsbedürfnis der Rechtsinhaber.¹⁰⁰³ Andernfalls würde die praktische Durchsetzung des gerechten Ausgleichs zumindest erheblich erschwert.

(b) *Stellungnahme*

Der EuGH hat sich bisher weder ausdrücklich mit Vermutungen über die private Verwendung bei der Überlassung an juristische Personen geäußert,¹⁰⁰⁴ noch ist nach dem Stand der Rechtsprechung eine eindeutige Beurteilung möglich.¹⁰⁰⁵ Der Gerichtshof hat bisher nicht eindeutig zum Ausdruck gebracht, wie weit die zwingenden Vorgaben des Unionsrechts reichen und inwieweit sie das Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung der Vermutungen einschränken. Es liegt zwar einerseits nahe, den in *Amazon*

mit der herrschenden Ansicht davon ausgeht, eine Anwendung des Ausgleichs sei nur bei einer Überlassung an Nichtprivate zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien unzulässig, läge es nahe, geringere Voraussetzungen an die Vermutung stellen zu wollen (vgl. BGH GRUR 2012, 705, Rn. 39 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; BGH GRUR 2012, 1017 Rn. 19 - 34 – Digitales Druckzentrum; BGH GRUR 2014, 984, Rn. 50 – PC III; BGH ZUM-RD 2017, 262, Rn. 63 – Mobiltelefone II; *Grünberger* ZUM 2023, 343; v. *Ungern-Sternberg* GRUR 2022, 1777, 1787). Jedoch trifft diese Annahme – wie dargelegt – nicht zu (vgl. Teil 1: H.II.3.b)cc).

¹⁰⁰² *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 394 für *Padawan*.

¹⁰⁰³ Vgl. *Dreier* ZUM 2011, 281, 288 f.

¹⁰⁰⁴ *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1008. Siehe auch das Vorbringen des Beschwerdeführers in BVerfG GRUR-RS 2022, 14601, Rn. 6.

¹⁰⁰⁵ A.A. BGH GRUR 2017, 172, Rn. 92 – Musik-Handy. Siehe BVerfG GRUR 2022, 1060, wo die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung der Gewährleistung des gesetzlichen Richters nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG nicht zur Entscheidung angenommen wurde. Das BVerfG hat festgestellt, dass angesichts der divergierenden Rechtsprechung des östOGH zweifelhaft ist, ob die unionsrechtliche Rechtslage hinsichtlich der Ausgleichspflicht bei Erwerb von Nichtprivaten eindeutig oder in einer Weise geklärt ist, die keinen vernünftigen Zweifel zulässt (a.a.O., Rn. 15). Nicht angenommen wurde die Verfassungsbeschwerde aus dem Grund, dass im konkreten Fall keine Tatsachen vorgetragen wurden, aus denen sich ergab, dass der BGH die ausländische Rechtsprechung zum Zeitpunkt seines Urteils kannte oder hätte kennen müssen (a.a.O., Rn. 18). Inwiefern der BGH die österreichische Rechtsprechung in seinen Folgeurteilen hinreichend gewürdigt hat und in vertretbarer Weise eine Vorlage für entbehrlich hielt (vgl. BGH ZUM 2018, 364, Rn. 35 – PCs mit eingebauter Festplatte; BGH ZUM 2018, 185, Rn. 20 ff. – USB-Sticks und Speicherkarten), ist bisher nicht gerichtlich entschieden. Nach dem Dafürhalten des Verfassers bestehen – insbesondere angesichts der besonderen Sorgfaltsanforderungen bei abweichenden letztinstanzlichen Gerichtsentscheidungen aus anderen Mitgliedstaaten (EuGH NJW 2021, 3303, Rn. 47 ff. – Consorzio Italian Management u.a.; vgl. auch BVerfG GRUR 2022, 1060, Rn. 17) – vernünftige Zweifel an der Vereinbarkeit der Auslegung des BGH mit dem Unionsrecht (ähnlich *Verweyen* Keine Vergütungspflicht für Geräte und Speichermedien an gewerbliche Endkunden?, Blogbeitrag vom 28. Juni 2022. Siehe auch *Grünberger* ZUM 2022, 321, 341). BGH GRUR 2023, 479, Rn. 24 f., 35 – rakuten.de hat im Anschluss an das Urteil des Bundesverfassungsgerichts weder Zweifel an der eigenen Auslegung erkennen lassen noch eine Vorlage an den EuGH für erforderlich gehalten, wobei die Frage nicht unmittelbar die Zulässigkeit der Inanspruchnahme von Händlern betraf.

herausgearbeiteten Rahmenbedingungen für die Zulässigkeit einer Vermutung für die private Nutzung bei der Überlassung an natürliche Personen eine Sperrwirkung für darüber hinausgehende Vermutungen zuzuerkennen.

Aus *Amazon* dürfte sich zumindest ergeben, dass Mitgliedstaaten keine weitergehenden Vermutungen zulassen dürfen, um praktischen Schwierigkeiten bei der Einordnung des Erwerbers als Privatperson entgegenzutreten. Im Grunde kann auch angenommen werden, dass Mitgliedstaaten grundsätzlich keine Vermutungen vorsehen können, um praktischen Schwierigkeiten entgegenzutreten, die sich auf die Feststellung von privaten Nutzungen durch andere Personen als den Erwerber beziehen.¹⁰⁰⁶

Die Analyse der Rechtsprechung deutete darauf hin, die *Amazon*-Vermutung grundsätzlich als abschließende Regelung der Vermutung der privaten Nutzung zu verstehen und hieraus strenge Vorgaben an die Ausgestaltung des Haftungssystems abzuleiten, aus denen der EuGH praktisch orientierte, zwingende Anforderungen zur Unterscheidung zwischen verschiedenen Arten von Enderwerbern entwickelt.¹⁰⁰⁷ Für ein abschließendes Verständnis der materiellen Vorgaben spricht, dass für den EuGH bei der Konzeption der Vermutung nach *Amazon* der angemessene Ausgleich der Interessen von Nutzern und Rechtsinhabern eine bedeutsame Rolle spielt.¹⁰⁰⁸ Wären weitergehende Vermutungen zulässig, würde dies das Verhältnis zwischen den Parteien praktisch erheblich beeinträchtigen, was wiederum diese Erwägung unterwandern würde.¹⁰⁰⁹ Für ein abschließendes Verständnis spricht zudem, dass der Gerichtshof das Differenzierungsgebot aus *Reprobel*, wonach beim Reprographieausgleich zwingend zwischen verschiedenen Erwerbergruppen unterschieden werden muss, auf seine Vorgaben zu den Vermutungswirkungen stützt und das Gebot aus diesen entwickelt.¹⁰¹⁰ Auch dass der EuGH bei der Bestimmung des zulässigen Kreises der Schuldner im Rahmen der einfachen Dritthaftung allein auf die Überlassung der Anlagen an *Privatpersonen* abstellt,¹⁰¹¹ ist als starkes Indiz dafür zu werten, dass

¹⁰⁰⁶ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 53 – 57 – Padawan; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 41, 75 f. – Reprobel.

¹⁰⁰⁷ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 74 ff. – Reprobel.

¹⁰⁰⁸ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 43 – Amazon. Vgl. auch EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 52, 55 – Padawan.

¹⁰⁰⁹ Zwingend ist diese Erwägung allerdings nicht. Der EuGH könnte sich auf die Feststellung beschränkt haben, dass unter den Voraussetzungen der *Amazon*-Vermutung keine ungebührliche Benachteiligung der Nutzer als mittelbare Abgabenschuldner vorliegt, ohne eine Aussage über andere Konstellationen zu treffen. So hatte er auch die Vorgaben aus *Padawan*, für die der angemessene Ausgleich ebenfalls bedeutsam war, bereits durch *Amazon* erweitert.

¹⁰¹⁰ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 72 ff. – Reprobel.

¹⁰¹¹ Vgl. etwa EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46, 48 – Padawan.

abseits dieser Konstellationen eine Vergütungspflicht prinzipiell nicht in Betracht kommt. Zuletzt macht er auch klar, dass juristische Personen zwar als Schuldner auf den Ausgleich in Anspruch genommen werden können, aber die Belastung nicht selbst tragen dürfen, da sie von der Inanspruchnahme der Schranke ausgeschlossen sind.¹⁰¹² Hieraus lässt sich der allgemeine Schluss ableiten, dass im Grunde eine Belastung nur denjenigen treffen darf, der selbst nutzt.

Andererseits spricht für die Zulässigkeit weitergehender Vermutungen, dass die praktische Durchsetzung des gerechten Ausgleichs für kompensationspflichtige Vervielfältigungen wenigstens erheblich erschwert oder sogar praktisch verhindert würde. In seiner bisherigen Rechtsprechung hat der EuGH der Überwindung von praktischen Schwierigkeiten durchweg eine hohe Bedeutung zuerkannt.¹⁰¹³ Sofern sich der EuGH mit praktischen Schwierigkeiten konfrontiert sah, hat er bisher konkrete Anforderungen für ein geeignetes und angemessenes Ausgleichssystem normiert und dabei – wie sich in der *Amazon*-Vermutung selbst zeigt – auch nicht davor Halt gemacht, seine Rechtsprechung zu modifizieren. Jedenfalls bestünden aber hinsichtlich weitergehender Vermutungen Unklarheiten über die Zulässigkeitsvoraussetzungen, die eine Vorlage an den EuGH erforderlich machen würden.¹⁰¹⁴

Strato lässt keine Schlussfolgerungen zur Sperrwirkung der *Amazon*-Vermutung zu. Sofern das Urteil den Ausgestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Ausgleichspflicht von Herstellern oder Importeuren von Servern betrifft, mit deren Hilfe Privatpersonen Cloud-Computing-Dienstleistungen angeboten werden, bezieht es sich auf die qualifizierte Dritthaftung.¹⁰¹⁵ Dass der EuGH das Erfordernis des notwendigen Zusammenhangs bzw. das Verbot der unterschiedslosen Anwendung in dem Urteil nicht thematisiert, ist aber durchaus überraschend und birgt Potenzial für Missverständnisse.

Hinsichtlich der Sperrwirkung der *Amazon*-Vermutung ist es vorzugswürdig, weitergehende Vermutungen der privaten Nutzung nicht vollkommen auszuschließen, aber diese nur unter strengen Voraussetzungen für bestimmte Konstellationen zuzulassen. Die erste Konstellation betrifft die Vermutung der privaten Nutzung durch Dritte für den Zeitraum, in dem der Erwerber noch über die ausgleichspflichtigen Anlagen verfügt. Vermu-

¹⁰¹² EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 30, 36 – EGEDA. Dazu Wandtke/Bullinger/*Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 65.

¹⁰¹³ Vgl. nur EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 34 – Opus; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31 f. – Amazon.

¹⁰¹⁴ A.A. BGH GRUR 2017, 172, Rn. 92 – Musik-Handy.

¹⁰¹⁵ EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 46 f. – Strato.

tungen der privaten Nutzung sollten für typischerweise (auch) privat genutzte Anlagen zulässig sein.¹⁰¹⁶ Bei solchen Anlagen, bei denen objektiv aufgrund empirisch fundierter Erfahrungswerte angenommen werden kann, dass sie für gewöhnlich nicht nur in unerheblichem Umfang auch zu privaten Zwecken genutzt werden,¹⁰¹⁷ sollten die Mitgliedstaaten ausnahmsweise von der Identitätsannahme abrücken können. Dies erscheint sachgerecht, da unabhängig vom Erwerber typischerweise eine Nutzung erfolgt, die einen nicht nur unerheblichen Schaden der Rechtsinhaber aus der Privatkopieschranke zur Folge hat.¹⁰¹⁸ Grundsätzlichere Vorbehalte bestehen gegen eine an den (ersten) Erwerb durch einen Nutzer anknüpfende Vermutung über einer privaten Nutzung durch einen Zweiterwerber, dem die Anlage zu einem späteren Zeitpunkt überlassen wird. Diese stünde in grundsätzlicher Spannung zur Identitätsannahme.¹⁰¹⁹ Es ist möglich, den Anspruch auf gerechten Ausgleich auf den Zweiterwerb anzuwenden, da die *Amazon*-Vermutung auf die Überlassung Anwendung finden kann. Sofern dabei unüberwindbare praktische Schwierigkeiten für die Geltendmachung des gerechten Ausgleichs bestünden, wäre es vorzugswürdig, – entsprechend der qualifizierten Dritthaftung – unter bestimmten Voraussetzungen eine genau definierte materielle Ausnahme vom Verbot der unterschiedslosen Anwendung zulassen.

Ein Bedürfnis für eine Vermutung der privaten Nutzung für Fälle, in denen der Letzterwerber bei der Anwendung der Abgabe nicht feststeht oder unbekannt ist, besteht nach dem hier verfolgten Verständnis der einfachen Dritthaftung nicht.¹⁰²⁰ Da der EuGH die Anwendung der Abgabe nur für die Überlassung der Ausgleichsobjekte an den Enderwerber zulässt, besteht kein Bedürfnis für Vermutungen auf vorgelagerten Handelsstufen.

¹⁰¹⁶ Vgl. auch *Ullmann* CR 2012, 288, 292 f.

¹⁰¹⁷ Kein Bedürfnis für eine Vermutung der privaten Nutzung durch Dritte besteht, wenn erwartet werden kann, dass die Anlagen beim Erwerb von Nichtprivaten nur einen geringfügigen durch den gerechten Ausgleich zu kompensierenden Schaden bewirken werden, EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL.

¹⁰¹⁸ Anders *Frank* GRUR 2015, 623, 628; *ders.* CR 2011, 1, 5; *Ullmann* CR 2012, 288, 289.

¹⁰¹⁹ Die Situation unterscheidet sich dabei von der Nutzung der Anlagen durch Dritte während des Zeitraums, zu dem der ursprüngliche Erwerber noch über sie verfügt. Nach dem hier befürworteten Ansatz kommt die Anwendung des gerechten Ausgleichs durch eine Vermutung bei Überlassungen von Anlagen an andere als natürliche Personen nur in besonderen Konstellationen in Betracht, in denen das Kompensationsbedürfnis dies erfordert. Eine Vermutung für die Nutzung nach einer Zweitüberlassung kommt für nahezu alle Erwerbskonstellationen in Betracht.

¹⁰²⁰ Vgl. *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1005 f.; 1008.

cc) *Dritte Beweislastebene: Anfertigung von Privatkopien*

Die dritte Ebene der Beweislast betrifft die Nutzung zur Anfertigung von Privatkopien.¹⁰²¹ Erst diese Ebene bezieht sich auf die ausgleichspflichtige Nutzung und stellt damit einen konkreten Bezug zur Schrankenregelung her.¹⁰²²

(1) *Die Padawan-Vermutung*

In *Padawan* stellt der EuGH fest, dass eine Vermutung für natürliche Personen als private Nutzer über die tatsächliche Nutzung sämtlicher Funktionen einer ihnen überlassenen Anlage rechtmäßig ist.¹⁰²³ Es wird rechtmäßig vermutet, dass sie sämtliche mit der Anlage verbundenen Funktionen inklusive der Vervielfältigungsfunktion nutzen.¹⁰²⁴ Die Vermutung richtet sich damit auf die Verwendung sämtlicher Funktionen als solches, nicht hingegen auf die vollständige Ausschöpfung der technischen Kapazitäten der Anlage.¹⁰²⁵ Aus dem Kontext ergibt sich, dass nicht nur die Verwendung der Vervielfältigungsfunktion, sondern spezifischer die Verwendung zur Anfertigung von Privatkopien vermutet wird.¹⁰²⁶ Die *Padawan*-Vermutung steht nicht unter bestimmten Zulässigkeitsvoraussetzungen, sondern ist bedingungslos zulässig.

(a) *Herleitung und Kontext*

Der EuGH leitet die Vermutung aus EGr. 35 S. 3 InfoSoc-RL her, wonach der „etwaige Schaden“ als Berechnungskriterium vorgegeben ist. Hieraus entnimmt der Gerichtshof,

¹⁰²¹ Koch/Krauspenbaar GRUR Int. 2013, 1003, 1008.

¹⁰²² Vgl. etwa EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 52 f. – Padawan.

¹⁰²³ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 55 – Padawan. Bestätigt durch EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 42 – Amazon; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 25 – Copydan. Siehe auch EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 28 – EGEDA. Dazu Wandtke/Bullinger/Leenen 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 72. Vgl. auch EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 72 – Reprobel für die Reprographieschranke. *Reprobel* bezieht sich auf die *Padawan*-Vermutung und stellt den Anwendungsbereich anders dar. Dies ist durch die Unterschiede in dem zu entscheidenden Vorlageverfahren zu erklären, ohne dass die inhaltlichen Anforderungen modifiziert würden.

¹⁰²⁴ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 55 – Padawan.

¹⁰²⁵ A.A. Spindler FS Pfennig 2012, S. 387, 394, der die Vermutung auf die vollständige Ausnutzung zu Zwecken der Privatkopie bezieht. Ähnlich auch Hoeren/Jakopp Festschrift Herberger 2016, S. 459, 470; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 11. Das konnte EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 55 – Padawan nicht entnommen werden, was EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 73 – Reprobel inzwischen klargestellt hat.

¹⁰²⁶ So leitet EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 56 f. – Padawan dann auch im Folgenden her, dass bei einer Überlassung an „natürlichen Personen als privaten Nutzern,“ „allein die technische Fähigkeit dieser Anlagen [...], Kopien zu fertigen, ausreicht, um die Anwendung der Abgabe für Privatkopien zu rechtfertigen [...], wobei auf die Überlassung nicht notwendigerweise die tatsächliche Anfertigung von Privatkopien folgen muss.“ Vgl. auch Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 9.

dass die Anwendung einer Privatkopieabgabe nicht vom Eintritt eines tatsächlichen Schadens abhängen muss.¹⁰²⁷

Weder für die Herleitung noch für die Ausgestaltung der Vermutung spielt es eine erkennbare Rolle für den EuGH, dass das Modell einer Pauschalabgabe vor großen Herausforderungen steht, die sich aus dem Zusammenspiel verschiedener Entwicklungen ergeben:¹⁰²⁸ Die Vervielfältigungsmöglichkeiten haben sich in den vergangenen Jahrzehnten grundlegend geändert und Vervielfältigungen können günstiger, schneller, einfacher und vor allem ohne nennenswerten Qualitätsverlust angefertigt werden.¹⁰²⁹ Damit einher geht, dass angesichts der technischen Konvergenz und des Rückgangs von *single-use devices* eine Voraussage über die Nutzung konkreter Anlagen zu ausgleichspflichtigen Zwecken schwerer wird, womit sich der Zusammenhang zwischen sicherer Erwartung der ausgleichspflichtigen Nutzung und Ausgleichspflicht lockert.¹⁰³⁰ Für die *Padawan*-Vermutung und die aus ihr resultierende Möglichkeit, eine Privatkopieabgabe anzuwenden, sind diese Erwägungen nicht relevant.

(b) *Regelung durch EuGH oder Ermessen der Mitgliedstaaten?*

Es ist nicht klar, ob der Gerichtshof die Vermutung selbst aufstellen möchte oder die Mitgliedstaaten hierzu berechtigt bzw. verpflichtet.¹⁰³¹ Ohne dass dies ausdrücklich thematisiert wurde, legen verschiedene Stimmen in der Auseinandersetzung mit dem Urteil unterschiedliche Verständnisse zugrunde. So wurde aus der Formulierung „wird rechtmäßig vermutet“¹⁰³² zunächst offenbar überwiegend abgeleitet, der EuGH regle die Beweislast selbst oder verpflichte die Mitgliedstaaten zumindest zu einer entsprechenden Regelung.¹⁰³³ Demgegenüber könnte die Rechtmäßigkeit der Vermutung auch bedeuten, dass

¹⁰²⁷ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 57 – *Padawan*. Zudem beruft sich EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 58 – *Padawan* auf EuGH GRUR 2007, 225, Rn. 43 f. – *SGAE/Rafael*, wonach nicht der tatsächliche Zugang, sondern die Möglichkeit hierzu für die öffentliche Wiedergabe relevant ist.

¹⁰²⁸ Siehe auch *Forgó* ZUM 2019, 424, 425.

¹⁰²⁹ *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, Einl. Rn. 23; *Lauber-Rönsberg* Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 21. Siehe auch GA *Szpunar* Schlussanträge vom 19.1.2016, Rs. C-470/14, Rn. 43 ff. – EGEDA; *Jütte* Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market, 2017, S. 51 ff.; *Horren/Sieber/Holznapel/U. Müller* HdB-MMR, 54. EL 2020, Teil 7.5. Rn. 79.

¹⁰³⁰ Vgl. GA *Szpunar* Schlussanträge vom 19.1.2016, Rs. C-470/14, Rn. 43 f. – EGEDA. Siehe auch *Kreutzer* Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen, 2008, S. 259 ff.; *Reinbothe* in: *Stamatoudi*, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 323 f.

¹⁰³¹ Die strittige Frage, ob die Vermutung widerleglich oder unwiderleglich gilt, wird im Zusammenhang mit dem Erfordernis von Erstattungen untersucht.

¹⁰³² EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 55 – *Padawan*.

¹⁰³³ *Brenken* WRP 2013, 48, Rn. 7; *Dreier* ZUM 2011, 281, 282 f., 289; *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1008; *Spindler* FS Pfennig, 2012, S. 387, 393 f.; *Ullmann* CR 2012, 288, 292; *Zib/Nüsch* MR Beil.

eine von den Mitgliedstaaten geregelte Vermutung zulässig ist.¹⁰³⁴ Der Wortlaut von *Reprobel*, bei dem unter Verweis auf die *Padawan*-Vermutung von einer „berechtigten Vermutung“ gesprochen wird,¹⁰³⁵ dürfte noch deutlicher im Sinne einer Zulässigkeit zu verstehen sein. Dieser Streit erlangt vor allem in der Analyse der Rechtsprechung Bedeutung.¹⁰³⁶ Für den mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum ist der Streit im Ergebnis allenfalls in Ausnahmefällen von Bedeutung, da die Ergebnisspflicht eine Vermutung erforderlich macht.

(c) *Anwendungsbereich*

Bei der Überlassung von technisch geeigneten Anlagen an Privatpersonen wird eine vergütungspflichtige Nutzung vermutet.¹⁰³⁷ Entscheidendes Kriterium ist nach der Formulierung des Gerichtshofes, ob die „fraglichen Anlagen natürlichen Personen zu privaten Zwecken überlassen worden sind“.¹⁰³⁸ Der Erwerb ausschließlich zu nichtprivaten Zwecken wird hiervon nicht erfasst.¹⁰³⁹ In *dual use*-Konstellationen, in denen ein Erwerb zu gemischten Zwecken – also etwa der Kauf sowohl zur privaten als auch zur gewerblichen

2/2011, 1, 6. Vgl. auch BGH GRUR 2012, 705, Rn. 41 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät mit der Feststellung, dass ein Nachweis nach der *Padawan*-Rechtsprechung für bestimmte Fälle entbehrlich ist, da eine entsprechende Nutzung vermutet wird.

¹⁰³⁴ In diese Richtung wohl auch *Frank* CR 2011, 1, 5, der davon ausgeht, die Vermutung sei nur unter den vom EuGH aufgezeigten Voraussetzungen „erlaubt“. Siehe auch *Pejfer* NJW 2015, 348, 349, wonach Mitgliedstaaten Vermutungen aufstellen dürfen. Ohne sich eindeutig festzulegen, setzt auch BGH ZUM-RD 2017, 262, Rn. 63 – Mobiltelefone im Vergleich zur zuvor zitierten Entscheidung andere Akzente, wenn das Urteil von der richtlinienkonformen Aufstellung der Vermutung spricht.

¹⁰³⁵ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 72 – *Reprobel* bezogen auf die Vermutung der Reprographieschranke, deren Wertung aber insoweit gleichläuft: „Insoweit ist die Vermutung berechtigt, dass die Personen, denen solche Geräte zur Verfügung gestellt werden, davon in vollem Umfang profitieren werden, d. h., es ist davon auszugehen, dass sie sämtliche Funktionen dieser Geräte, einschließlich der Vervielfältigungsfunktion, nutzen.“ Die Formulierung, dass von einer entsprechenden Nutzung auszugehen *ist*, spricht wiederum eher für eine Regelung durch den EuGH. Die Textstelle kann aber auch als Beschreibung der berechtigten Vermutung verstanden werden.

¹⁰³⁶ So geht *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 394 offenbar davon aus, dass der Gerichtshof die *Padawan*-Vermutung selbst aufstellt und daneben ein mitgliedstaatliches Handeln zulässig sei. Sollte der EuGH nur die Zulässigkeit einer Vermutung geregelt haben, wäre dieses Argument weniger überzeugend.

¹⁰³⁷ Wenn zum Teil allein auf die Überlassung an natürliche Personen abgestellt wird, ohne deren Einordnung als Privatnutzer für bedeutsam zu erachten, würdigt dies die vom EuGH normierten Vorgaben nicht hinreichend (vgl. so aber BGH GRUR 2012, 705, Rn. 41 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; BGH GRUR 2012, 1012, Rn. 19 - 34 – Digitales Druckzentrum; BGH GRUR 2014, 984, Rn. 50 – PC III; BGH GRUR 2017, 172 – Musik-Handy; *Pejfer* jurisPR-WettbR 12/2010, Anm. 2, lit. C).

¹⁰³⁸ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 54 – *Padawan*. Damit ist nach der Rechtsprechung des EuGH auch die voraussichtliche Verwendung der konkreten Anlage an sich unbeachtlich. Mit dieser Formulierung umschreibt der EuGH meines Erachtens den Erwerb als Privatperson. Eine Differenzierung zwischen der Überlassung an eine Privatperson und der Verwendung der Anlagen zu privaten Zwecken wie sie *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger 2016, S. 459, 471 für erforderlich halten, kann meines Erachtens praktisch keine Bedeutung erlangen.

¹⁰³⁹ So auch *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 391 ff.

Nutzung der Anlagen – erfolgt, besteht zumindest für den auf die private Nutzung entfallenden Anteil ein Ausgleichsbedürfnis.¹⁰⁴⁰ Der Erwerb erfolgt partiell als Privatperson, was eine ausgleichspflichtige Nutzung hinreichend wahrscheinlich erscheinen lässt. Das gilt unabhängig davon, ob die private Nutzung durch den Erwerber selbst erfolgt oder durch einen Dritten, dem er die Anlagen überlässt. Da der EuGH nur fordert, dass ein Erwerb zu privaten Zwecken erfolgt, ohne dass erkennbar wäre, dass dies der ausschließliche Zweck sein müsste, kann die *Padawan*-Vermutung Anwendung finden.¹⁰⁴¹ Handelt der Erwerber nach außen hin als Nichtprivater, bedarf es konkreter Anhaltspunkte, dass dieser nicht ausschließlich zu nichtprivaten Zwecken erwirbt. Dies korreliert mit der Funktion der *Amazon*-Vermutung und zeigt sich beispielsweise auch in der vom EuGH in diesem Kontext getätigten Aussage, die Abgabe dürfe nicht auferlegt werden, wenn ein Endnutzer des Trägermaterials offenkundig nicht von der Schranke erfasst wird.¹⁰⁴² Eine private Nutzung kann nicht ohne Weiteres unterstellt werden.¹⁰⁴³

(d) *Vermutungsfolge*

Der EuGH legt seiner Rechtsprechung zur Vermutung der Nutzung zu Privatkopiezwcken die Identitätsannahme zugrunde.¹⁰⁴⁴ Das heißt er geht – wie bereits im Rahmen der Vermutung der privaten Nutzung thematisiert – davon aus, dass Erwerber und Nutzer identisch sind.¹⁰⁴⁵ Bereits in der Herleitung der Vermutung in *Padawan* kommt die Identitätsannahme zum Ausdruck: Der EuGH bezieht seine Vermutung auf die Überlassung der Anlagen an die Erwerber in ihrer Eigenschaft als Nutzer,¹⁰⁴⁶ womit er sich allein auf deren Nutzung beziehen dürfte. Immerhin hält er nicht die private Nutzung der Anlagen an sich für relevant, sondern knüpft die Vermutung an das abstraktere Merkmal des Erwerbs der Privatperson. Die Begründung lässt dieses Verständnis noch deutlicher zu Tage treten, da der Gerichtshof die Vermutung nur auf die Verwendung durch den Erwerber

¹⁰⁴⁰ Vgl. *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 393 f. Vgl. zu der Behandlung des *dual use*-Erwerbs in verbraucherschutzrechtlicher Hinsicht *Meier* JuS 2014, 777.

¹⁰⁴¹ A.A. *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 394, der im Ergebnis davon ausgeht, es sei den Mitgliedstaaten überlassen, welche Beweislastregel sie bei gemischten Nutzungen treffen.

¹⁰⁴² Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 44 – Amazon.

¹⁰⁴³ Strenger *Niemann* CR 2011, 69, 74 f., der die Anwendung einer Privatkopieabgabe beim Erwerb von Unternehmen generell für unzulässig hält.

¹⁰⁴⁴ Vgl. EuGH GRUR 2011, Rn. 54, 56 – *Padawan*; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 45 – Amazon.

¹⁰⁴⁵ Vgl. zur Reichweite der Vermutung auch *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger 2016, S. 459, 470 f.

¹⁰⁴⁶ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 54 ff. – *Padawan*. Vgl. insbes. a. O. Rn. 56: „Daraus folgt, dass allein die technische Fähigkeit dieser Anlagen oder dieser Geräte, Kopien zu fertigen, ausreicht, um die Anwendung der Abgabe für Privatkopien zu rechtfertigen, sofern diese Anlagen oder Geräte natürlichen Personen *als privaten Nutzern* überlassen worden sind“ (Hervorhebungen durch den Verfasser).

selbst bezieht.¹⁰⁴⁷ So wird beim Erwerb durch Privatpersonen „nämlich rechtmäßig vermutet, dass *sie* diese Überlassung vollständig ausschöpfen, d. h., es wird davon ausgegangen, dass *sie* sämtliche mit diesen Anlagen verbundenen Funktionen, einschließlich der Vervielfältigungsfunktion, nutzen“.¹⁰⁴⁸ Die *Padawan*-Vermutung betrifft nicht auch Nutzungen durch Dritte, selbst wenn diese zulässig sind und tatsächlich erfolgen können. Die *Padawan*-Vermutung dient der Überwindung von praktischen Schwierigkeiten über die Feststellung der tatsächlichen Nutzung durch den Erwerber. Dass dies in der Auseinandersetzung mit den unionsrechtlichen Vorgaben unbeachtet bleibt oder allenfalls beiläufig Bedeutung erfährt, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass der EuGH die Vorgabe nicht sonderlich prominent herausstellt.

(2) *Zulässigkeit weitergehender Vermutungen?*

Es ist umstritten, inwieweit Vermutungen der vergütungspflichtigen Nutzung über die Vorgaben der *Padawan*-Rechtsprechung hinaus zulässig sind.¹⁰⁴⁹ Den Rechtsinhabern fehlt es an einem Kompensationsbedürfnis, wenn eine private Nutzung nicht vorliegt, da diese eine Voraussetzung für eine Vervielfältigung nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL darstellt. Maßgeblich ist daher, ob eine private Verwendung der Anlagen weder nachgewiesen noch rechtmäßig vermutet werden kann.¹⁰⁵⁰ Sofern demgegenüber eine Privatnutzung vermutet werden kann, folgt daraus grundsätzlich die Zulässigkeit der Vermutung, dass technisch geeignete Anlagen zu privilegierten Zwecken genutzt werden.¹⁰⁵¹ Mithin müssen Mitgliedstaaten wegen der Ergebnispflicht in der Regel insofern einen Gleichklang herstellen, als dass sie bei der Vermutung der privaten Nutzung auch eine Vermutung der ausgleichspflichtigen Nutzung vorzusehen haben.

¹⁰⁴⁷ EuGH GRUR 2011, Rn. 54 f. – *Padawan*.

¹⁰⁴⁸ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 55 – *Padawan* (Hervorhebung durch den Verfasser). Bestätigt durch EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 41 – *Amazon*. Vgl. auch EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 72 – *Reprobel*.

¹⁰⁴⁹ Vgl. zur Sperrwirkung des Urteils *Jani/Ebbinghaus* GRUR-Prax 2011, 71, 72; *Niemann* CR 2011, 69, 74 f.; *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 393 ff., *Ullmann* CR 2012, 288, 291, die sich allerdings inhaltlich zumindest vorrangig mit der Vermutung der privaten Nutzung befasst. Für die Zulässigkeit einer Vermutung der Anfertigung von Privatkopien BGH GRUR 2012, 705, Rn. 33 ff. – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; BGH GRUR 2014, 984, Rn. 54 – PC III; BGH ZUM-RD 2017, 262 – Mobiltelefone, wo allerdings nicht zwischen den Beweislaststufen unterschieden wird.

¹⁰⁵⁰ Vgl. *Koch/Krauspenbaer* GRUR Int. 2013, 1003, 1008.

¹⁰⁵¹ Wird allerdings der empirische Nachweis erbracht, dass eine Anlage zwar in erheblichem Umfang privat genutzt wird, allerdings – trotz technischer Möglichkeit – nicht oder nur in zu vernachlässigendem Umfang zur Anfertigung von Privatkopien, so wird der gerechte Ausgleich entbehrlich oder sogar unstatthaft (vgl. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 28 – *Copydan*).

Damit schlagen die Unklarheiten über die unionsrechtlichen Anforderungen an Vermutungen über eine private Nutzung (zweite Stufe) auf die Vorgaben zur Vermutung über eine privilegierte Nutzung (dritte Stufe) durch. Nach dem Stand der Rechtsprechung kann eine private Nutzung durch den Erwerber selbst nur bei der Überlassung an natürliche Personen vermutet werden. Damit geht einher, dass nur beim Erwerb durch eine Privatperson eine ausgleichspflichtige Nutzung durch den Erwerber selbst unterstellt werden kann. Da es vorzugswürdig erscheint, der Vermutung der privaten Nutzung für den Erwerber im Grundsatz Sperrwirkung zuzuerkennen, kann auch eine Vermutung der Anfertigung von Privatkopien durch Dritte allenfalls in Ausnahmefällen in Betracht kommen. Als Ausnahme kommt insbesondere eine Vermutung für typischerweise (auch) privat genutzte Anlagen in Betracht. Diese Auslegung deckt sich mit den Vorgaben zum zulässigen Anknüpfungspunkt der einfachen Dritthaftung, wonach es den Mitgliedstaaten freisteht, „zur Finanzierung des gerechten Ausgleichs eine ‚Abgabe für Privatkopien‘ einzuführen, die [...] diejenigen belastet, die über Anlagen [...] zur digitalen Vervielfältigung verfügen und sie zu diesem Zweck Privatpersonen rechtlich oder tatsächlich zur Verfügung stellen oder diesen die Dienstleistung einer Vervielfältigung erbringen“.¹⁰⁵² Dies deutet ebenfalls darauf hin, dass der gerechte Ausgleich nur bei der Abgabe von Anlagen an Privatpersonen für deren Vervielfältigungen erhoben werden darf.

dd) Ausgestaltungsspielräume

In diesem Abschnitt wird untersucht, welche Spielräume den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung des Privatkopieausgleichs angesichts des notwendigen Zusammenhangs als zwingende Vorgabe des europäischen Rechts offenstehen.

(1) Unzulässigkeit einer einheitlichen Abgabe

Inwiefern eine einheitliche Abgabe, die nicht nach der Kategorie des Erwerbers unterscheidet, mit dem Verbot der unterschiedslosen Anwendung zu vereinbaren ist, war und ist streitig.¹⁰⁵³ Insbesondere weil ein solches Vorgehen in vielen Mitgliedstaaten – so auch

¹⁰⁵² EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – Padawan. Vgl. Koch/Krauspenhaar GRUR Int. 2012, 881, 883.

¹⁰⁵³ Die vorherrschende Ansicht ging in Ansehen von Padawan davon aus, im deutschen Recht sei eine stärkere Differenzierung notwendig (vgl. Jani/Ebbinghaus GRUR-Prax 2011, 71. Siehe weiterhin Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 14; Staats FS Pfennig 2012, S. 403, 413). Hoeren/Jakopp Festschrift Herberger 2016, S. 459, 467 gehen im Ergebnis ebenfalls von dem Erfordernis einer Trennung von privaten und gewerblichen Vervielfältigungen aus, was sie unmittelbar aus der schadensrechtlichen Konzeption herleiten. Dass der schadensrechtlichen Konzeption diese Bedeutung zukommen soll, muss eher bezweifelt werden, da diese wohl allein die Berechnungsgrund-

in Deutschland – der traditionellen Praxis entspricht, ist dieser Streitstand von hoher Praxisrelevanz.

Sofern eine Abgabe nicht auf bestimmte Konstellationen angewendet werden darf, kommt es erst recht nicht in Betracht, eine einheitliche Abgabe anzuwenden. Die Untersuchung deutet darauf hin, dass eine Anwendung des Ausgleichs beim Erwerb von Privatpersonen in Betracht gezogen wird, daneben aber Zweifel an der Zulässigkeit bestehen. Selbst wenn eine Anwendung des gerechten Ausgleichs auch abseits der Überlassung von Anlagen an Private zulässig wäre, wäre eine einheitliche Abgabe, die in der Höhe der Verpflichtung nicht nach unterschiedlichen Kategorien von Enderwerbern unterscheidet, nach dem Stand der Rechtsprechung nicht unionsrechtskonform.¹⁰⁵⁴ Die Höhe einer auf gerechten Ausgleich gerichteten Abgabe darf sich nicht allein nach den objektiven Merkmalen der ausgleichspflichtigen Anlage bestimmen, sondern es bedarf einer situationsbezogenen Differenzierung, je nachdem, ob der Enderwerber ein privater oder ein nichtprivater ist.¹⁰⁵⁵ Die Erforderlichkeit eines differenzierten Ausgleichsanspruchs ergibt sich aus *Reprobel*.¹⁰⁵⁶ Das Urteil stellt klar,¹⁰⁵⁷ dass zwingend zwischen privaten und anderen Endabnehmern von ausgleichspflichtigen Anlagen zu differenzieren ist.¹⁰⁵⁸ Der Gerichtshof hat dies bisher zwar allein für die Reprographievergütung normiert, obwohl deren Tatbestand nicht zwischen privaten und anderen Nutzern unterscheidet. Da die Unterschiede zwischen den Nutzerkategorien für die Privatkopieschranke mithin schon aufgrund der tatbestandsmäßigen Vorgaben größere Unterschiede hinsichtlich der Nutzung zu privilegierten Zwecken erwarten lassen, muss diese Wertung erst recht auf den Privatkopieaus-

lage und Faktoren vorgibt, ohne dass ihr weitergehende Vorgaben zur notwendigen Differenzierung zwischen verschiedenen Fallgruppen entnommen werden können.

¹⁰⁵⁴ Siehe den Parteivortrag in OLG München GRUR-RS 2019, 5349, Rn. 17. Anders *Peifer* NJW 2015, 348, 349.

¹⁰⁵⁵ Der Begriff des Situationsbezugs wird von *Wolff/v. Bismarck* JA 2010, 841, 843 für den gesetzgeberischen Ansatz aus §§ 13 f. BGB verwendet.

¹⁰⁵⁶ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 42, 75 f. – *Reprobel*.

¹⁰⁵⁷ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 42, 75 f. – *Reprobel*.

¹⁰⁵⁸ A.A. Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 13 f., die aus *Reprobel* keine strenge Verpflichtung zur Unterscheidung ableiten. Warum die Wertung nicht auf die Privatkopieschranke übertragbar sein soll, wird nicht näher dargelegt. Der Meinungsstreit zur Zulässigkeit einer einheitlichen Abgabe wurde in weiten Teilen vor *Reprobel* ausgetragen, sodass das ältere Schrifttum die Vorgaben des Urteils nicht berücksichtigen konnte. Die von *Loewenheim* und *Stieper* wiedergegebenen Auffassungen sind größtenteils vor dem Urteil veröffentlicht und befassen sich mit der Frage vor allem unter Berücksichtigung der Vorgaben aus *Padawan*. Eine Neubewertung der unionsrechtlichen Anforderungen erscheint angesichts der Vorgaben aus *Reprobel* zwingend geboten.

gleich übertragen werden.¹⁰⁵⁹ Das Differenzierungsgebot ist Ausdruck der besonderen Stellung von privaten Erwerbern, die bereits in den unionsrechtlichen Vorgaben zu den Vermutungen der privaten sowie der privilegierten Nutzung angelegt ist. Dass die Interessen von Rechtsinhabern, Nutzern und der am Ausgleich beteiligten Dritten in dieser Hinsicht beim Privatkopieausgleich und Reprographieausgleich vergleichbar sind, spricht ebenfalls dafür, dass in beiden Konstellationen eine Unterscheidung nach Abnehmerkategorien erforderlich ist.¹⁰⁶⁰

(2) Handlungsoptionen

Welche konkreten Optionen den Mitgliedstaaten offenstehen, um den unionsrechtlichen Anforderungen des notwendigen Zusammenhangs im Rahmen der einfachen Dritthaftung für den Privatkopieausgleich zu genügen, ist strittig. Da der notwendige Zusammenhang ebenfalls bei Fehlen einer Vermutung auch die vorübergehende wirtschaftliche Belastung untersagt,¹⁰⁶¹ kann der notwendige Zusammenhang des Privatkopieausgleichs im Rahmen der einfachen Dritthaftung nicht über eine Erstattungslösung gewahrt werden.¹⁰⁶² Ebenfalls nicht mit den unionsrechtlichen Anforderungen vereinbar sind Durchschnittsbetrachtungen, die auf Grundlage von statistischen Erfahrungswerten anteilig unterschiedliche Beträge für verschiedene Erwerberkategorien vereinen.¹⁰⁶³ Dies genügt dem einzelfallbezogenen Ansatz des notwendigen Zusammenhangs nicht und kann eine übermäßige Belastung von nichtprivaten Enderwerbern nicht ausschließen.¹⁰⁶⁴

¹⁰⁵⁹ Auch Wandtke/Bullinger/Leenen 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 73 bezieht die Rechtsprechung nicht ausschließlich auf dem Reprographieausgleich. A.A. BGH GRUR 2017, 716, Rn. 58 – PC mit Festplatte II, wonach die Vermutung der Anfertigung von Privatkopien im Grundsatz unabhängig von der Überlassung bestehen können soll und damit im Grundsatz eine einheitliche Anwendung der Abgabe rechtfertigt.

¹⁰⁶⁰ Inwiefern der Gerichtshof gegebenenfalls eine Ausnahme vom Differenzierungsgebot zulassen könnte, bedarf der Klarstellung. Sofern beispielsweise auf empirischer Grundlage unabhängig vom Erwerber keine signifikanten Unterschiede hinsichtlich der Nutzung feststellbar wären, ist nicht ersichtlich, wie eine Differenzierung praktisch erfolgen soll. Auch wenn es sich dabei um eine theoretische Konstellation handelt, zeigt sich hierin die Unklarheit darüber, wie streng das Differenzierungsgebot zu interpretieren ist.

¹⁰⁶¹ Vgl. Teil 1: H.II.3.b)aa).

¹⁰⁶² Frank GRUR 2015, 623, 628. So schon bereits Niemann CR 2011, 69, 74 f. Vgl. östOGH GRUR Int. 2012, 262, 266. Anders Kröber GRUR 2011, 55, 56; Ullmann CR 2012, 288, 295. Vgl. zudem die von *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 14 wiedergegebenen Ansicht. Vgl. weiterhin die hilfswisen Erwägungen von Dreier ZUM 2011, 281, 291 sowie Spindler FS Pfennig 2012, S. 387, 402.

¹⁰⁶³ Vgl. zur traditionellen Praxis der Tariffestsetzung im deutschen Recht Dreier ZUM 2011, 281, 285.

¹⁰⁶⁴ Ähnlich Spindler FS Pfennig 2012, S. 387, 399.

Sofern der gerechte Ausgleich für den konkreten Fall mangels einer Vermutung einer privilegierten Nutzung nicht angewendet werden kann, kann keine Leistungspflicht eines Abgabenschuldners bestehen; d. h. eine Freistellung der Person vom Ausgleich ist erforderlich.¹⁰⁶⁵ Es genügt dabei nicht, allein registrierte Erwerber von der Ausgleichspflicht freizustellen.¹⁰⁶⁶ Eine Registrierungslösung ist nicht mit dem notwendigen Zusammenhang zu vereinbaren.¹⁰⁶⁷ Da die mutmaßliche Nutzung der jeweiligen Anlagen nicht in Abhängigkeit zur Registrierung der Erwerber steht, liegt eine Ungleichbehandlung vor, die nicht zu rechtfertigen ist.¹⁰⁶⁸ Auch die Vorgaben zur Beweislast sprechen gegen eine Registrierungslösung, denn der Nachweis über die Zugehörigkeit zu einer Kategorie liegt im Grunde beim Schuldner, worauf die Rechtsprechung zur Vermutung der ausgleichspflichtigen Nutzung hindeutet.

Bei der Anwendung des gerechten Ausgleichs auf der letzten Handelsstufe muss festgestellt werden, ob der Enderwerber privat oder nichtprivat handelt. Die Ausgleichspflicht richtet sich nach dieser Feststellung. Es kommt auch in Betracht, diesen Regelungsansatz insofern umzukehren, als dass es einem Enderwerber nur gestattet werden kann, eine Anlage zu erwerben, wenn die Leistungspflicht erfüllt wurde.¹⁰⁶⁹ Es steht in Frage, ob und inwieweit der notwendige Zusammenhang für die einfache Dritthaftung einer Anwendung der Abgabe auf vorgelagerten Handelsstufen – beispielsweise beim Inverkehrbringen der ausgleichspflichtigen Anlagen – entgegensteht. Nach der vom Verfasser vertretenen Ansicht stellt sich die Frage im Rahmen der einfachen Dritthaftung nicht, da der EuGH den zulässigen Anknüpfungspunkt der Ausgleichspflicht auf die letzte Handelsstufe beschränkt. Erachtet man mit der herrschenden Ansicht eine Anwendung des gerechten Ausgleichs auf vorgelagerte Erwerbstatbestände für zulässig, stellt sich – insbesondere angesichts der Unzulässigkeit einer einheitlichen Abgabe¹⁰⁷⁰ – die Frage, wie der gerechte

¹⁰⁶⁵ Sofern im Ausnahmefall eine Anwendung der Abgabe auch beim Erwerb durch Nichtprivate zulässig sein sollte – etwa beim Erwerb von typischerweise (auch) privat genutzten Anlagen –, bedarf es keiner Freistellung, aber es darf nur der jeweils für die Kategorie geschuldete Ausgleich angewendet werden.

¹⁰⁶⁶ A.A. *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 345.

¹⁰⁶⁷ Im Nachgang zu *Padawan* wurde ein derartiges Vorgehen in Erwägung gezogen (*Klett* K&R 2010, 800 802; *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 402).

¹⁰⁶⁸ Vgl. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 51 – *Copydan*. Diese Feststellung zur Freistellung der qualifizierten Dritthaftung lässt sich auf die einfache Dritthaftung übertragen.

¹⁰⁶⁹ In diese Richtung geht der Vorschlag eines Vergütungsschuldners für das österreichische Recht (vgl. *östOGH* MMR 2017, 388, Rn. 44 – *Austro-Mechana/Amazon III* („Vignettensystem“)). Die Ergebnisspflicht erfordert es, Sanktionsmechanismen zu implementieren, die die korrekte Anwendung im Wesentlichen sicherstellen.

¹⁰⁷⁰ Sofern eine Differenzierung zwischen den verschiedenen Enderwerbergruppen entbehrlich wäre, ergäben sich aus dem notwendigen Zusammenhang keine Einschränkungen für die zulässige Anknüpfungspunkt der Ausgleichspflicht auf die letzte Handelsstufe beschränkt.

Ausgleich gewährleistet werden kann. Praktische Schwierigkeiten ergeben sich daraus, dass zum Zeitpunkt der Anwendung der Abgabe regelmäßig nicht feststeht, wer überhaupt erwerben wird, womit die Höhe der Leistungspflicht unklar ist.¹⁰⁷¹ Literaturstimmen leiten hieraus zum Teil ab, der gerechte Ausgleich müsse auf der letzten Handelsstufe erhoben werden.¹⁰⁷² Es käme allerdings in Betracht, den notwendigen Zusammenhang – entsprechend der Darstellung des Regelungsansatzes im Zusammenhang mit der Anwendung des Ausgleichs auf der letzten Handelsstufe – über eine Verbotsnorm zu gewährleisten.¹⁰⁷³

d) Reprographieausgleich

Auch wenn der notwendige Zusammenhang ursprünglich in Ansehen des Privatkopieausgleichs normiert wurde¹⁰⁷⁴ und sich der EuGH dabei konkret auf die Privatkopieschranke bezog,¹⁰⁷⁵ besteht kein Zweifel daran, dass dieser auch für andere Ansprüche auf gerechten Ausgleich gewährleistet werden muss.¹⁰⁷⁶ Bereits im Nachgang zu *Padawan* ging die überwiegende Auffassung von einer Geltung über den Privatkopieausgleich hinaus

fung auf vorgelagerten Handelsstufen. Da unter diesen Voraussetzungen für alle Konstellationen die gleiche Abgabe geleistet werden müsste, könnte der notwendige Zusammenhang bereits gewährleistet werden, ohne die Erwerberkategorie zu erfassen (vgl. Vgl. *Dreier* ZUM 2011, 281, 291).

¹⁰⁷¹ Vgl. *Klett* K&R 2010, 800, 801 f.; *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2012, 881, 883; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 14; *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 401; *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 14; *Zöchling-Jud* MR 2016, 23, 31. So auch *Dreier* ZUM 2011, 281, 291, der zugleich das Fehlen von Vorgaben des Gerichtshofs bemängelt. Vgl. auch *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 835.

¹⁰⁷² *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2012, 881, 883, die die Frage nach dem zulässigen Schuldner und dem notwendigen Zusammenhang zusammen untersuchen. Vgl. auch die Erwägungen von *Peifer* jurisPR-WettbR 12/2010, Anm. 2, lit. C., der dies aber im Ergebnis nicht annimmt. Selbst wenn man davon ausginge, der Ausgleich könne angewendet werden, wenn tatsächlichen Umstände einen eindeutigen Schluss auf die Überlassung an eine bestimmte Kategorie von Abnehmern und damit auf eine bestimmte mutmaßliche Verwendung zulassen (vgl. *Niemann* CR 2011, 69, 74 f.), wäre die praktische Bedeutung dieser Möglichkeit gering und eine breitenwirksame Anwendung eines Ausgleichssystems ließe sich mit dieser Erwägung nicht begründen.

¹⁰⁷³ Eine Nachforderungslösung käme sinnvollerweise nur in Betracht, wenn eine Überlassung an Nicht-private nicht gänzlich von der Ausgleichspflicht ausgenommen werden muss, sondern eine reduzierte Abgabe erhoben werden kann. Gemeint ist mit der Nachforderungslösung ein zweistufiges Verfahren, bei dem zunächst eine Abgabe auf eine erste Verfügung angewendet wird, die der geringeren Ausgleichspflicht entspricht. In einem zweiten Schritt könnte sodann bei Überlassungen an Private die Differenz zu dem für diese Konstellation zu entrichteten Soll-Betrag nachgefordert werden. Dabei steht die Unionsrechtskonformität der Regelung wegen der Subsidiarität der Haftungsstufen in Zweifel (vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31 – Amazon; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 82 – Reprobel).

¹⁰⁷⁴ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 52 ff. – *Padawan*

¹⁰⁷⁵ Vgl. etwa EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 28 – Amazon. Siehe weiterhin EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 44 – *Copydan*; EuGH GRUR 2017, 177, Rn. 32 – *Microsoft Mobile Sales International* zur zulässigen unterschiedslosen Anwendung des Privatkopieausgleichs

¹⁰⁷⁶

aus.¹⁰⁷⁷ Inzwischen ergibt sich dies eindeutig aus der Rechtsprechung. Wenn der Gerichtshof in *Reprobel* für die Reprographieschranke aus Art. 5 Abs. 2 lit. a) InfoSoc-RL feststellt, dass eine Vermutung der vergütungsrelevanten Nutzung berechtigt ist, liegt dem die Annahme zugrunde, dass ein Ausgleich auch insoweit nur bei einer mutmaßlichen Nutzung zu privilegierten Zwecken angewendet werden darf.¹⁰⁷⁸ Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass sich das Erfordernis des notwendigen Zusammenhangs aus dem Rechts- und Interessenausgleich ergibt, EGr. 31 InfoSoc-RL. Die konkreten Anforderungen für den notwendigen Zusammenhang können zwischen den Schrankenbestimmungen variieren, da die materiellen Vorgaben den Besonderheiten der Schranken angepasst werden müssen.

aa) *Die Reprobel-Vermutung*

Inhaltliche Unterschiede bestehen für den Reprographieausgleich im Verhältnis zum Privatkopieausgleich allein bei der mutmaßlichen Nutzung. Die überwiegende Ansicht sah es vor *Reprobel* als offen an, inwieweit die *Padawan*-Rechtsprechung übertragen werden könne.¹⁰⁷⁹ Zum Teil wurden allerdings auch aus *Padawan* bereits verbindliche inhaltliche Vorgaben zur Reprographievergütung abgeleitet, wobei unterschiedliche Interpretationen verfolgt wurden.¹⁰⁸⁰ *Reprobel* stellt klar, dass die Vorgaben aus *Padawan* dem Grunde nach auf die Reprographieschranke übertragen werden.¹⁰⁸¹ Die Vermutung ist berechtigt, dass

¹⁰⁷⁷ *Dreier* ZUM 2011, 281, 289; *Frank* CR 2011, 1, 5; *Ullmann* CR 2012, 288, 290. So auch BGH GRUR 2014, 979, Rn. 29 – Drucker und Plotter III.

¹⁰⁷⁸ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 72 – *Reprobel*.

¹⁰⁷⁹ *Koch/Krauspenbaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1008; *Wandtke/Ohst/Jani* Praxishandbuch Medienrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2014, Kap. 1 Rn. 183. Vgl. auch *Bahner* IPRB 2011, 26, 27; *Dreier* ZUM 2011, 281, 287. Anders *Klett K&R* 2010, 800, 801, Fn. 8.

¹⁰⁸⁰ Krit. gegenüber allgemeingültigen Vermutungen *Ullmann* CR 2012, 288, 291 ff. Zugleich will *Ullmann* aber eine widerlegliche Vermutung der Nutzung etwa im Aufgabenbereich einer Behörde zulassen. Zustimmend *Wandtke/Bullinger/Löffel* 6. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 17. Diese Ansicht war von Beginn an zweifelhaft, da der EuGH in *Padawan* ausschließlich mit dem Privatkopieausgleich befasste. In der Tendenz ebenfalls krit. gegenüber weitergehenden Vermutungen *Koch/Krauspenbaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1008. Anders *Dreier* ZUM 2011, 281, 290, der bei der Lieferung an juristische Personen zu gewerblichen Zwecken eine entsprechende Vermutung unter Berücksichtigung der Besonderheiten der Schrankentatbestände für möglich hält.

¹⁰⁸¹ Dabei äußert sich der EuGH in *Reprobel* zur Vermutung der ausgleichspflichtigen Nutzung für die Privatkopie- und die Reprographieschranke zusammen (vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 65 – *Reprobel*). Obwohl *Reprobel* sich mithin auch auf den Privatkopieausgleich bezieht, ergibt sich aus dem Urteil keine inhaltliche Modifikation zur Vermutung für den Privatkopieausgleich. Da der Anwendungsbereich der Reprographieschranke nicht auf bestimmte Personen beschränkt, überschneiden sich die Anwendungsbereiche teilweise (EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 31, 33 – *Reprobel*). Da das Vorlageverfahren sich auf die Vergütungspflicht von Multifunktionsdruckern bezieht, werden alle für das Verfahren relevanten Vervielfältigungen durch die Reprographieschranke abgedeckt, wohingegen die Privatkopieschranke nur einen Teil der vergütungspflichtigen Kopien erfasst. Damit ist im Rahmen von *Re-*

„die Personen, denen [...] [abgabepflichtige] Geräte zur Verfügung gestellt werden, davon in vollem Umfang profitieren werden, d. h., es ist davon auszugehen, dass sie sämtliche Funktionen dieser Geräte, einschließlich der Vervielfältigungsfunktion, nutzen“.¹⁰⁸²

Der Gerichtshof stellt weiterhin – entsprechend den Vorgaben aus *Padawan* – fest, dass die bloße technische Fähigkeit der Geräte zur Anfertigung von Vervielfältigungen ausreicht, um die Anwendung der Gebühr auf die betreffenden Personen zu rechtfertigen,¹⁰⁸³ ohne dies näher zu begründen. Die Vermutung ist bedingungslos zulässig, d. h. nicht vom Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abhängig.

Die Vorgaben der *Reprobel*-Vermutung sind erläuterungsbedürftig.¹⁰⁸⁴ Erstens ist die Vermutungsfolge aus teleologischen Gründen – wie bei der *Padawan*-Vermutung – auf die Anfertigung von ausgleichspflichtigen Vervielfältigungen gerichtet, da andernfalls kein Kompensationsbedürfnis besteht.¹⁰⁸⁵ Zweitens kann sich die Vermutung nur auf Anlagen beziehen, die technisch zur Anfertigung von Reprographiekopien geeignet sind. Der EuGH stellt dem Wortlaut nach ausschließlich auf die Befähigung von Anlagen ab, Vervielfältigungen vorzunehmen.¹⁰⁸⁶ Die Tatsache, dass das Urteil insofern unpräzise ist, muss auf die Besonderheiten des Vorlageverfahrens zurückgeführt werden. Der EuGH thematisiert die Vermutungen der privilegierten Nutzung für Privatkopie und Reprographiekopie zusammen. Dass er die Aussage allgemein formuliert, erklärt sich daraus, dass er diese auf beide Schranken bezieht. Zudem betrifft *Reprobel* die Ausgleichspflicht von Multifunktionsdruckern, die eindeutig zur Anfertigung von Reprographiekopien geeignet sind. Dass die technische Eignung entsprechend der Schranke als Erfordernis in die Aussagen des EuGH hineingelesen werden muss, ergibt sich aus dem Gerechtigkeitsgebot: Die Eignung zur Anfertigung der privilegierten Kopien ist für das Kompensationsbe-

probel primär relevant, ob die Vermutung sich auf alle Nutzungen nach Art. 5 Abs. 2 lit. a) InfoSoc-RL beziehen kann, um die Anwendung des gerechten Ausgleichs zu rechtfertigen. Daher ist der EuGH so zu verstehen, dass er in *Reprobel* vorrangig die Anforderungen an den Reprographieausgleich normiert, da bereits die Vermutung einer privilegierten Nutzung ausreichend ist, um die Anwendung einer Abgabe zu begründen.

¹⁰⁸² EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 72 – *Reprobel*.

¹⁰⁸³ Ebd.

¹⁰⁸⁴ Die Ergebnisse der Untersuchung der *Padawan*-Vermutung lassen sich auf die *Reprobel*-Vermutung übertragen, sofern diese keinen unmittelbaren Bezug zur Schranke aufweisen. Nach der Ergebnisspflicht können Mitgliedstaaten verpflichtet sein, eine Vermutung vorzusehen, um die wirksame Anwendung des gerechten Ausgleichs sicherzustellen. Auffassungen, nach denen eine solche Vermutung nach dem Recht eines Mitgliedsstaats regelmäßig nicht bestehen soll, sind überholt (so aber noch *Ullmann* CR 2012, 288, 291 f.; *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1008).

¹⁰⁸⁵ Vgl. Teil 1: H.II.3.c)cc)(1).

¹⁰⁸⁶ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 72 – *Reprobel*.

dürfnis entscheidend.¹⁰⁸⁷ Das Merkmal kann objektiv und ohne unverhältnismäßigen Aufwand festgestellt werden. Eine Auslegung, nach der eine Abgabe auf nicht geeignete Anlagen erfolgen kann, würde die Interessen der am Ausgleich beteiligten Dritten und Nutzer nicht hinreichend berücksichtigen. Diese objektive Einschränkung der Vermutung findet keine Entsprechung in der *Padawan*-Vermutung, was sich auf das Fehlen von vergleichbaren objektiven Tatbestandsmerkmalen der Privatkopieschranke zurückführen lässt. Die *Reprobel*-Vermutung ist insofern enger gefasst.

Drittens beschränkt sich die Reprographievermutung hingegen nicht auf einen bestimmten Erwerberkreis, womit die Anfertigung ausgleichspflichtiger Vervielfältigungen, unabhängig davon, wem die Anlagen letztendlich überlassen werden, vermutet werden kann. Auch diese Abweichung im Vergleich zum Privatkopieausgleich ist auf die Unterschiede im Schrankentatbestand zurückzuführen, denn die Reprographieschranke findet unabhängig von persönlichen Eigenschaften des Nutzers und unabhängig von einem konkreten Nutzungszweck Anwendung.¹⁰⁸⁸ Die *Padawan*-Vermutung und die *Reprobel*-Vermutung sind in ihrer Funktion identisch, weisen aber inhaltliche Unterschiede auf. Aus der *Reprobel*-Vermutung ergibt sich, dass auch für unternehmerische Nutzungen ein gerechter Ausgleich durch eine Pauschalabgabe gewährt werden kann. Auffassungen, die – von vornherein unzutreffend –¹⁰⁸⁹ versucht haben, aus *Padawan* die Unmöglichkeit einer Kopierabgabe im gewerblichen Bereich herzuleiten,¹⁰⁹⁰ sind damit zumindest in diesem Teilbereich widerlegt.¹⁰⁹¹

¹⁰⁸⁷ Vgl. für den Privatkopieausgleich EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 52 f. – *Padawan*; EuGH GRUR 2011, 1025, Rn. 28 – *Amazon*. Vgl. weiterhin Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 9.

¹⁰⁸⁸ Dreier/Hugenholtz/Bechtold Concise European Copyright Law, 2. Aufl. 2016, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 3(d). Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 29 ff. – *Reprobel*.

¹⁰⁸⁹ Dies ließ sich in dieser Allgemeinheit sowieso nicht aus *Padawan* ableiten, da sich dieses allein mit dem gerechten Ausgleich für Privatkopien befasste (vgl.; Dreier ZUM 2011, 281, 287; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 12; Spindler FS Pfennig 2012, S. 387, 392 f.). Zu Recht traten diesem Verständnis frühzeitig einige Literaturstimmen mit zum Teil deutlichen Worten entgegen (vgl. bspw. Staats FS Pfennig 2012, S. 403, 413).

¹⁰⁹⁰ So Krüber GRUR 2011, 55, 55 f. In diese Richtung auch Hoeren MMR 2010, 831; Klett K&R 2010, 800, 801 f. Krit. für ausschließlich geschäftlich genutzte Geräte nach §§ 54 f. UrhG a.F. auch Verweyen GRUR 2012, 875, 878.

¹⁰⁹¹ Überraschend daher östOGH GRUR Int. 2017, 455, Nr. 4.3.(c) – *Amazon III*. Siehe zu den europäischen Vorgaben auch Hoeren Internetrecht, 3. Aufl. 2018, Rn. 412 mit der Feststellung, der EuGH lehne eine Vergütungspflicht für gewerblich genutzte Geräte ab. Die Folgeauflage, 4. Aufl. 2021, Rn. 190 ff. geht im Rahmen der Darstellung der deutschen Privatkopievergütung nicht mehr auf die unionsrechtlichen Vorgaben ein. Weiterhin wie in der dritten Auflage aber Hoeren Skriptum Internetrecht, 2023, S. 189. Siehe auch Hoeren MMR 2022, 43.

bb) Differenzierungsgebot

Auch wenn eine Reprographieabgabe nach der Rechtsprechung des EuGH unabhängig davon angewendet werden kann, welcher Kategorie ein Erwerber angehört, ist es erforderlich, zwischen Privatnutzern und allen anderen Nutzerkategorien zu differenzieren.¹⁰⁹² Mitgliedstaaten sind damit zu einer Differenzierung verpflichtet, die in der Schrankenbestimmung selbst nicht angelegt ist.¹⁰⁹³ Das Ziel der Differenzierung besteht darin, typischen Konstellationen Rechnung zu tragen, indem den Mitgliedstaaten eine Strukturierung des gerechten Ausgleichs für diese Haftungsstufe verbindlich an die Hand gegeben wird.

Das Differenzierungsgebot wird vom EuGH in zwei unterschiedlichen Passagen in *Reprobel* in zwei Schritten normiert.¹⁰⁹⁴ Er stellt – losgelöst von der Ausgestaltung der Finanzierung – zunächst allgemeingültig fest, dass hinsichtlich des gerechten Ausgleichs zwischen Privatkopien und allen sonstigen gesetzlich privilegierten Kopien unterschieden werden muss.¹⁰⁹⁵ Auch wenn beide Arten von Kopien aufgrund der tatbestandlichen Schnittmenge der Schranken von der Reprographieschranke erfasst werden,¹⁰⁹⁶ erachtet der EuGH eine Unterscheidung wegen der Notwendigkeit eines kohärenten Vorgehens der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des Unionsrechts für geboten,¹⁰⁹⁷ um den – nach seiner Sichtweise – im Allgemeinen nicht identischen Schäden¹⁰⁹⁸ Rechnung zu tragen. Im weiteren Verlauf des Urteils findet sich die zweite Passage, die aus einer spezielleren Perspektive auf die Unterschiede zwischen den Nutzerkategorien eingeht: Der Gerichtshof erarbeitet für Pauschalvergütungen, dass den Ungleichheiten, die sich aus den unterschiedlichen Bedürfnissen der verschiedenen Nutzerkategorien ergeben, grundsätzlich Rechnung ge-

¹⁰⁹² EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 73 ff. – *Reprobel*. So auch *Hoeren* CR 2016, 557, 560 f.; *Walter* MR-Int. 2015, 119, 120, wobei *Walter* diese Vorgaben kritisch bewertet. Vgl. auch *Wandtke/Bullinger/Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 73; *Loewenheim/Loewenheim/Stieper* HdU, 3. Aufl. 2021, § 91 Rn. 27; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 13; *Wandtke/Bullinger/Lijft* 6. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 7, 14; *Rosati* GRUR Int. 2016, 399.

¹⁰⁹³ Auch aus den vorherigen Urteilen ließ sich dies in dieser Form noch nicht herleiten, sondern der EuGH entwickelt seine Rechtsprechung insofern fort. Vgl. noch die andere Ansicht von *Ullmann* CR 2012, 293 vor dem Hintergrund der *Padavan*-Rechtsprechung.

¹⁰⁹⁴ Die Notwendigkeit einer Unterscheidung weist inhaltliche Berührungspunkte auf, betrifft den notwendigen Zusammenhang aber nicht im engeren Sinne. Die Anforderung betrifft nicht die Zulässigkeit der Anwendung einer Abgabe an sich, sondern die konkrete Ausgestaltung der Ausgleichspflicht.

¹⁰⁹⁵ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 40 – *Reprobel*.

¹⁰⁹⁶ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 33 – *Reprobel*.

¹⁰⁹⁷ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 39 – *Reprobel*.

¹⁰⁹⁸ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 41 – *Reprobel*.

tragen werden muss.¹⁰⁹⁹ Der EuGH verpflichtet die Mitgliedstaaten auf dieser Grundlage dazu, bei der Anwendung der Abgabe zwischen den verschiedenen Erwerberkategorien zu differenzieren.¹¹⁰⁰ In der speziellen Aussage präzisiert der EuGH das zuvor erarbeitete allgemeine Prinzip. Mit der allgemeinen Festschreibung hebt der EuGH die Sonderstellung von Privatnutzern für die unionsrechtlichen Anforderungen an einen gerechten Ausgleich hervor, die bereits in seiner Rechtsprechung zur Privatkopie Ausdruck gefunden hat.

Nach den Vorgaben des EuGH ist eine Unterscheidung zwischen Privaten und Nichtprivaten unabhängig von der konkreten Ausgestaltung des Ausgleichssystems erforderlich. Bei den jeweiligen Kategorien können erhebliche Unterschiede hinsichtlich der Schäden bestehen.¹¹⁰¹ Die Unterscheidung ist zwingend. Der EuGH gibt in der allgemeinen Aussage im Indikativ vor, dass zwischen Privatnutzungen und allen übrigen Nutzungen zu unterscheiden ist, und missbilligt eine inkohärente Anwendung.¹¹⁰² Eine Pflicht zur Unterscheidung zeigt sich auch in der Feststellung, eine Pauschalabgabe könne sich angesichts des Differenzierungsgebots nicht allein nach der Leistungsfähigkeit der Geräte richten.¹¹⁰³ Aus der Rechtsprechung folgt, dass eine Unterscheidung bereits im Rahmen der Anwendung erfolgen muss. Der Versuch, eine differenzierte Belastung durch eine Erstattung zu bewirken, kann im Grundsatz nicht ausreichen. Der Gerichtshof missbilligt in seinem Zwischenfazit die undifferenzierte Entrichtung der Abgabe und bezieht sich damit auf die ursprüngliche Anwendung.¹¹⁰⁴ Auch die Strukturierung der Antwort lässt dieses Verständnis erkennen.¹¹⁰⁵

¹⁰⁹⁹ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 76 – Reprobel.

¹¹⁰⁰ Wohingegen der EuGH in der allgemeinen Aussage eine Differenzierung zwischen Privatnutzung und allen übrigen Arten der Nutzung vorsieht (Rn. 42), sieht er für die Pauschalabgabe vor, dass den Unterschieden zwischen Nutzungen zum öffentlichen oder zum privaten Gebrauch und zu kommerziellen oder zu anderen Zwecken unterschieden werden muss (Rn. 75 f.). Damit könnte eine Pauschalabgaben einen höheren Grad der Differenzierung erfordern, nach dem der gerechte Ausgleich zumindest zwischen vier Konstellationen unterscheiden muss. Da der EuGH sich hier an den Tatbestandsvoraussetzungen der Privatkopieschranke orientiert, ist auch unter Berücksichtigung der praktischen Komplikationen einer weiteren Differenzierung aber davon auszugehen, dass auch insofern nur zwischen Privaten und Nichtprivaten unterschieden werden muss. Eine weitergehende nutzerbezogene Differenzierung ist zulässig, aber nicht geboten.

¹¹⁰¹ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 76 – Reprobel.

¹¹⁰² Ebd.

¹¹⁰³ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 77 – Reprobel; Eichelberger/Wirth/Seifert/Wirth 4. Aufl. 2022, § 54a Rn. 2.

¹¹⁰⁴ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 77 – Reprobel.

¹¹⁰⁵ *Reprobel* lag ein kombiniertes Vergütungsmodell zu Grunde, das die kumulative Anwendung einer im Vorhinein festgelegten Pauschalvergütung, die sich nach der Leistungsfähigkeit der Anlage bestimmte, und einer nachträglich festgelegten Vergütung, für die die Anzahl der angefertigten Kopien und die

e) *Andere Ansprüche auf gerechten Ausgleich*

Das Verbot der unterschiedslosen Anwendung gilt für alle Ansprüche auf gerechten Ausgleich.¹¹⁰⁶ Der EuGH hat bisher allerdings nicht präzisiert, inwiefern für den Ausgleich im Gegenzug zur Einführung von Schranken abseits der Privat- und Reprographiekopie praktisch eine pauschalierte Anwendung möglich ist.¹¹⁰⁷ Aus *Padawan* und *Reprobel* ergibt sich, dass eine Vermutung der ausgleichspflichtigen Nutzung rechtmäßig ist, um eine praktisch wirksame Anwendung einer zulässigen einfachen Dritthaftung zu ermöglichen. Sofern also praktische Schwierigkeiten bei der Identifizierung und Inanspruchnahme der Nutzer bestehen, dürfte die Rechtmäßigkeit einer Vermutung der ausgleichspflichtigen Nutzung zumindest dann folgen, wenn die allgemeine Lebenserfahrung eine entsprechende Nutzung nahelegt. Daraus leitet sich die Frage ab, auf welche Konstellationen sich die Vermutungen beziehen können. Im Detail bedarf es einer Klarstellung durch den EuGH dazu, welche Anforderungen für den Ausgleich nach den unterschiedlichen Schrankentatbeständen bestehen. Indem Mitgliedstaaten die von der Vermutung erfassten Konstellationen objektiv und subjektiv eng an den Richtlinienvorgaben zum jeweiligen Schrankentatbestand anlehnen, können Zweifel über die Vereinbarkeit mit den Richtlinienvorgaben minimiert werden. Je weiter sich Vermutungen von den Tatbestandsvoraussetzungen einer Schranke lösen, desto eher bedarf es einer Vorlage. Das Differenzierungsgebot aus *Reprobel* entfaltet jedenfalls allgemeine Geltung, womit in der Ausgestaltung des Ausgleichssystems eine Unterscheidung zwischen Privatnutzungen bzw. Privat-

Mitwirkung des Schuldners maßgeblich war, vorsah. Das Vorlagegericht fragte nach der Unionsrechtskonformität des Abgabensystems. Der Gerichtshof äußert sich zunächst zur Zulässigkeit, die Pauschalabgabe allein anhand der Leistungsfähigkeit zu bestimmen und geht später im Urteil auf die Zulässigkeit eines kombinierten Systems ein. Da der Gerichtshof das Differenzierungsgebot bereits im Zusammenhang mit der Anwendung des vorab angewendeten „pauschalen Anteils“ der Abgabe herausarbeitet, ist eine Unterscheidung schon im Rahmen der erstmaligen Anwendung der Abgabe notwendig. Eine Anwendung einer nach rein objektiven Kriterien bestimmten Abgabe ist unzulässig. Hätte der EuGH eine unterschiedslose Anwendung mit späterer Korrektur für zulässig gehalten, wäre es ausreichend gewesen, das Differenzierungsgebot erst im Rahmen seiner Prüfung des kombinierten Abgabensystems zu normieren. Dass er ein solches kombiniertes Modell im Grundsatz missbilligt und nur beim Bestehen von Korrekturmechanismen für zulässig hält (Rn. 82 ff.), stützt die hier vertretene Auslegung. Denn hieraus ergibt sich, dass eine differenzierende Anwendung im Grundsatz notwendig ist, die nur in einem kombinierten System erfolgen kann, wenn Korrekturen möglich sind. Dass der Gerichtshof im Rahmen des kombinierten Modells zwar erneut auf die Unterschiede zwischen den verschiedenen Kategorien zu sprechen kommt (Rn. 84 ff.), aber die Differenzierung schon zuvor für die Erhebung vorgibt, zeigt, dass bereits bei der Anwendung zwingend unterschieden werden muss.

¹¹⁰⁶ Siehe Teil 1: H.II.3.d).

¹¹⁰⁷ Vgl. zu der Thematik auch *Ullmann* CR 2012, 288, 290 ff.

erwerb einerseits und der Nutzung und dem Erwerb durch Nichtprivate andererseits erforderlich ist.¹¹⁰⁸

f) Multikompensatorische Ausgleichssysteme

Bei multikompensatorischen Ausgleichssystemen wird unterschiedlich bewertet, inwiefern eine einheitliche Abgabe, die nicht nach dem Enderwerber differenziert, mit dem notwendigen Zusammenhang vereinbar sein kann.

aa) Bedeutung des notwendigen Zusammenhangs

Im Nachgang zu *Padawan* kam für multikompensatorische Ausgleichssysteme eine extensive Interpretation des notwendigen Zusammenhangs in Betracht, nach der in der Ausgestaltung des Ausgleichssystems auf nationaler Ebene Unterschieden zwischen den Schranken nicht hätte Rechnung getragen werden müssen.¹¹⁰⁹ Nach diesem Verständnis könnten Mitgliedstaaten dem notwendigen Zusammenhang nachkommen, indem sie einen Zusammenhang zwischen der Anwendung des multikompensatorischen Ausgleichs und irgendeiner vom Ausgleichssystem zu kompensierenden Nutzung gewährleisten. Eine Belastung wäre unzulässig, wenn eine privilegierte Nutzung nach irgendeiner Schranke, auf die sich der Ausgleich bezieht, nicht vermutet werden könnte. Ein solches Verständnis ließ sich kaum mit *Padawan* vereinbaren,¹¹¹⁰ wenngleich wegen der Herleitung des Merkmals in einem Vorlageverfahren zu einem monokompensatorischen Privatkopieausgleich letzte Zweifel nicht ausgeräumt werden konnten. Die überwiegende Ansicht hielt ein solches Verständnis aber zumindest für den notwendigen Zusammenhang der Privatkopie nicht mit der Vorstellung des EuGH für vereinbar.¹¹¹¹ Diese erweiterte Auslegung

¹¹⁰⁸ Das Gebot erlangt mithin für alle Schrankentatbeständen Bedeutung, sofern sich deren Anwendungsbereich mit Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL überschneidet (vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 33 f. – *Reprobel*).

¹¹⁰⁹ Vgl. in diese Richtung *Hoeren* MMR 2010, 831. Ähnlich *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger, 459, 471, die unter Verweis auf die schadensrechtliche Konzeption trotzdem von der Notwendigkeit einer Unterscheidung zwischen privaten und gewerblichen Vervielfältigungen ausgehen. Vgl. auch *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 708, der sich für eine differenzierte Lesart von *Padawan* vor dem Hintergrund ausspricht, dass sich das spanische Vorlageverfahren nur auf Privatkopien im engeren Sinne bezogen hat und hervorhebt, dass ein gerechter Ausgleich für andere Richtlinienbestimmungen zulässig ist. Ähnlich wohl weiterhin *HK/Hentsch* 4. Aufl. 2018, § 54 UrhG Rn. 9, der sich zwar unter anderen Gesichtspunkten kritisch mit einer unterschiedslos angewandten Abgabe auseinandersetzt, eine solche Gestaltung im Ergebnis aber für zulässig hält. Auch *Dreier* ZUM 2011, 281, 283 könnte in diese Richtung verstanden werden, verfolgt im Weiteren dann aber ein strengeres Verständnis (dazu sogleich).

¹¹¹⁰ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 59 – *Padawan*.

¹¹¹¹ Vgl. *Ullmann* CR 2012, 288, 289 f., der eine dahingehenden Auslegung ablehnt, da sie zu einer Überkompensation führen. So auch *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1005; *dies.* GRUR Int. 2012, 881, 882 f.;

würdige die Vorgaben des Gerichtshofs nicht ausreichend, da der durch den notwendigen Zusammenhang intendierte Schutz von Dritten aufgeweicht würde.¹¹¹² Diese kritische Haltung ist angebracht, da hiernach die nationale Ausgestaltung des Ausgleichssystems dazu geführt hätte, dass Personen auf einen Ausgleich, der auch eine Privatkopieschranke betrifft, in Anspruch genommen werden könnten, selbst wenn sie in einem monokompensatorischen System nicht belastet werden dürften. Selbst Stimmen, die einer einheitlichen Abgabe wohlwollend gegenüberstehen, argumentierten nicht auf diese Weise.¹¹¹³ Inzwischen ergibt sich aus den Vorgaben der Rechtsprechung, dass eine kumulative Anwendung von Abgaben im Rahmen eines multikompensatorischen Systems nur möglich ist, wenn der notwendige Zusammenhang für jeden einzelnen Ausgleichstatbestand gewährleistet wird. *Amazon* betrifft ein multikompensatorisches System¹¹¹⁴ und geht insofern für den Privatkopieausgleich im Rahmen der einfachen Dritthaftung strikt vom Erfordernis eines notwendigen Zusammenhangs aus.¹¹¹⁵ Der Gerichtshof missbilligt die unterschiedslose Anwendung des Privatkopieausgleichs, ohne dem multikompensatorischen Charakter eine erkennbare Bedeutung zuzuerkennen.¹¹¹⁶ Darauf deutet für den Privatkopieausgleich auch das Differenzierungsgebot hin, da es widersprüchlich wäre, einerseits eine Differenzierung zwischen Privaten und anderen Erwerbern zu fordern, um den notwendigen Zusammenhang andererseits so zu interpretieren, dass diese Unterscheidung faktisch unterwandert würde. Wegen der Herleitung des notwendigen Zusammenhangs aus EGr. 31 InfoSoc-RL lässt sich dies auf den notwendigen Zusammenhang nach anderen Schrankentatbeständen übertragen. Zu restriktiv ist es im Ergebnis, wenn der österreichische OGH für ein multikompensatorisches Ausgleichssystem unter Bezugnahme auf die EuGH-Rechtsprechung davon ausgeht, eine Leistungspflicht zur Gewährung ei-

¹¹¹² Vgl. *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1005; *Ullmann* CR 2012, 288, 289 f.

¹¹¹³ *Dreier* ZUM 2011, 281, 287 f. Teile der Literatur scheinen *Dreier* anders zu verstehen und erwecken den Eindruck, er spreche sich für eine erweiterte Auslegung aus. In diese Richtung *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1005; *Ullmann* CR 2012, 288, 289. *Dreier* argumentiert zwar für die Zulässigkeit einer einheitlichen Abgabe, begründet dies aber anders.

¹¹¹⁴ Dies ergibt sich aus dem Vorlagebeschluss östOGH GRUR Int. 2012, 262 und schlägt sich auch in den im Urteil wiedergegebenen Rechtsrahmen nieder, EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 6 f – *Amazon*. Siehe dazu *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1005.

¹¹¹⁵ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 28 – *Amazon*.

¹¹¹⁶ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 29 – *Amazon*. Mit erheblichem Begründungsaufwand ließe sich die Auffassung vertreten, die Frage sei noch offen. Der EuGH bezieht sich in seiner Antwort in *Amazon* genau auf die Fragestellung des vorlegenden Gerichts, das nur nach dem gerechten Ausgleich der Privatkopieschranke gefragt hatte (vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 15 – *Amazon*).

nes gerechten Ausgleichs sei nur unter den für den Privatkopieausgleich präzisierten Anforderungen zulässig.¹¹¹⁷ Faktisch macht dies eine Differenzierung erforderlich.

bb) Pflicht zur Differenzierung

Aus der Zulässigkeit einer multikompensatorischen Abgabe mit Privatkopieanteil folgt logisch noch nicht die Zulässigkeit einer einheitlichen Abgabe,¹¹¹⁸ da auch insofern dem Differenzierungsgebot Rechnung getragen werden muss.¹¹¹⁹ Inzwischen überholt ist damit die im Nachgang zu *Padawan* vertretene Auffassung,¹¹²⁰ eine Differenzierung zwischen verschiedenen Gruppen von Erwerbern könne bei einer multikompensatorischen Abgabe entbehrlich sein. Obwohl die Auffassung zunächst nicht mit Sicherheit widerlegt werden konnte,¹¹²¹ so ergibt sich doch zumindest aus *Reprobel*, dass auch für multikompensatorische Systeme eine inhaltliche Unterscheidung nach der Kategoriezugehörigkeit des Enderwerbers erforderlich ist.

¹¹¹⁷ Die Vergütung aus § 42b Abs. 1 östUrhG bezieht sich nicht nur auf Nutzungen zum privaten, sondern auch zum sonstigen eigenen Gebrauch, die Art. 5 Abs. 2 lit. c, Abs. 3 lit. a InfoSoc-RL umsetzen (vgl. östOGH, GRUR Int. 2017, 455, Nr. 4.3.(c) – Austro-Mechana/Amazon III). Der Charakter als multikompensatorisches System ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz (vgl. dazu *Walter* Österreichisches Urheberrecht, I. Teil, 2008, Rn. 763; *Zib/Nitsch* MR Beil. 2/2011, 1, 3). Der östOGH interpretiert die angemessene Vergütung auf eine Weise, nach der nur ein gerechter Ausgleich für die Privatkopieregelung zu leisten ist. Ein Ausgleich für sonstige Nutzungen zum eigenen Gebrauch schließt das Gericht aus, obwohl dieser nach den gesetzgeberischen Vorgaben intendiert ist.

¹¹¹⁸ So aber *Fromm/Nordemann/Wirtz* 12. Aufl. 2018, § 54 UrhG Rn. 7.

¹¹¹⁹ Daneben ist es praktisch nicht möglich, Abgaben anzuwenden, die auf unterschiedlicher dogmatischer Grundlage stehen, aber eine gleichartige Verpflichtung vorsehen. In diese Richtung aber im Ansatz offenbar *Dreier* ZUM 2011, 281, 288 ff.; *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 842. Abgaben müssen zwar nicht getrennt ausgewiesen oder erhoben werden (*Dreier* ZUM 2011, 281, 288; *Walter* Beil. MR 2/2012, 1). Es besteht nicht einmal eine Verpflichtung, auszuweisen, auf die Kompensation der Schäden der Nutzungen nach welcher Schranke die Vergütung gerichtet ist. Eine gleichartige Belastung aller Schuldner käme insbesondere in Betracht, wenn die Abgabe durch einer Kappungsgrenzen beschränkt würde (vgl. *Dreier* ZUM 2011, 281, 290). Da eine Kappung nicht unionsrechtswidrig ist, müssten die beiden Abgaben zufällig die gleiche Höhe aufweisen. Das Unionsrecht erfordert es, die Höhe des gerechten Ausgleichs ausschließlich auf Grundlage des Schadens festzusetzen. Dass eine einheitliche Abgabe zu administrativen Vereinfachungen führen mag, darf nicht dazu führen, den Schaden aus diesem Grund gleich zu bemessen.

¹¹²⁰ *Dreier* ZUM 2011, 281, 288.

¹¹²¹ Insbesondere die Erwägung von *Dreier* ZUM 2011, 281, 289, der EuGH billige den Mitgliedstaaten bei der Bemessung der Abgabe einen gewissen Spielraum zu, woraus sich die Möglichkeit einer einheitlichen Abgabe ergebe, dürfte nicht mit Sicherheit zu widerlegen gewesen sein. Mit guten Gründen aber bereits krit. *Koch/Krauspenbaa* GRUR Int. 2012, 881, 882; *Ullmann* CR 2012, 288, 290, 291. Vgl. dahingehend auch *Frank* CR 2011, 1, 4; *Verweyen* GRUR 2012, 875, 881. Siehe weiterhin auch östOGH GRUR Int. 2012, 262, 265, Ziff. 1.1.; *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 14;

4. Erstattungen

a) Personenbezogene Erstattungen

Mitgliedstaaten müssen Erstattungsmechanismen vorsehen, um eine „etwaige ‚Überkompensation‘ zu Ungunsten einer bestimmten Kategorie von Nutzern“ zu korrigieren.¹¹²² Abgabepflichtigen muss ein Anspruch auf Erstattung zustehen, wenn sie nicht geschuldet ist.¹¹²³ Dies ergibt sich aus dem Erfordernis des Rechts- und Interessenausgleichs, EGr. 31 InfoSoc.¹¹²⁴ Daraus folgt, dass ein Erwerber von ausgleichspflichtigen Anlagen eine Erstattung fordern kann, sofern die Abgabe nicht dem gerechten Ausgleich seiner Kategorie entspricht. Wurde ein Nichtprivater mit dem Ausgleich für einen Privaten belastet, kann er eine Erstattung von den Rechtsinhabern verlangen. Die Bedeutung von personenbezogenen Erstattungen ist auf dieser Haftungsstufe angesichts des Verbots der unterschiedslosen Anwendung nach dem Verständnis des Verfassers gering. Im Wesentlichen beschränkt sich der Anwendungsbereich der Vorgabe in diesem Kontext darauf, dass eine Erstattung an nichtprivate natürliche Personen erforderlich ist, wenn sie die gegen sie gerichtete *Amazon*-Vermutung widerlegen.¹¹²⁵

b) Verwendungsbezogene Erstattungen

Es ist fraglich, ob und inwieweit Mitgliedstaaten berechtigt oder verpflichtet sind, Erstattungsmechanismen vorzusehen, die sich unmittelbar auf die Nutzung der ausgleichspflichtigen Anlagen beziehen. Ein allgemeines Erfordernis verwendungsbezogener Erstattungen hat der EuGH weder explizit normiert noch folgt es daraus, dass Erstattungen in anderen Konstellationen erforderlich sind.¹¹²⁶ Eine Erstattung ist notwendig, wenn eine

¹¹²² EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 54 – Microsoft Mobile Sales International m. V. a. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 85 f. – *Reprobel*, wobei sich dies aus diesem Urteil meines Erachtens nicht in dieser Allgemeinheit ableiten ließ. Generell vermag *Reprobel* nicht abschließend darzulegen, wie genau durch Erstattungsmechanismen, die eine etwaige Überkompensation zu Ungunsten einer bestimmten Kategorie von Nutzern korrigieren sollen, eine Kombination einer im Vorhinein festgelegten Pauschalvergütung mit einer nachträglich festgelegten anteiligen Vergütung rechtfertigen können soll.

¹¹²³ EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 47 – *Strato*, wobei die Urteilsgründe nicht klar zwischen den Haftungsstufen unterscheiden.

¹¹²⁴ EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 54 – Microsoft Mobile Sales International.

¹¹²⁵ Dies entspricht den Vorgaben aus EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 43 f. – *Amazon*.

¹¹²⁶ Für die Pflicht zur Erstattung bei fehlender territorialer Zuständigkeit der Mitgliedstaaten spielt die Möglichkeit einer abweichenden Nutzung der Anlagen im Einzelfall von vornherein keine Rolle (vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 56 ff. – *Amazon*). Daher kann aus dieser Vorgabe erst recht kein allgemeines Erfordernis abgeleitet werden. Gleiches gilt für die nach *Amazon* im Rahmen der qualifizierten Dritthaftung erforderlichen Erstattung, denn diese macht lediglich eine personenbezogene Erstattung erforderlich (siehe aber Kucsko/Handig/Zemann 2. Aufl. 2017, § 42b östUrhG Rn. 67; Dokalik/Zemann/Zemann Österreichisches und internationales Urheberrecht, 7. Aufl. 2018, S. 325, der auch

Vermutung der ausgleichspflichtigen Nutzung widerlegt werden kann.¹¹²⁷ Es steht also in Frage, ob das Unionsrecht den Mitgliedstaaten vorschreibt, ermöglicht oder untersagt, an einem Vermutungsergebnis festzuhalten, selbst wenn dies nicht dem tatsächlichen Geschehen entspricht.¹¹²⁸

Für den Privatkopieausgleich betrifft dies die Widerlegbarkeit der *Padawan*-Vermutung. Aus der Feststellung des EuGH, die Vermutung sei rechtmäßig, soll nach Auffassung einiger deren Unwiderleglichkeit folgen.¹¹²⁹ Die Wortwahl des EuGH muss nicht auf diese Weise interpretiert werden.¹¹³⁰ Nicht überzeugen kann es auch, die Unwiderleglichkeit damit zu begründen, dass es für die Vermutung der ausgleichspflichtigen Nutzung bei der Überlassung an Privatpersonen allein auf die technische Fähigkeit ankommt.¹¹³¹ Der Beweis des Gegenteils der vermuteten Tatsache entkräftet die Vermutung, womit das Argument nicht hinreichend zwischen Vermutungsbasis und Vermutungsfolge differenziert.¹¹³² Über die Vermutung wird die initiale Erhebung der Abgabe begründet. Es ist nicht möglich, hieraus auf die Frage zu schließen, ob diese auch im Ergebnis einbehalten werden können muss. Dass der EuGH in *Padawan* – anders als bei der *Amazon*-Vermutung¹¹³³ – die Widerlegung nicht ausdrücklich vorsieht, lässt keinen eindeutigen Schluss zu.¹¹³⁴ Es fehlt an überzeugenden Anhaltspunkten dafür, dass die Vermutung

unter Verweis auf die EuGH-Rechtsprechung eine verwendungsbezogene Erstattung für notwendig hält.

¹¹²⁷ Vgl. OLG Wien MMR 2016, 265, 266.

¹¹²⁸ Vgl. zur Wirkung einer unwiderleglichen gesetzlichen Vermutung im deutschen Recht MüKo/*Prütting* 6. Aufl. 2020, § 292 ZPO Rn. 4.

¹¹²⁹ ÖstOGH, GRUR Int. 2017, 455, Nr. 4.3.(b) – *Austro-Mechana/Amazon III*; *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 839 f. So im Ergebnis auch *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1007; *Ullmann* CR 2012, 288, 291; *Staats* FS Pfennig 2012, S. 403, 415. So wohl auch *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 394, der nur eine Widerlegung bei gewerblichen Abnehmern erwähnt. Zunächst auch BGH GRUR 2012, 705, Rn. 39, 41 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät. *Zöchling-Jud* MR 2016, 23, 31 ff. geht davon aus, die Frage sei nicht abschließend geklärt, hält dieses Ergebnis aber für vorzugswürdig. Unzutreffend gehen *Fischer* MR 2015, 175, 179 und *Müller* GRUR-Prax 2012, 255 davon aus, der EuGH spreche von einer unwiderleglichen Vermutung.

¹¹³⁰ So auch OLG Wien GRUR Int. 2016, 274, 275; *Niemann* JurPC Web-Dok. 178/2013, Abs. 31.

¹¹³¹ ÖstOGH MMR 2017, 388, Nr. 4.3.(b) – *Austro-Mechana/Amazon III*, der von einer Klarstellung in EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 25 – *Copydan* ausgeht. So auch *Zöchling-Jud* MR 2016, 23, 31, die dies insofern allein mit *Padawan* begründet. Welchen Mehrwert *Copydan* insofern liefert, ist nicht ersichtlich.

¹¹³² Vgl. fürs deutsche Recht Saenger/*Saenger* 10. Aufl. 2023, § 292 ZPO Rn. 12. Vgl. zu Vermutung und Vermutungsbasis im deutschen Recht MüKo/*Prütting* 6. Aufl. 2020, § 292 ZPO Rn. 4.

¹¹³³ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 43 – *Amazon*.

¹¹³⁴ Anders als in *Padawan* hatte das Vorlagegericht in *Amazon* explizit nach einer widerlegbaren Vermutung gefragt (vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 15 Frage 2 b) – *Amazon*). Die Rechtsprechung zur Vermutung der zweiten Stufe lässt keine zwingenden Schlüsse auf die Widerlegbarkeit der Vermutung der dritten Stufe zu (Anders östOGH GRUR Int. 2017, 455, Nr. 4.3.(b) – *Austro-Mechana/Amazon III*; *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 839 f.). Kritikwürdig ist, dass BGH GRUR 2017, 172, Rn. 64 – *Musik-Handy* nicht erkennbar zwischen den verschiedenen Vermutungen differenziert.

unwiderleglich sein müsse.¹¹³⁵ Vor diesem Hintergrund hält die Gegenauffassung die *Padawan*-Vermutung zwingend für widerleglich.¹¹³⁶

Vorzugswürdig scheint ein vermittelnder Ansatz, wonach keine zwingenden unionsrechtlichen Vorgaben zur Widerlegung bestehen.¹¹³⁷ Dass der Gerichtshof sich in diesem Kontext nicht mit der Widerlegung befasst, spricht gegen eine Harmonisierung. Es fällt in den Entscheidungsspielraum der Mitgliedstaaten, über die Widerlegbarkeit der Vermutung zu entscheiden. Da den Mitgliedstaaten Ermessen bei der Aufstellung von Vermutungen zusteht,¹¹³⁸ liegt es nahe, auch die Ausgestaltung der Widerlegung im Grunde in deren Kompetenzbereich zu verorten. Dies erscheint sachgerecht, da die Frage je nach den konkreten Gegebenheiten sehr unterschiedlich zu bewerten ist und der Ausschluss einer Widerlegung im Einzelfall für die praxisgerechte Handhabung geradezu erforderlich sein kann.¹¹³⁹ Andererseits können die Mitgliedstaaten nicht ohne Weiteres zu einer entsprechenden Regelung verpflichtet werden, da eine damit einhergehende übermäßige Belastung problematisch ist. Insbesondere steht sie in einem gewissen Widerspruch zum Schadensausgleich. Dass der EuGH eine allgemeine Pflicht zu Erstattungen nur zugunsten von Nutzerkategorien normiert hat, spricht ebenfalls für eine begrenzte Harmonisierung der Erstattungen, die diese Frage nicht betrifft.

¹¹³⁵ Unklar allenfalls GRUR 2016, 687, Rn. 28 – EGEDA, wobei aufgrund der Verweise auf *Padawan* und *Copydan* nicht von einer Abkehr von der Rechtsprechung auszugehen sein dürfte. Auch der Gleichheitssatz und das Gerechtigkeitsgebot sprechen im Ergebnis nicht gegen die Zulässigkeit einer Erstattung. Anders die vom OLG Wien GRUR Int. 2016, 265, 266 wiedergegebene Argumentation der österreichischen Verwertungsgesellschaft Austro-Mechana.

¹¹³⁶ *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 345; *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 2a, 10; *Verweyen* MMR 2016, 266, 267 f., der in seiner Darstellung nicht präzise zwischen zweiter und dritter Ebene unterscheidet und die Ansicht von OLG Wien MMR 2016, 265 – Austro-Mechana/Amazon II nicht präzise wiedergibt. Nach BGH GRUR 2017, 172, Rn. 93 f. – Musik-Handy ist die *Padawan*-Vermutung widerlegbar. Nicht eindeutig östOGH GRUR Int. 2012, 262, 265 f., wonach eine Widerlegung der Vermutung durch private Erwerber eher in Betracht kommen dürfte. Dazu *Zöchling-Jud* MR 2016, 23, 32. Inzwischen geht östOGH, GRUR Int. 2017, 455, Nr. 4.3.(b) – Austro-Mechana/Amazon III von einer unwiderleglichen Vermutung aus.

¹¹³⁷ Vgl. die differenzierenden Erwägungen von OLG Wien MMR 2016, 265, 265 f. – Austro-Mechana/Amazon II. Das Gericht legt sich letztendlich nicht fest, ob die Vermutung widerleglich ist, geht aber von einem Erstattungsanspruch für natürliche Personen aufgrund der qualifizierten Dritthaltung aus.

¹¹³⁸ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 40 – Amazon.

¹¹³⁹ Vgl. östOGH, GRUR Int. 2017, 455, Nr. 4.3.(b) – Austro-Mechana/Amazon III, wonach andere Auslegung als die Unwiderleglichkeit der Vermutung zur „Unadministrierbarkeit“ des Ausgleichssystems führe. Ähnlich auch *Zöchling-Jud* MR 2016, 23, 31.

III. *Qualifizierte Dritthaftung*

Der EuGH hat die qualifizierte Dritthaftung in *Amazon* erarbeitet¹¹⁴⁰ und in *Copydan* und *Microsoft Mobile Sales International* fortentwickelt.¹¹⁴¹ Die Haftungsstufe ist im Vergleich zur einfachen Dritthaftung unter strengeren Voraussetzungen zulässig, erlaubt den Mitgliedstaaten im Gegenzug aber, sich weiter von der idealtypischen Haftung zu entfernen. Die qualifizierte Dritthaftung zeichnet sich dadurch aus, dass das Verbot der unterschiedslosen Anwendung durchbrochen wird und der Kreis derer, die mit dem Ausgleich belastet werden können, sich erweitert.

1. *Zulässigkeitsvoraussetzungen*

Dass sich der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten erweitert, sofern die Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen, begründet der EuGH mit der Ergebnisspflicht.¹¹⁴² Die qualifizierte Dritthaftung ist zulässig, wenn erstens hinreichende praktische Schwierigkeiten vorliegen, zweitens der Mitgliedstaat ein adäquates Erstattungssystem vorsieht und die Einführung des Vergütungssystems – verkürzt formuliert – angemessen ist.¹¹⁴³ Eine zulässige qualifizierte Dritthaftung setzt zudem das Bestehen eines Anspruchs auf Freistellung voraus. Der EuGH normiert diese konkreten Vorgaben, die das Ausgestaltungsermessen der Mitgliedstaaten strukturieren.¹¹⁴⁴

a) Praktische Schwierigkeiten

Die qualifizierte Dritthaftung ist nur zulässig, wenn praktische Schwierigkeiten bei der Identifikation und Inanspruchnahme der privaten Nutzer oder vergleichbare Schwierigkeiten dies rechtfertigen.¹¹⁴⁵ Die Zulässigkeitsvoraussetzung der einfachen Dritthaftung wird aufgegriffen¹¹⁴⁶ und um den unbestimmten Rechtsbegriff der vergleichbaren Schwie-

¹¹⁴⁰ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 30 ff. – Amazon.

¹¹⁴¹ Vgl. vor allem EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 42 ff. – Copydan; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 24 ff. – Microsoft Mobile Sales International.

¹¹⁴² EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31 – Amazon m. V. a. EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 36 – Opus.

¹¹⁴³ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31 ff. – Amazon.

¹¹⁴⁴ Oftmals werden diese Vorgaben eher umschreibend zusammengefasst (vgl. *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger 2016, S. 459, 472 (Haftungssystem muss notwendig sein, um praktische Schwierigkeiten auszutarieren); *Jani* EuZW 2013, 745, 746 (praktische Schwierigkeiten müssen die entsprechende Haftung rechtfertigen, wobei er die Notwendigkeit eines Erstattungsanspruchs gesondert thematisiert)). Die vom EuGH strukturierten Vorgaben sind wesentlich differenzierter.

¹¹⁴⁵ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31, 24 – Amazon; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 46; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 34 f. – Microsoft Mobile Sales International. EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 47 f. – Strato hat das Merkmal mit Blick auf Vervielfältigungen auf Cloud-Servern konturiert.

¹¹⁴⁶ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31 i. V. m. Rn. 24 – Amazon mit Verweis auf EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – Padawan und EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 27 – Opus.

rigkeiten erweitert.¹¹⁴⁷ Die praktischen Schwierigkeiten müssten bestehen, wenn der Mitgliedstaat keine Haftung nach den Vorgaben der qualifizierten Dritthaftung vorsehen würde, d. h. im Rahmen der einfachen Dritthaftung müssten Schwierigkeiten auftreten.¹¹⁴⁸ Ob die Voraussetzung vorliegt, ist damit in einem hypothetischen Szenario zu beurteilen.¹¹⁴⁹ Die Vorgaben des Gerichtshofs aus *Amazon* dazu, welchen Anforderungen Genüge getan werden muss, sind nicht eindeutig. Zunächst gibt der EuGH allgemein vor, dass praktische Schwierigkeiten die Anwendung der konkreten Haftungsstufe rechtfertigen bzw. hinreichende praktische Schwierigkeiten vorliegen müssen.¹¹⁵⁰ Unklarheiten ergeben sich daraus, dass der EuGH nationalen Gerichten sodann für den konkreten Fall die Überprüfung aufträgt, ob mit der Ausgestaltung des Ausgleichssystems „hinreichenden praktischen Schwierigkeiten in allen Fällen begegnet wird“, wobei Vorabfreistellungen Bedeutung zugemessen werden muss.¹¹⁵¹ Wird die Vorgabe beim Wort genommen, wäre es schädlich, wenn auch nur in einigen Fällen praktische Schwierigkeiten bestünden, denen die qualifizierte Dritthaftung nicht begegnet. Dass der EuGH den Mitgliedstaaten dies tatsächlich vorschreibt, ist aus materiellen und formellen Gründen zweifelhaft. Erstens erweitert die qualifizierte Dritthaftung den mitgliedstaatlichen Handlungsspielraum bei der Inanspruchnahme von Dritten zugunsten der Rechtsinhaber. Es wäre widersinnig, die Erweiterung unter Verweis auf die genannten Konstellationen zu versagen, wenn die Ausgestaltung den Interessen der Rechtsinhaber zumindest in einer Vielzahl von Fällen zuträglich ist. Zweitens geben andere Sprachfassungen von *Amazon* keine vergleichbare Prüfung vor.¹¹⁵² In Folgeurteilen fehlen sie auch in der deutschen Fassung. *Copydan* be-

¹¹⁴⁷ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31 – *Amazon*; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 35 – *Microsoft Mobile Sales International*.

¹¹⁴⁸ Diese Annahme liegt der EuGH-Rechtsprechung meines Erachtens zu Grunde, ohne dass dies explizit ausgesprochen würde. Dies zeigt sich im Aufbau der Argumentation des EuGH, der ausgehend von der grundsätzlichen Unzulässigkeit einer unterschiedslosen Anwendung feststellt, dass eine abweichende Ausgestaltung des Haftungssystems unter den definierten Umständen zulässig sein kann (vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 28 ff. – *Amazon*. Vgl. auch *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 836).

¹¹⁴⁹ Die Regelung muss den festgestellten praktischen Schwierigkeiten begegnen (vgl. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 52 – *Copydan*). Da damit einerseits die konkreten Umstände der Haftung geeignet sein müssen, die praktischen Schwierigkeiten zu lindern, andererseits aber die Schwere der praktischen Schwierigkeiten für die Zulässigkeit der entsprechenden Inanspruchnahme bedeutsam sind, kann eine Prüfung nicht auf Basis der tatsächlichen Gegebenheiten erfolgen.

¹¹⁵⁰ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31, 33 f., 37 – *Amazon*.

¹¹⁵¹ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 35 – *Amazon*. Vgl. dazu *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1005.

¹¹⁵² So legt beispielsweise die englische Sprachfassung eine Prüfung nahe, ob die qualifizierte Dritthaftung durch hinreichende praktische Schwierigkeiten in allen Fällen gerechtfertigt werden kann. Dies stimmt mit der allgemeinen Vorgabe der deutschen Sprachfassung insofern nicht überein, als dass es schädlich wäre, wenn nicht in allen Fällen praktische Schwierigkeiten bestünden. Dieses Verständnis wäre prob-

zieht sich nur noch auf die Rechtfertigung der Regelung durch praktische Schwierigkeiten und greift die in Rede stehende Erwägung überhaupt nicht mehr auf.¹¹⁵³ Damit ist davon auszugehen, dass es nach dem EuGH vorrangig relevant ist, ob nach der einfachen Dritthaftung bei abstrakter Betrachtung hinreichend schwerwiegende praktische Schwierigkeiten bestünden, denen die qualifizierte Dritthaftung entgegenwirkt. Hieraus ergibt sich ein subsidiäres Verhältnis zur einfachen Dritthaftung. Die Mitgliedstaaten müssen zwar eigenständig beurteilen, ob hinreichende praktische Schwierigkeiten gegeben sind, sofern sie dies aber bejahen, sind sie auch zur Einführung einer qualifizierten Dritthaftung verpflichtet.¹¹⁵⁴ Dass Elemente beider Haftungsstufen kombiniert werden können, soweit die Voraussetzungen der qualifizierten Dritthaftung vorliegen, ist wenigstens zweifelhaft.

Teilweise wird hieraus abgeleitet, bei einem Erwerb durch Zwischenhändler wären die Zulässigkeitsvoraussetzungen generell nicht erfüllt.¹¹⁵⁵ Da Zwischenhändler zum Zweck des weiteren Vertriebs erwerben, lägen keine praktischen Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Nutzungszwecks vor.¹¹⁵⁶ Dieses Verständnis entspricht nicht den Vorgaben des EuGH, der im Rahmen der qualifizierten Dritthaftung die Inanspruchnahme bei einer Veräußerung der ausgleichspflichtigen Anlagen an Zwischenhändler nicht *per se* ausschließt.¹¹⁵⁷ Die Ansicht interpretiert die Beurteilungsperspektive der qualifizierten Dritt-

lematisch, da es nicht praktikabel wäre und eine umfassende Anwendung der Abgabe verhindern würde. Dies ist vom EuGH erkennbar nicht gewollt. Da der Gerichtshof die unverständliche Formulierung in späteren Urteilen nicht mehr aufgreift, ist davon auszugehen, dass er von dieser Vorgabe ablässt.

¹¹⁵³ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 49 – Copydan. Die Vorgaben aus *Copydan* könnten wiederum darauf hindeuten, dass hinreichende Schwierigkeiten im konkreten Anwendungsfall bestehen müssen. Dieses Verständnis wäre abzulehnen, weil es dem vom EuGH gebilligten pauschalierenden Charakter der Abgabe nicht gerecht würde.

¹¹⁵⁴ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 32 f. – Amazon, wo zunächst festgestellt wird, dass die Mitgliedstaaten eine Verpflichtung trifft, Schwierigkeiten bei der Erhebung des gerechten Ausgleichs unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls zu überwinden. Der EuGH arbeitet unmittelbar darauf heraus, die qualifizierte Dritthaftung sei nur beim Vorliegen hinreichender praktischer Schwierigkeiten zulässig. Wenn er also zugleich davon ausgeht, praktische Schwierigkeiten der einfachen Dritthaftung müssen überwunden werden und die qualifizierte Dritthaftung sei von deren Vorliegen abhängig, fallen Berechtigung und Verpflichtung zusammen (vgl. auch EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 46 – Copydan wonach die Zulässigkeit grundsätzlich von der Notwendigkeit der Regelung abhängt. A.A. wohl *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 15).

¹¹⁵⁵ *Koch/Krauspenbaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1011.

¹¹⁵⁶ Vgl. *Koch/Krauspenbaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1011.

¹¹⁵⁷ Das Vorlagegericht hatte auch nach der Zulässigkeit der Inanspruchnahme beim Erwerb von Zwischenhändlern gefragt und diese Konstellation im Vorlagebeschluss thematisiert (vgl. östOGH GRUR Int. 2012, 262, 262, 265 sowie die in EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 15 – Amazon wiedergegebene erste Vorlagefrage). Der EuGH gibt in seiner Antwort vor, dass auf dieser Haftungsstufe im Grundsatz die Möglichkeit besteht, alle Händler gleichsam in Anspruch zu nehmen (EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 37 – Amazon). Eine Einschränkung für Zwischenhändler erfolgt nicht und es wäre nicht ersichtlich, dass diese intendiert wäre.

haftung falsch. Es kommt nicht darauf an, ob sich praktische Schwierigkeiten beim konkreten Tatbestand zeigen, auf den der Ausgleich angewendet wird, sondern maßgeblich ist, ob sich die Inanspruchnahme nach der einfachen Dritthaftung praktischen Problemen ausgesetzt sähe.

Andere Stimmen gehen wiederum davon aus, bei einer Anwendung einer Abgabe beim ersten Inverkehrbringen lägen praktische Schwierigkeiten auf der Hand, da der schlussendliche Gebrauch zumeist noch gar nicht absehbar wäre – insbesondere bei der Lieferung an Zwischenhändler.¹¹⁵⁸ Diese Einschätzung ist in dieser Allgemeinheit nicht überzeugend, was in Zusammenhang zu einem unrichtigen Verständnis der materiellen Vorgaben zum Gestaltungsspielraum der einfachen Dritthaftung steht. Wird davon ausgegangen, dass nach der einfachen Dritthaftung eine Anwendung beim ersten Inverkehrbringen zulässig ist,¹¹⁵⁹ scheint die geschilderte Schlussfolgerung für die qualifizierte Dritthaftung folgerichtig. Nach dem hier vertretenen Verständnis kann eine Abgabe im Rahmen der einfachen Dritthaftung nur bei der Überlassung an den Enderwerber angewendet werden. Daher ist es für die Prüfung der Voraussetzungen der qualifizierten Dritthaftung nicht relevant, ob beim ersten Inverkehrbringen der endgültige Erwerber keiner Kategorie zugeordnet werden kann. Dass der EuGH im Rahmen dieser Haftungsstufe nicht pauschal vom Vorliegen hinreichender praktischer Schwierigkeiten ausgeht, lassen seine Ausführungen deutlich erkennen.¹¹⁶⁰ Es ist maßgeblich, ob praktische Schwierigkeiten bei der unmittelbaren Inanspruchnahme des Händlers auf der letzten Handelsstufe bestünden, ohne dass es darauf ankommt, auf welche Handlung sich der gerechte Ausgleich nach den Haftungsvorgaben der qualifizierten Dritthaftung beziehen kann.¹¹⁶¹

b) Adäquates Erstattungssystem

Zweites Merkmal für die Zulässigkeit der qualifizierten Dritthaftung ist das Bestehen eines Erstattungssystems. Erstattungsansprüche müssen wirksam, verfügbar, bekannt und einfach zu nutzen sein.¹¹⁶² Anders formuliert muss der jeweilige Anspruch wirksam bzw. durchsetzbar sein und darf keine übermäßige Erschwernis bei der Erstattung der gezahl-

¹¹⁵⁸ *Walter* MR 2014, 25, 26. Ähnlich *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 15; *Dokalik/Zemann/Zemann* Österreichisches und internationales Urheberrecht, 7. Aufl. 2018, S. 331.

¹¹⁵⁹ Sowohl *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 15 als auch *Walter* MR 2014, 25, 26 legen diese Annahme zu Grunde.

¹¹⁶⁰ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31- 35 – Amazon. Diese Erkenntnis stützt die Auslegung, dass die Mitgliedstaaten im Rahmen der einfachen Dritthaftung den gerechten Ausgleich nur auf der letzten Handelsstufe anwenden können.

¹¹⁶¹ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 35 – Amazon.

¹¹⁶² EuGH GRUR 2013, 1025 Rn. 36– Amazon.

ten Abgabe mit sich bringen.¹¹⁶³ Der EuGH normiert weder die Anforderungen an die Beweislast¹¹⁶⁴ noch die Bedeutung der jeweiligen Merkmale näher. Angesichts dieser abstrakten Vorgaben ist der mitgliedstaatliche Beurteilungsspielraum insofern weit.¹¹⁶⁵ Aus den Vorgaben ergibt sich allerdings, dass nicht allein die gesetzgeberische Konstruktion, sondern auch die tatsächliche Handhabung bedeutsam sind.¹¹⁶⁶ Da der EuGH Erstattungsansprüche für erforderlich hält,¹¹⁶⁷ kann es zudem nicht ausreichen, dass Erstattungen praktisch gewährt werden, ohne dass sie gesetzlich überhaupt festgeschrieben sind.¹¹⁶⁸ Dass die Erstattung durch eine Verwertungsgesellschaft abgewickelt wird, begegnet keinen grundsätzlichen unionsrechtlichen Bedenken.¹¹⁶⁹

Nach den Vorgaben des EuGH muss es der Erstattungsanspruch erlauben, etwaige durch das Haftungssystem geschaffene Ungleichgewichte auszugleichen, um damit den bestehenden praktischen Schwierigkeiten zu begegnen.¹¹⁷⁰ Es ist nicht klar, wie eine Erstattung zugunsten der Ausgleichsschuldner überhaupt den praktischen Schwierigkeiten der Rechtsinhaber begegnen soll. Vor diesem Hintergrund wird man die Zulässigkeit der Haftungsstufe anhand einer Interessenabwägung beurteilen müssen, wobei zu bewerten ist, ob die konkrete Ausgestaltung des Erstattungssystems die sich aus der qualifizierten Dritthaftung ergebenden Nachteile im Wesentlichen aufwiegt.¹¹⁷¹ Für die von der Erstattung zu erfassenden Konstellationen ist *Amazon* in dem Sinne zu verstehen, dass Erstattungen zumindest für die Fälle gewährt werden müssen, in denen der Schuldner nach der einfachen Dritthaftung nicht mit dem Ausgleich hätte belastet werden dürfen.¹¹⁷² Es geht dem EuGH offenbar allein darum, die durch die qualifizierte Dritthaftung geschaffenen Ungleichheiten auszugleichen.¹¹⁷³ Dass hiermit die Zulässigkeit einer Haftungserweite-

¹¹⁶³ EuGH GRUR 2013, 1025 Rn. 37– *Amazon*; EuGH GRUR 2016, 478, Rn. 55 – *Copydan*.

¹¹⁶⁴ Vgl. *Frank* GRUR 2015, 623, 628. Siehe inzwischen aber die grundlegende Konkretisierung zur Beweislast mit Blick auf Freistellungen durch EuGH GRUR 2022, 1522, Rn. 57 ff. – *Ametic*, die sich im Wesentlichen auf Fragen der Kontrolle von Angaben durch die anwendende Stelle beziehen.

¹¹⁶⁵ Vgl. *Jani* EuZW 2013, 745, 746. In der Tendenz ähnlich *Walter* MR 2017, 74.

¹¹⁶⁶ Vgl. östOGH GRUR Int. 2016, 40, 46; *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 15 f.

¹¹⁶⁷ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 30, 31, 34, 36, 37 – *Amazon*. Engl.: “*right to reimbursement*”.

¹¹⁶⁸ So auch *Anderl/Grama* *ecolex* 2013, 640, 641 f. noch ohne Bezug zur *Amazon*-Rechtsprechung. Vgl. auch *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 15. A.A. *Walter* MR 2014, 25, 26.

¹¹⁶⁹ Vgl. EuGH GRUR 2022, 1522, Rn. 57 ff. – *Ametic*. Siehe auch *Grünberger* ZUM 2023, 304, 343.

¹¹⁷⁰ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 36 – *Amazon*.

¹¹⁷¹ In diese Richtung auch *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 15.

¹¹⁷² Vgl. *Dokalik/Zemann/Zemann* *Österreichisches und internationales Urheberrecht*, 7. Aufl. 2018, S. 328, der unter die entsprechende Formulierung ebenfalls den Enderwerb durch juristische Personen und gewerblich handelnde natürliche Personen fasst. Das deckt sich mit dem hiesigen Verständnis.

¹¹⁷³ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 35 f. – *Amazon*. So spricht das Gericht in Rn. 16 des Urteils von „der Regelung eines Mitgliedstaats [...]“, nach der eine Abgabe für Privatkopien unterschiedslos beim ersten

nung begründet wird, deutet darauf hin, dass nur die Unterschiede im Vergleich zu einer ansonsten zulässigen Regelung ausgeglichen werden müssen.¹¹⁷⁴ Insofern lässt sich das Erfordernis einer verwendungsbezogenen Erstattung aus *Amazon* nicht herleiten. In *Ametic* konkretisiert der EuGH aber, der Gleichbehandlungsgrundsatz mache zudem erforderlich, dass der für eine Erstattung zuständige Stelle kein Entscheidungsspielraum zuerkannt werden kann, nach dem das Schicksal eines entsprechenden Antrags von Zweckmäßigkeitgesichtspunkten abhängen würde und der die Ausübung eines Anspruch auf Erstattung ungebührlich einschränken könnte.¹¹⁷⁵ Demgegenüber sind nationale Regelungen grundsätzlich unbedenklich, nach denen eine Erstattung auf Grundlage von objektiven Kriterien erfolgt, die keinen Entscheidungsspielraum für die Prüfung entsprechender Anträge vorsehen.¹¹⁷⁶

c) Freistellung

Eine zulässige qualifizierte Dritthaftung setzt nicht nur ein Erstattungssystem, sondern auch notwendigerweise das Bestehen von Vorabfreistellungen voraus. Auch wenn nicht klar ist, ob sich dies bereits aus *Amazon* ableiten ließ, so ergibt sich dies aus *Copydan*.¹¹⁷⁷ Danach müssen Vergütungsobjekte von der Vergütung ausgenommen werden, wenn sie nachweislich an andere als natürliche Personen zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien geliefert werden.¹¹⁷⁸ Während die Erstattung als Voraussetzung der qualifizierten Dritthaftung genannt wird,¹¹⁷⁹ thematisiert der EuGH die Freistellung allein im Kontext der zulässigen Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs.¹¹⁸⁰

gewerbsmäßigen und entgeltlichen Inverkehrbringen von Trägermaterial, das zur Vervielfältigung geeignet ist, in seinem Hoheitsgebiet angewandt wird.“ Hierauf nimmt der EuGH offenbar Bezug, wenn er in seiner Antwort vorgibt, der Erstattungsanspruch der qualifizierten Dritthaftung müsse es erlauben, „etwaige durch die betreffende Regelung geschaffene Ungleichgewichte auszugleichen.“ (Rn. 36).

¹¹⁷⁴ In diese Richtung *Zöchling-Jud* MR 2016, 23, 31. Ähnlich *Büchle* ecoloex 2016, 405, 406, der auf die Korrektur der durch die pauschale Einhebung geschaffenen Ungleichgewichten abstellt. Mit pauschaler Einhebung bezeichnet er die unterschiedslose Anwendung. Ähnlich auch *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 15, der für relevant hält, ob der Aufwand der Erstattung durch die praktischen Schwierigkeiten einer anderen Lösung aufgewogen wird. A.A. GA *Mengozzzi* Schlussanträge vom 7.3.2013, Rs. C-521/11, Rn. 48 – *Amazon*; *Niemann* JurPC Web-Dok. 178/2013, Abs. 35; *Staudegger* jusIT 2017, 14, 15.

¹¹⁷⁵ EuGH GRUR 2022, 1522, Rn. 52 – *Ametic*. Siehe auch *Grünberger* ZUM 2023, 304, 344. Die Vorgabe gilt nach dem Urteil ebenfalls für Freistellungen.

¹¹⁷⁶ EuGH GRUR 2022, 1522, Rn. 53 – *Ametic*.

¹¹⁷⁷ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 50 – *Copydan*.

¹¹⁷⁸ Ebd.

¹¹⁷⁹ Der EuGH unterscheidet nicht trennscharf zwischen Tatbestands- und Rechtsfolgenseite des gerechten Ausgleichs. Das Erfordernis einer Erstattung ist einerseits Zulässigkeitsvoraussetzung der qualifizierten Dritthaftung, betrifft andererseits aber die Ausgestaltung des Ausgleichssystems.

¹¹⁸⁰ Zur Zulässigkeit eines Systems der Freistellungsbescheinigungen im spanischen Recht EuGH GRUR 2022, 1522, Rn. 40 ff. – *Ametic*.

2. Anknüpfungspunkt der Leistungspflicht

Im Rahmen der qualifizierten Dritthaftung kann die Abgabe beim ersten Inverkehrbringen von ausgleichspflichtigen Anlagen angewendet werden.¹¹⁸¹ Gemeint ist das erste Inverkehrbringen im Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates, das zur Gewährleistung des gerechten Ausgleichs verpflichtet ist.¹¹⁸² Ob dies gewerblich oder entgeltlich erfolgt, ist unbeachtlich.¹¹⁸³

Die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Haftungsstufe lassen erkennen, dass die Anwendung der Abgabe beim Inverkehrbringen den Regelfall darstellt. Vor diesem Hintergrund ist zweifelhaft, ob auf dieser Haftungsstufe andere Handlungen – etwa die Überlassung auf anderen Handelsstufen – die Ausgleichspflicht auslösen können. Da die qualifizierte Dritthaftung die Gestaltungsspielräume der Mitgliedstaaten erweitert, sollte auch ein Anknüpfen an nachgelagerte Handlungen zugelassen werden, solange einerseits die wirksame Erhebung des gerechten Ausgleichs gewährleistet wird und andererseits eine Doppelbelastung Dritter ausgeschlossen wird.¹¹⁸⁴ Für dieses Verständnis spricht auch, dass *Microsoft Mobile Sales International* dem Inverkehrbringen im Rahmen der qualifizierten Dritthaftung keine erkennbare Bedeutung zuerkennt.¹¹⁸⁵

3. Unterschiedslose Anwendung

Der EuGH arbeitet in *Amazon* heraus, dass eine Abgabe unabhängig von der mutmaßlichen Nutzung zu privilegierten Vielfältigungszwecken im Rahmen der qualifizierten Dritthaftung angewendet werden darf.¹¹⁸⁶ Eine unterschiedslose Anwendung ist auf dieser Haftungsstufe erlaubt, womit der Gerichtshof eine Ausnahme zu den Anforderungen aus *Padawan* normiert. Regulatorisch bleibt das Verbot der unterschiedslosen Anwendung der

¹¹⁸¹ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 37 – Amazon; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 49 – Copydan. Vgl. auch *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 836. Damit bezieht sich die qualifizierte Dritthaftung nur auf die Anlagenhaftung. Inwiefern die Vorgaben auch für die Haftung von Dienstleistern gilt, ist offen.

¹¹⁸² EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 32, 37 – Amazon. Vgl. auch EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 34 ff. – Opus.

¹¹⁸³ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 16, 31 ff. – Amazon stellt zwar fest, die Abgabe könne beim gewerbsmäßigen und entgeltlichen Inverkehrbringen angewendet werden, womit sich der Gerichtshof allerdings auf die Vorlagefrage bezog. Argumentativ stellt er maßgeblich auf die Überwindung praktischer Schwierigkeiten ab, auf die beide Gesichtspunkte keinen Einfluss haben. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 23 – Copydan greift die beiden Kriterien überhaupt nicht mehr auf. Vor diesem Hintergrund kann nicht ernsthaft bezweifelt werden, dass jedes Inverkehrbringen tauglicher Anknüpfungspunkt der qualifizierten Dritthaftung ist (vgl. auch *Fischer* MR 2015, 175, 177).

¹¹⁸⁴ Vgl. auch in diese Richtung EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 44 – Copydan; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 32 – *Microsoft Mobile Sales International*.

¹¹⁸⁵ EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 31 f. – *Microsoft Mobile Sales International*. Siehe demgegenüber aber EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 49 f. – Copydan.

¹¹⁸⁶ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 29 ff. – Amazon.

Regelfall, von dem bei Vorliegen bestimmter Voraussetzungen abgewichen werden kann.¹¹⁸⁷ Die Zulässigkeit der unterschiedslosen Anwendung auf dieser Haftungsstufe folgt aus der Ergebnisspflicht.¹¹⁸⁸ Eine unterschiedslos angewendete Abgabe kann unter den Anforderungen der qualifizierten Dritthaftung ausnahmsweise einen angemessenen Ausgleich herbeiführen.¹¹⁸⁹ Obwohl das für Dritte günstige Verbot der unterschiedslosen Anwendung auf dieser Haftungsstufe nicht gilt, wird der Interessenausgleich gewährleistet, indem diese Schlechterstellung durch andere Mechanismen – vor allem durch das Erstattungssystem – ausgeglichen wird. Die ausnahmsweise zulässige unterschiedslose Anwendung des gerechten Ausgleichs genügt insoweit dem Erfordernis eines notwendigen Zusammenhangs.¹¹⁹⁰

Einer Vermutung über eine ausgleichspflichtige Nutzung bedarf es insoweit nicht.¹¹⁹¹ Im Rahmen der qualifizierten Dritthaftung eine Vermutung zu fordern, würde weder zu systematisch stimmigen Ergebnissen führen¹¹⁹² noch lässt es sich mit den Vorgaben aus *Amazon* vereinbaren. Die Notwendigkeit der Vermutung leitet sich für die einfache Dritthaftung aus dem Verbot der unterschiedslosen Anwendung und der mit ihr einhergehenden Notwendigkeit eines Zusammenhangs zwischen der Anwendung der Abgabe und der mutmaßlichen Nutzung der ausgleichspflichtigen Anlagen her. Wenn aber eine unterschiedslose Anwendung zulässig ist, bedarf es keiner Vermutung über die mutmaßliche Nutzung, um die Zulässigkeit der Anwendung zu rechtfertigen.¹¹⁹³ Der EuGH definiert die zulässige Anwendung im Rahmen der qualifizierten Dritthaftung im Gegensatz zur

¹¹⁸⁷ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 29 ff. – Amazon

¹¹⁸⁸ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 32 – Amazon.

¹¹⁸⁹ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 30 – Amazon.

¹¹⁹⁰ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 33 – Amazon.

¹¹⁹¹ ÖstOGH MMR 2017, 388, 390 – Austro-Mechana/Amazon III. Anders offenbar *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 15 ff., wobei sich Unklarheiten bei der Interpretation der Quelle daraus ergeben, dass diese nicht klar zwischen der einfachen und der qualifizierten Dritthaftung unterscheidet. Nicht eindeutig GA *Wahl*/Schlussanträge vom 04.5.2015, Rs. C-110/15, Rn. 53 ff., 58 ff. – Microsoft Mobile Sales International.

¹¹⁹² Da die bisher normierten Vermutungen auf die einfache Dritthaftung zugeschnitten sind und im Übrigen unklar ist, unter welchen Voraussetzungen der EuGH Vermutungen für die qualifizierte Dritthaftung zulassen will, könnte die qualifizierte Dritthaftung praktischen Schwierigkeiten bei der Identifizierung der privaten Nutzer derzeit nicht wirksam begegnen (vgl. auch GA *Wahl*/Schlussanträge vom 04.5.2015, Rs. C-110/15, Rn. 56 – Microsoft Mobile Sales International).

¹¹⁹³ Der EuGH misst der Vermutung der ausgleichspflichtigen Nutzung in seiner Begründung der unterschiedslosen Anwendung folgerichtig keine Bedeutung zu (EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 30 ff. – Amazon; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 44 ff. – Copydan; EuGH GRUR 2017, 155, 32 ff. – Microsoft Mobile Sales International). Dass der EuGH in *Amazon* einen Zusammenhang zwischen der zulässigen Vermutung und der qualifizierten Dritthaftung herstellt, ergibt sich aus dem Verhältnis der Haftungsstufen zueinander.

einfachen Dritthaftung negativ, womit die Abgabe grundsätzlich auf alle Fälle angewendet werden kann. Aus der Notwendigkeit von Ausnahmen von der Ausgleichspflicht folgt, dass selbst im Rahmen der unterschiedslosen Anwendung eine umfassende Anwendung einer Abgabe auf jedes Inverkehrbringen von ausgleichspflichtigen Anlagen rechtswidrig wäre. Insofern ist der Begriff missverständlich und muss in Abgrenzung zur verbotenen unterschiedslosen Anwendung der einfachen Dritthaftung verstanden werden.

a) Privatkopieausgleich

Für den Privatkopieausgleich sind Ausnahmen von der unterschiedslosen Anwendung erforderlich.¹¹⁹⁴ Generell gilt, dass die im Rahmen der qualifizierten Dritthaftung erforderliche Freistellung allgemein anwendbar sein muss und nicht zu einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung von vergleichbaren Wirtschaftsteilnehmern oder Nutzern führen darf.¹¹⁹⁵ Dies muss effektiv und rechtssicher gewährleistet werden.¹¹⁹⁶ Die Vorabfreistellung darf von einem Antrag der Betroffenen abhängen.¹¹⁹⁷ Eine Registrierungslösung ist hingegen nicht zulässig.¹¹⁹⁸

Der EuGH gibt in *Copydan* vor, eine Freistellung sei jedenfalls für diejenigen Fälle erforderlich, in denen der Hersteller und Importeur die Lieferung an juristische Personen zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien nachweist.¹¹⁹⁹ Auch

¹¹⁹⁴ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 50 – *Copydan*. Freistellung und Erstattung sind hiernach zwei unterschiedliche Instrumente, die nebeneinander angewendet werden müssen. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 47 f. – *Copydan*, gibt vor, dass die Abgabe auf bestimmte Konstellationen nicht angewendet werden kann und ein qualifizierter Erstattungsanspruch gegeben sein muss. Die unzulässige Anwendung bedeutet, dass der Schuldner von vornherein nicht mit der Abgabe belastet werden darf, womit eine Freistellung notwendig ist. Demgegenüber lässt es sich nicht mit den derzeitigen unionsrechtlichen Vorgaben in Einklang bringen, allein in der Erstattung das Mittel zur effektiven Verwirklichung der unzulässigen Anwendung zu sehen. Dazu im Rahmen der einfachen Dritthaftung bereits unter Teil 1: H.II.3.b)aa). Für dieses Verständnis spricht, dass der EuGH bei der Wiedergabe der Anforderungen an die qualifizierte Dritthaftung die Aussagen zu Anwendung und Erstattung auf zwei Randnummern verteilt (Rn. 47 f.). Auch der Wortlaut, dass keine Anwendung auf bestimmte Fälle erfolgen darf und „darüber hinaus“ der Erstattungsanspruch gewissen Anforderungen genügen muss, deutet eindeutig auf dieses Verständnis hin. Dies wird dadurch verstärkt, dass der EuGH in Rn. 50 von einer Ausnahme des Inverkehrbringens von der Vergütung spricht und dabei nur auf Rn. 47 verweist. Selbst wenn man trotz alledem zunächst eine Lesart hätte in Erwägung ziehen wollen, nach der die unzulässige Anwendung das zu erzielende (wirtschaftliche) Ergebnis darstellt, das durch den Erstattungsanspruch erzielt werden kann, ist dies inzwischen überholt. Spätestens aus EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 41, 55 – *Microsoft Mobile Sales International* ergibt sich, dass der EuGH die Befreiung eindeutig als Komplementärstück zur Erstattung versteht. Vgl. dazu *Bullinger* GRUR-Prax. 2016, 555. So auch östOGH GRUR Int. 2016, 40, 42.

¹¹⁹⁵ EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 44 f., 47 – *Microsoft Mobile Sales International*.

¹¹⁹⁶ EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 50 – *Microsoft Mobile Sales International*.

¹¹⁹⁷ Vgl. *Walter* MR 2014, 25, 26.

¹¹⁹⁸ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 51 – *Copydan*.

¹¹⁹⁹ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 50 – *Copydan*.

wenn der EuGH dies auf *Padawan* und *Amazon* stützt,¹²⁰⁰ ließ sich dies nicht unmittelbar aus diesen Urteilen herleiten.¹²⁰¹ Diese Rechtsprechung aus *Copydan* hat der EuGH in *Microsoft Mobile Sales International* grundsätzlich bestätigt.¹²⁰² Auch wenn die dortige Argumentationsstruktur Missverständnisse hervorrufen könnte,¹²⁰³ liegt hierin keine inhaltliche Abkehr.¹²⁰⁴

Das Erfordernis, eine Vorabfreistellung jedenfalls bei Lieferungen von ausgleichspflichtigen Anlagen an juristische Personen zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien vorzusehen,¹²⁰⁵ leitet der EuGH über einen vergleichenden Verweis auf *Padawan* her.¹²⁰⁶ Es wäre problematisch, sich eng an dieser Vorgabe zu orientieren,¹²⁰⁷ beispielsweise weil sich die Eindeutigkeit auf den der Überlassung zugrundeliegenden

¹²⁰⁰ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 50, 46 – *Copydan*.

¹²⁰¹ Ähnlich Kucsko/*Handig/Zemann* 2. Aufl. 2017 § 42b östUrhG, Rn. 61. Vgl. schon *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1006. In *Padawan* befasst sich der EuGH schon gar nicht mit der qualifizierten Dritthaftung. Nach der deutschen Sprachfassung von EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 35 – *Amazon* mussten die nationalen Gerichte im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung der qualifizierten Dritthaftung bei der Überprüfung, ob das Ausgleichssystem hinreichenden praktischen Schwierigkeiten in allen Fällen begegnet die Art und Umfang von Vorabfreistellungen berücksichtigen. Welche Bedeutung dem für die Notwendigkeit einer Freistellung zukam, war angesichts der Unklarheit dieser Vorgabe zunächst nicht ganz eindeutig. Anders GA *Wahl* Schlussanträge vom 04.5.2015, Rs. C-110/15, Rn. 58 – *Microsoft Mobile Sales International*.

¹²⁰² EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 36, 52 – *Microsoft Mobile Sales International*.

¹²⁰³ Obwohl das *Microsoft Mobile Sales International* zugrundeliegende Ausgleichssystem nur unzureichende Freistellungen vorsieht, prüft der EuGH weiter, ob jedenfalls ein ausreichender Erstattungsanspruch vorliegt (EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 55 – *Microsoft Mobile Sales International*). Diese umfassende Prüfung trägt dazu bei, den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten zu konturieren. GA *Wahl* Schlussanträge vom 04.5.2015, Rs. C-110/15, Rn. 58, 63 f. – *Microsoft Mobile Sales International* geht ebenfalls sowohl auf die Freistellung als auch auf die Erstattung ein und erachtet die nationale Regelung in beiderlei Hinsicht als problematisch. Vgl. auch EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 50 – *Microsoft Mobile Sales International* mit expliziter Bezugnahme auf die Schlussanträge.

¹²⁰⁴ Vgl. aber *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2017, 217, 224, der unter Verweis auf *Microsoft Mobile Sales International* davon ausgeht, ein Anspruch auf Befreiung oder Erstattung müsse bestehen, wenn die Abgabe nicht geschuldet ist und dabei insbesondere auf die Konstellation verweist, dass Anlagen an andere als natürliche Personen zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien geliefert werden. Das erweckt den Eindruck, *v. Ungern-Sternberg* würde Freistellung und Erstattung als gleichwertige Optionen ansehen.

¹²⁰⁵ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 47 – *Copydan*; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 36 – *Microsoft Mobile Sales International*. Vgl. auch EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 28 – *Amazon*; EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 53 – *Padawan*; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 31 – *Reprobel*.

¹²⁰⁶ Vgl. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 47 – *Copydan* mit Verweis auf EuGH GRUR 2011, 50 Rn. 52 – *Padawan*. Diese Herleitung der Ausnahmeregelung ist nicht selbstverständlich. Gerade da sich die Vorabfreistellung nach *Padawan* aus dem Verbot der unterschiedslosen Anwendung ergibt, das in der qualifizierten Dritthaftung nicht gilt, wären nähere Erläuterungen sinnvoll gewesen. EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 36 – *Microsoft Mobile Sales International* nimmt nur noch mittelbar über den Verweis auf *Copydan* und die dort zitierte Rechtsprechung Bezug. GRUR 2013, 1025, Rn. 28 – *Amazon* stellt allein die Vorgaben zur einfachen Dritthaftung nach *Padawan* dar.

¹²⁰⁷ Vgl. bereits Teil 1: H.II.3.b)cc).

Zweck¹²⁰⁸ bezieht und nicht auf die Überlassung selbst. Die Freistellung ist jedoch nicht abschließend für diesen Fall erforderlich.¹²⁰⁹

Es werden verschiedene Interpretationsansätze befürwortet, um daraus eine sachgerechte Lösung zu entwickeln.¹²¹⁰ Eine Auffassung, die sich der Frage vom ausgleichspflichtigen Objekt her nähert, will bestimmte Anlagen, die allenfalls in zu vernachlässigendem Umfang zur Anfertigung von Privatkopien genutzt werden, von der Ausgleichspflicht ausnehmen.¹²¹¹ Nach einer subjektiv geprägten Ansicht erfolgt eine Nutzung offenkundig zu anderen Zwecken, wenn ein Unternehmer die ausgleichspflichtigen Anlagen als Endnutzer unter seiner Adresse erwirbt.¹²¹² Vorzugswürdig ist es, dass die Vorgaben zur Freistellung nach der einfachen Dritthaftung mit den erforderlichen Anpassungen auf diese Haftungsstufe übertragen werden. Freistellungen sind daher grundsätzlich erforderlich, wenn ein Nichtprivater kopierfähige Anlagen auf der letzten Handelsstufe erwirbt.¹²¹³ Dies deutet sich bereits in der Herleitung des Erfordernisses an: *Copydan* gibt in der Argumentation zwar die gemäß *Padawan* explizit freizustellende Konstellation wieder, verweist dafür jedoch insbesondere auf die generelle Normierung des Verbots der unterschiedslosen Anwendung.¹²¹⁴ Das spricht dafür, den entsprechenden Maßstab der einfachen Dritthaftung auch insofern für maßgeblich zu halten. Dies ist sachgerecht, denn die qualifizierte Dritthaftung dient der Überwindung von praktischen Schwierigkeiten bei der Anwendung einer Abgabe und nicht der Rechtfertigung einer weitergehenden endgültigen Belastung. Weitere Freistellungen sind nicht zwingend erforderlich. Nicht eindeutig ist hingegen, ob und unter welchen Voraussetzungen sie zulässig sind. Es erscheint vorzugswürdig, dies grundsätzlich abzulehnen.¹²¹⁵

¹²⁰⁸ Anders hingegen die englische Sprachfassung: „for purposes clearly unrelated to private copying“.

¹²⁰⁹ Vgl. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 50 – *Copydan* („insbesondere“).

¹²¹⁰ Das Problem wird vor allem im Zusammenhang mit der einfachen Dritthaftung diskutiert, da die herrschende Meinung entgegen der hier vertretenen Ansicht in diesem Kontext sowohl von einem eingeschränkten Prüfungsmaßstab als auch von der Möglichkeit der Anwendung auf Überlassungen vor dem Enderwerb ausgeht. Die Fallgruppen lassen sich auf die qualifizierte Dritthaftung übertragen, so dass sie im hiesigen Kontext thematisiert werden.

¹²¹¹ *Dreier* ZUM 2011, 281, 288; *Spindler* FS Pfennig 2012, S. 387, 394.

¹²¹² ÖstOGH GRUR Int. 2016, 40, 42; östOGH GRUR Int. 2017, 455, 457 f. – *Austro-Mechana/Amazon III*. Ähnlich auch *Ullmann* CR 2011, 288, 292.

¹²¹³ So im Ergebnis auch östOGH GRUR Int. 2017, 455, 457 f. – *Austro-Mechana/Amazon III*. Dazu *Homar* GRUR Int. 2017, 834, 837 f. Vgl. auch *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 348.

¹²¹⁴ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 50 – *Copydan* m. V. a. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 52 – *Padawan*.

¹²¹⁵ Der „insbesondere“-Zusatz in EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 50 – *Copydan* bezweckt, die Freistellungsbedürftigkeit aller nach *Padawan* freizustellenden Konstellationen für diese Haftungsstufe klarzustellen. Sofern ein Mitgliedsstaat auch darüber hinaus eine Freistellung vorsehen will, dürfte dies nicht

b) Bedeutung für die übrigen Ausgleichssysteme

Die für den Privatkopieausgleich erarbeiteten Vorgaben gelten für den gerechten Ausgleich im Gegenzug zu anderen Schrankentatbeständen mit den erforderlichen Anpassungen entsprechend. Dass eine Abgabe unterschiedslos angewendet werden kann, hat nicht zur Folge, dass insgesamt nicht nach unterschiedlichen Erwerbskonstellationen unterschieden werden müsste. Das Differenzierungsgebot gilt absehbar auch dann, wenn alle Erwerber mit dem gerechten Ausgleich belastet werden dürfen. Hieraus folgt, dass grundsätzlich der höchste für die ausgleichspflichtige Anlage zu fordernde Betrag beim ersten Inverkehrbringen angewendet werden muss, solange nicht der Nachweis erbracht ist, dass den Erwerber der konkreten Anlage eine geringere Ausgleichspflicht trifft. Dann erfolgt eine „anteilige Freistellung“ durch die Reduzierung der Abgabenschuld auf den entsprechenden Betrag. Zusätzlich muss ein adäquates Erstattungssystem vorgehalten werden, das eine entsprechende Korrektur ermöglicht.

IV. Abstraktere Haftungsstufen

Die Konzeption des EuGH ist nicht abschließend und offen angelegt, womit abstraktere Haftungsstufen prinzipiell in Betracht gekommen sind. So ist nach *EGEDA* ein aus dem Staatshaushalt finanziertes System mit einem gerechten Ausgleich nicht grundsätzlich unvereinbar.¹²¹⁶ Aus der Rechtsprechung ergibt sich indes, dass der notwendige Zusammenhang unabhängig von der Art der Finanzierung des gerechten Ausgleichs gewahrt werden muss. Obwohl der EuGH dies nicht explizit formuliert, besteht hieran kein Zweifel.¹²¹⁷ Indem der EuGH die Unzulässigkeit eines aus dem allgemeinen Staatshaushalt finanzierten Ausgleichssystems mit Blick auf das spanische Recht damit begründet, dass dieses nicht allein von den Nutzern getragen wurde,¹²¹⁸ normiert er den notwendigen Zusammenhang zwischen Nutzung und Ausgleich auf dieser Haftungsstufe.¹²¹⁹ Auch in ei-

mit dem Kompensationsbedürfnis der Rechtsinhaber in Einklang zu bringen sein und gegen die Ergebnispflicht verstoßen.

¹²¹⁶ GRUR 2016, 687, Rn. 24 f. – *EGEDA*. Wandtke/Bullinger/Leenen 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 60. Dem Urteil liegt ein monokompensatorischer Privatkopieausgleich zu Grunde.

¹²¹⁷ Vgl. *Walter* MR-Int. 2016, 82.

¹²¹⁸ Vgl. EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 42 – *EGEDA*; *Busqué* EuZW 2016, 672, 673; *Kur/Dreier/Luginbuehl* European IP Law, 2. Aufl. 2019, S. 381. GA *Szpunar* Schlussanträge vom 19.1.2016, Rs. C-470/14, Rn. 52 – *EGEDA* weist darauf hin, dass nach Informationen der Kommission auch Estland, Finnland, Norwegen sich für ein solches System entschieden hatten (vgl. auch *Karapapa* EIPR 2013, 129, 130 m. w. N.).

¹²¹⁹ Ähnlich auch *Klett/Schlüter* K&R 2017, 447, 452, die in dem Urteil eine Fortführung von *Padawan* sehen. Vgl. auch GA *Szpunar*, Schlussanträge vom 19.1.2016, Rs. C-470/14, Rn. 50, 64 – *EGEDA*. Vor

nem aus dem Staatshaushalt finanzierten System muss der gerechte Ausgleich in allen Fällen allein von den Nutzern getragen werden.¹²²⁰ Schädlich ist es damit jedenfalls, wenn ein Privatkopieausgleich überhaupt nicht danach unterscheidet, welcher Kategorie die Schuldner zugehören.¹²²¹ Effizienzerwägungen spielen für die Zulässigkeit des Systems keine Rolle.¹²²² Damit vermeidet der Gerichtshof Wertungswidersprüche und verengt zugleich den mitgliedstaatlichen Handlungsspielraum aber empfindlich. Auf Grundlage des Urteils lässt sich nicht abschließend beurteilen, ob ein Mitgliedstaat alle Privatpersonen als Kollektiv auf Leistung des Privatkopieausgleichs in Anspruch nehmen darf.¹²²³ Welchen sonstigen Anforderungen abstraktere Ausgleichssysteme genügen müssen – etwa hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen –, kann nach dem Stand der Rechtsprechung nicht abschließend beurteilt werden. *EGEDA* beschränkt sich darauf, die Unzulässigkeit aus einer konkreten Unzulänglichkeit herzuleiten.¹²²⁴ Schlussfolgerungen dazu,

Padawan wurden eine aus dem Steuerhaushalt finanzierte Zahlung des gerechten Ausgleichs als zulässig erachtet, *Marcos/Sánchez/Santaló* Principles for Benchmarking Potentially Alternative Systems of Private Copy Compensation, 2007, S. 14; *Ullrich* GRUR Int. 2009, 283, 291. Dies ist in dieser Allgemeinheit im Lichte von *EGEDA* nicht mehr haltbar (*Staudegger* jusIT 2016, 180; *Walter* MR-Int. 2016, 82. Vgl. bereits *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2012, 881, 885). GA *Szpunar*, Schlussanträge vom 19. Januar 2016, Rs. C-470/14, Rn. 52 – *EGEDA* hatte noch für einen weiteren Gestaltungsspielraum der Mitgliedsstaaten plädiert. Er vertrat die Auffassung, ein aus dem Staatshaushalt finanziertes System könne mit dem Unionsrecht vereinbar sein, und zwar unabhängig davon, wer mit dem Ausgleich belastet wird. Die *Padawan*-Rechtsprechung könne nicht auf wesensverschiedene Systeme angewendet werden.

¹²²⁰ EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 37, 41 – *EGEDA*.

¹²²¹ Vgl. *Busqué* EuZW 2016, 672, 673; *Staudegger* jusIT 2016, 180; *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2017, 217, 224. *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 8 weisen zurecht darauf hin, dass eine Finanzierung aus dem allgemeinen, von sämtlichen Steuerzahlern aufgebrauchten Staatshaushalt nicht zulässig ist. Ähnlich *Peukert* Urheberrecht, 19. Aufl. 2023, § 30 Rn. 6; *Spindler/Schuster/Wiebe* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 54 UrhG Rn. 4. *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 2a geht hingegen von der Unzulässigkeit einer staatlichen Finanzierung aus. In diese Richtung auch *BeckOK/Grübler* 40. Aufl. 2023, § 54 UrhG Rn. 5; *Jani* GRUR-Prax 2016, 307; *Kur/Dreier/Luginbuehl* European IP Law, 2. Aufl. 2019, S. 381. Das erscheint vor dem Hintergrund von EuGH GRUR 2016, 687 Rn. 24 – *EGEDA* zumindest unpräzise, da eine staatliche Ausgestaltung theoretisch in Betracht kommt, wenn diese eine Finanzierung durch die Nutzer gewährleistet. Generell krit. gegenüber alternativen Vergütungsformen *Dokalik/Zemann/Zemann* Österreichisches und internationales Urheberrecht, 7. Aufl. 2018, S. 320.

¹²²² *Metzger* ZEuP 2017, 836, 860.

¹²²³ Dagegen könnte sprechen, dass nicht jede Privatperson auch ein Nutzer der Privatkopie ist. Nach dem Stand der Rechtsprechung folgt aus der Eigenschaft als Privatperson für sich genommen noch nicht die Vermutung der Anfertigung einer Privatkopie, solange keine kopierfähigen Anlagen erworben werden (vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 55 – *Padawan*). Andererseits könnte für die Zulässigkeit eines solchen Ansatzes sprechen, dass der EuGH ein aus dem Staatshaushalt finanziertes System nicht für *per se* unzulässig hält und eine wirksame Anwendung des Ausgleichs die Inanspruchnahme aller Privaten erfordern könnte, weil konkretere Umstände, welche die Anfertigung von Privatkopien nahelegen, schwierig zu erfassen sein dürften. Daneben ist unklar, welche Vorgaben für einen Reprographievergleich gelten, wobei zu erwarten ist, dass das Differenzierungsgebot fortentwickelt würde. Gegen einen aus dem Staatshaushalt finanzierten multikomparatorischen Ausgleich bestehen keine grundsätzlichen Bedenken.

¹²²⁴ GRUR 2016, 687, Rn. 37, 41 – *EGEDA*.

unter welchen Voraussetzungen das Unionsrecht den Mitgliedstaaten weitergehende Handlungsspielräume eröffnet, lassen sich hieraus nicht ableiten.

I. Verteilung der Einnahmen

Praktisch machen in aller Regel Verwertungsgesellschaften die Ansprüche auf den gerechten Ausgleich für Kopien zum eigenen Gebrauch geltend. Die Einnahmen müssen zwischen den Begünstigten aufgeteilt werden.¹²²⁵ Erst diese Verteilung führt die Begünstigung der Bezugsberechtigten herbei und stellt damit den Erhalt des gerechten Ausgleichs im Sinne des Art. 5 InfoSoc-RL sicher. Neben den speziellen Vorgaben zur Verteilung des gerechten Ausgleichs finden die verwertungsgesellschaftsrechtlichen Vorgaben Anwendung.¹²²⁶

Mit Blick auf die Geltendmachung der Ansprüche auf einen gerechten Ausgleich ist es relevant, dass das Unionsrecht keinen Einwand der Ausgleichsschuldner gegen ihre Leistung erfordert, die entsprechenden Einnahmen würden rechtswidrig verteilt.¹²²⁷ Dies ergibt sich weder aus dem Erfordernis des Schadensausgleichs noch aus der Ergebnisspflicht.¹²²⁸ Im Rahmen einer vom EuGH gebilligten Pauschalabgabe muss der Ausgleichsschuldner aus dem Rechtsverhältnis zwischen der Verwertungsgesellschaft und den Berechtigten keine Rechte für sich herleiten können.¹²²⁹ Diese Auslegung wird gestützt durch die Tatsache, dass keine unionsrechtliche Verpflichtung der Verwertungsgesellschaften besteht, zum Zeitpunkt der Geltendmachung der Ausgleichsansprüche über die Verteilung der entsprechenden Einnahmen zwischen den Begünstigten abschließend entschieden zu haben.¹²³⁰

I. Direkte Begünstigung

Die unmittelbare Auszahlung durch eine Verwertungsgesellschaft an die Bezugsberechtigten ist die Grundform, wie die Rechtsinhaber den gerechten Ausgleich erhalten kön-

¹²²⁵ Vgl. *Kur/Dreier/Luginbuehl* European IP Law, 2. Aufl. 2019, S. 381.

¹²²⁶ Vgl. hierzu etwa *Peifer* ZUM 2014, 453, 463 f.; *Dreier/Schulze/Raue* 7. Aufl. 2022, § 27 UrhG Rn. 2. Die Verwertungsgesellschaft haben den Rechtsinhabern die ihnen zustehenden Beträge regelmäßig, sorgfältig und korrekt auszuschütten, Art. 13 Abs. 1 VG-RL. Die Verteilung erfolgt gemäß den von der Mitgliederhauptversammlung beschlossenen allgemeinen Grundsätzen der Verteilung, Art. 8 Abs. 5 lit. a) VG-RL. Dabei kommt der Verwaltungsgesellschaft ein erheblicher Ermessenspielraum zu.

¹²²⁷ BGH GRUR 2017, 684, Rn. 45 ff. – Externe Festplatten; BGH GRUR 2017, 702, Rn. 128 ff. – PC mit Festplatte I; BGH GRUR 2017, 716, Rn. 96 ff. – PC mit Festplatte II; BGH GRUR 2017, 712, Rn. 110 ff. – Musikhandy. Siehe auch östOGH GRUR Int. 2017, 455, 459 – Amazon. A.A. v. *Ungern-Sternberg* GRUR 2018, 225, 235; v. *Ungern-Sternberg* GRUR 2016, 38, 40. Vgl. auch *Verweyen* GRUR Int. 2016, 47, 49 f.

¹²²⁸ A.A: v. *Ungern-Sternberg* GRUR 2016, 38, 40.

¹²²⁹ BGH GRUR 2017, 684, Rn. 47 – Externe Festplatten. Vgl. auch BGH GRUR 2017, 172 Rn. 110–112 – Musik-Handy.

¹²³⁰ Eine solche Verpflichtung ergibt sich insbesondere nicht aus Art. 13 Abs. 1 i.V.m. Art. 8 Abs. 5 VG-RL. Vgl. auch bereits BGH GRUR 1988, 782, 783 – GEMA-Wertungsverfahren.

nen.¹²³¹ Für diese Verteilung an die Berechtigten ist die Rechteeinbringung im Grundsatz der verbindliche Maßstab der Verteilung,¹²³² womit die Zuweisung des gerechten Ausgleichs relevant wird.¹²³³ Eine Verteilung der Einnahmen nach der tatsächlichen Leistung oder der Interessenlage ist nicht mit den Vorgaben des Gerichtshofes zu vereinbaren.¹²³⁴ Die Einnahmen aus dem gerechten Ausgleich für Kopien zum eigenen Gebrauch können nicht vollends nutzungsgetreu verteilt werden, da eine Erfassung der zu kompensierenden Nutzungen weder praktikabel noch vernünftig wäre.¹²³⁵ Wirtschaftlich gesehen ist eine pauschalierende Verteilung effizient und vorteilhaft.¹²³⁶ Eine Verpflichtung der Verwertungsgesellschaft, die Nutzungen zu erfassen, besteht nicht.¹²³⁷ Offen ist, ob es ausreichen kann, den Begünstigten den gerechten Ausgleich indirekt zukommen zu lassen. Nach *Reprobel* ist es den Mitgliedstaaten nicht gestattet, einen Teil des den Rechtsinhabern zustehenden gerechten Ausgleichs Dritten zu gewähren, ohne dass diese verpflichtet sind, die Begünstigten auch nur indirekt in den Genuss des ihnen vorenthaltenen Teils des Ausgleichs kommen zu lassen.¹²³⁸ Insbesondere angesichts des Umstandes, dass der EuGH mit dem letzten Halbsatz die Formulierung aus der Vorlagefrage aufgreift, lässt sich hieraus nicht die Zulässigkeit einer indirekten Begünstigung ableiten.¹²³⁹

¹²³¹ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 49 – Amazon; *Leistner* ZGE 2013, 312, 333.

¹²³² Das ergibt sich bereits aus GRUR 2012, 489, Rn. 96 ff. – Luksan, lässt sich aber spätestens seit EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 44 ff. – *Reprobel* nicht mehr bezweifeln. Ähnlich *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 649. A.A. *Krafi* MR Beil. 4/2015, 1, 17.

¹²³³ Vgl. *Conrad/Berberich* GRUR 2016, 648, 650; *Flechsig* MMR 2016, 50, 51; *ders.* jurisPR-ITR 13/2015 Anm. 2. Dazu bereits EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 94 – Luksan.

¹²³⁴ So aber LG Berlin ZUM 2014, 818 – Verlegerbeteiligung (GEMA); *Müller* ZUM 2014, 781, 783.

¹²³⁵ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 51 – Amazon m. V. a. GA *Mengozzì* Schlussanträge vom 7. März 2013, Rs. C-521/11, Rn. 76 – Amazon.

¹²³⁶ Vgl. *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 129 ff.

¹²³⁷ Vgl. auch *Dreier/Hugenholtz/van Gompel* Concise European Copyright Law, 2. Aufl. 2016, Art. 18 VG-RL Rn. 1 mit der Feststellung, die Verpflichtung der Nutzer sollte auf ein vernünftiges und notwendiges Maß beschränkt werden.

¹²³⁸ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 49 – *Reprobel*.

¹²³⁹ *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36 betont zu Recht, dass der Halbsatz unkommentiert in den Urteilsspruch übernommen wurde, legt sich hinsichtlich der inhaltlichen Bedeutung dieses Umstandes nicht abschließend fest, hält die Vorgabe aber jedenfalls für das deutsche Recht für unbeachtlich. Tendenziell anders als hier *Flechsig* MMR 2016, 50, 51, der eine indirekte Begünstigung offenbar für zulässig hält. *Peijfer* GRUR-Prax 2017, 1, 3 stützt hierauf die Unzulässigkeit einer kompensationslosen Abtretung. Dem ist im Ergebnis zuzustimmen (vgl. *Servatius* in: Maute/Mackenrodt, Recht als Infrastruktur für Innovation, 2019, S. 201, 207 f.).

II. Mittelbare Begünstigung

Mitgliedstaaten können ihr Ausgestaltungsermessen hinsichtlich der Verteilung der Einnahmen dahingehend ausüben, dass ein Teil des gerechten Ausgleichs in mittelbarer Form an die Begünstigten geleistet wird.¹²⁴⁰ Den Bezugsberechtigten des gerechten Ausgleichs muss keine Auszahlung des gesamten gerechten Ausgleichs garantiert werden. Eine Auszahlung der Hälfte der Erlöse des gerechten Ausgleichs an soziale und kulturelle Einrichtungen ist zulässig, sofern diese Einrichtungen tatsächlich den Berechtigten zugutekommen¹²⁴¹ und die Zugangs- und Funktionsmodalitäten der Einrichtung nicht diskriminierend sind.¹²⁴² Aus der Zulässigkeit der mittelbaren Begünstigung nach der Rechtsprechung des EuGH folgt, dass die Verteilung der Einnahmen nicht vollständig und umfassend nach der zugrundeliegenden privilegierten Nutzung erfolgen muss. Die tatsächliche Nutzung des Schutzgegenstandes nach den Schrankenregelungen ist für die kulturelle und soziale Förderung höchstens von nachrangiger Bedeutung,¹²⁴³ womit die Vorgabe in einem gewissen Spannungsverhältnis zum Schadensausgleich steht.¹²⁴⁴ Klärungsbedürftig wäre, ob eine weitergehende mittelbare Begünstigung unionsrechtskonform ist.¹²⁴⁵

Einrichtungen, denen Leistungen im Rahmen einer mittelbaren Begünstigung zufließen, können insbesondere die von den Verwertungsgesellschaften eingerichteten sozialen und kulturellen Einrichtungen sein.¹²⁴⁶ Es ist ausreichend, dass die Tätigkeit den Berechtigten

¹²⁴⁰ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 46 ff. – Amazon; *Kur/Dreier/Luginbuehl* European IP Law, 2. Aufl. 2019, S. 382; *Leistner* ZGE 2013, 312, 333; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 88 f.

¹²⁴¹ Teilweise spricht der EuGH auch davon, dass die Einrichtungen zu Gunsten der Berechtigten *geschaffen* worden sein müssen. Relevant ist allerdings allein der Zweck der Tätigkeit des unmittelbaren Leistungsempfängers zu dem Zeitpunkt der Leistungsverwendung. Dieses Verständnis bringt auch der EuGH zum Ausdruck, wenn er darauf abstellt, ob die Leistung den Berechtigten zugutekommt. Das ergibt sich auch aus dem Sinn und Zweck der Vorgabe.

¹²⁴² EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 55 – Amazon. Dazu *Flechsig* jurisPR-ITR 13/2015 Anm. 2; *Leistner* ZGE 2013, 312, 333 f.; *Windisch-Graetz* ZUM 2016, 338, 339 ff.

¹²⁴³ Vgl. *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 240 f.

¹²⁴⁴ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 50 ff. – Amazon.

¹²⁴⁵ Dabei wird man aber davon ausgehen müssen, dass zumindest nicht der gesamte gerechte Ausgleich in mittelbarer Form geleistet werden kann (vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 49 – Amazon; GA *Mengozzi* Schlussanträge vom 7.3.2013, Rs. C-521/11, Rn. 77 – Amazon). Weitergehende Formen der mittelbaren Begünstigung dürften nicht ohne Weiteres mit dem Erfordernis eines Schadensausgleich vereinbar sein. Aufgrund der strengeren konventionsrechtlichen Maßstäbe stellt sich die Frage nur theoretisch (*Bartels* UFITTA 2006, 325, passim; *Eubus* Die Gegenseitigkeitsverträge der Verwertungsgesellschaften im Musikbereich, 2008, S. 161 ff.; *Schack* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 1375 f.).

¹²⁴⁶ *Leistner* ZGE 2013, 312, 334. Zur kulturellen und sozialen Förderungspraxis *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 237 ff. Vgl. auch *Schack* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 1491 ff. mit krit. Bewertung der „Abzweigungen“ für soziale Zwecke.

abstrakt zugutekommt, wie dies beispielweise bei Infrastrukturmaßnahmen und kulturpolitischen Tätigkeiten wie Initiativen der Fall ist.¹²⁴⁷ Gerade bei solchen Maßnahmen, bei denen sich der Kreis der Begünstigten nicht trennscharf bestimmen lässt, reicht es aus, dass diese auch den Berechtigten zugutekommen.¹²⁴⁸ Diskriminierende Funktionsmodalitäten ergeben sich noch nicht allein daraus, dass die Nutzung durch inländische Berechtigte faktisch überwiegt.¹²⁴⁹ Die Verabschiedung der VG-RL hat keine Änderung der mittelbaren Verteilung des Ausgleichs zur Folge, sondern bekräftigt die Vorgabe des EuGH.¹²⁵⁰

¹²⁴⁷ Vgl. *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 250 f.

¹²⁴⁸ Offen ist, inwiefern sich die Tätigkeit der Einrichtungen auf Begünstigte beschränken müssen, die bereits Rechte oder Vergütungsansprüche haben wahrnehmen lassen. Beispielsweise ist der Druckkostenzuschuss des „Förderungsfonds Wissenschaft der VG Wort GmbH“ für unveröffentlichte, herausragende, wissenschaftliche Werke, die wegen einer spezialisierten Ausrichtung und einer geringen Auflage nur mithilfe einer finanziellen Unterstützung erscheinen können, nicht davon abhängig, dass bereits zuvor publiziert wurde. Gem. § 5 Abs. 1 S. 2 Richtlinie für Anträge auf und die Vergabe von Druckkostenzuschüssen i.d.F.v. 26.11.2015 ist bei im Ausland ansässigen Antragstellern nicht einmal notwendig, dass ein Wahrnehmungsvertrag abgeschlossen wurde.

¹²⁴⁹ ÖstOGH MMR 2017, 388, 391 – Austro-Mechana/Amazon III. Krit. hinsichtlich der derzeitigen Praxis *Schack* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 1375 f., der diese wegen Verstoß gegen die Inländerbehandlung für konventionsrechtswidrig hält.

¹²⁵⁰ Vgl. *Heinemann* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, 2017, S. 238 f., 266. Vgl. *Metzger* ZEuP 2017, 836, 860 f. mit in der Tendenz kritischen Erwägungen zu den Vorgaben aus *Amazon* vor dem Hintergrund der zeitgleichen gesetzgeberischen Befassung mit der kulturellen und sozialen Förderung im Zusammenhang mit der VG-RL.

J. *Grenzüberschreitende Aspekte*

I. *Internationaler Gerichtsstand*

Ansprüche auf Zahlung eines gerechten Ausgleichs sind nach *Austro-Mechana* einer unerlaubten Handlung gleichgestellt, sodass ein deliktischer Gerichtsstand nach Art. 7 Nr. 2 Brüssel I-VO (n.F.) eröffnet ist.¹²⁵¹ Hierin liegt eine Abkehr vom traditionellen Verständnis, wonach ein besonderer Gerichtsstand für die Zahlung der auf gerechten Ausgleich gerichteten Ansprüche nicht *per se* bestehe.¹²⁵²

Der EuGH stützt seine Auslegung maßgeblich darauf, dass der Anspruch der Rechtsinhaber auf den gerechten Ausgleich auf den Ersatz des Schadens durch die unterlassene Zahlung gerichtet sei.¹²⁵³ Da der rechtmäßige Schuldner der Abgabe in Anspruch genommen wird und der Verstoß gegen die Zahlungspflicht eine rechtswidrige Handlung darstelle, die dem Gläubiger einen Schaden verursache, sei der besondere Gerichtsstand eröffnet, wobei unbeachtlich ist, dass der Ausgleichsschuldner mit dem Nutzer nicht personenidentisch ist.¹²⁵⁴

Das Urteil wurde im Ergebnis überwiegend positiv aufgenommen.¹²⁵⁵ Indem der EuGH einen besonderen Gerichtsstand schafft, ergänzt und unterfüttert er die materielle Ergebnispflicht.¹²⁵⁶ Die Rechtsprechung leistet einen Beitrag zur effektiven Durchsetzung des Anspruchs auf gerechten Ausgleich. Praktisch hat die Auslegung zur Konsequenz, dass

¹²⁵¹ EuGH GRUR 2016, 927 – *Austro-Mechana*. Dazu Kucsko/Handig/Zemann 2. Aufl. 2017, § 42b östUrhG Rn. 80. So auch bereits GA Saugmandsgaard Øe Schlussanträge vom 17.2.2016, Rs. C-572/14 – *Austro-Mechana*. Zur Argumentation des Gerichts *Rasmussen-Bonne/Servatius* EWS 2016, 275, 275 f. Da für das Vorlageverfahren noch die alte Fassung der Brüssel I-VO maßgeblich war, prüft der EuGH die Vorlage für Art. 5 Nr. 3 Brüssel I-VO (a.F.). Inhaltlich lässt sich die Entscheidung ohne Einschränkungen auf die neue Fassung der Brüssel I-VO übertragen (vgl. östOGH GRUR Int. 2016, 1081; *Rasmussen-Bonne/Servatius* EWS 2016, 275, 276). Siehe auch allgemein Saenger/Dörner 10. Aufl. 2023, Vorbem. EuGVVO Rn. 24;

¹²⁵² Vgl. östOGH MR 2007, 35, 11756; Müller ZUM 2011, 631, 633; ders. ZUM 2008, 377, 383. LG Köln ZUM-RD 2008, 238, 243 zieht nicht einmal in Erwägung, dass ein entsprechender Tatbestand einschlägig sein könnte. Vgl. ablehnend für die örtliche Zuständigkeit aufgrund eines Gerichtsstandes der unerlaubten Handlung gemäß § 32 ZPO auch Schulze ZUM 2014, 957, 958. Vgl. aber östOGH GRUR Int. 2015, 291, 293; Fischer UFITA 2014, 407, 427 f.; Kröber GRUR 2011, 911, 912 mit Vorstößen in Richtung eines besonderen Gerichtsstands. Siehe rückblickend auch Walter MR-Int. 2016, 77, 78.

¹²⁵³ EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 49 – *Austro-Mechana*. Vgl. östOGH GRUR Int. 2016, 1081, 1082; Lutzki IPPrax 2016, 550, 551; *Rasmussen-Bonne/Servatius* EWS 2016, 275, 276; Jani GRUR-Prax 2016, 222; Walter MR-Int. 2016, 77, 78.

¹²⁵⁴ EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 25, 50 – *Austro-Mechana*. Vgl. hierzu auch Anderl/Heinzl EuZW 2016, 550, 551; *Rasmussen-Bonne/Servatius* GWR 2016, 313.

¹²⁵⁵ Jani GRUR-Prax 2016, 222; *Rasmussen-Bonne/Servatius* EWS 2016, 275, 276; *Rasmussen-Bonne/Servatius* GWR 2016, 313; Walter MR-Int. 2016, 77.

¹²⁵⁶ *Rasmussen-Bonne/Servatius* EWS 2016, 275, 278. Siehe auch bereits Kröber GRUR 2011, 911, 912.

Gerichte seltener komplexe Vorgaben des ausländischen Rechts anwenden müssen.¹²⁵⁷ Die Herleitung und Begründung des EuGH ist hingegen unklar und kritikwürdig. Das Vorlageverfahren hatte die Geltendmachung eines Zahlungsanspruchs zum Gegenstand.¹²⁵⁸ Der EuGH macht daraus einen Schadenersatzanspruch aufgrund des Ausbleibens einer Zahlung,¹²⁵⁹ wobei er explizit feststellt, dass der Verstoß gegen die Zahlungspflicht eine rechtswidrige Handlung darstellt, die einen Schaden beim Anspruchsgläubiger verursacht.¹²⁶⁰ Schlussendlich ließe sich mit dieser Erwägung eine Schadenshaftung für jeden Fall begründen, in dem eine Zahlung unterbleibt.¹²⁶¹ Der EuGH verweist zwar auf den Kompensationscharakter des gerechten Ausgleichs,¹²⁶² ohne aber dessen Verhältnis zur Nichtleistung oder die Bedeutung für den deliktischen Gerichtsstand konkret zu erläutern. Unklarheiten für die Auslegung von Art. 7 Nr. 2 Brüssel I-VO (n.F.) bei Verfahren über Ansprüche auf Zahlung des gerechten Ausgleichs ergeben sich angesichts der im Ergebnis eindeutigen Vorgaben nicht, aber es steht in Frage, inwiefern sich diese Rechtsprechung auf andere Konstellationen übertragen lässt.¹²⁶³

Zudem ist fraglich, welche Gerichte nach den Vorgaben des EuGH örtlich zuständig sind. Generell auf die Gerichte in dem Mitgliedstaat, in dem das schädigende Ereignis eingetreten ist oder eintreten droht, zu verweisen,¹²⁶⁴ ist unpräzise. Zuständig ist nur ein Gericht, an dem das schädigende Ereignis eintreten droht.¹²⁶⁵ Maßgeblich für die örtliche Zuständigkeit bei der Zahlung des gerechten Ausgleichs ist die Verletzung der Zahlungspflicht.¹²⁶⁶ Ein Gerichtsstand besteht sowohl am Handlungs- als auch am Erfolgsort.¹²⁶⁷ Für den Ort des schädigenden Verhaltens ist entscheidend, wo die Zahlungs-

¹²⁵⁷ Vgl. *Jani* GRUR-Prax 2016, 222. Siehe auch *Müller* ZUM 2011, 631, 634.

¹²⁵⁸ Vgl. östOGH GRUR Int. 2015, 291, 292.

¹²⁵⁹ EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 42 – Austro-Mechana

¹²⁶⁰ EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 50 – Austro-Mechana.

¹²⁶¹ *Lutzj* IPrax 2016, 550, 551 f.

¹²⁶² EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 43 – Austro-Mechana.

¹²⁶³ *Anderl/Heinzl* EuZW 2016, 550, 551 stellen darauf ab, es handele sich um einen Zahlungsanspruch *sui generis*. *Lutzj* IPrax 2016, 550; *Rasmussen-Bonne/Servatius* EWS 2016, 275, 276; *dies.* GWR 2016, 313 stellen auf den Charakter als Schadensausgleich ab. Ähnlich *Dreier/Schulze/Rane* 7. Aufl. 2022, Vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 27.

¹²⁶⁴ So EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 52 – Austro-Mechana.

¹²⁶⁵ *Saenger/Dörner* 10. Aufl. 2023, Art. 7 EuGVVO Rn. 32; *Zöller/Geimer* 34. Aufl. 2022, Art. 7 EuGVVO Rn. 53. *Walter* MR-Int. 2016, 77, 78 meint, der EuGH wolle zum Ausdruck bringen, dass sich das anspruchsauslösende Ereignis in dem betreffenden Mitgliedsstaat vollziehen müsse. Das lässt sich dem Urteil meines Erachtens so nicht entnehmen.

¹²⁶⁶ Vgl. östOGH GRUR Int. 2016, 1081, 1082. Anders *Walter* MR-Int. 2016, 77, 78.

¹²⁶⁷ St. Rs.: EuGH NJW 1977, 493 – Mines de Potasse; EuGH EuZW 2002, 657, Rn. 46 – Henkel; EuGH NJW 2013, 2099, Rn. 25 – Melzer; EuGH EuZW 2014, 664, Rn. 46 – Coty Germany; EuGH NJW 2015, 1581, Rn. 45 – Kolassa; *Saenger/Dörner* 10. Aufl. 2023, Art. 7 EuGVVO Rn. 32; Mu-

pflicht zu erfüllen gewesen wäre.¹²⁶⁸ Da das Unionsrecht keine Vorgaben zur Erfüllung der Zahlungspflicht macht, bestimmt sich dies nach dem anzuwendenden Sachrecht.¹²⁶⁹ Von größerem Interesse wird in der Regel der Erfolgsort sein. Dabei ist bereits fraglich, ob der Erfolgsort der Sitz des Gläubigers ist¹²⁷⁰ oder der Ort, an dem sich der Vermögensschaden verwirklicht. Erachtet man den Schaden im Ausbleiben der Zahlung, so sprechen im Lichte von *Kolassa*¹²⁷¹ die besseren Gründe dafür, auf den Belegenheitsort des Bankkontos abzustellen.¹²⁷² Zudem müssen die spezifischen Gegebenheiten des Falls zur Zuweisung der Zuständigkeit an diese Gerichte beitragen.¹²⁷³ Damit ist eine Gesamtbetrachtung notwendig.¹²⁷⁴ Sofern Sitz des Gläubigers und Belegenheitsort des Vermögens zusammenfallen oder zumindest die selbe örtliche Zuständigkeit eines Gerichts begründen, wird die Frage nicht relevant.¹²⁷⁵ Nach dem Stand der EuGH-Rechtsprechung besteht ein deliktischer Gerichtsort indes nicht am Ort des anspruchsauslösenden Ereignisses oder am Ort der Nutzung, da diese Ereignisse für die Zahlungsverpflichtung des Ausgleichsschuldners nichts relevant sind.¹²⁷⁶

II. Kollisionsrecht

Es herrscht Uneinigkeit darüber, ob Ansprüche auf Zahlung des gerechten Ausgleichs unter Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO fallen.¹²⁷⁷ Eine Auffassung geht von der Unanwendbar-

sielak/Voit/Stadler/Krüger 20. Aufl. 2023, Art. 7 EuGVVO Rn. 19. Vgl. östOGH GRUR Int. 2016, 1081, 1082; Walter MR-Int. 2016, 77, 78.

¹²⁶⁸ ÖstOGH GRUR Int. 2016, 1081, 1082; Walter MR-Int. 2016, 77, 78.

¹²⁶⁹ ÖstOGH GRUR Int. 2016, 1081, 1082. Für das deutsche Recht ist dies beim Fehlen einer speziellen Regelung als Schickschuld in der Regel die gewerbliche Niederlassung des Schuldners, §§ 269 f. BGB. Vgl. Schrickler/Loewenheim/Melichar/Stieper 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 47 sowie MüKo/Krüger 9. Aufl. 2022, § 270 BGB Rn. 1 f. zum Meinungsstand hinsichtlich der materiellen Beurteilung.

¹²⁷⁰ ÖstOGH GRUR Int. 2016, 1081, 1082; Anderl/Heinzl EuZW 2016, 550, 551.

¹²⁷¹ EuGH NJW 2015, 1581, Rn. 55 – Kolassa.

¹²⁷² Walter MR-Int. 2016, 77, 78, der aber zusätzlich noch andere Anknüpfungen zulassen will. So auch Rasmussen-Bonne/Servatius EWS 2016, 275, 277. Krit. gegenüber der EuGH-Rechtsprechung Müller NJW 2016, 2169, 2170.

¹²⁷³ EuGH EuZW 2016, 583, Rn. 39 – Universal Music; EuGH EuZW 2018, 998 – Helga Löber/Barclays-Bank plc. Krit. Mankowski EuZW 2016, 585. Zurückhaltend gegenüber einer Übertragung der Rechtsprechung auf nichtprivate Geschädigte Sujecki EuZW 2018, 1000, 1001.

¹²⁷⁴ Vgl. Zaprianos GPR 2016, 251, 253, 255. Ähnlich Sujecki EuZW 2018, 1000.

¹²⁷⁵ Vgl. EuGH NJW 2015, 1581, Rn. 55 – Kolassa.

¹²⁷⁶ A.A. Walter MR-Int. 2016, 77, 78. Die Auffassung von Walter geht auf die Ungereimtheiten der EuGH-Rechtsprechung zurück, lässt sich aber meines Erachtens aus dem Urteil nicht ableiten. Insofern krit. zur Rechtsprechung des EuGH und für ein Anknüpfung an den Zahlungsanspruch anspruchsauslösenden Realakt Rasmussen-Bonne/Servatius EWS 2016, 275, 277.

¹²⁷⁷ Da das Schutzlandprinzip für das geistige Eigentum international anerkannt ist, führen die verschiedenen Ansichten in der Regel zum gleichen Ergebnis (vgl. EGr. 26 Rom II-VO; Dickinson The Rome II Regulation, 2010, Rn. 8.18. Siehe auch Dreier/Schulze/Raue 7. Aufl. 2022, Vor §§ 120 ff. UrhG Rn.

keit der Norm auf gesetzliche Vergütungsansprüche aus.¹²⁷⁸ In der Konsequenz sei für Ansprüche aufgrund von gesetzlich erlaubter Nutzung die Verordnung nicht anwendbar, womit das nationale Kollisionsrecht zum Tragen komme.¹²⁷⁹ Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO finde nur auf außervertragliche Schuldverhältnisse aus einer Verletzung von Immaterialgüterrechten Anwendung, womit Vergütungsansprüche wegen gesetzlicher erlaubter Nutzungen vom Tatbestand nicht erfasst würden.¹²⁸⁰ Es handele sich um eine sonderdeliktische Anknüpfungsregel, die nur das anwendbare Recht für unerlaubte Handlungen regelt.¹²⁸¹ Auch wenn der Anwendungsbereich der Verordnung selbst weit angelegt sei,¹²⁸² beziehe sich der Titel und die Vorschrift nur auf „unerlaubte Handlungen“.¹²⁸³ Eine analoge Anwendung der Norm sei mangels planwidriger Regelungslücke nicht möglich.¹²⁸⁴ Ausgleichsansprüche bei erlaubter Nutzung würden demnach im Verhältnis zu vertraglichen Schuldverhältnissen und der außervertraglichen Haftung ein *Tertium* darstellen.¹²⁸⁵ Vorzugswürdig erscheint die Gegenansicht, wonach Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO auf die Ansprüche über die Zahlung des gerechten Ausgleichs – zumindest entsprechend – Anwendung findet.¹²⁸⁶ Die Ansprüche lassen sich nicht unmittelbar unter dem Wortlaut sub-

60; Huber/*Illmer* 2011, Art. 8 Rom II-VO Rn. 55; Rauscher/*Pabst* 5. Aufl. 2023, Art. 8 Rom II-VO Rn. 7. Krit. hingegen Grüneberg/*Thorn* 83. Aufl. 2024, Art. 8 Rom II-VO Rn. 1; *Sack* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 1153 f.). Die Vorfragen nach dem Entstehen und dem Bestand des dem Ausgleichsanspruch zugrundeliegenden Urheberrechts richten sich nach der nationalen Rechtsordnung (vgl. Grüneberg/*Thorn* 83. Aufl. 2024, Art. 8 Rom II-VO Rn. 9; *Obergfell* IPRax 2005, 9, 12 f.; A.A. Grünberger ZVglRWiss 2009, 134, 158 f.).

¹²⁷⁸ Calliess/*Renner/de la Durantaye* 3. Aufl. 2020, Art. 8 Rom II-VO Rn. 20; *Dickinson* The Rome II Regulation, 2010, Rn. 8.18; MüKo/*Drexl* 8. Aufl. 2021, Art. 8 Rom II-VO Rn. 172, 196; *Sack* WRP 2008, 1405, 1410; Rauscher/*Pabst* 5. Aufl. 2023, Art. 8 Rom II-VO Rn. 7. Vgl. auch *Leible/Engel* EuZW 2004, 7, 14.

¹²⁷⁹ MüKo/*Drexl* 8. Aufl. 2021, Art. 8 Rom II-VO Rn. 172. *Sack* WRP 2008, 1405, 1410 geht davon aus, dass das anwendbare Recht zwingend nach dem international anerkannten Schutzlandprinzip zu bestimmen sei.

¹²⁸⁰ *Sack* WRP 2008, 1405, 1410. Vgl. auch MüKo/*Drexl* 8. Aufl. 2021, Art. 8 Rom II-VO Rn. 172, der im Grundsatz eine generelle Beschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 8 Rom II-VO auf unerlaubte Handlungen auf den Kapiteltitel („Kapitel II – Unerlaubte Handlungen“) stützt. Das Erfordernis kann meines Erachtens auch in den Wortlaut der Norm selbst hineingelesen werden, die sowohl in Abs. 1 als auch in Abs. 2 den Begriff der „Verletzung“ verwendet. Ähnlich jurisPK-BGB/*Heinze* 8. Aufl. 2017, Art. 8 Rom II-VO Rn. 42.

¹²⁸¹ MüKo/*Drexl* 8. Aufl. 2021, Art. 8 Rom II-VO Rn. 172.

¹²⁸² Vgl. MüKo/*Drexl* 8. Aufl. 2021, Art. 8 Rom II-VO Rn. 172 m. V. a. Art. 1 Abs. 1 Rom II-VO. Dass er auf die Rom I-VO verweist, muss als redaktionelles Versehen gewertet werden.

¹²⁸³ MüKo/*Drexl* 8. Aufl. 2021, Art. 8 Rom II-VO Rn. 172.

¹²⁸⁴ *Sack* WRP 2008, 1405, 1410; Rauscher/*Pabst* 5. Aufl. 2023, Art. 8 Rom II-VO Rn. 7.

¹²⁸⁵ MüKo/*Drexl* 8. Aufl. 2021, Art. 8 Rom II-VO Rn. 172; *Sack* WRP 2008, 1405, 1410.

¹²⁸⁶ *Grünberger* ZVglRWiss 2009, 134, 175; jurisPK-BGB/*Heinze* 8. Aufl. 2017, Art. 8 Rom II-VO Rn. 42; Huber/*Illmer* 2011, Art. 8 Rom II-VO Rn. 55; Magnus/*Mankowski/Metzger* 2019, Art. 8 Rom II-VO, Rn. 24 f. m. w. N.; *Dreier/Schulze/Rane* 7. Aufl. 2022, Vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 56. Siehe auch *Loewenheim/Walter* HdU, 3. Aufl. 2021, § 64 Rn. 157. BeckOGK/*McGuire* Art. 8 Rom II-VO Rn. 17

sumieren.¹²⁸⁷ Eine planwidrige Regelungslücke kann aus der Gesetzgebungsgeschichte hergeleitet werden, die auf den Willen zu einer einheitlichen Anknüpfung hindeutet.¹²⁸⁸ Es ist nicht erkennbar, dass der Gesetzgeber inhaltlich vom weiten Ansatz des Kommissionsvorschlags¹²⁸⁹ abrücken wollte. Die Interessenlage zwischen den in Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO explizit geregelten Sachverhalten und den Ansprüchen auf den gerechten Ausgleich vermag eine entsprechende Anwendung der Vorschrift zu rechtfertigen.¹²⁹⁰ Dabei verweisen Vertreter der Ansicht zum Teil darauf, eine gesetzlich privilegierte Nutzung sei oftmals nur deshalb keine Verletzung eines Ausschließlichkeitsrechts, weil den Begünstigten ein Ausgleich gewährt wird.¹²⁹¹ Dies ist mit Blick auf den gerechten Ausgleich insofern missverständlich,¹²⁹² als dass nicht die Ausgleichsleistung die Nutzung legalisiert, sondern die gesetzgeberische Entscheidung.¹²⁹³ Der gerechte Ausgleich wird dem Rechtsinhaber aber im Gegenzug für die gesetzliche Erlaubnis der Nutzung gewährt und dient der Schadenskompensation. Ohne die Schrankenregelung würde die Nutzung eine Verletzung darstellen, auf die Art. 8 Rom II-VO Anwendung finden würde. Der Ausgleichsanspruch steht konzeptionell in einem so engen Verhältnis zu dieser Nutzung, dass die Anwendung von Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO sachgerecht erscheint.¹²⁹⁴ Dass im internationalen Zivilprozessrecht der deliktische Sondertatbestand für deliktische Handlungen auf die Zahlung des gerechten Ausgleichs angewendet und dabei dem schadenskompensierenden Charakter des gerechten Ausgleichs eine zentrale Bedeutung beigemessen wird,¹²⁹⁵ spricht in der Tendenz ebenfalls für diese Auslegung des Kollisionsrechts.¹²⁹⁶

(Stand: 2023), Art. 13 Rom II-VO Rn. 11 (Stand: 2016) plädiert dafür, Vergütungsansprüche als Bereicherungsansprüche im Sinne des Art. 13 Rom II-VO zu qualifizieren.

¹²⁸⁷ Calliess/Renner/*de la Durantaye* 3. Aufl. 2020, Art. 8 Rom II-VO Rn. 20. Anders *Grünberger ZVglRWiss* 2009, 134, 175; Magnus/Mankowski/*Metzger* 2019, Art. 8 Rom II-VO, Rn. 24.

¹²⁸⁸ In diese Richtung auch *jurisPK-BGB/Heinze* 8. Aufl. 2017, Art. 8 Rom II-VO Rn. 42. Anders *Sack WRP* 2008, 1405, 1410.

¹²⁸⁹ KOM(2003) 427 endg., S. 24, 39. Dort Art. 9 Abs. 6 Rom II-VO (E).

¹²⁹⁰ Vgl. *Grünberger ZVglRWiss* 2009, 134, 175; *Weller ZEuP* 2008, 252, 273.

¹²⁹¹ *jurisPK-BGB/Heinze* 8. Aufl. 2017, Art. 8 Rom II-VO Rn. 42. Siehe auch *Grünberger ZVglRWiss* 2009, 134, 175.

¹²⁹² Kritisch auch *Rauscher/Pabst* 5. Aufl. 2023, Art. 8 Rom II-VO Rn. 7.

¹²⁹³ Das zeigt sich beim fakultativen gerechten Ausgleich besonders deutlich, wo der national vorgesehene Ausgleich nach den unionsrechtlichen Vorgaben keine notwendige Bedingung der Privilegierung ist.

¹²⁹⁴ Im Ergebnis auch Magnus/Mankowski/*Metzger* 2019, Art. 8 Rom II-VO, Rn. 24, der unter Verweis auf EuGH GRUR 2016, 927 – *Austro-Mechana* sogar davon ausgeht, es handele sich um eine nichtvertragliche Verpflichtung, die sich aus einer Rechtsverletzung ergebe.

¹²⁹⁵ EuGH GRUR 2016, 927 – *Austro-Mechana*.

¹²⁹⁶ Ähnlich *Dreier/Schulze/Raue* 7. Aufl. 2022, Vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 56. Siehe auch *Loewenheim/Walter HdU*, 3. Aufl. 2021, § 64 Rn. 157. *Calliess/Renner/de la Durantaye* 3. Aufl. 2020, Art. 8 Rom II-VO Rn. 20 verweist ebenfalls auf das Urteil.

III. Territoriale Zuständigkeit

Mitgliedstaaten sind zur Gewährleistung des gerechten Ausgleichs international zuständig, insoweit die zu kompensierenden Nutzungen durch die jeweilige nationale Schrankenregelung privilegiert werden.¹²⁹⁷ Aus der Zuständigkeit zur Regelung der Schrankenbestimmung folgt die Zuständigkeit für den gerechten Ausgleich.¹²⁹⁸ Im Lichte des Territorialitätsprinzips¹²⁹⁹ sind Mitgliedstaaten für den gerechten Ausgleich zuständig, der Vervielfältigungen im jeweiligen Hoheitsgebiet kompensiert.¹³⁰⁰ Wird der gerechte Ausgleich durch eine Pauschalabgabe gewährleistet, folgt hieraus das Bestimmungslandprinzip, wonach sich die Zahlungspflicht nach dem Zielort bestimmt, an dem der Schaden vermutet wird.¹³⁰¹ Im Gegensatz zum Herkunftslandprinzip, nach dem der Ausgleich in dem Land der Herstellung bzw. des Inverkehrbringens einer ausgleichspflichtigen Anlage geschuldet wäre, ist dies unter Gesichtspunkten der Rechtssicherheit vorteilhaft und zudem dogmatisch vorzuzugswürdig, da es dem Kompensationsbedürfnis der Rechtsinhaber Rechnung trägt. Der EuGH nimmt für Abgaben, die bei der Veräußerung von Kopieranlagen angewendet werden, an, dass die Nutzung in dem Mitgliedstaat erfolgt, in dem der Nutzer wohnhaft ist.¹³⁰² Diese Annahme dient der Zuordnung der Ausgleichsleistung zu den je-

¹²⁹⁷ Vgl. EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 34 – Opus; EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 106 – Luksan.

¹²⁹⁸ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 59 – Amazon.

¹²⁹⁹ Vgl. EuGH GRUR 2006, 50 Rn. 46 – Lagardère; *Dreier* in: Riesenhuber, Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 2007, S. 39, 45 ff.; *Jütte* Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market, 2017, S. 127 f.; BeckOK/*Lauber-Rönsberg* 40. Aufl. 2023, KollisionsR und internationale Zuständigkeit Rn. 4 ff.; *Schricker/Loewenheim/Katzenberger/Metzger* 6. Aufl. 2020, Vor § 120 ff. UrhG Rn. 109 ff. Vgl. auch von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Gaster* 7. Aufl. 2015, Art. 118 AEUV Rn. 19.

¹³⁰⁰ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 56 ff. – Amazon legt diese Annahme zu Grunde., ohne dies explizit auszusprechen. Vgl. auch EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 34 – Opus; EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 106 – Luksan. Ähnlich GA *Mengozi*, Schlussanträge vom 7.3.21023, Rs. C-521/11, Rn. 87 – Amazon; *Müller ZUM* 2014, 11, 14, der auf den Eintritt des Schadens abstellt. Nach EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 34 – Opus soll der gerechte Ausgleich dazu bestimmt sein, den Rechtsinhabern den ihnen entstandenen Schaden insbesondere dann zu ersetzen, wenn er im Hoheitsgebiet dieses Mitgliedstaats entstanden ist. Auch wenn der „insbesondere“-Zusatz auf ein anderes Verständnis hindeuten könnte, kann ein Mitgliedsstaat den gerechten Ausgleich nicht auch für Handlungen in anderen Mitgliedstaaten erheben.

¹³⁰¹ Vgl. *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 10 f. Zum Teil wird dies als Destinationslösung bezeichnet (vgl. *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 18).

¹³⁰² EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 35 f. – Opus; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 58 f. – Amazon. Vgl. auch GA *Szpunar*, Schlussanträge vom 19.1.2016, Rs. C-470/14, Rn. 39 – EGEDA; *Homar* in: Henneemann/Sattler, Immaterialgüter und Digitalisierung, 2017, S. 199, 203; *Schmitt* MR-Int. 2013, 9, 18; *Sujecki* GRUR-Prax 2011, 298; *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 10 f. Anders *Rieken* GRUR-Prax 2013, 339, wonach der EuGH auf den Ort des Erwerbs abstelle. Ähnlich auch *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 715. Siehe auch *Roder-Hießrich* ZUM 2021, 569, 579 f. mit Erwägungen zur territorialen Zuständigkeit beim Cloud-Computing, wobei sie nicht streng auf den Wohnsitz abstellt, die Wertung aber im Rahmen ihrer Ar-

weiligen Mitgliedstaaten. Diese Vorgabe tritt praktischen Problemen bei der Feststellung des Ortes der einzelnen Nutzungen entgegen, aus denen sich wiederum Probleme bei der Durchsetzung der Ansprüche ergeben könnten. Für die Bestimmung des Wohnsitzes kann auf Art. 2 Nr. 2 VO Portabilitäts-VO zurückgegriffen werden.¹³⁰³ Aus der territorialen Zuständigkeit zur Gewährleistung des Ausgleichs für bestimmte Nutzungen folgt die Zuständigkeit des Mitgliedstaates, die Erhebung der aus dem gerechten Ausgleich gerichteten Abgabe zu ermöglichen und zwar unabhängig davon, ob der Ausgleichsschuldner im Mitgliedstaat ansässig ist.¹³⁰⁴ Bei fehlender territorialer Zuständigkeit zur Anwendung des gerechten Ausgleichs in einem Mitgliedstaat kann derjenige, der die Abgabe geleistet hat, Erstattung verlangen.¹³⁰⁵ Dahingegen kann ein Ausgleichsschuldner die Leistung unter Berufung darauf verweigern, bereits in einem anderen Mitgliedstaat auf eine entsprechende Abgabe in Anspruch genommen worden zu sein.¹³⁰⁶ Nicht unionsrechtskonform ist es damit, den Ausgleich im Land der Herstellung bzw. des Inverkehrbringens von ausgleichspflichtigen Anlagen anzuwenden und im Folgenden die Einnahmen weiterzuleiten.¹³⁰⁷

Sowohl das Bestimmungslandprinzip als auch die mit ihm einhergehende Kompetenz zur Anwendung des Ausgleichs in dem Mitgliedstaat, in dem der Ausgleich geschuldet ist, sind im Grunde vor allem wegen der unterschiedlichen Ausgleichsniveaus in den verschiedenen Mitgliedstaaten sachgerecht.¹³⁰⁸ Dass der Wohnsitz nach dem EuGH als maßgebliches Abgrenzungskriterium angesehen werden muss,¹³⁰⁹ ist nicht differenziert ge-

gumentation heranzieht. Unpräzise HK/*Hentsch* 4. Aufl. 2018, Vor § 54 UrhG Rn. 28, der davon ausgeht, der EuGH befasse sich in *Opus* insoweit mit dem anwendbaren Recht.

¹³⁰³ Dazu Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, Art. 2 Portabilitäts-VO Rn. 4; Fromm/Nordemann/Engels/J. B. Nordemann 12. Aufl. 2018, Art. 2 Portabilitäts-VO Rn. 4

¹³⁰⁴ Vgl. EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 34 – Opus.

¹³⁰⁵ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 65 – Amazon, wobei davon auszugehen ist, dass die Mitgliedstaaten einen Erstattungsanspruch gegen denjenigen vorsehen können, der den Zahlungsanspruch geltend gemacht hat. Dass nach dem Wortlaut des Urteils Erstattung vom Mitgliedstaat verlangt werden kann, ist unpräzise.

¹³⁰⁶ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 64 – Amazon. Dazu Kur/Dreier/Luginbuehl European IP Law, 2. Aufl. 2019, S. 381; Kucsko/Handig/Zemann 2. Aufl. 2017 § 42b östUrhG, Rn. 35; Dokalik/Zemann/Zemann Österreichisches und internationales Urheberrecht, 7. Aufl. 2018, S. 339.

¹³⁰⁷ Vgl. Anderl/Grama ecoloex 2013, 640, 643. Ähnlich wohl auch *Sujecki* GRUR-Prax 2011, 298. Wohingegen die zu Beginn des Abschnitts dargestellte Unterscheidung zwischen Bestimmungsland- und Herkunftslandprinzip die Zuordnung der Ausgleichsleistung zu Nutzungen in einem Mitgliedsstaat betreffen, geht es bei der vorliegenden Abgrenzung um die Zuständigkeit für die Anwendung der Abgabe, die von dieser Frage losgelöst betrachtet werden kann.

¹³⁰⁸ Vgl. auch Vgl. *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 10 f.

¹³⁰⁹ Der EuGH ist meines Erachtens ohne Zweifel in diesem Sinne zu interpretieren, vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 59 – Amazon. Siehe auch Hoeren/Sieber/Holznapel/U. Müller HdB-MMR, 54. EL

nug.¹³¹⁰ Es greift zu kurz, davon auszugehen, der Schaden entstehe im Wohnsitzmitgliedstaat des Käufers. Nutzungen können und dürfen unabhängig vom Wohnsitz des Nutzers auch in anderen Staaten erfolgen.¹³¹¹ Dass der EuGH den Wohnsitz des Nutzers als relevant erachtet, dürfte darauf zurückzuführen sein, dass er bei der Normierung der Anforderung in *Amazon* Vorgaben aus *Opus* in einen anderen Kontext überführt.¹³¹² Die Annahme aus *Opus*, der vom gerechten Ausgleich zu kompensierende Schaden entstehe im Wohnsitzmitgliedstaat des Endnutzers, erfolgte, um die wirksame Erhebung des Ausgleichs abzusichern.¹³¹³ Die Rechtsprechung eröffnete die Möglichkeit, den gerechten Ausgleich anwenden zu können – unabhängig vom Sitz des Veräußerers in einem anderen Mitgliedstaat.¹³¹⁴ Dass der EuGH insofern den Wohnsitz des Erwerbers abstellt, war in der Vorlagefrage angelegt.¹³¹⁵ Der EuGH hätte für dieses Ergebnis genauso gut darauf verweisen können, dass die Anlagen im Wohnsitzstaat des Erwerbers in Verkehr gebracht oder voraussichtlich dort genutzt werden, ohne den inhaltlichen Kern der Rechtsprechung anzutasten.¹³¹⁶ Eine differenziertere Betrachtung war insofern nicht erforderlich. Wenn sich der EuGH dann in *Amazon* auf diese Rechtsprechung bezieht, um das Erfordernis einer Erstattung bei fehlender territorialer Zuständigkeit zu begründen,¹³¹⁷ schreibt er seine Rechtsprechung zwar konsequent fort, würdigt aber nicht hinreichend, dass diese Abgrenzung in *Opus* nicht maßgeblich war. Die aus der Vorgabe resultierenden Ergebnisse sind zu pauschal und nicht sachgerecht.¹³¹⁸ So müsste beispielsweise nach dem Stand

2020, Teil 7.5. Rn.76. Ähnlich Kucsko/Handig/Zemann 2. Aufl. 2017, § 42b östUrhG, Rn. 63. Im Ergebnis anders aber *St. Müller* ZUM 2014, 11, 14.

¹³¹⁰ A.A. *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 10 f.

¹³¹¹ Gerade tragbare Anlagen – wie beispielsweise Notebooks, Mobiltelefone oder auch USB-Sticks – werden oftmals auch in anderen Mitgliedstaaten verwendet. Der Portabilitäts-VO liegt die Annahme zu Grunde, dass Nutzungen immer häufiger nicht am Wohnsitz des Verbrauchers, sondern auch in anderen Mitgliedstaaten erfolgen, vgl. EGr. 2 ff. Portabilitäts-VO. Siehe auch Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, Art. 1 Portabilitäts-VO Rn. 1 sowie im Allgemeinen zu den Motiven der Verordnung *Roos* MMR 2017, 147, 148.

¹³¹² Vgl. aber *Vitorino* Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, 2013, S. 10 f., der dieses Ergebnis in *Opus* angelegt sieht.

¹³¹³ EuGH GRUR 2011, 909 Rn. 35 f. – *Opus*. Vgl. *Müller* ZUM 2011, 631, 632; *Kröber* GRUR 2011, 911, 912.

¹³¹⁴ Vgl. EuGH GRUR 2011,909, Rn. 41 – *Opus*.

¹³¹⁵ Vgl. EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 17, Frage 2 – *Opus*.

¹³¹⁶ So stellt GA *Mengozi*, Schlussanträge vom 7.3.21023, Rs. C-521/11, Rn. 89 – *Amazon* im Lichte von *Opus* auf den Ort des Erwerbs ab. Ähnlich *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 714, der aufs Zielland abstellt.

¹³¹⁷ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 61 m. V. a. EuGH GRUR 2011,909, Rn. 40 – *Opus*.

¹³¹⁸ Für sich genommen ist der Wohnsitz des Nutzers auch nicht geeignet, die territoriale Zuständigkeit für die Anwendung einer Abgabe zu begründen, da eine Abgabe im Rahmen der qualifizierten Dritthaftung beim ersten Inverkehrbringen angewendet werden darf. Insofern wird man bis zum Nachweis

der Rechtsprechung bezweifelt werden, dass in Deutschland eine Abgabe angewendet werden kann, wenn im deutschen Hoheitsgebiet eine Anlage von einer in Luxemburg ansässigen Person erworben wird – und zwar selbst dann, wenn sie diese in Deutschland nutzen will.¹³¹⁹ Inzwischen stellen aber auch *Austro-Mechana* und *Strato* für die Zuständigkeit auf den Wohnsitz des Nutzers ab.¹³²⁰

Es erscheint sachgerechter, die Zuständigkeit flexibel abzugrenzen, wobei je nach Ausgestaltung des Ausgleichssystems auf den Umstand abzustellen ist, der am ehesten einen tragfähigen Rückschluss auf den Ort des Schadens zulässt und dessen Feststellung keine unüberwindbaren praktischen Schwierigkeiten bereitet. Für eine Privatkopieabgabe, die von Cloud-Dienstleistern erhoben wird, könnte dies der Wohnsitz des Nutzers sein.¹³²¹ Für Geräte- oder Speichermedienabgaben wäre derjenige Mitgliedstaat zuständig, in dem die ausgleichspflichtigen Anlagen voraussichtlich schwerpunktmäßig genutzt werden. Das trägt dem legitimen Ansinnen Rechnung, die Zuständigkeitsbereiche der Mitgliedstaaten eindeutig voneinander abzugrenzen, um sachwidrige Doppelbelastungen zu vermeiden.¹³²² Insofern kann widerleglich vermutet werden, dass die Anlage in dem Staat, in dem sie erworben wurde, verbleibt und vorrangig verwendet wird.¹³²³ Im Versandhandel kann – entsprechend der *Opus* zugrundeliegenden Wertung – auf den Lieferort bzw. auf den Aufenthalt des Enderwerbers abgestellt werden. Der permanente Wohnsitz eines Erwerbers kann als Indiz für eine dortige schwerpunktmäßige Nutzung herangezogen

des Gegenteils davon ausgehen können, dass beim Zwischenerwerb eine Veräußerung an einen im jeweiligen Hoheitsgebiet wohnhaften Enderwerber erfolgt.

¹³¹⁹ Kucsko/*Handig/Zemann* 2. Aufl. 2017, § 42b östUrhG, Rn. 64 erachtet eine Erstattung in diesem Fall nach dem Stand der Rechtsprechung für möglich. Vgl. auch zur gegensätzlichen Behandlung des Touristenexports nach dem klassischen Verständnis des österreichischen Rechts *Walter* FS Griss 2011, S. 693, 710.

¹³²⁰ GRUR 2016, 927 Rn. 20 – *Austro-Mechana*; EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 38 – *Strato*.

¹³²¹ Vgl. *Stieper* ZUM 2019, 1, 5. Siehe auch *Roder-Hießlerich* ZUM 2021, 569, 579 f.

¹³²² Diese Auslegung schließt die wirtschaftliche Belastung eines Nutzers mit zwei Pauschalabgaben für eine ausgleichspflichtige Anlage weitestgehend aus. Denkbar bleibt, dass ein Erwerber in dem Mitgliedsstaat, in dem er die Abgabe erwirbt, eine Geräteabgabe leisten muss und keine Erstattung verlangen kann, da er sie dort schwerpunktmäßig nutzt. Sieht aber ein anderer Mitgliedsstaat eine Vergütung vor, die die Zahl der vorgenommenen Vervielfältigungen berücksichtigt (vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 65 ff. – *Reprobel*), so kann er auch insofern für die bei einem vorübergehenden Aufenthalt mit dem Gerät angefertigten Kopien in Anspruch genommen werden. Diese zweifache Inanspruchnahme ist eine Konsequenz aus den mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielräumen bei der Umsetzung des gerechten Ausgleichs im Zusammenhang mit der Zulässigkeit von Pauschalierungen, wobei jede Abgabe konzeptuell diejenigen Nutzungen betrifft, die in einem Mitgliedsstaat angefertigt werden. Krit. hinsichtlich einer damit einhergehenden Überkompensation *Grünberger* ZUM 2022, 321, 339.

¹³²³ Vgl. auch *Rieken* GRUR-Prax 2013, 339; *Dokalik/Zemann/Zemann* Österreichisches und internationales Urheberrecht, 7. Aufl. 2018, S. 329.

werden und kann für sich genommen die Zuständigkeit eines Mitgliedstaates weder verbindlich noch abschließend begründen.

Teil 2: Die Unionsrechtskonformität des deutschen Vergütungssystems nach §§ 54 ff. UrhG

Über die Auswirkungen der unionsrechtlichen Vorgaben zum gerechten Ausgleich auf das System der angemessenen Vergütung gemäß §§ 54 ff. UrhG besteht Uneinigkeit.¹³²⁴ Aus dem gerechten Ausgleich ergeben sich für die Mitgliedstaaten verbindliche materielle Anforderungen, denen sie bei der Umsetzung der Richtlinienvorgaben Genüge tun müssen.¹³²⁵ Dass es sich bei dem gerechten Ausgleich und der angemessenen Vergütung um unterschiedliche Konzepte handelt, spielt für das Umsetzungserfordernis keine Rolle.¹³²⁶ Maßgeblich ist allein, dass die Vorgaben des nationalen Rechts den unionsrechtlichen Anforderungen genügen. Mit welchem Begriff ein Mitgliedstaat das Ausgleichskonzept bezeichnet, ist unbeachtlich. Diese Entscheidung über die Form der Umsetzung steht den Mitgliedstaaten zu, Art. 288 Abs. 3 AEUV.¹³²⁷ Die angemessene Vergütung für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch gemäß §§ 54 ff. UrhG dient der Umsetzung des gerech-

¹³²⁴ Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 12.

¹³²⁵ Vgl. Koch/Druschel GRUR 2015, 957, 958; Oberfell/Stieper FS 50 Jahre UrhG, 2015, S. 223, 228; Pflüger Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 52 ff., 124 f.; Ullmann CR 2012, 288, 288 f. Vgl. auch Stöhr Gesetzliche Vergütungsansprüche im Urheberrecht, 2007, S. 82.

¹³²⁶ Vgl. BeckOK/Grübler 40. Aufl. 2023, § 54 UrhG Rn. 5; Koch/Druschel GRUR 2015, 957, 968 f. Anders hingegen Reinbothe FS Walter 2018, S. 101, 112 f.; ders. in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 319 ff.; ders. GRUR-Prax 2015, 454, 455 f., der von einer Koexistenz von gerechtem Ausgleich und angemessener Vergütung ausgeht. Die vom EuGH normierten Anforderungen sollen nicht auf eine angemessene Vergütung übertragen werden, soweit der Gerichtshof diese auf den gerechten Ausgleich beschränkt. Das überzeugt nicht, da dieses Verständnis keinen Rückhalt in der Richtlinie findet. Es lässt sich kaum mit dem Charakter des gerechten Ausgleichs als autonomer Begriff des Unionsrechts vereinbaren und würde die harmonisierende Wirkung unterwandern. Das Verständnis von Reinbothe lässt sich nach meinem Dafürhalten nicht mit der EuGH-Rechtsprechung vereinbaren. Der misst die nationalen Regelungen strikt an den Anforderungen des gerechten Ausgleichs, ohne eine entsprechende Differenzierung vorzunehmen – auch in Verfahren, in denen das nationale Recht eine angemessene Vergütung vorsieht (vgl. beispielsweise EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 26 – Amazon). Ähnlich wie Reinbothe aber auch Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, der meint, Mitgliedstaaten könnten ihre unterschiedlichen nationalen Systeme beibehalten, sondern aber feststellt, der EuGH übe inzwischen jedoch eine strenge Kontrolle aus.

¹³²⁷ Der EuGH misst dem Umstand, wie die nationalen Konzepte bezeichnet werden, keine erkennbare Bedeutung zu. Den Vorlageverfahren lagen nationale Regelungen mit unterschiedlichsten Bezeichnungen zu Grunde. So übernehmen einige Mitgliedstaaten den Begriff des gerechten Ausgleichs ins nationale Recht (vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 12 – Padawan (Spanien)). Andere bezeichnen den Anspruch als angemessene Vergütung (vgl. EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 10 ACI Adam (Niederlande, wobei die deutsche Übersetzung des Urteils von einer „gerechten Vergütung“ spricht); EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 22 – Luksan (Österreich)). Andere Mitgliedstaaten verwenden keinen der beiden Begriffe (EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 8 f. – Copydan (Dänemark: Entgelt (*vederlaget*)); EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 9 ff. – Repobel (Belgien: Vergütung (*rémunération*)); EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 8 ff. – Microsoft Mobile Sales International (Italien: Ausgleich (*compenso*)); EuGH ZUM-RD 2017, 505, Rn. 11 f. – SAWP (Polen: Abgabe (*oplaty*))).

ten Ausgleichs gemäß Art. 5 InfoSoc-Richtlinie.¹³²⁸ Die mitgliedstaatliche Umsetzungspflicht der Richtlinienvorgaben, Art. 288 Abs. 3 AEUV, soll nach der Vorstellung des nationalen Gesetzgebers durch diese gesetzlichen Regelungen erfüllt werden. Für die Auslegung der §§ 54 ff. UrhG kann dabei Bedeutung erlangen, dass der deutsche Gesetzgeber in dem Willen handelte, eine unionsrechtskonforme Regelung zu schaffen.¹³²⁹ Er war bestrebt, die InfoSoc-Richtlinie umzusetzen.¹³³⁰ Dieser Umsetzungswille umfasst auch den gerechten Ausgleich.¹³³¹ Nach Verabschiedung der Richtlinie ging der Gesetzgeber von der Unionsrechtskonformität der angemessenen Vergütung aus.¹³³² Ungeachtet der lediglich punktuell zu Tage tretenden Auseinandersetzung mit den unionsrechtlichen Vorgaben,¹³³³ lassen die Gesetzgebungsmaterialien erkennen, dass er eine richtlinienkonforme Regelung schaffen wollte. Hieraus folgt, dass die deutschen Gerichte unter Berücksichtigung des ganzen nationalen Rechts alles zu erledigen haben, um die volle Wirksamkeit des gerechten Ausgleichs zu gewährleisten.¹³³⁴ Sie müssen das nationale Recht richtlinienkonform auslegen und ggfs. Auch fortbilden und sich dabei soweit wie möglich insbesondere

¹³²⁸ BT-Drs. 18/7233, S. 66 f.; BGH GRUR 2022, 1516, Rn. 17 f. – Eigennutzung; BeckOK/*Grübler* 40. Aufl. 2023, § 54 UrhG Rn. 5; *Grünberger ZUM* 2022, 321, 338; *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S. 4; *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger 2016, S. 459, 466; *Jani/Ebbinghaus* GRUR-Prax 2011, 71, 71 f.; *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 963 f.; *Leistner* GRUR Int. 2015, 681, 685 f.; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 29, 5 ff.; *Wandtke/Bullinger/Läift* 6. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 6; *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2022, 3, 11; *Fromm/Nordemann/Wirtz* 12. Aufl. 2018, § 54 UrhG Rn. 11. Vgl. auch *Schack* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 516; *Wandtke/Ostendorff* Urheberrecht, 9. Aufl. 2023, Kap. 5 Rn. 28.

¹³²⁹ Vgl. *Calliess/Ruffert/Kahl* 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 161 m. w. N.

¹³³⁰ BT-Drs. 15/837, S. 2; BT-Drs. 16/1828, S. 1. So auch *Leistner* GRUR Int. 2015, 681, 685. Der Willen des Gesetzgebers zur richtliniengetreuen Umsetzung ist regelmäßig zu unterstellen (BGH NJW 2016, 1718, Rn. 75 – Gaspreise in der Grundversorgung; *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2017, 217, 218; *Zöchling-Jud* MR 2016, 23, 28).

¹³³¹ Vgl. BT-Drs. 16/1828, S. 1, 14 ff.: Der Gesetzesentwurf der Bundesregierung stellt keinen allgemeinen Bezug zwischen der Überarbeitung des pauschalen Vergütungssystems und den Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie her. Siehe auch *Jani/Ebbinghaus* GRUR-Prax 2011, 71, 72 f.; *Leistner* GRUR Int. 2015, 681, 685.

¹³³² Vgl. *Kress* Die private Vervielfältigung im Urheberrecht, 2004, S. 288, der darlegt, dass sich die in der Überarbeitung im Rahmen des Zweiten Korbes niedergeschlagen hat.

¹³³³ Siehe BT-Drs. 18/7223, S. 66 f. zur Festsetzung der Geräte- und Speichermedienvergütung; BT-Drs. 16/1828, S. 17 zur Beteiligung von Sendeunternehmen an der Geräte- und Speichermedienvergütung. Zu Letzterem *Leistner* ZGE 2013, 312, 363. So ging der Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem Zweiten Korb von der Unionsrechtskonformität der angemessenen Vergütung aus, ohne sich zu einer Anpassung veranlasst zu sehen (BT-Drs. 16/1828, S. 1, 28 f.). Siehe auch das Verständnis der Bundesregierung im zweiten Vergütungsbericht (BT-Drs. 14/3972, S. 18), die auf Grundlage des geänderten Richtlinienvorschlags (KOM(1999) 250 endg.) davon ausging, das deutsche Recht entspreche den europäischen Anforderungen.

¹³³⁴ *Grüneberg/Grüneberg* 83. Aufl. 2024, Einl. Rn. 43.

auch am Zweck der unionsrechtlichen Vorgaben ausrichten.¹³³⁵ Zugleich hat der Gesetzgeber auch nach Ablauf der Umsetzungsfrist an der herkömmlichen Bezeichnung als angemessene Vergütung festgehalten. Er bringt zum Ausdruck, dass er weitgehend an der Konzeption festhalten möchte und diese nicht in Gänze durch ein neuartiges Ausgleichskonzept ersetzen will.¹³³⁶ Das System der angemessenen Vergütung stellt ein gesondertes Ausgleichssystem dar, das darauf ausgerichtet ist, den Rechtsinhabern eine finanzielle Leistung zu gewähren.¹³³⁷

¹³³⁵ EuGH BeckRS 2004, 71617 Rn. 26, 28 – v. Colson und Kamann; EuGH NJW 2004, 3547, Rn. 113 – Pfeiffer u.a.; BGH NJW 2016, 1718, Rn. 36 f.; Grüneberg/*Grüneberg* 83. Aufl 2024, Einl. Rn. 43 m. w. N.

¹³³⁶ Vgl. BT-Drs. 16/1828, S. 1, 14 ff. Tendenziell anders *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger 2016, S. 459, 466, die die Bezeichnung als angemessene Vergütung als sprachliche Variante des gerechten Ausgleichs erachten. Ähnlich Spindler/Schuster/*Wiebe* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 54 UrhG Rn. 2.

¹³³⁷ Siehe Teil 1: F.I.

A. Berechtigung und Verkehrsfähigkeit

I. Berechtigung

Nach dem Wortlaut der §§ 54 ff. UrhG haben Urheber Ansprüche auf die angemessene Vergütung. Der Anspruch aus § 54 UrhG steht ihnen zu, wenn die Art des Werkes eine nach § 53 Abs. 1 oder Abs. 2 oder den §§ 60a bis 60f erlaubte Vervielfältigung erwarten lässt.¹³³⁸ Die Vorschrift findet entsprechende Anwendung auf fast alle Kategorien von Leistungsschutzberechtigten.¹³³⁹ Die Begünstigung von ausübenden Künstlern, Tonträgerherstellern und Filmherstellern ist in der InfoSoc-Richtlinie vorgesehen. Dass das System darüber hinaus analog auf die Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben, Herausgeber nachgelassener Werke, Lichtbildner, Veranstalter und den Hersteller von Laufbildern angewendet wird, ist unschädlich, da diese Begünstigungen die Rechte der Urheber nicht beeinträchtigen.¹³⁴⁰ Für die Berechtigung ist maßgeblich, dass die Art des Werkes bzw. Schutzgegenstandes eine Nutzung nach den zu vergütenden Schranken erwarten lässt. Das Gesetz vergütet damit aus praktischen Gründen nicht die tatsächliche Nutzung, sondern die zu vermutende Nutzung. Die Berechtigung bezieht sich damit in unionsrechtskonformer Weise auf die zum Zeitpunkt der Anwendung der Abgabe noch anstehende Nutzung.¹³⁴¹

¹³³⁸ Vgl. *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 586.

¹³³⁹ Vgl. *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 15. Siehe exemplarisch für die ausübenden Künstler *BeckOK/Stang* 40. Aufl. 2023, § 83 UrhG Rn. 6; *Schricker/Loewenheim/Vogel* 6. Aufl. 2020, § 83 UrhG Rn. 8. Namentlich gilt das für die Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben, § 70 Abs. 1 UrhG, die Herausgeber nachgelassener Werke, § 71 Abs. 1 S. 3, die Lichtbildner, § 72 Abs. 1 UrhG, die ausübenden Künstler und Veranstalter, § 83 UrhG, Tonträgerhersteller, § 85 Abs. 4 UrhG, Presseverleger, § 87i UrhG; Filmhersteller, § 94 Abs. 4 UrhG sowie Hersteller von Laufbildern, § 95 UrhG i.V.m. § 94 Abs. 4 UrhG. Zum Ausschluss der Sendeunternehmen gemäß § 87 Abs. 4 UrhG sogleich.

¹³⁴⁰ Vgl. EuGH GRUR 2017, 62, Rn. 48 – *Soulier*. Das gilt nach dem hier verfolgten Verständnis zur Festsetzung des Ausgleichs. Sofern die Kappungsgrenze aus § 54a Abs. 4 UrhG angewendet wird, gefährdet dies letztlich die Unionsrechtskonformität der Regelungen an sich, da die damit einhergehende Vergrößerung des Kreises der Berechtigten faktisch zu einer Verringerung der Einnahmen der nach der InfoSoc-Richtlinie zwingend Berechtigten führt. Siehe auch *Dreier* ZUM 2002, 28, 29; *Triebe* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 232.

¹³⁴¹ Das ergibt sich aus EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 55 f. – *Padawan*; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 72 f. – *Reprobel*. Vgl. demgegenüber aber noch die §§ 54, 54a UrhG (i.d.F.v. 1994), die zwar ebenfalls an die Erwartung der privilegierten Nutzung des Werks anknüpften, die angemessene Vergütung aber explizit für die Möglichkeit dieser Nutzungen gewährten (dazu BGH GRUR 2002, 246, 248 – *Scanner*; BGH GRUR 1981, 355, 359 – *Video-Recorder*). Zumindest sofern dieser abstrakte Bezug zur Schranke auch für die Bestimmung der Höhe des Anspruchs herangezogen würde, wäre dies nach dem Stand der EuGH-Rechtsprechung nicht mit dem Unionsrecht vereinbar.

Problematisch ist, dass eine entsprechende Geltung der Geräte- und Speichermedienabgabe für Sendeunternehmen gemäß § 87 Abs. 4 UrhG ausgeschlossen ist.¹³⁴² Die erforderliche Klarstellung wurde nunmehr durch den EuGH herbeigeführt¹³⁴³ und die Beurteilung der nationalen Vorgaben muss diese Vorgaben berücksichtigen.

Zunächst ist festzustellen, dass ein Ausschluss von Sendeunternehmen vom Vergütungssystem weder auf das Sendeprivileg noch auf eine vermeintliche Reduzierung der Ansprüche der übrigen Berechtigten gestützt werden kann. Mit Blick auf die nationale Ausgestaltung steht der Ausschluss von der Geräte- und Speichermedienabgabe konzeptuell in Zusammenhang zum Sendeprivileg aus § 78 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 1 UrhG. Diese „Abschwächung“ des Ausschließlichkeitsrechts zur vergütungspflichtigen Schranke soll einen gesetzlich vorgeschriebenen Vorteil der Sendeunternehmen darstellen, der die Notwendigkeit einer Beteiligung am Aufkommen der Geräte- und Speichermedienvergütung entfallen können lassen soll.¹³⁴⁴ Dieses Argument verfängt nicht, da deutliche Anzeichen für die Notwendigkeit sprechen, den gerechten Ausgleich als Zahlungsanspruch aus einem besonderen Ausgleichssystem auszugestalten.¹³⁴⁵ Hierauf stellt der EuGH auch im Zusammenhang mit den Ansprüchen von Sendeunternehmen auf einen gerechten Ausgleich ab, ohne Abweichungen hiervon erkennbar in Betracht zu ziehen.¹³⁴⁶ Auch das Argument des deutschen Gesetzgebers, eine Beteiligung der Sendeunternehmen ginge zu Lasten der übrigen Berechtigten,¹³⁴⁷ kann nach dem hiesigen Verständnis der unionsrechtlichen Vorgaben weder überzeugen noch den Ausschluss rechtfertigen.¹³⁴⁸ Da der Anspruch ausschließlich auf Grundlage des Schadens der jeweiligen Berechtigten zu bemessen ist,¹³⁴⁹ ist

¹³⁴² Damit kommt eine Anwendung des § 54c UrhG zwar theoretisch in Betracht (vgl. Fromm/Nordemann/*Boddien* 12. Auf. 2018, § 87 UrhG Rn. 42), ist aber praktisch bedeutungslos, da die Funksendungen nicht im Wege der Ablichtung oder in einem vergleichbaren Verfahren vervielfältigt werden. Zur Historie des Ausschlusses *Götting* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, 2004, S. 15 ff.

¹³⁴³ EuGH GRUR 2024, 51 – Seven.One Entertainment Group. Siehe bereits Teil 1: E.I.1. Zur deutschen Regelung BVerfG ZUM 2011, 236, 237; BGH GRUR 2010, 924, Rn. 13 – Sendeunternehmen/Deutschland; KG ZUM 2009, 567, 571.

¹³⁴⁴ Vgl. BT-Drs. 18/1828, S. 17; BR-Drs. 257/06, S. 32. Krit. zu dem Argument auch *Triebe* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 190 f.

¹³⁴⁵ Siehe bereits Teil 1: F.I. Vgl. auf Grundlage der Richtlinie auch *Triebe* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 245. Krit. auch *Leistner* ZGE 2013, 312, 339 f., wonach derartige Begünstigungen allenfalls für die Höhe des Ausgleichs bedeutsam sein können.

¹³⁴⁶ EuGH GRUR 2024, 51, Rn. 32 ff. – Seven.One Entertainment Group.

¹³⁴⁷ BT-Drs. 18/1828, S. 17.

¹³⁴⁸ Ähnlich *Götting* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, 2004, S. 33 f., der seine Kritik an diesem „Verteilungsargument“ jedoch maßgeblich auf eine Gleichrangigkeit der Schutzrechte stützt.

¹³⁴⁹ Bezogen auf Sendeunternehmen EuGH GRUR 2024, 51, Rn. 37 – Seven.One Entertainment Group.

eine Kappung unzulässig. Daher würde eine Erweiterung des Kreises der Begünstigung im Verhältnis zur derzeitigen Praxis zwar in den Interessenausgleich zwischen den Beteiligten eingreifen, müsste konzeptionell aber zu einer stärkeren Belastung der Nutzer führen.

Nach der jüngsten EuGH-Rechtsprechung steht fest, dass eine Anspruchsberechtigung der Sendeunternehmen unionsrechtlich grundsätzlich geboten ist und nur unter bestimmten engen Voraussetzungen entfallen kann.¹³⁵⁰ Dies setzt unter anderem voraus, dass ein nationales Gericht das Vorliegen der vom EuGH konkretisierten Voraussetzungen bejaht.¹³⁵¹ Eine Pflicht des Mitgliedstaats, eine entsprechende Geringfügigkeitsausnahme vorzusehen, ergibt sich aus der EuGH-Rechtsprechung zumindest nicht unmittelbar. Angesichts des eindeutigen Wortlauts von § 87 Abs. 4 UrhG ist es nicht möglich, die Bestimmung des nationalen Rechts richtlinienkonform auszulegen bzw. die Nichtanwendung über eine teleologische Reduktion zu begründen.¹³⁵² Eine Anpassung des deutschen Rechts ist erforderlich, da dem nationalen Gesetzgeber ein Ausschluss der Sendeunternehmen vom Vergütungssystem unter Verweis auf einen fehlenden oder nur geringfügigen Schaden von vornherein verwehrt ist.¹³⁵³ *Leistner* argumentierte angesichts der Intention des Gesetzgebers, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen,¹³⁵⁴ dass eine verdeckte Regelungslücke bestünde, die nur durch eine Ausweitung der Verweisung aus § 87 Abs. 4 UrhG auf den Abschnitt zu den Schranken des Urheberrechts geschlossen werden könne.¹³⁵⁵ Dies überzeugt nicht, da es auf eine Auslegung *contra legem* hinausläuft.¹³⁵⁶ Eine

¹³⁵⁰ EuGH GRUR 2024, 51, Rn. 22 ff. – Seven.One Entertainment Group.

¹³⁵¹ EuGH GRUR 2024, 51, Rn. 49 ff. – Seven.One Entertainment Group.

¹³⁵² *Hillig* GRUR-Prax 2019, 64; *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2024, 3, 17; Schricker/Loewenheim/*v. Ungern-Sternberg* 6. Aufl. 2020, § 87 UrhG Rn. 104. So im Ergebnis auch OLG München MMR 2019, 384, Rn. 13 ff. – Ausschluss von Sendeunternehmen von Vergütungspflicht. Siehe auch *Flechtsig* GRUR-Prax 2023, 755; *Triebe* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 255 f.

¹³⁵³ *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2024, 3, 17.

¹³⁵⁴ BT-Drs. 18/1828, S. 17.

¹³⁵⁵ *Leistner* ZGE 2013, 312, 362 ff.

¹³⁵⁶ Siehe auch *Möllers* Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 12 Rn. 76 ff., der darlegt, dass die Grenzen der richtlinienkonformen Rechtsfortbildung noch wenig geklärt sind. Er spricht sich dafür aus, dass eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung im Grunde bei Irrtum des nationalen Gesetzgebers zulässig sei, schließt diese aber bei Widerspruch gegen grundlegende Wertentscheidungen im nationalen Recht aus. Eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung, mit der die Position der Rechtsinhaber um den gesetzlichen Vergütungsanspruch erweitert würde, wäre ein systematischer Bruch mit der bewusst schwachen Ausgestaltung der Befugnisse der Sendeunternehmen (vgl. HK/*Meckel* 4. Aufl. 2018, § 87 UrhG Rn. 1; Schricker/Loewenheim/*v. Ungern-Sternberg* 6. Aufl. 2020, § 87 UrhG Rn. 102), der der nationale Gesetzgeber eine grundlegende Bedeutung für die Konzeption des Leistungsschutzrechts zuerkennt. Aus dem gleichen Grund ist der Vorschlag zu einer differenzierenden Auslegung von *Krause/Meier* ZUM 2023, 568, 570 nicht überzeugend – zumal die entsprechende Unterscheidung, wie die Autoren selbst eingestehen, nicht gesetzlich vorgesehen ist.

entsprechende Anwendung der Geräte- und Speichermedienabgabe ist angesichts der mitgliedstaatlichen Ausgestaltungsspielräume nicht möglich.¹³⁵⁷ Es würde dem Willen des nationale Gesetzgebers, den Schutz des Sendeunternehmers auf das unbedingt Erforderliche zu beschränken,¹³⁵⁸ nicht hinreichend Rechnung tragen, die Regelung für Urheber und andere Leistungsschutzberechtigte zu übertragen.

II. Verzichtsverbot

Rechtsinhaber können auf den Anspruch auf angemessene Vergütung nicht im Voraus verzichten. Dies ergibt sich aus § 63a Abs. 1 S. 1 UrhG, der dieses Verbot allgemein für alle gesetzlichen Vergütungsansprüche regelt. Das Verbot des Vorausverzichts, d. h. der Verzicht vor Entstehen des Anspruchs,¹³⁵⁹ ergänzt die Erwägung, dass die gesetzlichen Vergütungsansprüche den originären Rechtsinhabern zugedacht sind und ihnen als Teil ihrer angemessenen Vergütung verbleiben sollen.¹³⁶⁰ Die Regelung dient dem Schutz der Rechtsinhaber angesichts ihrer oftmals schwachen Verhandlungsposition.¹³⁶¹ Neben den Urhebern, die unmittelbar im Wortlaut der Norm genannt sind, begünstigt die Norm auch verschiedene Leistungsschutzberechtigte, für die die Vorschrift entsprechend gilt.¹³⁶² Im Prinzip trägt dies dem unionsrechtlichen Verzichtsverbot Rechnung. Zweifelhaft ist allerdings, dass das Unionsrecht einen nachträglichen Verzicht zulässt.¹³⁶³ Sollte sich herausstellen, dass das Unionsrecht einen nachträglichen Verzicht nicht zulässt, könnte sich hieraus eine planwidrige Regelungslücke ergeben, die durch eine entsprechende Anwendung von § 63a Abs. 1 S. 1 UrhG geschlossen werden kann.

¹³⁵⁷ v. Ungern-Sternberg GRUR 2024, 3, 17; Schricker/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg 6. Aufl. 2020, § 87 UrhG Rn. 104 m. V. a. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 20 f. – Amazon. A.A. GA Collins Schlussanträge vom 13.7.2023, Rs. C-260/22, Rn. 31 ff. – Seven.One Entertainment Group; Krause/Meier ZUM 2023, 568, 571 f. Siehe auch Teil 2: F.

¹³⁵⁸ BT-Drs. IV/270, S.97; BGH NJW 1999, 1961, 1963 – Sendeunternehmen als Tonträgerhersteller; Schack Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 776.

¹³⁵⁹ Vgl. BGH GRUR 2016, 596, Rn. 77 – Verlegeranteil; Schricker/Loewenheim/Loewenheim 6. Aufl. 2020, § 63a UrhG Rn. 7.

¹³⁶⁰ Vgl. BT-Drs. 14/6433, S. 14.

¹³⁶¹ Vgl. BT-Drs. 14/6433, S. 13.

¹³⁶² Schricker/Loewenheim/Loewenheim 6. Aufl. 2020, § 63a UrhG Rn. 5; Fromm/Nordemann/Schaefer 12. Aufl. 2018, § 63a UrhG Rn. 5. Namentlich sind dies die Verfasser wissenschaftlicher Ausgaben, § 70 Abs. 1 UrhG, Lichtbildner, § 72 Abs. 1 UrhG, ausübende Künstler und Veranstalter, § 83 UrhG, Tonträgerhersteller, § 85 Abs. 4 UrhG, im Grunde auch Sendeunternehmen, § 87 Abs. 4 UrhG, Filmhersteller, § 94 Abs. 4 UrhG sowie die Hersteller von Laufbildern, § 95 UrhG.

¹³⁶³ Siehe Teil 1: E.II. Unkrit. hingegen Wandtke/Bullinger/Bullinger 6. Aufl. 2022, § 63a UrhG Rn. 7; Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 63a UrhG Rn. 13; Schricker/Loewenheim/Loewenheim 6. Aufl. 2020, § 63a UrhG Rn. 7; Schack Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 658 f.; Wandtke/Ostendorff Urheberrecht, 9. Aufl. 2023, Kap. 5 Rn. 33.

III. *Abtretungsbeschränkung und Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit*

Eine Vorausabtretung ist nach geltendem Recht nur noch an eine Verwertungsgesellschaft möglich, § 63a Abs. 1 S. 2 UrhG.¹³⁶⁴ Entstandene Vergütungsansprüche können nach den allgemeinen Regeln abgetreten werden, §§ 398 ff. BGB.¹³⁶⁵ Dass der deutsche Gesetzgeber die Übertragbarkeit von Ansprüchen auf gerechten Ausgleich zum Schutz der Rechtsinhaber über das unionsrechtlich erforderliche Maß einschränkt, ist nicht zu beanstanden. Angesichts der Treuhänderstellung der Verwertungsgesellschaften im Verhältnis zu ihren Wahrnehmungsberechtigten ist im Grunde gewährleistet, dass sie im Gegenzug zur Abtretung eine adäquate Leistung erhalten, vgl. § 2 Abs. 1 VGG.¹³⁶⁶ Dies wird durch § 26 VGG ausreichend abgesichert.¹³⁶⁷ Damit gerät die Regelung nicht in Konflikt mit dem Verzichtsverbot, sondern genügt den unionsrechtlichen Anforderungen an die Verkehrsfähigkeit.¹³⁶⁸ Damit steht in Zusammenhang, dass die Vergütungsansprüche verwertungsgesellschaftspflichtig sind, § 54h Abs. 1 UrhG. Das ist aus unionsrechtlicher Perspektive unbedenklich.¹³⁶⁹

¹³⁶⁴ Vgl. *Schack* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 658; *Wandtke/Ostendorff* Urheberrecht, 9. Aufl. 2023, Kap. 5 Rn. 32.

¹³⁶⁵ *Schricker/Loewenheim/Obly* 6. Aufl. 2020, § 29 UrhG Rn. 38 ff.; *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, S. 190 ff.; *Rosbach* Die Vergütungsansprüche im deutschen Urheberrecht, 1990, S. 104 ff.

¹³⁶⁶ Vgl. *BeckOK/Freudenberg* 40. Aufl. 2023, § 2 VGG Rn. 17 ff.; *Heine/Holzmüller/Heine* 2019, § 2 VGG Rn. 19; *Dreier/Schulze/Raue* 7. Aufl. 2022, § 2 VGG Rn. 5; *Schricker/Loewenheim/Reinbothe* 6. Aufl. 2020, § 2 VGG Rn. 7. Siehe auch *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 208, 238 zusätzlich mit Verweis auf das materielle Recht.

¹³⁶⁷ Vgl. *BeckOK/Freudenberg* 40. Aufl. 2023, § 26 VGG Rn. 5; *Heine/Holzmüller/Heine* 2019, § 26 VGG Rn. 7; *Loewenheim/Melichar/Staats* HdU 3. Aufl. 2021, § 53 Rn. 75; *Dreier/Schulze/Raue* 7. Aufl. 2022, § 26 VGG Rn. 2; *Schricker/Loewenheim/Reinbothe* 6. Aufl. 2020, § 26 VGG Rn. 4.

¹³⁶⁸ Siehe Teil 1: E.III.

¹³⁶⁹ Siehe Teil 1: E.IV.

B. *Ausgestaltung der Haftungsvorgaben*

I. *Ausgestaltung der Geräte- und Speichermedienabgabe*

Gemäß § 54 UrhG haben Rechtsinhaber einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung gegen den Hersteller von solchen Geräten und Speichermedien, die ihrem Typ nach zur Anfertigung von Vervielfältigungen nach den Schranken genutzt werden, auf die sich die angemessene Vergütung bezieht. Gemäß § 54b Abs. 1 UrhG haften Importeure und Händler von ausgleichspflichtigen Anlagen als Gesamtschuldner. Deren Vergütungspflicht kann unter den Voraussetzungen des § 54b Abs. 3 UrhG entfallen. Dies ist erstens der Fall, wenn eine zur Zahlung der Vergütung verpflichtete Person, von der ein Händler die Geräte oder die Speichermedien bezieht, an einen Gesamtvertrag über die Vergütung gebunden ist, § 54b Abs. 3 Nr. 1 UrhG.¹³⁷⁰ Zweitens kann der Händler durch eine Mitteilung über die von ihm bezogenen vergütungspflichtigen Geräte und Speichermedien und seine Bezugsquelle ein Entfallen der Vergütungspflicht herbeiführen, § 54b Abs. 3 Nr. 2 UrhG. Der Anspruch der Rechtsinhaber auf die Geräte- und Speichermedienvergütung entfällt gemäß § 54 Abs. 2 UrhG, soweit nach den Umständen erwartet werden kann, dass die Geräte oder Speichermedien im Geltungsbereich dieses Gesetzes nicht zu Vervielfältigungen benutzt werden.

Der BGH hält diese Vorgaben für richtlinienkonform. Er verweist darauf, dass die Mitgliedstaaten angesichts ihres weiten Ausgestaltungsermessens Form, Einzelheiten und Höhe des Ausgleichs festlegen und bestimmen, welche Personen den Ausgleich zu zahlen haben.¹³⁷¹ Auch die Überlassung von Anlagen an einen Zwischenhändler könne die Vergütung auslösen,¹³⁷² ohne dass der BGH dies vom Vorliegen weiterer Voraussetzungen abhängig machen würde. Er verweist darauf, dass eine solche Lieferung nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge keine Weiterveräußerung an Endnutzer ausschließt, die die Speichermedien zu vergütungspflichtigen Vervielfältigungen nutzen.¹³⁷³ Hersteller, Importeur und Händler auf allen Stufen der Vertriebskette können nach dem BGH auf Zahlung der Vergütung in Anspruch genommen werden.¹³⁷⁴ Entscheidend sei, dass die Ver-

¹³⁷⁰ Dazu BT-Drs. IV/270, S. 15.

¹³⁷¹ BGH GRUR 2017, 172, Rn. 51 – Musik-Handy.

¹³⁷² BGH GRUR 2017, 172, Rn. 100 – Musik-Handy; BGH GRUR 2017, 684, Rn. 40 – Externe Festplatten. Siehe bereits Teil 1: H.II.2.a)bb)(2)(a).

¹³⁷³ BGH GRUR 2017, 172, Rn. 100 – Musik-Handy; BGH GRUR 2017, 684, Rn. 40 – Externe Festplatten; BGH GRUR 2014, 984, Rn. 54 – PC III.

¹³⁷⁴ BGH GRUR 2014, 984, Rn. 54 – PC III.

gütung für ein Gerät nur einmal gefordert werden dürfe, was die gesamtschuldnerische Haftung gewährleistet. Die Vergütungspflicht sei nicht deshalb mit den Richtlinienvorgaben unvereinbar, da sie nicht danach unterscheidet, ob die vergütungspflichtigen Anlagen tatsächlich für Vervielfältigungen nach den entsprechenden Schrankenregelungen genutzt werden.¹³⁷⁵ Dem notwendigen Zusammenhang zwischen der Anwendung der Vergütung auf Vervielfältigungsanlagen und dem Gebrauch dieser Anlagen müsse Genüge getan werden.¹³⁷⁶ Es stünde den Mitgliedstaaten aber frei, Vermutungen aufzustellen – insbesondere dann, wenn die wirksame Erhebung des gerechten Ausgleichs Schwierigkeiten bereite.¹³⁷⁷ Unter Berücksichtigung der praktischen Schwierigkeiten könne eine widerlegbare Vermutung für eine solche Nutzung aufgestellt werden, wenn dieses Trägermaterial natürlichen Personen überlassen wird.¹³⁷⁸ Bei Überlassung an andere Personen sei ebenfalls eine (widerlegbare) Vermutung gerechtfertigt, dass diese Geräte auch zur Anfertigung von Privatkopien verwendet werden, wobei der BGH hierfür zum Teil auf die Ergebnisspflicht abstellt.¹³⁷⁹ Nach dem Verständnis des BGH ist damit eine endgültige Belastung mit dem Privatkopieausgleich zulässig, auch wenn Nichtprivate die Enderwerber der vergütungspflichtigen Objekte sind.¹³⁸⁰

Da der BGH eine unterschiedslose Anwendung der angemessenen Vergütung, die nicht nach der Kategorie des Enderwerbers unterscheidet, für zulässig hält,¹³⁸¹ stellt sich die Frage nicht, wie eine solche Differenzierung gewährleistet werden kann, obwohl bei dieser Überlassung der Enderwerber regelmäßig nicht feststeht. Der BGH versteht die unionsrechtlichen Vorgaben in einer Weise, die dem Ausgestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten eine hohe Bedeutung zumisst. Die sich aus der EuGH-Rechtsprechung ergebende Unterscheidung zwischen den Haftungsstufen greift er nicht auf. Er würdigt nicht, dass die zwingenden Vorgaben des Unionsrechts den mitgliedstaatlichen Gestaltungsspielraum hinsichtlich der Auswahl des Anknüpfungspunktes der Vergütung einschränken. Mithin finden sich in der Rechtsprechung des BGH keine Ausführungen dazu, wie das Systems

¹³⁷⁵ BGH GRUR 2014, 984, Rn. 49 – PC III.

¹³⁷⁶ BGH GRUR 2014, 984, Rn. 50 – PC III.

¹³⁷⁷ BGH GRUR 2014, 984, Rn. 50 – PC III m. V. a. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 40 – Amazon.

¹³⁷⁸ BGH GRUR 2014, 984, Rn. 50 – PC III. In BGH GRUR 2012, 705 Rn. 39 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät, war der BGH noch von einer unwiderleglichen Vermutung ausgegangen.

¹³⁷⁹ BGH GRUR 2021, 1516, Rn. 32 – Eigennutzung; BGH GRUR 2017, 716, Rn. 57 f. – PC mit Festplatte II; BGH GRUR 2012, 705 Rn. 42 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät. Dazu Spindler/Schuster/*Wiebe* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 54 UrhG Rn. 9.

¹³⁸⁰ Vgl. BGH GRUR 2017, 702, Rn. 54 ff. – PC mit Festplatte I; OLG München, GRUR-RS 2019, 5349, Rn. 50.

¹³⁸¹ Siehe Teil 2: C.I.2.

der angemessenen Vergütung gemäß §§ 54 ff. UrhG in die unionsrechtlichen Haftungsstufen einzuordnen ist. Die Untersuchung wird im Folgenden aufzeigen, dass das deutsche Vergütungssystem weder als einfache noch als qualifizierte Dritthaftung im Sinne der EuGH-Rechtsprechung eingeordnet werden kann. Auch der deutsche Gesetzgeber ordnet die gesetzlichen Regelung keiner Haftungsstufe zu. Das Fehlen einer Zuordnung ist vor dem Hintergrund zu verstehen, dass der EuGH die Haftungsstufen erst konkretisierte, als die Umsetzungsfrist der Richtlinie bereits lange abgelaufen war. Als der nationale Gesetzgeber sich erstmals mit der Umsetzung der Richtlinienvorgaben befasste, war es ihm nicht möglich, das Vergütungssystem in die Vorgaben der europäischen Rechtsprechung einzusortieren.

1. Keine einfache Dritthaftung

Eine einfache Dritthaftung dürfte zulässig sein, aber die Geräte- und Speichermedienvergütung sieht eine Inanspruchnahme vor, die über das auf dieser Stufe zulässige Maß hinausgeht. Es ist eine Tatsachenfrage, die eine empirische Beurteilung erfordert, ob hinreichende praktische Schwierigkeiten vorliegen, die eine einfache Dritthaftung ermöglichen. Angesichts der niedrigen Zulässigkeitschwelle für die einfache Dritthaftung ist zu erwarten, dass die Voraussetzungen im Grunde vorlägen.¹³⁸² Auf dieser Haftungsstufe könnte die Ausgleichszahlung lediglich auf der letzten Handelsstufe angewendet werden. Die Vorgaben aus §§ 54 Abs. 1, 54b Abs. 1 und 3 BGB gehen hierüber hinaus, da sie eine Haftung des Herstellers oder Importeurs beim Inverkehrbringen vorsehen,¹³⁸³ die aufgrund der Konzeption sogar vorrangige Bedeutung hat.¹³⁸⁴ Eine unionsrechtskonforme Auslegung ist angesichts des klaren Wortlauts und der Struktur der gesetzlichen Vorgaben nicht möglich. Insbesondere sind die tatbestandlichen Vorgaben zum Entfallen der Vergütungspflicht des Händlers in § 54b Abs. 3 UrhG so eindeutig gefasst, dass sie keinen Spielraum für ein Verständnis bieten, das eine Anwendung auf der letzten Handelsstufe zwingend vorsieht.

¹³⁸² Siehe auch BGH GRUR 2014, 984, Rn. 50, 52 – PC III.

¹³⁸³ Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 11; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 28. Vgl. BGH GRUR 1985, 280, 282 – Herstellerbegriff II zu § 53 Abs. 5 UrhG (i.d.F.v. 1965); Schaefer GRUR 2022, 563, 564; ders. GRUR 2020, 1248, 1253.

¹³⁸⁴ BR-Drs. 218/94, S. 14, 21 ff.; Kröber ZUM 2006, 89, 92; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54b UrhG Rn. 8. Siehe auch OLG Hamm GRUR-RS 2013, 21857, 290 f.; Müller ZUM 2008, 377, 380; Fromm/Nordemann/Wirtz 12. Aufl. 2018, § 54b UrhG Rn. 5.

Selbst wenn man es für zulässig hielte, die Vergütung auf der letzten Handelsstufe anzuwenden, müsste den Anforderungen Rechnung getragen werden, die sich aus dem multi-kompensatorischen Charakter der §§ 54 ff. UrhG ergeben. Der nationale Gesetzgeber sieht einen einheitlichen Vergütungsanspruch vor, der sich auf die nach § 53 Abs. 1 und 2 UrhG sowie nach §§ 60a bis 60f UrhG erlaubten Vervielfältigungen bezieht.¹³⁸⁵ Die Vergütungspflicht kompensiert also nicht nur Privatkopien nach § 53 Abs. 1 UrhG und sonstige Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch gemäß § 53 Abs. 2 UrhG, sondern im Grunde alle gesetzlich erlaubten Vervielfältigungen nach den Schranken für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen.¹³⁸⁶ Insoweit ist insbesondere auf Vervielfältigungen zu Unterricht und Lehre gemäß § 60a UrhG, Vervielfältigungen zur eigenen wissenschaftlichen Forschung gemäß § 60c Abs. 2 – 4 UrhG¹³⁸⁷ sowie Vervielfältigungen nach der Schranke für Archive, Museen und Bildungseinrichtungen gemäß § 60f UrhG zu verweisen.¹³⁸⁸ Diese Schrankenregelungen beruhen auf unterschiedlichen Richtlinienbestim-

¹³⁸⁵ Vgl. *Dreier ZUM* 2011, 281, 284; BeckOK/*Grübler* 40. Aufl. 2023, § 54 UrhG Rn. 6; *Hoeren MMR* 2010, 831; *Spindler FS Pfennig* 2012, S. 387, 391. Die gesetzliche Vergütung hatte seit 1985 zwischen einerseits Aufnahmen von Funksendungen auf Bild- oder Tonträgern oder durch Übertragung von einem Bild- oder Tonträger auf einen anderen und andererseits Vervielfältigungen durch Ablichtungen eines Werkstücks oder in einem Verfahren vergleichbarer Wirkung unterschieden, vgl. zuletzt §§ 54, 54a UrhG (i.d.F.v. 1994). Für die erste Gruppe sah das Gesetz eine Vergütung im Wege einer Geräte- sowie eine Bild- und Tonträgerabgabe vor. Für die zweite Gruppe wurde die Vergütung über eine Geräteabgabe sowie eine Betreibervergütung gewährt. Die Konvergenz der Medien führte zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten (BT-Drs. 16/1828, S. 28). Das wiederum führte zu aufwendigen und langwierigen Streitigkeiten zwischen den Beteiligten um die Frage, für welche Anlagen eine Vergütung unter welchem Tatbestand geschuldet war (siehe bereits *Klett K&R* 2006, 297, 299). Da § 54 UrhG weder nach der Quelle noch nach dem Gegenstand der Vervielfältigung unterscheidet, wird er in Abgrenzung zu den alten Fassungen als einheitlicher Vergütungsanspruch bezeichnet (vgl. *Bremer/Lammers K&R* 2008, 145, 147; *Müller ZUM* 2007, 777, 779 f.). Zur historischen Entwicklung der Vergütungstatbestände *Bornkamm FS Nordemann* 2004, S. 299; *Claussen Die Vergütung für die Überspielung zum privaten Gebrauch gemäß § 54 Absatz 1 UrhG*, 1993, S. 6 ff. Allgemein auch *Wagner Die Privatkopie als urheberrechtliche Schrankenregelung*, 2004, S. 37 ff.

¹³⁸⁶ Vgl. *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 2.

¹³⁸⁷ Der § 53 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 UrhG (i.d.F.v. 2007) wurde im Zuge der Verabschiedung des UrhWissG hinsichtlich des Werkumfangs, der genutzt werden darf, konkretisiert und in § 60c Abs. 1 – 3 überführt (vgl. *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 53 UrhG Rn. 22).

¹³⁸⁸ § 53 Abs. 2 UrhG (a.F.) wurde zum Teil in § 60f UrhG überführt (vgl. *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 53 Rn. 28; § 60f UrhG Rn. 1 f.). Vervielfältigung von Unterrichts- und Lehrmedien gemäß § 60b UrhG werden aufgrund der Notwendigkeit einer Einzelabrechnung nicht von der pauschalen Vergütung erfasst (*Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 60h UrhG Rn. 6. Siehe auch *Staats ZGE* 2018, 310, 315. Anders hingegen *Spindler/Schuster/Anton Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, § 60h UrhG, Rn. 6). Diese Schranke stützt sich, soweit sie die Anfertigung von Vervielfältigungen betrifft, auf Art. 5 Abs. 3 lit. a) InfoSoc-RL (*Spindler/Schuster/Anton Recht der elektronischen Medien*, 4. Aufl. 2019, § 60b UrhG Rn. 1; *Wandtke/Bullinger/Löffel* 6. Aufl. 2022, § 60b UrhG Rn. 5; *Schricker/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 60b UrhG Rn. 3. Siehe *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 60b UrhG Rn. 2).

mungen. § 53 Abs. 1 UrhG setzt Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSoc-RL um.¹³⁸⁹ § 53 Abs. 2 UrhG stützt sich hingegen in Teilen auf die Reprographieschranke gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. a) InfoSoc-RL und teilweise auf die Auffangklausel für ausschließlich analoge Nutzungen aus Art. 5 Abs. 3 lit. o) InfoSoc-RL.¹³⁹⁰ § 60a UrhG stützt sich, soweit er die Anfertigung von Kopien betrifft, auf Art. 5 Abs. 3 lit. a) InfoSoc-RL.¹³⁹¹ Gleiches gilt für § 60c UrhG.¹³⁹² Die Schranken für Museen gemäß § 60e UrhG sowie die Schranke für Archive, Museen und Bildungseinrichtungen aus § 60f UrhG setzen Art. 5 Abs. 2 lit. c) InfoSoc-Richtlinie um und dienen hinsichtlich der Terminalnutzungen gemäß § 60e Abs. 4 UrhG der Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 lit. n) InfoSoc-Richtlinie.¹³⁹³

Für die Anwendung der angemessenen Vergütung hat dies zur Folge, dass Schuldner nach den unionsrechtlichen Vorgaben im Rahmen der einfachen Dritthaftung nur in Anspruch genommen werden dürfen, sofern die anspruchsauslösende Handlung Bezugspunkt für den konkreten Vergütungsanteil sein kann.¹³⁹⁴ Der notwendige Zusammenhang erfordert, dass eine vergütungspflichtige Nutzung vermutet oder nachgewiesen werden kann. Die Privatkopievergütung darf nach vorzugswürdiger Ansicht grundsätzlich nur bei Überlassung der Geräte- und Speichermedien an Privatpersonen angewendet werden,¹³⁹⁵ wobei im Einzelnen klärungsbedürftig ist, ob und inwieweit Ausnahmen – etwa für typischerweise (auch) privat genutzte Objekte – zulässig wären.¹³⁹⁶

¹³⁸⁹ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 53 UrhG Rn. 11. Vgl. Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 53 Rn. 7; Wandtke/Bullinger/Löffel 6. Aufl. 2022, § 53 UrhG Rn. 9.

¹³⁹⁰ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 53 UrhG Rn. 11. Vgl. Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 53 Rn. 19, 23, 31, 35; Wandtke/Bullinger/Löffel 6. Aufl. 2022, § 53 UrhG Rn. 24, 27.

¹³⁹¹ Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 60a UrhG Rn. 3; Wandtke/Bullinger/Löffel 6. Aufl. 2022, § 60a UrhG Rn. 5. Siehe auch Schrickler/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 60a UrhG Rn. 4, der auf die Möglichkeit der ergänzenden Heranziehung von Art. 5 Abs. 2 lit. c) InfoSoc-RL verweist. Vgl. zu § 53 Abs. 3 UrhG (i.d.F.v. 2007) *de la Durantaye* Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 87 ff., Fn. 670, 678.

¹³⁹² Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 60c UrhG Rn. 3; Wandtke/Bullinger/Löffel 6. Aufl. 2022, § 60c UrhG Rn. 6.

¹³⁹³ Spindler/Schuster/Anton Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 60f UrhG Rn. 1, § 60e UrhG Rn. 27; Wandtke/Bullinger/Jani 6. Aufl. 2022, §§ 60e, 60f UrhG Rn. 12, 38; Schrickler/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 60f UrhG Rn. 3. Siehe auch Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 60f UrhG Rn. 3, der nur auf Art. 5 Abs. 2 lit. c) InfoSoc-RL verweist. Siehe zur Vergütungsfreiheit von Vervielfältigungen zum Zweck der Indexierung, Katalogisierung, Erhaltung und Restaurierung § 60h Abs. 2 Nr. 2 UrhG.

¹³⁹⁴ Siehe Teil 1: H.II.3.f).

¹³⁹⁵ Gemäß EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 39 ff. – Amazon kommt im Falle der widerleglichen Vermutung, es handele sich um Privatpersonen, eine Anwendung ebenfalls in Betracht. Siehe Teil 1: H.II.3.c)bb).

¹³⁹⁶ Siehe Teil 1: H.II.3.c)cc(2).

Für Anlagen, die technisch zur Anfertigung von Reprographiekopien gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. a) InfoSoc-Richtlinie geeignet sind, kann bei der Überlassung an Enderwerber eine Nutzung nach den entsprechenden Schranken aus § 53 Abs. 2 UrhG vermutet werden,¹³⁹⁷ wobei bei der Höhe der Vergütung zwischen privaten und sonstigen Enderwerben differenziert werden muss.¹³⁹⁸ Mitgliedstaaten dürften die Vergütung dabei auf Anlagen beziehen, die als Teil einer Kette in nicht eigenständiger Weise zu dem reprographischen Verfahren beitragen.¹³⁹⁹ Ein Reprographieausgleich nach Art. 5 Abs. 2 lit. a) InfoSoc-RL kann mithin auf Geräte- und Speichermedien angewendet werden, die nicht für sich genommen zur Anfertigung reprographischer Vervielfältigungen geeignet sind.¹⁴⁰⁰ Der Gesamtbetrag der Forderungen der Rechtsinhaber für die unterschiedlichen an einem solchen Verfahren beteiligten Anlagen darf indes nicht substantiell von demjenigen abweichen, der für die Vervielfältigung mittels nur einer Anlage festgelegt ist.¹⁴⁰¹

Die Frage, ob eine Vermutung für die Vervielfältigungen auf Grundlage der Bestandschutzklausel Art. 5 Abs. 3 lit. o) InfoSoc-Richtlinie unionsrechtskonform ist, betrifft allein die Vergütung für Kopien nach § 53 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 UrhG.¹⁴⁰² Angesichts des Charakters der Schranken aus § 53 Abs. 2 UrhG, die enumerativ sehr bestimmte Verhaltensweisen regeln, die allerdings nicht auf einen spezifischen Nutzerkreis zugeschnitten sind, sprechen die besseren Gründe für die Zulässigkeit einer Vermutung.¹⁴⁰³ Da ein gerechter Ausgleich zulässig ist, EGr. 36 InfoSoc-RL, sollte es den Mitgliedstaaten auch möglich sein, diesen praxisgerecht auszugestalten. Eine andere Auslegung würde den Interessen der Rechtsinhaber nicht gerecht und würde zu einer künstlichen Aufspaltung der Vergütung zwischen den unterschiedlichen Nutzungen aus § 53 Abs. 2 UrhG führen. Da – soweit § 53 Abs. 2 UrhG auf Art. Abs. 3 lit. o) InfoSoc-RL basiert – nur rein analoge Nut-

¹³⁹⁷ Siehe Teil 1: H.II.3.d)aa).

¹³⁹⁸ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 40 ff., 74 ff. – Repebel. Siehe Teil 1: H.II.3.d)bb).

¹³⁹⁹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 78 – VG Wort.

¹⁴⁰⁰ Vgl. BGH GRUR 2014, 979, Rn. 17 ff. – Drucker und Plotter III; BGH GRUR 2014, 984, Rn. 23 ff. – PC III, wonach das Unionsrecht sowohl eine Anwendung auf Drucker und Plotter als auch auf PCs ermöglicht. Siehe dazu auch *Stieper* GRUR 2014, 1060, 1061 f. Zur Bedeutung der Rechtsprechung allgemein *Müller* ZUM 2014, 863; *Verweyen* MMR 2014, 718.

¹⁴⁰¹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 78 f. – VG Wort. Vgl. auch BGH GRUR 2014, 979, Rn. 26 – Drucker und Plotter III.

¹⁴⁰² Vgl. BT-Drs. 15/38, S. 21; *Schricker/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 53 UrhG Rn. 11, 38, 50; *Wandtke/Bullinger/Löffel* 6. Aufl. 2022, § 53 UrhG Rn. 27.

¹⁴⁰³ Anders *Ullmann* CR 2012, 288, 292, wobei die Ansicht durch EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 72 wenigstens partiell überholt ist.

zungen zulässig sind,¹⁴⁰⁴ kommt eine Anwendung auch nur auf Anlagen zur analogen Vervielfältigung in Betracht. Sofern der Schaden, der sich für die Rechtsinhaber aus diesen Vervielfältigungen ergibt, nicht nur geringfügig ist, sondern eine echte Erhöhung der Vergütung zur Folge hätte oder sogar die eigenständige Anwendung einer Pauschalabgabe auf bestimmte Realakte rechtfertigen soll, bedarf es einer Vorlage.

Ob eine Vermutung einer privilegierten Nutzungen gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. c), Abs. 3 lit. a) sowie lit. n) InfoSoc-Richtlinie für die Überlassung von Anlagen zulässig ist, war bisher nicht Gegenstand der EuGH-Rechtsprechung. Angesichts des konkreten Zuschnitts der Richtlinienvorgaben bestehen Zweifel an der Unionsrechtskonformität einer Vermutung über vergütungspflichtige Nutzungen bei jeder Überlassung von Vervielfältigungsanlagen.

2. Keine qualifizierte Dritthaftung

a) Vorliegen praktischer Schwierigkeiten?

Inwiefern praktische Schwierigkeiten vorliegen, die geeignet sind, eine qualifizierte Dritthaftung zu rechtfertigen, ist offen. Es obliegt den nationalen Gerichten, objektiv zu prüfen, ob die Voraussetzungen der einfachen oder der qualifizierten Dritthaftung vorliegen.¹⁴⁰⁵ Dabei können die gesetzgeberischen Erwägungen Berücksichtigung finden. Angesichts der Rechtsprechungslinie des BGH gab es für den deutschen Gesetzgeber bisher keinen Anlass, sich explizit mit den unionsrechtlichen Vorgaben zur Ausgestaltung der Haftungsvorgaben zu befassen. Die Erwägungen, die dem System der §§ 54 ff. UrhG zugrunde liegen, lassen keinen eindeutigen Schluss zu, ob einer Anwendung der Abgabe auf der letzten Handelsstufe zwingend praktische Schwierigkeiten entgegenstünden.¹⁴⁰⁶ Die Art und Weise, wie der Gesetzgeber das Kontrollsystem ausgestaltet, deutet in der Tendenz eher darauf hin, dass zumindest keine erheblichen praktischen Schwierigkeiten bestünden, wenn die Vergütung auf der letzten Handelsstufe angewendet würde. Eine weitgehende Erfassung des Marktes durch die Verwertungsgesellschaften ist erforderlich, um die tatsächliche Geltendmachung der Ansprüche zu gewährleisten.¹⁴⁰⁷ Die Melde- und Auskunftsverpflichtungen von Herstellern, Importeuren und Händlern gemäß §§ 54e Abs. 1, 54f Abs. 1 UrhG wurden so ausgestaltet, dass sie den Anspruchsberechtigten eine

¹⁴⁰⁴ BT-Drs. 15/38, S. 21; BeckOK/*Grübler* 40. Aufl. 2023, § 53 UrhG Rn. 33; Spindler/Schuster/*Wiebe* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 53 UrhG Rn. 18.

¹⁴⁰⁵ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 34 – Amazon.

¹⁴⁰⁶ Vgl. Teil 1: H.III.1.a).

¹⁴⁰⁷ Vgl. *Müller* ZUM 2008, 377, 379 f. Siehe auch BeckOK/*Grübler* 40. Aufl. 2023, § 54f UrhG Rn. 1.

wirksame Erfassung der vergütungspflichtigen Anlagen wie auch eine Kontrolle der erfassten Anlagen ermöglichen.¹⁴⁰⁸ Von der ZPÜ war – vor einigen Jahren – zu vernehmen, bisher habe es keine konkreten Nachweise für Hinterziehungen von Vergütungen für private Vervielfältigung gegeben, welche die Organisation in die Lage versetzt hätten, konkrete Missstände in relevantem Ausmaß festzustellen.¹⁴⁰⁹ Sofern aber keine erheblichen Lücken bei der Erfassung der Handelswege von vergütungspflichtigen Geräten- und Speichermedien zu vermuten sind, bedarf es eines gewissen Begründungsaufwandes, warum die Abgabe nicht auf der letzten Handelsstufe angewendet werden können soll. Dass ein solches System einen höheren administrativen Aufwand bedeuten würde, ist für sich genommen nicht ausreichend.¹⁴¹⁰ Dabei ist auch zu beachten, dass § 54b Abs. 3 Nr. 2 UrhG nach geltendem Recht den Händlern mit dem Wegfall der Vergütungspflicht einen erheblichen Anreiz dafür gibt, eine korrekte Mitteilung über die von ihnen bezogenen vergütungspflichtigen Geräte und Speichermedien sowie über ihre Bezugsquelle an die Empfangsstelle der Verwertungsgesellschaften beim Deutschen Patent- und Markenamt (DPMA) zu machen.¹⁴¹¹ Warum eine entsprechende Anreizstruktur nicht die Anwendung der Abgabe auf der letzten Handelsstufe gewährleisten können soll, wäre klärungsbedürftig.

b) Kein adäquates Erstattungssystem

Die im deutschen Recht vorgesehenen Erstattungsmöglichkeiten reichen nicht aus, um die Voraussetzungen zu erfüllen, unter denen dem Mitgliedsstaat die Handlungsspielräume der qualifizierte Dritthaftung eröffnet werden. Die derzeit in Deutschland geübte Erstattungspraxis genügt nicht den Anforderungen des Unionsrechts an ein adäquates Erstattungssystem der qualifizierten Dritthaftung. Ein adäquates Erstattungssystem setzt entsprechende Ansprüche der Rechtsinhaber voraus, die wirksam sein müssen und keine übermäßige Erschwernis bedeuten dürfen.¹⁴¹² Nach den unionsrechtlichen Vorgaben sind

¹⁴⁰⁸ BR-Drs. 218/94, S. 26 f. Vgl. Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54f UrhG Rn. 6.

¹⁴⁰⁹ Vgl. Müller ZUM 2008, 377, 380 ff., wonach der von Industrieverbänden erhobene Vorwurf, die ZPÜ erfasse den Markt nur mangelhaft, ernst zu nehmen sei. Die von Müller dargestellte rechtspolitischen Forderungen der ZPÜ zielt auf eine bessere Kontrolle der Auskünfte ab, nicht jedoch auf weitergehende Auskunftsmöglichkeiten der Verwertungsgesellschaften.

¹⁴¹⁰ Vgl. auch EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 78 f. – Reprobel.

¹⁴¹¹ Vgl. BR-Drs. 218/94, S. 22; Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54b UrhG, Rn. 6; BeckOK/Grübler 40. Aufl. 2023, § 54b UrhG, Rn. 10; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54b UrhG Rn. 11 f.

¹⁴¹² Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31 – Amazon. Siehe S. 190 ff.

bei der Prüfung des Erstattungssystems auch tatsächliche Umstände wie die Bekanntheit des Anspruchs oder die praktische Handhabbarkeit zu berücksichtigen.¹⁴¹³ Das derzeit praktizierte Erstattungssystem ist bereits in materieller Hinsicht unzureichend, da Erstattungen in Konstellationen verwehrt werden, in denen die Auslegung des gerechten Ausgleichs einen Erstattungsanspruch erfordert. Wenn eine hinreichende Erstattung bereits nicht zugelassen wird, kann diese den tatsächlichen Erfordernissen wie der Bekanntheit erst recht nicht genügen.¹⁴¹⁴ Da die Haftungsstufe den Mitgliedstaaten nur offensteht, wenn die Voraussetzungen erfüllt sind, ist eine qualifizierte Dritthaftung zum Untersuchungszeitpunkt nicht zulässig.¹⁴¹⁵ Es ist nicht möglich, die Vorgaben des nationalen Rechts unionsrechtskonform auszulegen. Im Einzelnen:

Wenn Zahlungen geleistet worden sind, obwohl eine Vergütung nicht geschuldet ist, können diese nach den Anspruchsgrundlagen des Bereicherungsrechts zurückgefordert werden.¹⁴¹⁶ Das bedeutet, dass es für den Vergütungsschuldner im Wege der Leistungskondition möglich sein kann, seine schlussendlich nicht geschuldete Leistung zurückfordern, § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB.¹⁴¹⁷ Maßgeblicher Zeitpunkt für das Entstehen des Anspruchs ist, wann die Voraussetzungen vorliegen, die ein Entfallen der Vergütungspflicht begründen.¹⁴¹⁸ Nach den gesetzlichen Vorgaben entfällt der Anspruch auf Geräte- und Speichermedienvergütung, soweit erwartet werden kann, dass die Vergütungsobjekte im Geltungsbereich des Gesetzes nicht zu Vervielfältigungen benutzt werden, § 54 Abs. 2 UrhG. Der Gesetzgeber hatte den Export vor Augen,¹⁴¹⁹ aber der Anwendungsbereich der Norm geht über diese Konstellation hinaus.¹⁴²⁰ Die Vorgabe gilt entsprechend, wenn keine *vergütungspflichtigen* Nutzungen zu erwarten sind.¹⁴²¹ Der BGH interpretiert die uni-

¹⁴¹³ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31, 36 – Amazon.

¹⁴¹⁴ Ähnlich *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1007.

¹⁴¹⁵ Vgl. *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 345, 348 f.

¹⁴¹⁶ BGH GRUR 2017, 716, Rn. 68 – PC mit Festplatte II; BGH ZUM 2018, 364, Rn. 43 – PCs mit eingebauter Festplatte; BGH ZUM-RD 2018, 267 Rn. 46; OLG München ZUM-RD 2022, 99, 100. Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG, Rn. 38. Siehe auch *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2012, 881, 883.

¹⁴¹⁷ BGH ZUM 2018, 185, Rn. 22 – USB-Sticks und Speicherkarten; OLG München ZUM-RD 2022, 99, 100; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG, Rn. 38. Siehe auch *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1006 f.; *dies.* GRUR Int. 2012, 881, 883 f.

¹⁴¹⁸ OLG München ZUM-RD 2022, 99, 100 f. *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1007 gehen insofern von einem Anspruch nach § 812 Abs. 1 S. 2 BGB aus.

¹⁴¹⁹ BR-Drs. IV/3401, S. 10.

¹⁴²⁰ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 34. Vgl. BGH GRUR 1999, 928, 930 – Telefaxgeräte; BGH GRUR 1993, 553, 554 f. – Readerprinter; BGH GRUR 1981, 355, 358 – Video-Recorder;

¹⁴²¹ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 34.

onsrechtlichen Vorgaben dahingehend, dass die angemessene Vergütung angewendet werden kann, solange diese nicht eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten ist.¹⁴²² Nur in diesen Konstellationen soll nach dem BGH das Unionsrecht eine Erstattung erfordern.¹⁴²³ Die widerlegliche Vermutung einer vergütungspflichtigen Nutzung der Anlagen bei Überlassung an nichtprivate Endabnehmer oder Zwischenhändler¹⁴²⁴ könne durch den Nachweis entkräftet werden, dass mithilfe der Anlagen allenfalls in geringem Umfang tatsächlich vergütungspflichtige Vervielfältigungen angefertigt worden sind oder nach dem normalen Gang der Dinge angefertigt werden.¹⁴²⁵ Dieser Nachweis obliege dem Vergütungsschuldner,¹⁴²⁶ der sich etwa einer schriftlichen Bestätigung des nichtprivaten Abnehmers über die Verwendung des von ihm erworbenen Geräts zum eigenen Gebrauch im Rahmen einer nichtprivaten Tätigkeit bedienen kann.¹⁴²⁷ Wenn die in Anspruch genommene Person diesen Nachweis erbringt, kann sie nicht auf Zahlung der Vergütung in Anspruch genommen werden, selbst wenn das Vergütungsobjekt im Einzelfall in der Zweitverwertung an Privatpersonen zur privaten Nutzung weiterveräußert wird.¹⁴²⁸

Die Annahme des BGH, dies genüge den Anforderungen aus *Amazon*,¹⁴²⁹ geht fehl.¹⁴³⁰ Diese Auslegung liefe auf eine endgültige finanzielle Belastung mit der Privatkopievergütung hinaus, die sich mit den zwingenden unionsrechtlichen Vorgaben so nicht vereinbaren lässt.¹⁴³¹ Nichtprivate Endabnehmer können mit einem Privatkopieausgleich im Grundsatz endgültig nur dann belastet werden, wenn der Anspruchsinhaber eine entspre-

¹⁴²² BGH GRUR 2021, 1519, Rn. 32 – Eigennutzung zu § 54 Abs. 1 UrhG (a.F.). Vgl. auch BGH GRUR 2017, 716 Rn. 58 – PC mit Festplatte II m. w. N.

¹⁴²³ BGH GRUR 2017, 716, Rn. 62 – PC mit Festplatte II.

¹⁴²⁴ BGH GRUR 2017, 716, Rn. 58 – PC mit Festplatte II; BGH GRUR 2014, 984, Rn. 54 – PC III. Vgl. auch BGH GRUR 2017, 172 Rn. 94 – Musik-Handy; BGH GRUR 2012, 705, Rn. 39–42 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät.

¹⁴²⁵ BGH GRUR 2021, 1519, Rn. 33 – Eigennutzung. Vgl. auch BGH GRUR 2017, 716 Rn. 57, 60, 63 – PC mit Festplatte II m. w. N. *Grohmann* GRUR-Prax 2017, 45 geht davon aus, es handele sich um hohe Hürden.

¹⁴²⁶ BGH GRUR 2017, 716, Rn. 62 – PC mit Festplatte II. Siehe auch Schrickner/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 34.

¹⁴²⁷ BGH GRUR 2017, 716, Rn. 63 – PC mit Festplatte II; BGH GRUR 2017, 172, Rn. 97 – Musik-Handy; BGH GRUR 2016, 792, Rn. 110 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik.

¹⁴²⁸ BGH GRUR 2017, 716, Rn. 63 – PC mit Festplatte II.

¹⁴²⁹ Vgl. BGH ZUM 2018, 364, Rn. 42 – PCs mit eingebauter Festplatte. Sich anschließend OLG München GRUR-RS 2019, 53495, Rn. 57 ff. Vgl. Schrickner/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 38. Siehe zum österreichischen Recht östOGH, MMR 2017, 388, Rn. 54 ff. – *Austro-Mechana/Amazon III*

¹⁴³⁰ Vgl. *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 347 ff.; *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1007.

¹⁴³¹ Ähnlich *Hoeren* MMR 2022, 43.

chende vergütungspflichtige Nutzung nachweist. Im Rahmen der qualifizierten Dritthaftung kann die Privatkopievergütung beim ersten Inverkehrbringen grundsätzlich unterschiedslos angewendet werden, also auch bei einer Veräußerung an einen Zwischenhändler.¹⁴³² Es muss nach dem Dafürhalten des Verfassers für eine Freistellung oder Erstattung im Rahmen der qualifizierten Dritthaftung grundsätzlich ausreichen, den Enderwerb als Nichtprivater nachzuweisen.¹⁴³³ Die rechtliche Beurteilung verkompliziert sich durch den multikompensatorischen Charakter des deutschen Vergütungssystems: Nichtprivate Endabnehmer können endgültig mit der angemessenen Vergütung belastet werden, sofern eine Vermutung über eine entsprechende Nutzung zulässig ist. Das betrifft namentlich die Reprographievergütung für Nutzungen nach § 53 Abs. 2 UrhG. Auch insoweit ist eine Unterscheidung zwischen privaten und nichtprivaten Endabnehmern bei der Höhe der Vergütung erforderlich. In diesen Konstellationen können diejenigen Enderwerber, die eine geringe Abgabe schulden, nur eine partielle Freistellung bzw. Erstattung, d. h. eine Reduzierung der Abgabenlast, fordern. Eine unterschiedslose Anwendung beim ersten Inverkehrbringen ist auch hier möglich.¹⁴³⁴

Zudem dürfte es den unionsrechtlichen Anforderungen nicht genügen, allein den in Anspruch genommenen Vergütungsschuldern einen Erstattungsanspruch zuzuerkennen.¹⁴³⁵ Wegen des Vorrangs der Leistungskondiktion kann dem Endabnehmer kein bereicherungsrechtlicher Anspruch gegen die Verwertungsgesellschaft zustehen, die die angemessene Vergütung erhoben hat.¹⁴³⁶ Zwischen dem Endabnehmer und der Verwertungsgesellschaft besteht kein Verhältnis, das sich in die bekannten Fallgruppen einer zulässigen

¹⁴³² So auch östOGH MMR 2017, 388, Rn. 46 – Austro-Mechana/Amazon III.

¹⁴³³ Vgl. die Rechtsauffassung der Anspruchsschuldnerin aus der Vorinstanz (wiedergegeben in OLG München GRUR-RS 2020, 52009, Rn. 7). Siehe auch *Bullinger* GRUR-Prax 2016, 505; *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 345; *Wandtke/Bullinger/Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 5 InfoSoc-RL Rn. 62 f., 65.

¹⁴³⁴ Siehe Teil 1: H.II.3.f)bb).

¹⁴³⁵ Vgl. EuGH GRUR 2017, 159, Rn. 55 – Microsoft Mobile Sales International. Offengelassen von BGH ZUM 2018, 185, Rn. 22 – USB-Sticks und Speicherkarten.

¹⁴³⁶ v. *Ungern-Sternberg* GRUR 2022, 1777, 1787. Vgl. auch *Fikentscher/Heinemann* Schuldrecht, 12. Aufl. 2022, Rn. 1468; *Medicus/Lorenz* Schuldrecht II, 18. Aufl. 2018, § 61, Rn. 9, § 69 Rn. 4 ff.; *Grüneberg/Sprau* 83. Aufl. 2024, § 812 BGB Rn. 7. Angesichts Verjährung offengelassen von OLG München ZUM 2023, 626, Rn. 29. *Grünberger* ZUM 2023, 304, 343 plädiert für eine unionsrechtskonforme Anwendung von § 812 Abs. 1 S. 1 Fall 1 BGB, erläutert aber nicht näher, wie diese genau aussehen soll. Ablehnend sogar gegenüber einem Ausgleich zwischen Käufer und Verkäufer von vergütungspflichtigen Anlagen entlang der Handelskette bei nachträglicher Reduzierung des Ausgleichs mangels gesetzlicher Regelung OLG Hamm GRUR-RS 2013, 21857. So im Ergebnis auch LG Düsseldorf BeckRS 2013, 3804. Angesichts der unionsrechtlichen Vorgaben krit. gegenüber der Rechtsprechung *Küster* GRUR-Prax 2015, 192. Für einen bereicherungsrechtlichen Erstattungsanspruch des Käufers gegen den Verkäufer OLG Hamburg GRUR-RS 2019, 37179, Rn. 39. Für einen Erstattungsanspruch auch bereits angesichts einer Rückzahlungszusage LG Hamburg BeckRS 2015, 07286.

Nichtleistungskondition¹⁴³⁷ einsortieren ließe oder hinreichende Ähnlichkeit aufweist, um deren Anwendung zu begründen. Ob es den unionsrechtlichen Anforderungen an die Wirksamkeit und Einfachheit der Nutzung genügen kann, die Erstattung entlang der Handelskette zu vollziehen, muss zumindest bezweifelt werden.¹⁴³⁸ Der Erstattungsanspruch muss auf dieser Haftungsstufe etwaige aus der unterschiedslosen Anwendung resultierende Ungleichgewichte ausgleichen können.¹⁴³⁹ Da der Schuldner die Abgabe bei der Transaktion zur Überlassung der vergütungspflichtigen Anlage miteinpreist und die Belastung konzeptionell an den Abnehmer weitergibt,¹⁴⁴⁰ kann ein Enderwerber durch die Abgabe unzulässig belastet werden.¹⁴⁴¹ Mithin muss dem Enderwerber die Erstattung möglich sein.¹⁴⁴² Da sich die Zulässigkeit der qualifizierten Dritthaftung nach dem gesetzlichen Anspruchssystem richtet,¹⁴⁴³ ist es unbeachtlich, ob Verwertungsgesellschaften weitergehende Erstattungen zulassen.¹⁴⁴⁴

Da das Erstattungssystem nicht genügen dürfte, um die sich aus der qualifizierten Dritthaftung ergebenden Belastungen auszugleichen, bleibt es hinter den Anforderungen zurück, die eine qualifizierte Dritthaftung ermöglichen würden. Eine unionsrechtskonforme Auslegung ist nicht möglich.¹⁴⁴⁵ Nach dem deutschen Recht besteht keine Anspruchs-

¹⁴³⁷ Vgl. hierzu *Fikentscher/Heinemann* Schuldrecht, 12. Aufl. 2022, Rn. 1468 ff.; *Grüneberg/Sprau* 83. Aufl. 2024, § 812 BGB Rn. 7, 54 ff.

¹⁴³⁸ Krit. auch *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1010.

¹⁴³⁹ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 36 – Amazon.

¹⁴⁴⁰ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 48 – Padawan; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 25 – Amazon; EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 45 – Strato. (Siehe Teil 1: H.II.2.a)dd).

¹⁴⁴¹ ÖstOGH GRUR Int. 2012, 262, Ziff. 1.2.

¹⁴⁴² Dass EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 45 – Copydan; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 34 – Microsoft Mobile Sales International; EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 47 – Strato von einem Anspruch des Vergütungsschuldners spricht, deutet auf ein anderes Verständnis hin. Da sich dies nicht schlüssig in das System einfügt, bestehen dennoch Zweifel.

¹⁴⁴³ Siehe Teil 1: H.III.1.b).

¹⁴⁴⁴ Seit 2014 wird in Gesamtverträgen der ZPÜ und von großen Verwertungsgesellschaften vereinbart, dass gewerblichen Endabnehmern, Behörden oder Händlern, die erstattungsfähige Produkte erworben haben, eine Erstattung möglich ist. Dies gilt auch für Händler, die erstattungsfähige Produkte nachweislich an gewerbliche Endabnehmer und Behörden veräußern. Die Möglichkeit, Erstattungen zu beantragen, wird auch über den auf den Gesamtverträgen beruhenden Tarif eingeräumt (vgl. <https://www.zpue.de/rueckerstattung>. Siehe beispielsweise Abschn. 4, C.III. sowie IV. Tarif der ZPÜ, GEMA, VG Wort und VG Bild-Kunst über die Vergütung nach den §§ 54, 54a UrhG für PCs vom 4. März 2016. Auch wenn der Tarif formuliert, die Berechtigten hätten einen Anspruch gegenüber der ZPÜ auf Erstattung, ist für die Erfüllung der mitgliedstaatlichen Umsetzungspflicht allein die gesetzliche Regelung maßgeblich). Siehe unter Teil 2: C.I.2 zu der praktischen Handhabung hinsichtlich der Höhe der Vergütungspflicht, die hiermit in Zusammenhang steht. Zur vorherigen Erstattungspraxis der ZPÜ *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1010. Siehe zu Erstattungsansprüchen aus Gesamtvertrag sowie aus Bereicherungsrecht auch OLG München ZUM 2023, 626, Rn. 14 ff.

¹⁴⁴⁵ Anders *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG, Rn. 36 f.

grundlage, die einen wirksamen Erstattungsanspruch entsprechend der in Rede stehenden unionsrechtlichen Anforderungen ermöglichen würde.¹⁴⁴⁶

c) Zulässige Anknüpfungspunkte?

Selbst wenn die Zulässigkeitsvoraussetzungen vorlägen, bliebe offen, ob die in §§ 54, 54b UrhG vorgesehene gesamtschuldnerische Inanspruchnahme von verschiedenen Personen entlang der Vertriebskette aus unionsrechtlicher Perspektive zulässig wäre. Es ist unklar, wie die unionsrechtlichen Anforderungen sich konkret auf den mitgliedstaatlichen Ausgestaltungsspielraum auswirken.¹⁴⁴⁷

3. Zwischenergebnis

Die gesetzlichen Vorgaben zur Geräte- und Speichermedienabgabe lassen sich nicht mit den unionsrechtlichen Anforderungen zur Strukturierung der Haftungsvorgaben vereinbaren. §§ 54 – 54b UrhG lassen sich dabei weder richtlinienkonform auslegen, noch ist eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung möglich. Um den unionsrechtlichen Anforderungen zumindest in gewissem Maße Rechnung zu tragen, ist Enderwerbern ein Anspruch auf Freistellung zuzuerkennen, soweit sie nicht mit der Abgabe belastet werden dürfen. Zugleich muss solchen Enderwerbern eine – ggfs. anteilige – Erstattung entlang der Handelskette zuerkannt werden. Auch wenn dies nicht genügt, um den unionsrechtlichen Anforderungen vollständig Genüge zu tun und den Verstoß gegen Richtlinienrecht abzustellen, so trägt diese Auslegung den nach den unionsrechtlichen Anforderungen zwingend zu berücksichtigenden Interessen der Nutzer zumindest bis zu einem gewissen Grad Rechnung. Diese Auslegung nähert sich der qualifizierten Dritthaftung an, unabhängig davon, ob hinreichende praktische Schwierigkeiten bejaht werden können. Dies folgt aus dem Umstand, dass angesichts § 54b Abs. 3 UrhG eine Auslegung, die sich an der einfachen Dritthaftung orientiert, nicht möglich ist.

II. Ausgestaltung der Betreibervergütung

Rechtsinhaber haben gegen solche Betreiber einen Anspruch auf angemessene Vergütung, die Ablichtungsgeräte oder vergleichbare Geräte in abschließend benannten Bil-

¹⁴⁴⁶ Vgl. zum Fehlen eines spezifischen Erstattungsregimes *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 348; *Koch/Krauspenhaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1006 f.

¹⁴⁴⁷ Vgl. Teil 1: H.III.2.

dungs-, Forschungs- und Gedächtniseinrichtungen aufstellen, § 54c Abs. 1 UrhG.¹⁴⁴⁸ Auch solche Personen, die diese Geräte für die entgeltliche Herstellung von Vervielfältigungen bereithalten, fallen hierunter, was insbesondere Copyshops umfasst.¹⁴⁴⁹ Der Vergütungsanspruch basiert auf der Annahme, dass diese von „Großbetreibern“ betriebenen Geräte überdurchschnittlich häufig zur Anfertigung von privilegierten Nutzungen verwendet werden.¹⁴⁵⁰ Anspruchsauslösendes Ereignis ist das Aufstellen der Anlage.¹⁴⁵¹ Nach § 54c Abs. 2 UrhG bemisst sich die Höhe der Betreibervergütung insgesamt nach der Art und dem Umfang der Nutzung, die nach den Umständen wahrscheinlich ist, wobei vor allem der Standort und die übliche Verwendung zu berücksichtigen sind. Sollte es aus praktischen Gründen nicht möglich sein, die Vergütung nach dem konkreten Dienstleistungsempfänger zu richten, bedarf es einer Vorlage, um zu klären, wie die für die Anlagenhaftung normierten Vorgaben der qualifizierten Dritthaftung auf die Dienstleistungsempfänger übertragen werden können.

Die Betreiberabgabe ist im Grunde mit den unionsrechtlichen Anforderungen über das System eines gerechten Ausgleichs zu vereinbaren.¹⁴⁵² Bisher hat die Rechtsprechung nicht explizit festgestellt, dass sie zulässig ist. Dies richtet sich danach, ob praktische Schwierigkeiten dabei bestehen, die Nutzer zu identifizieren und in Anspruch zu nehmen.¹⁴⁵³ Ob diese gegeben sind, ist eine Tatsachenfrage, die einer empirischen Antwort bedarf. Da keine zu hohen Anforderungen zu stellen sind, dürfte zu erwarten sein, dass dies bejaht werden kann.¹⁴⁵⁴ Dass der Betreiber nach den unionsrechtlichen Vorgaben bei der Anwendung der Vergütung zwischen unterschiedlichen Kategorien von Nutzern unterscheiden muss – dazu sogleich –, ist bei der Vergütungshöhe zu berücksichtigen. Zur

¹⁴⁴⁸ Vgl. Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54c UrhG Rn. 4 ff.

¹⁴⁴⁹ Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54c UrhG Rn. 4.

¹⁴⁵⁰ Vgl. Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54c UrhG Rn. 4; *Staats FS Pfennig* 2012, S. 403, 409.

¹⁴⁵¹ Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54c Rn. 6; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54c UrhG Rn. 4.

¹⁴⁵² Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54c Rn. 2; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54c UrhG Rn. 1; *Staats FS Pfennig* 2012, S. 403, 415.

¹⁴⁵³ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 70, 82; EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 47. Vgl. Teil 1: H.II.1 zur Anlagenhaftung, deren Anforderungen übertragen werden können.

¹⁴⁵⁴ Insbesondere ergibt sich nicht aus der Ausgestaltung des Vergütungssystems, dass die Zulässigkeitsvoraussetzungen nicht vorlägen (vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 81 ff. – *Reprobel*. Siehe dazu Teil 1: H.II.1). Dass der Gesetzgeber aus praktischen Erwägungen ursprünglich aus praktischen Erwägungen von einer Einzelerfassung der Kopiervorgänge abgesehen hatte (BT-Drs. 10/837, S. 21), spricht trotz gewandelter technischer Rahmenbedingungen für die Zulässigkeit. *Krit. Verweyen GRUR Int.* 2016, 36, 37.

Unzulässigkeit der Dritthaftung führt es nicht, da eine Inanspruchnahme der Vielzahl an Nutzern trotzdem problembehaftet sein kann.

Die Betreiberabgabe kann für die Nutzung durch jedermann erhoben werden, muss sich konzeptuell also nicht auf die Nutzungen durch Privatpersonen beschränken. Sie kompensiert nur einen Teilausschnitt der nach § 53 Abs. 1 und Abs. 2 UrhG sowie §§ 60a bis 60f UrhG erlaubten Nutzungen, da er sich auf den Betrieb von Geräten der in § 54 Abs. 1 genannten Art beschränkt, die im Weg der Ablichtung oder in einem Verfahren vergleichbarer Wirkung vervielfältigen. Die entsprechenden Nutzungen können sich insgesamt auf die Reprographieschranke aus Art. 5 Abs. 2 lit. a) InfoSoc-RL stützen.¹⁴⁵⁵ Die Vorgaben aus *Padawan* zur Dienstleisterhaftung beim Privatkopieausgleich¹⁴⁵⁶ können mit den notwendigen Anpassungen auf den Reprographieausgleich übertragen werden. Entsprechend der Wertung der *Reprobel*-Vermutung kann bei einer Dienstleistung an jegliche Personen eine ausgleichspflichtige Nutzung vermutet werden.¹⁴⁵⁷ Die Strukturierung der Haftungsvorgaben wirkt sich zudem auf die Höhe des gerechten Ausgleichs aus.¹⁴⁵⁸ Im Rahmen der Bemessung der Vergütung wird thematisiert, wie die unionsrechtlichen Anforderungen an die Höhe des Leistungsanspruchs für die unterschiedlichen Haftungsstufen zu bewerten sind.

III. *Duales Vergütungssystem*

Fragen zur Unionsrechtskonformität ergeben sich aus der dualen Ausgestaltung des Abgabensystems, also der Kombination einer Geräte- und einer Betreibervergütung,¹⁴⁵⁹ da diese dazu führt, dass für bestimmte Anlagen ein doppelter Ausgleich geleistet wird. Aus der Systematik der gesetzlichen Vorgaben ergibt sich, dass die beiden Vergütungstatbestände kumulativ geschuldet sind, womit gesetzlich erlaubte Nutzungen sowohl über §

¹⁴⁵⁵ Vgl. Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54c UrhG Rn. 3 f. Siehe auch EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 61 ff. – VG Wort; BGH GRUR 2014, 979, Rn. 18 – Drucker und Plotter III. Siehe *Staats* FS Pfennig, 2012, 403, 406 ff., der für eine technologieneutrale Auslegung der Norm plädiert, was meines Erachtens angesichts des klaren Wortlauts der Betreiberabgabe *de lege lata* nicht überzeugen kann.

¹⁴⁵⁶ Grundlegend EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 ff. – *Padawan*.

¹⁴⁵⁷ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 72 – *Reprobel*.

¹⁴⁵⁸ Siehe Teil 2: C.II.

¹⁴⁵⁹ *Klett/Schlüter* WRP 2016, 182, 184. Vgl. zum dualen System BGH GRUR 2012, 1017, Rn. 32 – Digitales Druckzentrum; Fromm/Nordemann/Wirtz 12. Aufl. 2018, Vor § 54 UrhG Rn. 3; Wandtke/Ohst/Jani Praxishandbuch Medienrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 2014, Kap. 1 Rn. 183. Siehe aber zu §§ 54, 54a UrhG (a.F.) BT-Drs. 14/3972, S. 26; wo als duales Vergütungssystem die Kombination von Geräte- und Aufnahmemedienvergütung im audiovisuellen Bereich sowie Geräte- und Betreibermedienvergütung bei der Reprographie bezeichnet wird.

54 UrhG als auch über § 54c UrhG kompensiert werden.¹⁴⁶⁰ Die beiden Vergütungstatbestände zielen darauf ab, die Schäden der privilegierten Nutzungen insgesamt auszugleichen.¹⁴⁶¹

Der BGH erachtete die Kombination der beiden Abgaben für richtlinienkonform, was er aus der generellen Zulässigkeit einer Dritthaftung herleitet.¹⁴⁶² Dem notwendigen Zusammenhang zwischen Nutzung und Anwendung der Abgabe genüge die Vorgabe selbst dann, wenn das Vervielfältigungsgerät mutmaßlich zur gesetzlich privilegierten Nutzung verwendet werden würde.¹⁴⁶³

Bisher nicht explizit thematisiert hat der BGH, inwiefern die Kombination der beiden Abgaben in der derzeit praktizierten Form den Anforderungen an den gerechten Ausgleich nach *Reprobel* genügen kann.¹⁴⁶⁴ Die kumulative Anwendung von Geräte- und Betreiberabgabe stellt eine vom EuGH im Grunde missbilligte Kombination von Abgaben dar.¹⁴⁶⁵ Eine solche kumulierte Anwendung von Abgaben kann jedoch zulässig sein, wenn gewährleistet ist, dass die Höhe des gerechten Ausgleichs im Wesentlichen dem den

¹⁴⁶⁰ Vgl. BT-Drs. 10/3360, S. 20. Siehe auch BGH GRUR 2012, 1017, Rn. 21 – Digitales Druckzentrum.

¹⁴⁶¹ Wegen des starken empirischen Einschlags klammert die Arbeit die Frage danach aus, inwiefern die zunehmende Verbreitung von Vervielfältigungen auf Cloud-Servern eine Anpassung des deutschen Rechts erforderlich macht und inwiefern diese Nutzungen derzeit insgesamt als geringfügig im Sinne des EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL angesehen werden können, sodass für sie kein gerechter Ausgleich gewährt werden muss. Inwiefern das Unionsrecht die Mitgliedstaaten zu Nachbesserungen verpflichtet, ist strittig. Auch wenn EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 46 – Strato das weite Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Festlegung des gerechten Ausgleichs im Zusammenhang mit privilegierten Nutzungen „in der Cloud“ betont, halten gewichtige Stimmen eine Anpassung des Vergütungssystems für geboten (siehe *Stieper* ZUM 2022, 455, 456; *Leistner* CR 2018, 436, 441 ff.; *Müller* ZUM 2014, 11; *Roder-Hießlerich* ZUM 2021, 569, 571 ff.; *Schaefer* GRUR 2022, 563. Zurückhaltender hingegen *Pfeiffer* CR 2022, R55.). Auch die in Zusammenhang stehenden Fragen danach, inwiefern das deutsche Recht geeignet ist, Rechtsinhabern eine Vergütung für Cloud-Nutzungen zu gewähren, wird angesichts der Schwerpunktsetzung der Arbeit nicht tiefergehend behandelt. Siehe zu dem Themenkreis im Weiteren *Dreier/Leistner* GRUR 2013, 881, 891; *Fischer* UFITA 2014, 407, 428 ff.; *Grünberger* ZUM 2022, 321, 339; *Homar* in: Hennemann/Sattler, Immaterialgüter und Digitalisierung, 2017, S. 199, 201 ff.; *Klett* ZUM 2014, 18; *Leistner* JZ 2014, 846, 852 f.; *Peifer* JZ 2022, 521; *Schaefer* GRUR 2020, 1248; *Stieper* ZUM 2019, 1, 4 ff.

¹⁴⁶² BGH GRUR 2012, 1017, Rn. 31 f. – Digitales Druckzentrum. Siehe auch Fromm/Nordemann/*Wirtz* 12. Aufl. 2018, Vor §§ 54 ff. UrhG Rn. 2, 5. In diese Richtung auch *Dreier* ZUM 2011, 281, 285; *Staats* FS Pfennig 2012, S. 403, 413 ff. Siehe auch *de la Durantaye* Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 96.

¹⁴⁶³ BGH GRUR 2012, 1017, Rn. 33 f. – Digitales Druckzentrum.

¹⁴⁶⁴ Ablehnend *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, 37.

¹⁴⁶⁵ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 83 – *Reprobel*. Die in dem Urteil zum Ausdruck kommende Wertung zum Verhältnis einer *ex ante*- und einer *ex post*-Abgabe lässt sich im Grunde auf die Ausgestaltung des deutschen Rechts übertragen. Das zeigt sich darin, dass *Reprobel* ebenfalls eine Geräteabgabe und – zumindest für private Nutzer – eine Betreiberabgabe zugrunde lag.

Rechtsinhabern tatsächlich entstandenen Nachteil entspricht.¹⁴⁶⁶ Die Anforderungen an die Ausgestaltung der Betreiberabgabe unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung führen dazu, dass der Vergütungstatbestand im Vergleich zur Geräte- und Speichermedienabgabe weniger stark von der zu kompensierenden Nutzung abstrahiert. Mithin ergibt sich aus der Ausgestaltung des nationalen Rechts, dass der zu kompensierende Schaden wegen dieser größeren Nähe zur idealtypischen Haftung insgesamt über die Betreiberabgabe zu kompensieren ist. Um eine unzulässige Kombination beider Abgaben, die über den Schaden der Rechtsinhaber hinausgeht, zu vermeiden, ist es erforderlich, dem Betreiber im Sinne des § 54c Abs. 1 UrhG wegen des Wegfalls seiner Vergütungspflicht eine Erstattung von bereits entrichteten Gerätevergütungen für die zum Einsatz kommenden Anlagen zu ermöglichen.¹⁴⁶⁷ Der Erstattungsanspruch und die Betreibervergütung können gegeneinander aufgerechnet werden, §§ 387 ff. BGB. Großbetreiber können zudem Freistellung von der Gerätevergütung für die Anlagen verlangen, die für den Betrieb nach § 54c UrhG erworben werden.¹⁴⁶⁸

IV. Vergütung für nach §§ 60a – 60f UrhG erlaubte Nutzungen

Unklarheiten bestehen über die Vereinbarkeit der angemessenen Vergütung für gesetzlich erlaubte Vervielfältigungen für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen nach §§ 60a – 60f UrhG mit den unionsrechtlichen Vorgaben. Schuldner der angemessenen Vergütung für Nutzungen nach diesem Unterabschnitt ist im Grundsatz der Nutzer selbst; ist dieser im Rahmen einer Einrichtung tätig, wird diese zur alleinigen Schuldnerin der angemessenen

¹⁴⁶⁶ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 84 – *Reprobel*. Die Ausführungen von EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 85 f. sind nicht verständlich. Siehe bereits Teil 1: H.II.4.a). Vorliegend ist ein wie in *Reprobel* geforderter Anspruch auf Erstattung, der eine ergänzende Anwendung des tatsächlichen Nachteils ermöglicht aus dem Grund entbehrlich, dass das deutsche Recht – anders als das belgische Recht in der Fassung, die dem Vorlageverfahren zu Grunde lag – keine *ex post*-Vergütung vorsieht.

¹⁴⁶⁷ Nach geltendem Recht ist dies auf Grundlage von bereicherungsrechtlichen Ansprüchen entlang der Handelskette möglich. Anders als für die Zulässigkeit der qualifizierten Dritthaftung bestehen mangels Anforderungen an Wirksamkeit und Einfachheit dieses Anspruchs keine substanziellen Bedenken gegen diesen Ansatz. Vgl. zur Möglichkeit einer richtlinienkonformen Auslegung BGH GRUR 2017, 702, Rn. 55 ff. – PC mit Festplatte I, der ein Entfallen der Vergütungspflicht aufgrund der unionsrechtlichen Vorgaben prüft, ohne dass das nationale Recht dies entsprechend regeln würde. Auch wenn das deutsche Recht eine entsprechende Freistellung nicht explizit vorsieht, kann eine solche punktuell wirkende Ausnahme von der Vergütungspflicht über die Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Angemessenheit erzielt werden. Angesichts des Umstandes, dass die gesetzlich erlaubten Nutzungen vollständig über die Betreiberabgabe kompensiert werden, ist es für den konkreten Tatbestand angemessen, keine weitere Vergütung zu zahlen.

¹⁴⁶⁸ *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, 37.

nen Vergütung, §§ 60h Abs. 1 S. 2, Abs. 5 S. 1 UrhG.¹⁴⁶⁹ Abweichend hiervon werden Vervielfältigungen über §§ 54 – 54c. UrhG vergütet, sofern sie nicht sowieso vergütungsfrei sind, § 60h Abs. 1 S. 2, Abs. 2 UrhG. Das hat nach der gesetzlichen Systematik für hybride Nutzungen, also solche, die mehr als ein Verwertungsrecht betreffen, eine Aufspaltung der Vergütungsschuldner zur Folge.¹⁴⁷⁰ Der Gesetzgeber geht auf Grundlage von eher abstrakten Erwägungen davon aus, die Ausgestaltung der angemessenen Vergütung gemäß § 60h UrhG stünde in Einklang mit dem fakultativen gerechten Ausgleich der InfoSoc-Richtlinie und nimmt dabei insbesondere an, die Regelung bewirke einen angemessenen Rechtausgleich.¹⁴⁷¹ Auch dem Dreistufentest trage die Regelung Rechnung, Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL.¹⁴⁷²

Dass das deutsche Recht dem regulatorischen Grundsatz nach von einer Inanspruchnahme der Personen ausgeht, die die gesetzlich erlaubten Vervielfältigungen anfertigen, trägt der idealtypischen Haftung Rechnung, die der Rechtsprechung zum gerechten Ausgleich zugrunde liegt.¹⁴⁷³ Es ist wahrscheinlich, dass praktische Schwierigkeiten vorliegen, die eine Dritthaftung für gesetzlich erlaubte Vervielfältigungen im Grunde ermöglichen.¹⁴⁷⁴ Was hieraus für den Ausgestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des gerechten Ausgleichs gemäß Art. 5 Abs. 2 lit. c), Abs. 3 lit. a) sowie Abs. 3 lit. n) InfoSoc-RL folgt, war bisher nicht Gegenstand der Rechtsprechung.¹⁴⁷⁵ Inwiefern es möglich ist, eine Abgabe für die Schranken für Bildung und Forschung beim Erwerb jedweder Geräte- und Speichermedien anzuwenden, kann nach dem Stand der Rechtspre-

¹⁴⁶⁹ Vgl. BT-Drs. 18/12329, S. 47; Spindler/Schuster/*Anton* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 60h UrhG, Rn. 19; Dreier/Schulze/*Dreier* 7. Aufl. 2022, § 60h UrhG, Rn. 12; BeckOK/*Hagemeyer* 40. Aufl. 2023, § 60h UrhG Rn. 13; Fromm/Nordemann/*A. Nordemann* 12. Aufl. 2018, § 60h UrhG Rn. 8; Schricker/Loewenheim/*Stieper* 6. Aufl. 2020, § 60h UrhG Rn. 5. Die Tätigkeit im Rahmen einer Einrichtung wird weit interpretiert. Hierunter fallen beispielsweise Personen, die als Schüler oder Studierende eine Institution besuchen oder auch als Lehrende, Forscher und auf sonstige Weise an einer Institution tätig sind (vgl. BT-Drs. 18/12329, S. 47).

¹⁴⁷⁰ Krit. zu dieser künstlichen Aufspaltung einheitlicher Nutzungsarten angesichts des erheblichen Streitpotenzials und der unnötigen Verkomplizierung der Vergütungsverhandlungen *de la Durantaye* GRUR 2017, 558, 567. Siehe auch *Berger* GRUR 2017, 953, 955 f.

¹⁴⁷¹ BT-Drs. 18/12329, S. 46. Siehe zum fakultativen Charakter nunmehr auch Art. 5 Abs. 4 DSM-RL.

¹⁴⁷² BT-Drs. 18/12329, S. 46. Für eine europäische Ausgleichspflicht nach dem Dreistufentest *Berger* GRUR 2017, 953, 956; Wandtke/Bullinger/*Lijft* 6. Aufl. 2022, § 60h Rn. 2; *Schack* ZUM 2016, 266, 279.

¹⁴⁷³ Siehe Teil 1: H.I.

¹⁴⁷⁴ Siehe Teil 1: H.II.1 sowie Teil 2: B.I.1. Vgl. auch *de la Durantaye* Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 244.

¹⁴⁷⁵ Insbesondere finden sich in EuGH GRUR 2014, 1078 – Elektronische Leseplätze keine Anhaltspunkte hierzu. Aus Art. 6 Abs. 1 VV-RL (n.F.) lässt sich allenfalls mittelbar für die Zulässigkeit der Inanspruchnahme von Institutionen argumentieren. Vgl. dazu EuGH GRUR 2016, 1266 – VOB/Stichting Leenrecht.

chung nicht abschließend beurteilt werden, da die unionsrechtlichen Anforderungen an eine entsprechende Vermutung nicht klar sind.¹⁴⁷⁶

Weitere Probleme bei der Zulässigkeit der in §§ 54, 54c, 60h UrhG vorgesehenen Inanspruchnahme bei Überlassungen von Geräten- und Speichermedien stehen zudem im Zusammenhang damit, dass der EuGH sich bisher nicht explizit mit der Zulässigkeit einer Regelung wie § 60h Abs. 5 S. 1 UrhG befasst hat, nach der Institutionen Schuldner einer auf gerechten Ausgleich gerichteten Abgabe sind, die den Schaden kompensiert, der aus den Nutzungen nach den genannten Bestimmungen der InfoSoc-Richtlinie durch die in ihrem Rahmen tätigen Nutzer entsteht. Dass der nationale Gesetzgeber Bildungs- und Forschungseinrichtungen – wie in § 60h Abs. 5 S. 1 UrhG vorgesehen – grundsätzlich auf einen gerechten Ausgleich in Anspruch nehmen dürfte, wird in der Literatur nicht in Zweifel gezogen.¹⁴⁷⁷ Auch wenn das Verhältnis zwischen Bildungs- und Forschungseinrichtungen ein Abwälzen der Gebühr nicht in jedem Fall in einer Weise ermöglichen wird, die mit der entsprechenden Möglichkeit beim Verkauf einer ausgleichspflichtigen Anlage oder der Erbringung einer ausgleichspflichtigen Dienstleistung vergleichbar ist,¹⁴⁷⁸ bestehen – insbesondere angesichts des weiten Ermessens der Mitgliedstaaten – keine durchgreifenden Zweifel an dieser Möglichkeit.

In der Folge steht in Frage, inwiefern es zulässig sein kann, die Institutionen im Grundsatz in Anspruch zu nehmen und zugleich für Vervielfältigungen eine Geräte- und Speichermedienvergütung vorzusehen. Die Regelung läuft Gefahr, Personen mit einer Abgabe zu belasten, die keine Vervielfältigungen nach den Schranken aus §§ 60a – 60g anfertigen, obwohl ein anderer Regelungsansatz möglich erscheint. Das könnte den Interessen dieser Nutzer in einer Weise zuwiderlaufen, die sich nicht mit EGr. 31 InfoSoc-RL vereinbaren lässt. Die konkrete Ausgestaltung von §§ 54, 54c, 60h Abs. 1, Abs. 5 UrhG könnte dem subsidiären Verhältnis der Haftungsstufen zuwiderlaufen.¹⁴⁷⁹ Problematisch ist dabei, dass aufgrund der unklaren Vorgaben der Rechtsprechung nicht eindeutig ist, welche Bedeu-

¹⁴⁷⁶ Siehe Teil 2: B.I.1.

¹⁴⁷⁷ Vgl. *Berger* GRUR 2017, 953, 955 f.; *de la Durantaye* GRUR 2017, 558, 565 ff.; *Obergfell* ZGE 2018, 261, 271 f.; *Pfennig* MR-Int. 2017, 47, 50; *Pflüger/Hinte* ZUM 2018, 153, 157 f., 159 f.; *Schack* ZUM 2017, 802, 806 f.; *Staats* ZGE 2018, 310, 316; *Wandtke* MMR 2017, 367, 368. Siehe auch bereits *de la Durantaye* Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 101,

¹⁴⁷⁸ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 48 – Padawan.

¹⁴⁷⁹ Siehe Teil 1: H. In Richtung eines Erfordernisses der Inanspruchnahme eines „nutzungsnäheren“ Schuldners in anderem Kontext auch *Schaefer* GRUR 2020, 1248, 1253.

tung der EuGH dem Subsidiaritätserfordernis überhaupt zuerkennt.¹⁴⁸⁰ Da der Charakter der jeweiligen Haftungsstufen maßgeblich dadurch geprägt ist, welcher Personenkreis unter welchen Voraussetzungen auf den gerechten Ausgleich in Anspruch genommen werden kann, kommt ein Verstoß gegen unionsrechtliche Vorgaben in Betracht, wenn die Inanspruchnahme der Institutionen im Vergleich zur Inanspruchnahme bei der Geräte- und Speichermedienabgabe bezogen auf die zu kompensierenden Nutzungen als weniger intensive Abweichung von der idealtypischen Haftung anzusehen ist.

In der Gesetzesbegründung deutet sich an, dass der Gesetzgeber die nach dem UrhWissG privilegierten Vervielfältigungen weiterhin über §§ 54, 54c UrhG vergüten will, um das bestehende System beizubehalten.¹⁴⁸¹ Dass praktische Notwendigkeiten die Differenzierung zwischen Vervielfältigungen und anderen Nutzungen zwingend erfordern würden, lässt sich der Gesetzesbegründung nicht entnehmen. Eine Unionsrechtskonformität der in § 60h Abs. 1 UrhG vorgesehenen gesonderten Behandlung der Vergütung für gesetzlich erlaubte Vervielfältigen wäre zweifelhaft, wenn eine empirisch fundierte Analyse zwei Annahmen bestätigt. Erstens müsste eine Inanspruchnahme der Institutionen auf die Vergütung für gesetzlich privilegierte Vervielfältigungen in vergleichbarer Weise wie für andere Nutzungen möglich sein. Dies wäre nicht der Fall, wenn der Kreis der Institutionen, die auf Zahlung der angemessenen Vergütung für Vervielfältigungen in Anspruch genommen werden, im Vergleich zum derzeitigen Schuldnerkreis so groß wäre, dass er zu praktischen Problemen bei der effektiven Geltendmachung der Ansprüche durch die Anspruchsberechtigten führen würde. Auch der Umstand, dass die tatsächlichen Vervielfältigungsgewohnheiten im Vergleich zu anderen Nutzungen derart verschieden sind, dass sie einer Inanspruchnahme der Institution zuwiderlaufen,¹⁴⁸² könnte dagegen sprechen, die Vervielfältigungen nach dem Regime der anderen Nutzungen zu vergüten. Zweitens be-

¹⁴⁸⁰ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 30 ff. – Amazon deutet auf eine Subsidiarität der Haftungsstufen hin. Dazu Teil 1: H.III.1.a). EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 82 ff. – Reprobel deutet ebenfalls auf eine Subsidiarität hin, enthält aber unklare Vorgaben zur Ausnahme hiervon. Dazu Teil 1: H.II.4.a). EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 46 ff. – Strato spricht nunmehr eher gegen ein Subsidiaritätserfordernis zwischen der Inanspruchnahme von verschiedenen als Schuldner einer Abgabe in Betracht kommenden Dritten.

¹⁴⁸¹ Vgl. BT-Drs. 18/12329, S. 46. Krit. hinsichtlich des zusätzlichen Drucks auf das System der §§ 54 – 54c UrhG aufgrund der Erweiterung der zu vergütenden Nutzungen durch das UrhWissG angesichts der Kappungsgrenze gemäß § 54a Abs. 4 UrhG *de la Durantaye* GRUR 2017, 558, 565 ff.

¹⁴⁸² Vgl. Spindler/Schuster/*Anton* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 60h UrhG, Rn. 20, der davon ausgeht, die überwiegende Anzahl der gemäß § 60a und § 60c UrhG vorgenommenen Vervielfältigungen werde durch Schüler, Studenten, Lehrkräfte und Forscher auf ihren heimischen oder mobilen Endgeräten vorgenommen. Diese Nutzungen könnten nicht anders als durch eine pauschale Geräte- und Speichermedienabgabe erfasst werden. Diese Schlussfolgerung ist zumindest zweifelhaft.

darf es einer tatsächlichen Überprüfung, ob die Inanspruchnahme der Institutionen im Vergleich zur Inanspruchnahme für jedwede Überlassung von vergütungspflichtigen Objekten an Nutzer einen konkreteren Rückschluss auf die Nutzung nach §§ 60a – 60f UrhG zulässt. Dabei sind folgende Erwägungen gegeneinander abzuwägen: Einerseits werden Personen, die im Rahmen einer Bildungs- und Wissenschaftsinstitution tätig sind, sehr viel wahrscheinlicher Vervielfältigungen gemäß § 60a – 60f UrhG vornehmen. Andererseits bezieht § 60h Abs. 1, Abs. 5 UrhG die Vergütungspflicht nicht auf eine konkrete Handlung – wie die Veräußerung vergütungspflichtiger Anlagen –, die im Zusammenhang mit der Nutzung steht und die Rückschlüsse auf die tatsächliche Nutzung zulässt. Zu berücksichtigen ist auch, dass die Vergütungshöhe von §§ 54 ff. UrhG gem. §§ 40 Abs. 1 S. 2, 93 VGG auf Grundlage empirischer Untersuchungen zu bestimmen ist, wohingegen für die angemessene Vergütung gemäß § 60h Abs. 3 S. 1 UrhG grundsätzlich eine pauschale Vergütung oder eine repräsentative Stichprobe der Nutzung für die nutzungsabhängige Berechnung der angemessenen Vergütung genügt.¹⁴⁸³ Auf Grundlage der Tatsachenfeststellungen bedarf es einer Gesamtwürdigung, inwiefern eine Inanspruchnahme der Institutionen einen konkreteren Rückschluss auf die zu kompensierende Nutzung zulässt.¹⁴⁸⁴ Ist dies der Fall, kommt in Betracht, dass der EuGH den weiten Ermessensspielraum der Mitgliedstaaten insoweit bei der Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs durch zwingende Vorgaben in einer Weise einschränkt, die eine solche Regelung untersagt. Daraus würde jedoch nicht folgen, dass der gerechte Ausgleich für solche Nutzer nicht über eine Geräte- und Speichermedienabgabe erhoben werden kann, die nicht im Rahmen einer Einrichtung tätig sind.

¹⁴⁸³ Vgl. Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 60h UrhG, Rn. 12; Schricker/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 60h UrhG Rn. 8 f. Insofern ist weiterhin zu beachten, dass eine typisierende, pauschalierende oder generalisierende Erfassung nur gerechtfertigt ist, soweit die Nutzungsvorgänge nur mit unverhältnismäßigem Aufwand individuell erfasst werden könnten (BGH GRUR 2013, 1220, Rn. 76 – Gesamtvertrag Hochschulinternet; Schricker/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 60h UrhG Rn. 8; *Obergfell* ZGE 2018, 261, 265; *Staats* ZGE 2018, 310, 317). Da diese Vorgaben auch in den unionsrechtlichen Anforderungen wurzeln, kann § 60h Abs. 3 UrhG nicht pauschal hiervon befreien (vgl. Schricker/Loewenheim/Stieper a. a. O. Anders Spindler/Schuster/Anton Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 60h UrhG Rn. 14; Wandtke/Bullinger/Lijft 6. Aufl. 2022, § 60h UrhG Rn. 7).

¹⁴⁸⁴ Wortlaut und Struktur der gesetzlichen Vorgaben sind so eindeutig, dass die Norm nicht richtlinienkonform ausgelegt werden kann, sofern man von der Unionsrechtswidrigkeit des § 60h Abs. 1, Abs. 5 UrhG ausgeht. Trotz des konkret zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen, würde eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung durch teleologische Reduktion des § 60h Abs. 1 S. 2, Abs. 5 S. 2 UrhG die *contra legem*-Grenze überschreiten. Es wäre nicht statthaft, die nach §§ 60a – 60f UrhG erlaubten Vervielfältigungen, die von Bildungs- und Forschungseinrichtungen zugehörigen Nutzern angefertigt werden, nach den Vorgaben über die übrigen Nutzungen nach dem Unterschnitt zu vergüten.

C. Bemessung der Vergütung

I. Geräte- und Speichermedienabgabe

1. Tatbestandsvorgaben zur Anwendung der angemessenen Vergütung

Ausgangspunkt für die Bestimmung der Höhe des gerechten Ausgleichs ist der Tatbestand der Geräte- und Speichermedienabgabe: § 54 UrhG bezieht sich dem Wortlaut nach auf solche Geräte und Speichermedien, die ihrem Typ nach zur Anfertigung von solchen Vervielfältigungen benutzt werden, auf die sich die angemessene Vergütung bezieht. Es genügt, wenn diese Objekte in Verbindung mit anderen Geräten, Speichermedien oder Zubehör zur Vornahme solcher Vervielfältigungen verwendet werden. Da der Anspruch auf den Geräte- bzw. Speichermedientyp abstellt, ist der übliche Gebrauch maßgeblich, wohingegen die konkrete Nutzung eines einzelnen vergütungspflichtigen Objekts im Grunde nicht relevant ist.¹⁴⁸⁵ Konzeptuell beschränkt dieser Ansatz die Vergütung insofern, als dass ein Ausgleich nicht für jede gesetzlich erlaubte Vervielfältigung geleistet wird. Dem Gesetzgeber war daran gelegen, eine praxistaugliche Lösung zu implementieren, die zugleich die tatsächlich nennenswerten Nutzungen erfasst.¹⁴⁸⁶

Europarechtliche Bedenken gegen die typisierende Anwendung der Abgabe werden vor dem Hintergrund geäußert, dass sie keine hinreichende Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Kategorien von Erwerbern herstellt.¹⁴⁸⁷ Diese Bedenken sind berechtigt.¹⁴⁸⁸ Demgegenüber ist es mit den Richtlinienvorgaben im Grunde vereinbar, dass das deutsche Recht auf die typische Verwendung der Geräte- und Speichermedien abstellt.¹⁴⁸⁹

¹⁴⁸⁵ Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 9; Koch/Krauspenhaar GRUR Int. 2013, 1003, 1005; Langhoff/Oberndörfer/Jani ZUM 2007, 593, 594; Fromm/Nordermann/Wirtz 12. Aufl. 2018, § 54 UrhG Rn. 10. Vgl. BT-Drs. 16/1828, S. 16, S. 29; BT-Drs. 16/5939, S. 45.

¹⁴⁸⁶ Die Vergütungspflicht hängt seit dem Zweiten Korb nicht mehr vom Merkmal der „erkennbaren Bestimmtheit“ der Objekte zur Anfertigung von vergütungspflichtigen Vervielfältigungen ab. Der neue Maßstab zielt auf eine Erleichterung der Rechtsanwendung ab. Die frühere Rechtslage hatte zu langwierigen Streitigkeiten geführt (vgl. BT-Drs. 16/1828, 28 f.; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 3, 21).

¹⁴⁸⁷ Vgl. Wandtke/Bullinger/Liift 6. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 14 f.; Klett K&R 2010, 800, 801; Koch/Krauspenhaar GRUR Int. 2013, 1003, 1005; Ullmann CR 2012, 288, 291 ff. Siehe auch Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 2a zum Verhältnis von unionsrechtlich erforderlichen Freistellungen zum Anknüpfen des Tatbestands an den Anlagentyp.

¹⁴⁸⁸ Siehe Teil 2: B.I sowie Teil 2: C.I.2.

¹⁴⁸⁹ Vgl. Dreier ZUM 2011, 281, 286; Siehe auch Grünberger ZUM 2022, 321, 338 f.; Homar GRUR Int. 2017, 834, 842; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 22; Spindler FS Pfennig 2012, S. 387, 396 ff.; Walter FS Griss 2011, S. 693, 704. Tendenziell anders Jani/Ebbinghaus GRUR-Prax 2011, 71, 72 f.; Fromm/Nordermann/Wirtz 12. Aufl. 2018, Vor §§ 54 ff. UrhG Rn. 2, wonach auf den möglichen Schaden abzustellen sein soll, weshalb ein Ausgleich entbehrlich sei, wenn

Es ist nicht weder erforderlich, auf die tatsächliche Verwendung der konkreten Anlage abzustellen, sondern es genügt – hinsichtlich der objektiven Anforderungen – den zu erwartenden Schaden pauschalierend für einzelne Gerätetypen oder Speichermedien festzulegen.¹⁴⁹⁰ Der Anspruch muss sich dahingegen nicht zwingend streng auf die technische Eignung der Anlagen zur Anfertigung von ausgleichspflichtigen Kopien beziehen.¹⁴⁹¹ Es fällt in das Ermessen des mitgliedstaatlichen Gesetzgebers, einen hiervon abweichenden Maßstab für die Vergütung anzulegen, sofern dies nicht dazu führt, dass für mehr als nur geringfügige Nachteile kein Ausgleich geleistet wird. Diesen Anforderungen tut § 54 Abs. 1 UrhG Genüge.

2. Unzulässigkeit einer einheitlichen Abgabe

Die gesetzlichen Vorgaben aus §§ 54 ff. UrhG sehen keine Differenzierung nach unterschiedlichen Kategorien von Erwerbern vor. Es entspricht der Vorstellung des Gesetzgebers wie auch dem traditionellen Verständnis der gesetzlichen Vorgaben, dass die Höhe der Abgabe sich nicht nach dem Erwerber bestimmt, sondern allein aus den objektiven Merkmalen der vergütungspflichtigen Anlage folgt.¹⁴⁹² Der BGH geht davon aus, eine unterschiedslose Anwendung der Abgabe für Privatkopien auf Vervielfältigungsanlagen sei erst dann richtlinienwidrig, wenn die Geräte nichtprivaten Nutzern überlassen würden und eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind.¹⁴⁹³ Eine Vergütung für Privatkopien auf Geräte, die nichtprivaten Nutzern überlassen werden, sei hingegen mit dem gerechten Ausgleich vereinbar, wenn die Geräte nicht eindeutig anderen Verwendungen als der Anfertigung von Privatkopien vorbehalten sind.¹⁴⁹⁴ Aus der EuGH-Rechtsprechung ergibt sich indes, dass zumindest eine Unterscheidung zwischen privaten und nichtprivaten Enderwerbern der vergütungspflichtigen

die Anfertigung von privilegierten Vervielfältigungen tatsächlich unterbunden wird. Dass der EuGH die Mitgliedstaaten zu einer solchen Ausgestaltung verpflichtet, ist nicht ersichtlich (siehe auch Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 4).

¹⁴⁹⁰ Vgl. Wandtke/Bullinger/Löffel 6. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 15; Schrieker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 22. Siehe auch BGH GRUR 2017, 172, Rn. 51 – Musik-Handy.

¹⁴⁹¹ Gemäß EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 56 – Padawan; EuGH GRUR 2016, 55 – Reprobel genügt die technische Eignung aber, um die Anwendung der Abgabe zu rechtfertigen, sofern daneben auch den übrigen Voraussetzungen genüge getan wird, um eine Überlassung zu ermöglichen.

¹⁴⁹² Vgl. BT-Drs. 16/1828, S. 16, S. 28 f.

¹⁴⁹³ BGH ZUM 2018, 364, Rn. 32 – PCs mit eingebauter Festplatte; BGH BeckRS 2017, 125132, Rn. 5 ff – Business-PCs; BGH GRUR 2017, 172, Rn. 94 – Musik-Handy; BGH GRUR 2014, 984 Rn. 50 – PC III; BGH GRUR 2012, 705, Rn. 39 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät.

¹⁴⁹⁴ BGH GRUR 2012, 705, Rn. 39 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät.

Anlagen erforderlich ist.¹⁴⁹⁵ Dem wird diese Auslegung nicht gerecht.¹⁴⁹⁶ Auch wenn der Tatbestand der Geräte- und Speichermedienabgabe selbst nicht nach der Art des Erwerbers unterscheidet, so lassen doch die Vorgaben zur Vergütungshöhe aus § 54a UrhG eine entsprechende Differenzierung zwischen privaten und nichtprivaten Erwerbern zu. Auch wenn § 54a UrhG darauf abstellt, in welchem Maß ein Anlagentyp zu privilegierten Vervielfältigungen genutzt wird, können subjektive Kriterien miteinfließen, ohne die Wortlautgrenze der Norm zu überschreiten. Dass eine entsprechende Auslegung nicht gegen die Vorgaben der Norm verstößt, zeigt sich auch darin, dass die materiellen Kriterien für die Bemessung des Anspruchs nicht abschließend in § 54a UrhG geregelt sind.¹⁴⁹⁷ Dies entspricht inzwischen auch der tatsächlichen Handhabung. Seit 2014 geltende und im Anschluss geschlossene Gesamtverträge sehen unterschiedliche Verbraucher- und Business-Vergütungen vor.¹⁴⁹⁸ Entsprechendes gilt für die Tarife der Geräte- und Speichermedienvergütung.¹⁴⁹⁹ Diese in den Gesamtverträgen verankerte Differenzierung führt einen Zustand herbei, der in Einklang mit den unionsrechtskonform ausgelegten Vorgaben des nationalen Rechts steht.

¹⁴⁹⁵ Siehe Teil 1: H.II.3.c)dd(1), Teil 1: H.II.3.d)bb) sowie Teil 1: H.II.3.f)bb).

¹⁴⁹⁶ Siehe auch Wandtke/Bullinger/*Löffel* 6. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 14. Anders Schrieker/Loewenheim/*Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 22, die darauf verweisen, dass nach § 54 a Abs. 1 UrhG die Vergütungshöhe vom tatsächlichen Umfang der Benutzung für die einzelnen abhängt. Das kann meines Erachtens nicht überzeugen, da es keine Differenzierung zwischen den unterschiedlichen Erwerberkategorien gewährleistet.

¹⁴⁹⁷ Vgl. auch Teil 2: C.I.3.a).

¹⁴⁹⁸ Dazu <https://www.zpue.de/rueckerstattung>.

¹⁴⁹⁹ Ebd. So sieht der gemeinsame Tarif von ZPÜ, GEMA, VG Wort und VG Bild-Kunst über die Vergütung nach den §§ 54, 54a UrhG für PCs vom 4. März 2016 etwa eine Vergütung für Verbraucher-PCs i. H. v. 13,1875 EUR/Stück vor, wohingegen die Vergütungspflicht für einen Business-PC lediglich 4,00 EUR/Stück beträgt (Abschn. 1). Business-PCs sind Geräte, die nach Maßgabe der vertraglichen Regelungen an Behörden und gewerbliche Endabnehmer oder im Rahmen eines Projektgeschäfts an Händler veräußert werden (Abschn. 4 C.). Die Anzahl der Business-PCs kann dabei auf der Grundlage der tatsächlichen Verkäufe angegeben werden, wobei bestimmte Dokumentationspflichten erfüllt werden müssen, oder auf Grundlage eines näher definierten Verfahrens unter Zuhilfenahme von Marktdaten bestimmt werden. Behörden und gewerbliche Endabnehmer, die PCs im Inland zu einem Preis erwerben, der die Vergütung gemäß § 54 UrhG für Verbraucher-PCs enthält, können nach Maßgabe der tariflichen Regelungen von der ZPÜ Erstattung der Differenz zwischen der Vergütung für Verbraucher-PCs und der Vergütung für Business-PCs verlangen (Abschn. 4, C.III. sowie IV.). Diese praktische Handhabung nähert sich den Anforderungen des Unionsrechts deutlich an, löst sich aber zugleich von den Vorgaben des nationalen Rechts. Für die Beurteilung der Frage, inwiefern die nationale Rechtsordnung den unionsrechtlichen Anforderungen genügt, hat sie allenfalls nachrangige Bedeutung.

3. Berechnungskriterien

a) Berechnungsmaßstab

§ 54a Abs. 1 bis 3 UrhG bestimmt relative Kriterien, die für die Bemessung des gerechten Ausgleichs von Bedeutung sind, ohne den Berechnungsmaßstab unmittelbar festzuschreiben.¹⁵⁰⁰ Das Unionsrecht erfordert es, den Leistungsanspruch anhand des Schadens zu bemessen, der sich für den Rechtsinhaber aus der Vervielfältigung des Schutzgegenstandes ergibt.¹⁵⁰¹ Das macht es erforderlich, die gesetzlichen Vorgaben wo möglich in einer Weise auszulegen, die einen Schadensausgleich bewirkt.¹⁵⁰²

Von vornherein lässt sich mit dem Erfordernis eines Schadensausgleichs nicht vereinbaren, den Verkaufspreis der vergütungspflichtigen Objekte als Bezugsgröße der Leistungspflicht zugrunde zu legen.¹⁵⁰³ Auch wenn dies den Vorteil böte, dass der Wert objektiv und neutral feststellbar ist,¹⁵⁰⁴ lässt er keine tragfähigen Schlüsse auf den Schaden der Rechtsinhaber zu.¹⁵⁰⁵ Nach § 39 Abs. 1 S. 1 VGG sollen die geldwerten Vorteile in der Regel die Berechnungsgrundlage bilden. Da der wirtschaftliche Wert der Nutzung regelmäßig dem geldwerten Vorteil entspricht,¹⁵⁰⁶ deutet die gesetzliche Konzeption darauf hin, den Schaden in dieser Weise zu bestimmen.¹⁵⁰⁷ Auch der BGH geht davon aus, zum

¹⁵⁰⁰ Sch-Urh ZUM-RD 2011, 46, 55; *Becker/Müller* FS Pfennig 2012, S. 373, 382; *Bremer/Lammers* K&R 2008, 145, 147; *BeckOK/Grübler* 40. Aufl. 2023, § 54a UrhG Rn. 1, 4 f.; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 7; *Müller* ZUM 2007, 777, 780 f. Siehe auch *Lauber-Rönsberg* Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 244 f., die zudem anmerkt, der Gesetzgeber habe in § 54a UrhG im Wesentlichen Selbstverständliches festgeschrieben. Die Terminologie ist nicht einheitlich und die Begriffe Basiswert, Referenzvergütung oder Berechnungsgrundlage sind für den Berechnungsmaßstab ebenfalls geläufig.

¹⁵⁰¹ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 40 – Padawan.

¹⁵⁰² Vgl. *Jani/Ebbingshaus* GRUR-Prax 2011, 71, 72.

¹⁵⁰³ So aber Sch-Urh ZUM-RD 2011, 46 55 f.; *Bremer/Lammers* K&R 2008, 145, 147 f. Ähnlich wie diese auch Bundesministerium der Justiz, Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, Stand: 27.9.2004, S. 60 f.

¹⁵⁰⁴ Sch-Urh ZUM-RD 2011, 46 55, f., die davon ausgehen, dass ein anderes Vorgehen im Ergebnis darauf hinausliefe, dass die Festlegung zur Ermessensentscheidung würde und damit einem Akt der Rechtsetzung gleichkäme.

¹⁵⁰⁵ BGH GRUR 2016, 792, Rn. 38 ff. – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; *Hoeren* CR 2016, 557, 560; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 8; *Stieper* ZGE 2015, 170. Vgl. auch BGH GRUR 2012, 1017 Rn. 34 – Digitales Druckzentrum; BT-Drs. 10/837, S. 10 f. und 19.

¹⁵⁰⁶ BT-Drs. 18/7223, S. 85; *Schricker/Loewenheim/Reinbothe* 6. Aufl. 2020, § 39 VGG Rn. 5.

¹⁵⁰⁷ Siehe bereits *Becker/Müller* FS Pfennig 2012, S. 373, 382; Siehe auch *Lauber-Rönsberg* Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 245; *Müller* ZUM 2007, 777, 780 f. *Klett* K&R 2010, 800, 801 stellt für die Bemessung des Anspruchs unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung auf den wirtschaftlichen Wert der Vervielfältigung ab. Ähnlich *Ullmann* CR 2012, 288, 293, wonach der EuGH den wirtschaftlichen Wert des Nutzungsrechts in den Vordergrund gerückt habe. Anders *Hoeren* CR 2016, 557, 559, der § 40 VGG i.V.m. § 54a UrhG als *lex specialis* ansieht, womit ein divergierender Ansatz zu § 39 Abs. 1 S. 1 VGG vorgegeben würde. Das trägt meines Erachtens dem Umstand nicht Rechnung, dass die

Ausgleich des Schadens der Rechtsinhaber aus der privilegierten Nutzung sei grundsätzlich die angemessene Vergütung zu zahlen, die die Nutzer hätten entrichten müssen, wenn sie die Erlaubnis für die Vervielfältigungen eingeholt hätten.¹⁵⁰⁸ Für die Unionsrechtskonformität dieser Auslegung verweist der BGH insbesondere auf das weite Ermessen der Mitgliedstaaten unter anderem bei der Festlegung der Höhe des Ausgleichs sowie auf das Erfordernis eines Schadensausgleichs.¹⁵⁰⁹ Der Schaden, der den Rechtsinhabern durch die Beschränkung ihres ausschließlichen Rechts entsteht, entspreche der Lizenzgebühr, die diese für die Einräumung des Rechts zu den durch die Schranke erfassten Nutzungen ihrer Werke hypothetisch hätten erzielen können.¹⁵¹⁰ Der Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung wird zum Ausgleich für die aufgrund der Einschränkung des Vervielfältigungsrechts entgangenen individual-vertraglichen Lizenzeinnahmen.¹⁵¹¹ Dass nicht jeder Nutzer, der eine Kopie auf Grundlage der Schrankenregelungen anfertigt, ohne die gesetzliche Lizenz eine vertragliche Lizenz eingeholt hätte, sei unbeachtlich, da auch insoweit der Ersatz des tatsächlichen Schadens nach Maßgabe der Lizenzanalogie berechnet werden könne.¹⁵¹² Die Auslegung des BGH ist unionsrechts-

spezifischen Regelungen zur Geräte- und Speichermedienabgabe die Berechnungsgrundlage nicht selbst regeln und daher insofern keinen Vorrang haben können.

¹⁵⁰⁸ BGH ZUM 2021, 854, Rn. 42 – Gesamtvertrag USB-Sticks und Speicherkarten; BGH GRUR 2017, 684, Rn. 56 – Externe Festplatten; BGH GRUR 2017, 161, Rn. 37 ff. – Gesamtvertrag Speichermedien; BGH GRUR 2016, 792, Rn. 30 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik. Siehe auch OLG München BeckRS 2016, 9197 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik. Siehe auch *Grünberger* ZUM 2022, 321, 338. Krit. *Brenken* WRP 2013, 48, Rn. 14 f.

¹⁵⁰⁹ BGH GRUR 2017, 172, Rn. 51 – Musik-Handy; BGH GRUR 2016, 792, Rn. 35 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik. Zustimmung *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 4.

¹⁵¹⁰ BGH GRUR 2016, 792, Rn. 36 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik.

¹⁵¹¹ BGH GRUR 2017, 172, Rn. 53 – Musik-Handy; BGH GRUR 2016, 792, Rn. 36 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik.

¹⁵¹² BGH GRUR 2016, 792, Rn. 37 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik. Vgl. auch BGH GRUR 2012, 1017, Rn. 28 – Digitales Druckzentrum. Diesbezüglich krit. *Schrieker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 8 unter Verweis auf EGr. 35 S. 2 InfoSoc-RL. Die Herstellung eines eigenen Exemplars sei gerade deshalb vorteilhaft, da sie den Endnutzer weniger koste als ein Original exemplar. Das trifft zwar zu und bei der Bestimmung der Höhe der fiktiven Lizenzgebühr muss im Vergleich zur Erstverwertung kostenmindernd berücksichtigt werden, dass es sich nicht um ein Original handelt (so auch *Becker/Müller* FS Pfennig 2012, S: 373, 384; *Heine/Holzmüller/Wintergeist* 2019, § 40 VGG Rn. 14. Siehe auch *Lauber-Rönsberg* Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 245). Generell steht eine Lizenzanalogie für eine gesetzliche Lizenz zudem vor der Herausforderung, dass die Schrankenregelung die Festlegung der Vergütung dem Markt entzieht (siehe auch den Diskussionsbericht von *Rösler* in, *Riesenhuber*: Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 189, 191 f.). Mithin ist eine wertende Korrektur erforderlich (*Raue* Die dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 333 ff.) Eine Verpflichtung des Mitgliedstaats, auf die Zahlungsbereitschaft abzustellen, ergibt sich aus den unionsrechtlichen Vorgaben nicht. Insbesondere kann sie nicht aus der „Soll“-Vorgabe in EGr. 35 S. 2 InfoSoc-RL hergeleitet werden.

konform.¹⁵¹³ Die Lizenzanalogie stellt eine im Urheberrecht allgemein anerkannte Methode dar, um einen Schadenersatzanspruch zu beziffern.¹⁵¹⁴ Die Historie dieser Berechnungsmethode reicht bis ins 19. Jahrhundert zurück, wobei das Bedürfnis nach dieser Berechnungsmethode frühzeitig darauf zurückgeführt wurde, dass es der Absicherung eines gerechten Arbeitslohns zuwiderliefe, den Rechtsinhabern den Nachweis eines konkreten Vermögensschadens aufzubürden.¹⁵¹⁵ Dieser Gedanke lässt sich auf die Bemessung der angemessenen Vergütung nach § 54 UrhG übertragen. Indem das deutsche Recht sich dafür entscheidet, den Ausgleichanspruch anhand dieser Methode zu bemessen, zieht es eine Berechnung heran, die sich im Rahmen des unionsrechtlich vorgegebenen Gestaltungsspielraums bewegt.¹⁵¹⁶

b) Maß der Nutzung, § 54a Abs. 1 S. 1 UrhG

aa) Bestimmung des Maßes der Nutzung

Maßgebend für die Höhe der Geräte- und Speichermedienvergütung ist, in welchem Maß der jeweilige Objekttyp tatsächlich für die zu kompensierenden Vervielfältigungen genutzt wird. Mittelbar wird damit relevant, welche Nutzungen von den Schranken erfasst werden.¹⁵¹⁷ Das Maß der Nutzung zu privilegierten Vervielfältigungen steht bewusst an vorderster Stelle, da der Gesetzgeber es als wichtigstes Kriterium erachtet.¹⁵¹⁸ Die Höhe der Leistungspflicht bestimmt sich unter Berücksichtigung des Berechnungsmaßstabs nach den kumulierten Lizenzgebühren für sämtliche durch das Vergütungsobjekt zu erwartenden vergütungspflichtigen Vervielfältigungen.¹⁵¹⁹ Auch wenn die Höhe des Ausgleichs

¹⁵¹³ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 8. Vgl. *Pflüger Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung*, 2017, S. 81. Siehe auch bereits *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 584 ff. A.A. *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 965 f. Dazu bereits Teil 1: G.II.2.a).

¹⁵¹⁴ Vgl. BGH GRUR 2006, 143, 145 – Catwalk; BGH GRUR 1990, 1008, 1009 – Lizenzanalogie; *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 965; *Rane* Die dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 270 ff.; Schrickler/Loewenheim/Wimmers 6. Aufl. 2020, § 97 UrhG Rn. 267.

¹⁵¹⁵ *Ernicke* Die dreifache Schadensberechnung, 2020, S. 367 f.

¹⁵¹⁶ Siehe Teil 1: G.II.2.a).

¹⁵¹⁷ Vgl. *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S. 27 ff., die darlegen, dass die Privatkopieschranke neben den klassischen Nutzungsformen auch für neuartige Praktiken Bedeutung hat – etwa bei *tethered downloads*, bestimmten Vervielfältigungen im Zusammenhang mit Streaming von Inhalten wie den permanenten *progressive-downloads* oder beim *streamripping*. Gegen eine Einordnung von *tethered downloads* als Privatkopie *Jani/Vonthien* ZUM 2023, 73. Siehe weiterhin *Hentsch* MMR 2023, 29 ff. mit einer Untersuchung von Games-spezifischen Vervielfältigungshandlungen und der Anwendbarkeit der Privatkopieschranke auf ebendiese.

¹⁵¹⁸ BT-Drs. 16/1828, S. 29. Vgl. *Lauber-Rönsberg* Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 242; *Fromm/Nordermann/Wirtz* 12. Aufl. 2018, § 54a Rn. 2.

¹⁵¹⁹ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 8. Vgl. auch *Fromm/Nordermann/Wirtz* 12. Aufl. 2018, § 54a Rn. 1. Siehe auch bereits *Becker/Müller* FS Pfennig

aufgrund der pauschalierenden Betrachtung eine Größe bleibt, die in einem Akt der wertenden Entscheidung festgesetzt werden muss,¹⁵²⁰ stellt dies die konzeptionelle Grundlage dar. Der Ansatz entspricht den unionsrechtlichen Anforderungen an eine verwendungsbezogene Ausgestaltung, der es erforderlich macht, den Ausgleichsanspruch auf die zu kompensierende Vervielfältigung zu beziehen. Die Vermutungen der ausgleichspflichtigen Nutzungen¹⁵²¹ sind für die Vergütungspflicht konkreter Konstellationen relevant¹⁵²² und stehen der Notwendigkeit, bei der Vergütungshöhe das Ausmaß der Nutzung der Vergütungsobjekte zu berücksichtigen, nicht entgegen.¹⁵²³

Da der zu erwartende Nutzungsumfang zwischen unterschiedlichen Arten von Vergütungsobjekten stark variieren kann, wird die tatsächliche Nutzung eines Anlagentyps aufgrund empirischer Untersuchungen im Wege von Umfrage- und Verkehrsgutachten ermittelt, §§ 40 Abs. 1 S. 2, 93 VGG.¹⁵²⁴ Aus Gründen der Transparenz und Akzeptanz werden die empirischen Untersuchungen durch die Schiedsstelle veröffentlicht, § 114

2012, S. 373, 383 ff.; *Müller ZUM* 2014, 11, 11 f.; *Riesenhuber GRUR* 2013, 582, 587. Vgl. weiterhin BT-Drs. 10/837, S. 19. Für ein relatives Verständnis von § 54a Abs. 1 S. 1 UrhG, wonach relevant sei, zu welchem Anteil das Gerät oder Speichermedium für privilegierte Zwecke genutzt wird *Bremer/Lammers K&R* 2008, 145, 148; *Müller ZUM* 2007, 777, 781. In welchem Verhältnis die Nutzung für vergütungspflichtige Vervielfältigungen zu anderen Verwendungen steht, kann für die Bemessung des Anspruchs nicht relevant sein, da der Umstand keinen Rückschluss auf den Schaden zulässt. Auch EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 27 – Copydan gebietet kein anderes Verständnis, sondern verdeutlicht lediglich, dass die Ausgleichsansprüche sich auf die zu kompensierenden Nutzungen beziehen müssen. *Brenken WRP* 2013, 48, Rn. 21 geht davon aus, dass bei einem Nutzungsumfang von Anlagen zu Vervielfältigungszwecken von weniger als 10 %, würde die Bagatellschwelle unterschritten. Das überzeugt nicht, da der Gesetzgeber davon abgesehen hat, eine entsprechende Geringfügigkeitsschwelle im Tatbestand aufzunehmen (vgl. BT-Drs. 16/1828, S. 42) und eine entsprechende unionsrechtliche Verpflichtung hierzu nicht besteht.

¹⁵²⁰ *Lauber-Rönsberg Urheberrecht und Privatgebrauch*, 2011, S. 246 m. V. a. BverfG NJW 1992, 1303, 1306 – Leerkassetten.

¹⁵²¹ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 54 f. – Padawan; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 72 – Reprobel.

¹⁵²² Siehe Teil 1: H.II.3.b)cc).

¹⁵²³ Siehe *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 5. *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 11 wollen bei tatsächlichen Unklarheiten über die Nutzung auf die Vermutung zurückgreifen. Es ist zweifelhaft, dass die Vermutung taugt, um den Anspruch konkret zu beziffern.

¹⁵²⁴ *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 5; *BeckOK/Grübler* 40. Aufl. 2023, § 54a UrhG Rn. 4; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 11; *Wandtke/Bullinger/Läijt* 6. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 2; *Fromm/Nordermann/Wirtz* 12. Aufl. 2018, § 54a Rn. 3. Siehe auch *Raue/Hegemann/Heine/Staats MAH Urheber- und Medienrecht*, 3. Aufl. 2023, § 6 Rn. 116; *Lauber-Rönsberg Urheberrecht und Privatgebrauch*, 2011, S. 242. Vgl. weiterhin *Ullmann CR* 2012, 288, 293 f.

Abs. 2 VGG.¹⁵²⁵ Dies ist unionsrechtlich zulässig, wengleich keine europarechtliche Verpflichtung hierzu besteht.¹⁵²⁶

bb) Vergütungspflichtige Nutzungen

Für die Vergütungshöhe ist relevant, in welchem Maß die Objekttypen nach den zu kompensierenden Schranken genutzt werden.¹⁵²⁷ Der Leistungsanspruch nach § 54 UrhG bezieht sich konzeptionell von vornherein nur auf die gesetzlich erlaubten Kopien.¹⁵²⁸ Nur die zu kompensierenden Nutzungen nach § 53 Abs. 1 oder Abs. 2 UrhG oder §§ 60a – 60f UrhG können bei der Bemessung des Anspruchs berücksichtigt werden, womit die Unterscheidung zu anderen Nutzungen Einfluss auf die Höhe der Vergütungspflicht hat.¹⁵²⁹ Sicherungskopien werden vom Gesetzestext nicht gesondert geregelt, werden aber soweit sie von den Schrankentatbeständen erfasst werden über das System der angemessenen Vergütung erfasst.¹⁵³⁰ Notenblätter werden gemäß § 53 Abs. 4 lit. a) UrhG weitgehend von der Privatkopierschranke ausgeschlossen. Eine zulässige Vervielfältigung von Notenblättern, etwa durch Abschreiben, lässt sich nach dem Stand der EuGH-Rechtsprechung mit den Richtlinienvorgaben vereinbaren, sofern der Schaden als geringfügig anzusehen ist.¹⁵³¹ Dass die angemessene Vergütung diese Abschriften konzeptionell

¹⁵²⁵ Raue/Hegemann/Heine/Staats MAH Urheber- und Medienrecht, 3. Aufl. 2023, § 6 Rn. 116; Schrieker/Loewenheim/Reinbothe 6. Aufl. 2020, § 115 VGG Rn. 3. Vgl. auch BT-Drs. 16/1828, S. 29; Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 5.

¹⁵²⁶ Das zeigt sich in Art. 16 Abs. 2. Uabs. 2 S. 3 VG-RL, der lediglich eine viel beschränktere Informationspflicht vorsieht (dazu *Podszun* ZUM 2017, 732, 740). Krit. *Hoeren* CR 2016, 557, 559 ff., der erhebliche Zweifel an der Europarechtskonformität eines Tarifs äußert, da großen Intransparenz hinsichtlich der Berechnung herrsche. Er hält es – bezogen auf einen über sechs Jahre alten Tarif für Rohlinge – zudem für unionsrechtlich problematisch, wenn ein Tarif auf einer veralteten Datengrundlage beruht, sofern signifikante Änderungen des Nutzerverhaltens zu vermuten sind. Inwiefern ein Tarif auch angesichts veränderter Nutzungsgewohnheiten angemessen ist, ist in einem gerichtlichen Verfahren zu klären. Angesichts des weiten Ermessens der Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Höhe des gerechten Ausgleichs kommt ein Verstoß gegen das Gebot des Schadensausgleichs nur in Ausnahmefällen in Betracht.

¹⁵²⁷ *Bremer/Lammers* K&R 2008, 145, 148.

¹⁵²⁸ Vgl. Sch-Urh ZUM-RD 2011, 46, 52; Schrieker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 10; *Schack* FS Erdmann 2002, 165, 172; *Sell* Die offensichtlich rechtswidrige Vorlage einer Privatkopie, 2018, S. 68, 94; *Stieper* EuZW 2013, 699, 701; v. *Ungern-Sternberg* GRUR 2008, 247, 249.

¹⁵²⁹ Vgl. BT-Drs. 16/1828, S. 29; Sch-Urh ZUM-RD 2010, 575, 580 ff.; Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 53 UrhG Rn. 11; *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger 2016, S. 459, 464; *Hoeren* CR 2016, 557, 559; *Spindler* Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturflatrate, 2014, Rn. 276. Im Weiteren auch die Rechtsauffassung des Klägers in ACI Adam wiedergegeben von GA *Cruz Villalón* Schlussanträge vom 9.1.2014, Rs. C-435/12, Rn. 14 – ACI Adam.

¹⁵³⁰ BGH GRUR 2017, 684, Rn. 64 ff. – Externe Festplatten. Das Unionsrecht erfordert keine gesonderte Behandlung (vgl. EuGH Rn. 16 – Strato).

¹⁵³¹ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 56 – Reprobel. Dazu Teil 1: C.II.

umfasst, ist unionsrechtlich nicht geboten, aber zulässig.¹⁵³² Das deutsche Recht adressiert die Frage nach der Ausgleichspflicht von Vervielfältigungen eigener Inhalte nicht. Die nationalen Vorgaben können dahingehend ausgelegt werden, dass sich die angemessene Vergütung mangels Kompensationsbedürfnis nicht auf diese Nutzungen bezieht.¹⁵³³

Es bleibt fraglich, ob es den unionsrechtlichen Anforderungen genügt, dass nach dem Tatbestand der Privatkopierschranke keine offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen¹⁵³⁴ genutzt werden können.¹⁵³⁵ Der deutsche Ansatz soll einen Kompromiss darstellen zwischen den Interessen der Rechtsinhaber an einer strikten Begrenzung der Privatkopie und denjenigen der Nutzer an Rechtssicherheit und einer möglichst weitreichender Nutzungserlaubnis.¹⁵³⁶

Eine Ansicht geht davon aus, die Unterscheidung des deutschen Rechts verstoße gegen Unionsrecht.¹⁵³⁷ Das vom EuGH erarbeitete Erfordernis, für die Zulässigkeit einer Nut-

¹⁵³² Siehe Teil 1: G.I.3.f).

¹⁵³³ Siehe für die entsprechende Auslegung des gerechten Ausgleichs unter Teil 1: C.II.

¹⁵³⁴ Die Arbeit verwendet den Begriff der Vorlage und denjenigen der Quelle synonym (vgl. auch *Sell* Die offensichtlich rechtswidrige Vorlage einer Privatkopie, 2018, S. 45 f.). § 53 Abs. 1 UrhG (i.d.F.v. 2003) sah zunächst eine Einschränkung des Anwendungsbereichs für offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen vor (siehe BT-Drs. 15/1353). Im Rahmen des Zweiten Korbes wurde die Einschränkung auf offensichtlich rechtswidrig zugänglich gemachte Vorlagen erweitert (BT-Drs. 16/1828, S. 26). Vgl. Dreier/Schulze/Dreier 6. Aufl. 2018, § 53 UrhG Rn. 12; *Jani* ZGE 2015, 196, 200 zu Unklarheiten über das Merkmal. Ob der Begriff der Vorlage auf unkörperliche Vorlagen erfasst, ist umstritten (dafür *Jani* ZUM 2003, 842, 846 f. Anders *Reinbacher* GRUR 2008, 394, 395). Es ist zudem nicht klar, ob für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit das Recht des Herstellungsortes oder aber deutsches Recht maßgeblich ist (für die erstgenannte Auslegung *Freinwald* Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing, 2003, S. 153; *Hoffmann* WRP 2006, 55, 59 f. Für die zweitgenannte Auslegung *Berger* ZUM 2004, 257, 259; *Jani* ZUM 2003, 842, 849; *Lauber-Rönsberg* Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 186. Differenzierend *Sell* Die offensichtlich rechtswidrige Vorlage einer Privatkopie, 2018, S. 55 ff.). Außerdem herrscht Uneinigkeit darüber, ob die Offensichtlichkeit nach einem subjektiven oder einem objektiven Maßstab zu bestimmen ist (dazu *Hoeren/Sieber/Holznapel/Hegemann/Nadolny* HdB-MMR, 49. EL 2019, Teil 7.3. Rn. 84; *Lauber-Rönsberg* Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 188 f., die mit der herrschenden Ansicht jeweils für eine objektive Betrachtung plädieren).

¹⁵³⁵ Vgl. zu dem Streitsand auch die von *Pech* ZUM 2015, 319, 320 f. wiedergegebene Diskussion in der Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht vom Dezember 2014. Inwieweit die Anwendung der Privatkopierschranke von einer rechtmäßigen Vorlage abhängt, war lange umstritten (siehe BT-Drs. 15/38, 35, 39; *Jani* ZGE 2015, 196, 200; *Lauber-Rönsberg* Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 185 f.; *Müller/Rißner* EuZW 2014, 504, 505; *Sell* Die offensichtlich rechtswidrige Vorlage einer Privatkopie, 2018, S. 59 ff.). Krit. gegenüber dem Merkmal *Leistner* GRUR Int. 2015, 681, 683; *Hoeren/Sieber/Holznapel/Hegemann/Nadolny* HdB-MMR, 49. EL 2019, Teil 7.3. Rn. 83; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 53 UrhG Rn. 17.

¹⁵³⁶ *Jani* ZGE 2015, 196, 200. Siehe auch *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger 2016, S. 459, 462. Die Formel geht auf geht auf eine Beschlussempfehlung des Vermittlungsausschusses zurück (BT-Drs. 15/1353; BT-Drs. 16/1828 S. 28).

¹⁵³⁷ *Hertin/Wagner* Urheberrecht, 3. Aufl. 2019, Rn. 337, 406; *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger 2016, S. 459, 461 ff.; *Hoeren* CR 2016, 557, 558; *Jani/Læenen* EuZW 2015, 358, 359; *Jani* ZGE 2015, 196, 200 f.; *Müller/Rißner* EuZW 2014, 504, 505; *Schaefer* GRUR 2020, 1248, 1250 ff.; *Spindler* CR 2016, 73, 78; v.

zung zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Quellen zu unterscheiden,¹⁵³⁸ sei zwin-
gender Differenzierungsmaßstab. Der Ausschluss des Anwendungsbereichs von § 53
Abs. 1 UrhG gehe nicht weit genug.¹⁵³⁹ Dass in gewissem Umfang auch Vervielfältigun-
gen von rechtswidrigen Kopien unter die Schranke fallen, nämlich sofern die Rechtswid-
rigkeit der Vorlage nicht offensichtlich ist,¹⁵⁴⁰ sei unionsrechtswidrig. Es wird zudem ar-
gumentiert, diese Ausgestaltung fördere in unzulässiger Weise die Nutzung nachgeahmter
und gefälschter Werke.¹⁵⁴¹ Eine ungebührliche Verletzung der Interessen der Rechtsinha-
ber, Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL, könne auf Grundlage einer Gesamtwürdigung nicht ausge-
schlossen werden.¹⁵⁴² Vereinzelt wird auf das Gebot der engen Schrankenauslegung Be-
zug genommen.¹⁵⁴³

Die Gegenauffassung hält die Differenzierung der deutschen Privatkopieschranke für
richtlinienkonform.¹⁵⁴⁴ Der EuGH gibt in *ACI Adam* vor, dass eine Regelung richtlinien-
widrig ist, die „in keiner Weise“ zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Quellen un-
terscheidet.¹⁵⁴⁵ Nach dem differenzierten Ansatz des EuGH soll es darauf ankommen, ob
überhaupt eine Unterscheidung getroffen wird, die sich auf die Rechtmäßigkeit der Vorla-
ge bezieht.¹⁵⁴⁶ Diese Unterscheidung müsse nicht streng anhand der Rechtswidrigkeit er-
folgen, sondern das Unionsrecht eröffne den Mitgliedstaaten einen gewissen Wertungs-
spielraum.¹⁵⁴⁷

Ungern-Sternberg GRUR 2016, 321, 331; *ders.* GRUR 2015, 205, 213; *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, 37;
ders. GRUR Int. 2016, 47, 49. In diese Richtung auch *Wandtke* MMR 2017, 367, 369.

¹⁵³⁸ EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 37, 41 – *ACI Adam*; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 75 – *Copydan*;
EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 57 – *Reprobel*

¹⁵³⁹ *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, 37. In diese Richtung auch *Spindler* CR 2016, 73, 78.

¹⁵⁴⁰ Vgl. *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 53 UrhG Rn. 11; *Spindler/Schuster/Wiebe* Recht der elek-
tronischen Medien, 3. Aufl. 2015, § 53 UrhG Rn. 7; *Fromm/Nordermann/Wirtz* 12. Aufl. 2018, § 53
Rn. 19.

¹⁵⁴¹ *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger 2016, S. 459, 463 ff., die zudem unter anderem für eine Störung
der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes argumentieren. Mit guten Gründen krit. *Lauber-Rönsberg*
ZUM 2014, 578, 579; *Leistner* GRUR Int. 2015, 681, 683; *Sell* Die offensichtlich rechtswidrige Vorlage
einer Privatkopie, 2018, S. 87; *Quintais* IIC 2015, 66, 74.

¹⁵⁴² *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger 2016, S. 459, 464 f.

¹⁵⁴³ *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, 37.

¹⁵⁴⁴ OLG München, GRUR-RS 2019, 5349, Rn. 61; *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 53 UrhG Rn.
11; *Grünberger* ZUM 2015, 273, 281; *Hildebrand* ZUM 2017, 16, 19 ff.; *Rauer* GRUR-Prax 2014, 205,
206. In der Tendenz auch *Spindler/Schuster/Wiebe* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, §
53 UrhG Rn. 5 f., der die Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht aber für klarstellungsbedürftig hält.

¹⁵⁴⁵ EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 34 – *ACI Adam*.

¹⁵⁴⁶ *Hildebrand* ZUM 2017, 16, 18 f.; *Spindler/Schuster/Wiebe* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl.
2019, § 53 UrhG Rn. 6. Siehe auch *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S. 6.

¹⁵⁴⁷ *Grünberger* ZUM 2015, 273, 281; *Rauer* GRUR-Prax 2014, 204, 205; *Hildebrand* ZUM 2017, 16, 19.

Überzeugend ist die Auffassung, dass die Frage nach der Vereinbarkeit der deutschen Regelung mit dem Unionsrecht derzeit nicht eindeutig zu beantworten ist.¹⁵⁴⁸ Die Vorgabe des EuGH aus *ACI Adam*, wonach eine Regelung unzulässig ist, die „in keiner Weise“ zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Quellen unterscheidet,¹⁵⁴⁹ spricht deutlich gegen einen strengen Differenzierungsmaßstab.¹⁵⁵⁰ In den Folgeentscheidungen *Copydan* und *Reprobel* fehlt dieser Zusatz in den Urteilsgründen.¹⁵⁵¹ Hieraus kann jedoch nicht zwingend auf die Unzulässigkeit des deutschen Differenzierungsmaßstabs geschlossen werden.¹⁵⁵² Die in diesen Vorlageverfahren maßgeblichen Rechtsordnungen sahen überhaupt keine Unterscheidung nach der Legalität der Quelle vor und waren schon deshalb nicht unionsrechtskonform. Da der genaue Entscheidungsmaßstab für die zugrundeliegenden Rechtsordnungen irrelevant war und das Urteil erkennbar von dem Willen getragen ist, die Vorgaben aus *ACI Adam* zu bekräftigen, liegt eine derart beiläufige Änderung der Rechtsprechung zumindest nicht nahe.¹⁵⁵³ Den Verfahren, in denen das Erfordernis einer rechtmäßigen Vorlage diskutiert wurde, lagen allesamt Rechtsordnungen zugrunde, die überhaupt keine Differenzierung in dieser Hinsicht vorsahen,¹⁵⁵⁴ woraus sich eine begrenzte Aussagekraft für das deutsche Recht ergibt.¹⁵⁵⁵ Dass der EuGH in dem Bewusstsein um die Existenz von differenzierenden Ansätzen entschied, kann angesichts der zumindest unpräzisen Darstellung in den Schlussanträgen zu *ACI Adam* in Frage gestellt

¹⁵⁴⁸ BeckOK /Grübler 40. Aufl. 2023, § 53 UrhG Rn. 13; Heine/Stang Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S. 6; Hönisch/Schmitt GRUR Int. 2016, 1, 1 f.; Lauber-Rönsberg ZUM 2014, 578, 580; Leistner GRUR Int. 2015, 681, 684; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 53 UrhG Rn. 16; Nazari-Khanachayi GRUR 2015, 115, Fn. 43; Sell Die offensichtlich rechtswidrige Vorlage einer Privatkopie, 2018, S. 91 ff.; Roder Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 455. In diese Richtung auch noch Spindler NJW 2014, 2550, 2552. Siehe auch Spindler/Schuster/Wiebe Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 53 UrhG Rn. 5.

¹⁵⁴⁹ EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 34 – *ACI Adam*.

¹⁵⁵⁰ Sell Die offensichtlich rechtswidrige Vorlage einer Privatkopie, 2018, S. 92, der es im Lichte von *ACI Adam* für vertretbar hielt, die deutsche Regelung als unionsrechtskonform zu erachten, nunmehr aber im Lichte von *Reprobel* eine Klärung für notwendig erachtet.

¹⁵⁵¹ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 75 – *Copydan*; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 59 – *Reprobel*. Dazu auch Hönisch/Schmitt GRUR Int. 2016, 1; Sell Die offensichtlich rechtswidrige Vorlage einer Privatkopie, 2018, S. 91.

¹⁵⁵² Hildebrand ZUM 2017, 16, 20; Hönisch/Schmitt GRUR Int. 2016, 1, 1 f.; Leistner GRUR Int. 2015, 681, 684. Siehe auch Sell Die offensichtlich rechtswidrige Vorlage einer Privatkopie, 2018, S. 91 f. A.A. Jani/Leenen EuZW 2015, 358, 359; Hoeren CR 2016, 557, 558.

¹⁵⁵³ Ähnlich Leistner GRUR Int. 2015, 681, 684.

¹⁵⁵⁴ Vgl. Hoeren/Jakopp Festschrift Herberger 2016, S. 459, 462 f.

¹⁵⁵⁵ Vgl. Lauber-Rönsberg ZUM 2014, 578, 579; Leistner GRUR Int. 2015, 681, 684; Leistner/Roder ZfPW 2016, 129, 136 f.; Roder Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 455. Vgl. im Lichte des Dreistufentests Geiger/Hilty/Griffiths/Suthersanen GRUR Int. 2008, 822, 823. Anders Hoeren/Jakopp Festschrift Herberger 2016, S. 459, 461, die die Regelung trotzdem für vergleichbar halten.

werden.¹⁵⁵⁶ In teleologischer Hinsicht trägt die deutsche Regelung dem Anliegen des Unionsrechts, die gezielte, systematische Verbreitung von geschützten Inhalten zu verhindern,¹⁵⁵⁷ bis zu einem gewissen Grad Rechnung.¹⁵⁵⁸

Da die Unterscheidung in § 53 Abs. 1 S.1 UrhG die Interessen der Parteien sinnvoll ausgleicht, spricht EGr. 31 InfoSoc-RL dafür, den im deutschen Recht vorgesehenen Unterscheidungsmaßstab als zulässig zu erachten.¹⁵⁵⁹ Darauf deutet insbesondere hin, dass aus Nutzerperspektive häufig allenfalls mit großem Aufwand erkennbar ist, ob Vorlagen rechtmäßig sind.¹⁵⁶⁰ Sofern das Unionsrecht es erfordern würde, streng nach der Rechtswidrigkeit zu unterscheiden, könnte angesichts des generellen Umsetzungswillens des deutschen Gesetzgebers der Anwendungsbereich des unbestimmten Kriteriums der „Offensichtlichkeit“ auf null reduziert werden.¹⁵⁶¹

c) Berücksichtigung der Anwendung technischer Schutzmaßnahmen, § 54a Abs. 1 S. 2 UrhG

Nach § 54a Abs. 1 S. 2 UrhG ist zu berücksichtigen, inwieweit technische Schutzmaßnahmen im Sinne des § 95a UrhG auf die betreffenden Werke angewendet werden. Wie genau dies erfolgen soll, ist gesetzlich nicht näher geregelt. Die Vorgabe lässt sich unionsrechtskonform auslegen.

¹⁵⁵⁶ GA *Cruz Villalón* Schlussanträge vom 9.1.2014, Rs. C-435/12, Rs. C-435/12, Rn. 3 – ACI Adam stellt fest, dass in einigen Mitgliedstaaten der nationale Gesetzgeber die Anwendung der Ausnahme für Privatkopien auf Vervielfältigungen aus unerlaubten Quellen ausgeschlossen hätte, wobei er unter anderem auch das deutsche Recht nennt. Ähnlich wie hier *Hildebrand* ZUM 2017, 16, 21; *Sell* Die offensichtlich rechtswidrige Vorlage einer Privatkopie, 2018, S. 91.

¹⁵⁵⁷ Vgl. *Hildebrand* ZUM 2017, 16, 18 f., 21 ff. mit Verweis auf EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 36 – ACI Adam und weiteren Erwägungen zur Risikoverteilung.

¹⁵⁵⁸ *Hildebrand* ZUM 2017, 16, 18; Spindler/Schuster/*Wiebe* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 53 UrhG Rn. 6. Zum österreichischen Recht *Hönisch/Schmitt* GRUR Int. 2016, 1, 1 f. Nicht überzeugen kann hingegen die Argumentation von Dreier/Schulze/*Dreier* 7. Aufl. 2022, § 53 UrhG Rn. 11, der den Spielraum mit einer Übertragung der Wertung aus *Amazon* zur Zulässigkeit von vorübergehenden Belastungen begründen will. Die Wertung lässt sich nicht auf den vorliegenden Fall übertragen.

¹⁵⁵⁹ Vgl. auch *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S. 7; *Hildebrand* ZUM 2017, 16, 19 f., 22; *Sell* Die offensichtlich rechtswidrige Vorlage einer Privatkopie, 2018, S. 95. Im weiteren Sinne auch *Stieper* ZGE 2015, 170, 183 f.; *Wandtke* MMR 2017, 367, 369.

¹⁵⁶⁰ Vgl. östOGH GRUR Int. 2012, 934; Spindler/Schuster/*Wiebe* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 53 UrhG Rn. 6.

¹⁵⁶¹ *Hertin/Wagner* Urheberrecht, 3. Aufl. 2019, Rn. 337, 406; *Leistner* GRUR Int. 2015, 681, 685; Spindler/Schuster/*Wiebe* Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 53 UrhG Rn. 6. Ähnlich wie diese *Hoeren/Jakopp* Festschrift Herberger 2016, S. 459, 465 f. Siehe für das österreichische Recht *Walter* MR-Int. 2014, 46, 47, das damals keine gesetzliche Unterscheidung zur Vorlage vorsah. Vgl. nunmehr § 42 Abs. 5 östUrhG.

Der BGH geht davon aus, dass eine Vervielfältigung unter Umgehung technischer Schutzmaßnahmen den Anspruch auf angemessene Vergütung nicht entfallen lasse.¹⁵⁶² Ein Vergütungsanspruch bestehe nicht, soweit technische Schutzmaßnahmen eine Vervielfältigung des Werkes tatsächlich verhindern.¹⁵⁶³ Dies stützt der BGH auf die einschlägige EuGH-Rechtsprechung. Ein Anspruch der Rechtsinhaber auf Zahlung einer angemessenen Vergütung entfalle nur für diejenigen Schutzgegenstände, bei denen die Anfertigung von Privatkopien durch technische Schutzmaßnahmen tatsächlich verhindert wird.¹⁵⁶⁴ Die bloße Möglichkeit der Anwendung technischer Schutzmaßnahmen lasse den gerechten Ausgleich hingegen nicht entfallen.¹⁵⁶⁵

Diese Auslegung wird den Anforderungen des Unionsrechts gerecht. Dass der BGH es für die Vergütungspflicht als relevant ansieht, inwiefern technische Schutzmaßnahmen die Anfertigung von Vervielfältigungen verhindern, steht in Einklang mit dem Erfordernis des Schadensausgleichs und trägt dem Umstand Rechnung, dass der Einsatz von wirksamen technischen Schutzmaßnahmen den kompensationsfähigen Schaden reduziert.¹⁵⁶⁶ Die Rechtsprechung lässt erkennen, dass ihr ein auf die konkrete Nutzung bezogener Ansatz zugrunde liegt, da der Vergütungsanspruch nur entfällt, *soweit* technische Schutzmaßnahmen ein Anfertigen von privilegierten Vervielfältigungen tatsächlich verhindern.¹⁵⁶⁷ Weiterhin ist es überzeugend, dass der BGH bei einer Umgehung technischer Schutzmaßnahmen bei der Vervielfältigung den Vergütungsanspruch nicht entfallen lässt. Diese Auslegung trägt dem faktisch orientierten Verständnis des EuGH zur Bedeutung von

¹⁵⁶² BGH GRUR 2017, 172, Rn. 59 f. – Musik-Handy; BGH GRUR 2016, 792, Rn. 62 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik. So auch Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 6. A.A. OLG München GRUR-RS 2014, 118769, Rn. 32.

¹⁵⁶³ BGH GRUR 2017, 172, Rn. 59, 61 – Musik-Handy; BGH GRUR 2016, 792 Rn. 64 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; BGH GRUR 2014, 984 Rn. 72 – PC III; BGH GRUR 2014, 979 Rn. 46 – Drucker und Plotter III; BGH GRUR 2016, 792 Rn. 64 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik.

¹⁵⁶⁴ BGH GRUR 2017, 172, Rn. 59, 61 – Musik-Handy; BGH GRUR 2016, 792 Rn. 64 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; BGH GRUR 2014, 979 Rn. 46 – Drucker und Plotter III; GRUR 2014, 984 Rn. 72 – PC III.

¹⁵⁶⁵ Dazu Teil 1: G.II.4.b)cc). Siehe auch Spindler/Schuster/Wiebe Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 54a UrhG Rn. 2.

¹⁵⁶⁶ Siehe Teil 1: G.II.4.b)dd)(2). Vgl. auch Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 12.

¹⁵⁶⁷ BGH GRUR 2017, 172, Rn. 61 – Musik-Handy. Vgl. auch BeckOK/Grübler 40. Aufl. 2023, § 54a UrhG Rn. 5; Wandtke/Bullinger/Lijft 6. Aufl. 2022, § 54a UrhG Rn. 3; Fromm/Nordemann/Wirtz 12. Aufl. 2018, § 54a UrhG Rn. 3. Allgemeiner Spindler Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturfltrate, 2014, Rn. 70, der davon ausgeht, Werke, die durch technische Schutzmaßnahmen geschützt würden, könnten bei der Geräte- und Speichermedienabgabe generell nicht berücksichtigt werden. Dieser Auslegung steht nicht entgegen, dass BT-Drs. 16/1828, S. 29 im Zusammenhang mit einer Überarbeitung der entsprechenden Vorgabe Erwägungen anstellte, die den Verbreitungsgrad von technischen Schutzmaßnahmen insgesamt in den Blick nahmen.

technischen Schutzmaßnahmen Rechnung.¹⁵⁶⁸ Ein Ausschluss der Vergütungspflicht kann insbesondere nicht aus dem Erfordernis einer rechtmäßigen Vorlage¹⁵⁶⁹ hergeleitet werden.¹⁵⁷⁰ Die Erwägungen aus *ACI Adam* lassen sich nicht übertragen, da sie maßgeblich auf die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts abzielen. Eine Umgehung von technischen Schutzmaßnahmen ist nicht in vergleichbarer Weise geeignet, eine entsprechende Beeinträchtigung des Binnenmarkts herbeizuführen.

Von der Option, die konkrete Höhe der Vergütung davon abhängig zu machen, ob freiwillige technische Maßnahmen im Sinne des Art. 6 Abs. 3 UAbs. 4 InfoSoc-RL angewendet werden,¹⁵⁷¹ macht das deutsche Recht keinen Gebrauch. Weder in den gesetzlichen Vorgaben noch in der Rechtsprechung spielt dieser Umstand eine Rolle. Das ist zulässig und angesichts der unklaren Vorgaben sogar notwendig.¹⁵⁷²

d) Insgesamt angemessene Gestaltung, § 54a Abs. 2 UrhG

Die Vergütung muss insgesamt angemessen sein, § 54a Abs. 2 UrhG. Ein Angemessenheitserfordernis ergibt sich schon aus der Bezeichnung als angemessene Vergütung. § 54a Abs. 2 UrhG konkretisiert die Vorgabe dahingehend, dass die Vergütung für Geräte auch mit Blick auf mit ihnen funktionell zusammenwirkenden Geräten oder Speichermedien insgesamt angemessen sein muss. Die Norm verhindert, dass die Summe aller Vergütungen ein angemessenes Ausmaß überschreitet.¹⁵⁷³ Dies entspricht den Vorgaben aus *VG Wort*,¹⁵⁷⁴ da es sicherstellt, dass der Gesamtbetrag aller Abgaben für die Nutzung in einer Geräteketten nicht substanziell von demjenigen Betrag abweicht, der für die Vervielfältigung nur mittels eines einzigen Geräts geschuldet ist.¹⁵⁷⁵ Das steht in Einklang mit dem Erfordernis des Schadensausgleichs.¹⁵⁷⁶ Indem die Norm Doppelvergütungen verhindert,¹⁵⁷⁷ trägt sie auch EGr. 35 S. 4 IGRL Rechnung.

¹⁵⁶⁸ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 12.

¹⁵⁶⁹ Vgl. EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 41 – *ACI Adam*.

¹⁵⁷⁰ Siehe aber die Argumentation der Beklagten in BGH GRUR 2017, 172, Rn. 60 – *Musik-Handy*.

¹⁵⁷¹ Vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 58 – *VG Wort*. Dazu Teil 1: G.II.4.b)dd)(1).

¹⁵⁷² Siehe Teil 1: G.II.4.b)dd)(1).

¹⁵⁷³ BT-Drs. 16/1828, S. 29 f.; Dreier/Schulze/Dreier § 54a UrhG Rn. 8; Koch/Druschel GRUR 2015, 957, 966; Fromm/Nordermann/Wirtz 12. Aufl. 2018, § 54a Rn. 4.

¹⁵⁷⁴ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 78 – *VG Wort*. Vgl. dazu Teil 1: H.II.2 sowie **Fehler! Verweisquelle konnte nicht gefunden werden.**

¹⁵⁷⁵ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 16. Vgl. auch Koch/Druschel GRUR 2015, 957, 966; Fromm/Nordermann/Wirtz 12. Aufl. 2018, § 54a Rn. 4.

¹⁵⁷⁶ Vgl. Jani/Ebbinghaus GRUR-Prax 2011, 71, 72; Koch/Druschel GRUR 2015, 957, 966.

¹⁵⁷⁷ Jani/Ebbinghaus GRUR-Prax 2011, 71, 72.

e) *Nutzungsrelevante Eigenschaften*, § 54a Abs. 3 UrbG

§ 54a Abs. 3 UrbG gibt vor, dass bei der Bestimmung der Vergütungshöhe die nutzungsrelevanten Eigenschaften der Vergütungsobjekte zu berücksichtigen sind. Hierzu zählen dem Wortlaut der Norm nach insbesondere die Leistungsfähigkeit von Geräten sowie die Speicherkapazität und Mehrfachbeschreibbarkeit von Speichermedien.¹⁵⁷⁸ Dabei kann nicht nur die quantitative, sondern auch die qualitative Leistungsfähigkeit Berücksichtigung finden.¹⁵⁷⁹ Auch der Lebensdauer des Vergütungsobjekts kann Beachtung zukommen.¹⁵⁸⁰ Die Vorgabe konkretisiert, dass bei der Festsetzung der Höhe des Anspruchs auf diese Hilfskriterien zurückgegriffen werden kann. Auch wenn es an einer entsprechenden Normierung fehlen würde, wäre es möglich, die nutzungsrelevanten Kriterien im Rahmen der Festsetzung der Tarife einfließen zu lassen, da sie sich auf das Ausmaß der Nutzung des Objekttyps zu privilegierten Vervielfältigungen oder die fiktive Lizenzgebühr auswirken.¹⁵⁸¹ Die Berücksichtigung der nutzungsrelevanten Kriterien ist unionsrechtskonform.¹⁵⁸² Bei multifunktionalen Anlagen ist das Ausmaß, in dem ausgleichspflichtigen Nutzungen erfolgen, bei der Bemessung des Schadens zu berücksichtigen.¹⁵⁸³ Werden Anlagen hauptsächlich in einer Weise verwendet, für die keine gesetzliche Vergütung geschuldet ist, kann insoweit auch kein Ausgleich anfallen. Dass § 54a Abs. 3 insbesondere auch auf die Leistungsfähigkeit der Anlagen abstellt, ist zulässig. Die Höhe einer Pauschalabgabe darf sich nicht allein nach der Leistungsfähigkeit der Anlage richten, aber den Mitgliedstaaten ist es nicht versagt, auch auf dieses Kriterium abzustellen.¹⁵⁸⁴ Dass die Leistungsfähigkeit für die Bemessung der Vergütung bedeutsam ist, kann unionsrechtlich nicht beanstandet werden, da die Höhe der Vergütung sich nicht allein nach diesem Umstand richtet.¹⁵⁸⁵

¹⁵⁷⁸ Vgl. auch BT-Drs. 16/1828, S. 30; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54a UrbG Rn. 17.

¹⁵⁷⁹ BT-Drs. 16/1828, S. 30; Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54a UrbG Rn. 9; HK/Hentsch 4. Aufl. 2018, § 54a UrbG Rn. 9; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54a UrbG Rn. 17.

¹⁵⁸⁰ Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54a UrbG Rn. 9; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54a UrbG Rn. 17; Fromm/Nordermann/Wirtz 12. Aufl. 2018, § 54a Rn. 5.

¹⁵⁸¹ Ähnlich *Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 588. Siehe auch *Jani/Ebbinghaus* GRUR-Prax 2011, 71, 72.

¹⁵⁸² *Dreier* ZUM 2011, 281, 286. Implizit auch Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54a UrbG Rn. 17. Im Grunde auch *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 966.

¹⁵⁸³ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 27 – Copydan. Dazu *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 966; Fromm/Nordermann/Wirtz § 54c Rn. 3.

¹⁵⁸⁴ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 71, 77 – Reprobel.

¹⁵⁸⁵ Vgl. dazu bereits Teil 1: G.I.3.e). Zurückhaltend noch *Koch/Druschel* GRUR 2015, 957, 966, die es im Vorfeld zu *Reprobel* für zweifelhaft hielten, die Leistungsfähigkeit und Speicherkapazität als solche zur Bemessung des gerechten Ausgleichs heranzuziehen.

4. Unbeachtlichkeit von Zustimmungen zur Nutzung

Die §§ 54 ff. UrhG enthalten keine Regelung zur Bedeutung der Zustimmung zur Nutzung auf den Vergütungsanspruch. Vor diesem Hintergrund war es im deutschen Recht lange umstritten, ob sich eine Zustimmung auf die angemessene Vergütung auswirkt.¹⁵⁸⁶ Inzwischen steht fest, dass diese Frage sich nach den zwingenden Richtlinienvorgaben entscheidet.¹⁵⁸⁷ Es ist entbehrlich, das Verhältnis gesetzlich zu regeln. Dass die Zustimmung keine Auswirkung auf den Vergütungsanspruch hat, ergibt sich unmittelbar aus dem Vorrang der gesetzlichen Lizenz, der unionsrechtlich vorgegeben ist.¹⁵⁸⁸

Der BGH geht zutreffend davon aus, dass gesetzlich privilegierte Vervielfältigen grundsätzlich auch dann vergütungspflichtig sind, wenn der Rechtsinhaber seine Zustimmung zum Herunterladen erteilt hat – unabhängig davon, ob ein gerechter Ausgleich obligatorisch oder fakultativ vorgesehen ist.¹⁵⁸⁹ Nicht im Einklang mit den Anforderungen des Unionsrecht steht die Differenzierung des BGH, wonach der Anspruch auf Zahlung einer Gerätevergütung erlösche, wenn der Rechtsinhaber für die Erteilung seiner Zustimmung eine Vergütung erhalten hat.¹⁵⁹⁰ Da die Rechtsinhaber in dieser Konstellation bereits eine

¹⁵⁸⁶ Für eine Reduzierung der Vergütung im Falle einer Einwilligung BGH GRUR 2008, 245, Rn. 23 – Drucker und Plotter I; BGH GRUR 2009, 53 Rn. 19 – PC I *Bremer/Lammers* K&R 2008, 145, 148; *Lauber-Rönsberg* Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 249, 254 f.; *Richters/Schmitt* CR 2005, 473, 474; *Peifer* GRUR 2011, 1017, 1018; *ders.* jurisPR-WettbR 12/2010 Anm. 2. Für die Unbeachtlichkeit der Einwilligung für den Vergütungsanspruch GRUR 2011, 1007, Rn. 49 – Drucker und Plotter II; BGH GRUR 2011, 1012, Rn.53 – PC II (unter Bezugnahme auf die *Padawan*-Rechtsprechung); *Dreier* GRUR 2010, 1002, 1003; *Müller* GRUR 2011, 26, 27 ff.; *Staats* FS Pfennig 2012, S. 403, 412; *Wandtke/Dietz* ZUM 2009, 155, 158 f.; *Winghardt* ZUM 2002, 349, 357 f. Siehe auch BverfG GRUR 2010, 999, Rn. 66 – Geräteabgabe. Diff. zwischen vertraglicher Gestattung von Vervielfältigungen und Vervielfältigungen online gestellter Werke, in deren Anfertigung stillschweigend eingewilligt wurde v. *Ungern-Sternberg* *ders.* GRUR 2010, 273, 280; *ders.* GRUR 2008, 247, 249. Vgl. auch Sch-Urh ZUM-RD 2011 46, 53; Sch-Urh ZUM 2004, 685, 690.

¹⁵⁸⁷ Siehe Teil 1: G.II.3. Anders *Penkert* GRUR 2015, 452, 454.

¹⁵⁸⁸ EuGH GRUR 2011, 812, Rn. 40 – VG Wort; EuGH GRUR 2015, 478 Rn. 65 – Copydan. Siehe dazu Teil 1: G.II.3.b).

¹⁵⁸⁹ BGH GRUR 2017, 161, Rn. 57 – Gesamtvertrag Speichermedien; BGH GRUR 2017, 684, Rn. 68 – Externe Festplatten; BGH GRUR 2016, 792, Rn. 50 f. – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; BGH GRUR 2014, 984, Rn. 68 ff. Zustimmend *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 14; *Schaefer/Staats* ZUM 2015, 533, 537. A.A. *Mackert* K&R 2013, 646, 647 f. Der BGH geht davon aus, die von § 54 UrhG zu kompensierenden Schrankenregelungen seien Bestimmungen, die im Sinne von EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 38 f. – VG Wort die Befugnis der Rechtsinhaber, die Vervielfältigung ihrer Schutzgegenstände zu genehmigen, nicht völlig ausschließen, sondern nur beschränken und im konkreten Fall das Vervielfältigungsrecht nicht beibehalten. Kritisch zur Möglichkeit dieser Abgrenzung unter Teil 1: C.III. Zutreffend geht der BGH aber davon aus, dass für alle von der Schranke erfassten Vervielfältigungen ein Ausgleich geschuldet ist.

¹⁵⁹⁰ BGH GRUR 2017, 161, Rn. 58 – Gesamtvertrag Speichermedien; BGH GRUR 2017, 684, Rn. 70 – Externe Festplatten; BGH GRUR 2016, 792, Rn. 53 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik. Unbedenklich ist hingegen, dass gesetzlich privilegierte Vervielfältigungsstücke, die eine mit Zustimmung des Rechtsinhabers durch Herunterladen aus dem Internet angefertigten Vorlage nutzen, von der an-

Zahlung in anderer Form erhalten hätten, könne nach EGr. 35 S. 4 InfoSoc-RL gegebenenfalls keine spezifische oder getrennte Zahlung fällig sein, so der BGH. Ein individueller Vergütungsanspruch soll dazu führen, dass kein kompensationsfähiger Schaden besteht.¹⁵⁹¹ Nach den unionsrechtlichen Vorgaben ist für den Vorrang der gesetzlichen Regelung unbeachtlich, ob die Zustimmung gegen Entgelt erfolgt oder nicht.¹⁵⁹² Aus der nachrangigen Bedeutung der Zustimmung folgt zwingend, dass diese insgesamt keine Auswirkung haben kann und mithin auch für den Schaden nicht relevant ist.¹⁵⁹³ Dass der Ansatz des BGH nicht mit dem Verständnis des EuGH zu vereinbaren ist, zeigt sich in dem Umstand, dass letztgenannter auf die Frage nach der Bedeutung eines Entgelts bei der Zustimmung ausschließlich auf den Vorrang der Schranke verweist. Das lässt deutlich erkennen, dass der Entgeltlichkeit der Zustimmung keinerlei Bedeutung zukommen soll, also auch nicht im Rahmen des EGr. 35 S. 4 InfoSoc-RL.

5. Unanwendbarkeit der Kappungsgrenze

§ 54a Abs. 4 UrhG sieht es vor, dass die Vergütung die Hersteller von Geräten und Speichermedien nicht unzumutbar beeinträchtigen darf und in einem wirtschaftlich angemessenen Verhältnis zum Preisniveau der Anlagen stehen muss. Diese flexible Kappungsgrenze soll als Korrektiv dienen, um die Berechnung nach den gesetzlichen Vorgaben zugunsten der Abgabenschuldner zu verändern.¹⁵⁹⁴ Der Gesetzgeber zielt darauf ab, Beeinträchtigungen des Inlandsabsatzes aufgrund eines vergleichsweise hohen nationalen Vergütungsniveaus zu unterbinden.¹⁵⁹⁵ Durch die Kappung sollen Anbieter das Preisniveau der Objekte im Vergleich zum EU-Ausland vergleichbar halten können, damit Wettbewerbsverzerrungen auf dem deutschen Markt – etwa durch zunehmende „Grauimporte“ – verhindert werden.¹⁵⁹⁶ Das soll auch den Begünstigten zugutekommen, da dies den Absatz im Inland als Grundlage des Ausgleichssystems erhalte.¹⁵⁹⁷ Eine starre Kap-

gemessenen Vergütung erfasst werden (BGH GRUR 2016, 792, Rn. 54 ff. – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik).

¹⁵⁹¹ BGH GRUR 2016, 792, Rn. 53 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik. Konkret bezogen auf *tethered downloads* ebenfalls in diese Richtung *Jani/Vonthien* ZUM 2023, 73

¹⁵⁹² Siehe Teil 1: G.II.3.b)bb). Krit. gegenüber dem Ansatz des BGH auch *Heine/Stang* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, S. 12 ff.; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54a UrhG Rn. 15.

¹⁵⁹³ Vgl. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 7, 16, 65 ff. – Copydan. Siehe auch EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 37 ff. – VG Wort.

¹⁵⁹⁴ *Bremer/Lammers* K&R 2008, 145, 149.

¹⁵⁹⁵ BT-Drs. 16/1828, S. 30. *Leistner* EuZW 2016, 166 hält die Kappungsgrenze für wirtschaftlich geboten.

¹⁵⁹⁶ Ebd.

¹⁵⁹⁷ Ebd.

pungsgrenze, wie sie früher für die Betreiberabgabe geregelt war, ist im geltenden Recht nicht vorgesehen, da sie zu wenig Flexibilität bietet.¹⁵⁹⁸

Die Rechtsprechung sieht sich durch die unionsrechtlichen Anforderungen nicht daran gehindert, die Kappungsgrenze anzuwenden.¹⁵⁹⁹ Dies überzeugt nicht. Selbst eine flexible Kappungsgrenze ist nicht mit dem vom EuGH streng verstandenen Erfordernis eines Schadensausgleichs in Einklang zu bringen.¹⁶⁰⁰ Da die Anwendung der Vorschrift dazu führt, dass der Vergütungsanspruch sich nicht nach dem Schaden der Rechtsinhaber bemisst, sondern sich nach der wirtschaftlichen Zumutbarkeit der Beeinträchtigung richtet, kann die Höhe der Vergütung durch § 54a Abs. 4 UrhG nicht verringert werden, ohne gegen die Richtlinienvorgaben zu verstoßen.

Da der Tatbestand sehr unbestimmt gehalten ist,¹⁶⁰¹ kann er richtlinienkonform ausgelegt werden. Der unbestimmte Rechtsbegriff der unzumutbaren Beeinträchtigung erlaubt eine so restriktive Interpretation, dass die Kappungsgrenze insgesamt nicht zur Anwendung kommt.¹⁶⁰² Angesichts der zwingenden unionsrechtlichen Vorgaben ist es dem Ausgleichsschuldner immer wirtschaftlich zumutbar, eine Vergütung zu zahlen, die den Schaden der Rechtsinhaber vollständig ausgleicht. Dies gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass der EuGH seiner Möglichkeit, die Abgabe auf den Nutzer abzuwälzen, eine entscheidende Bedeutung zuerkennt.

II. *Betreibervergütung*

Die Betreibervergütung bemisst sich gemäß § 54c Abs. 2 UrhG nach der Art und dem Umfang der Nutzung, die nach den Umständen wahrscheinlich ist, wobei vor allem der Standort und die übliche Verwendung zu berücksichtigen sind. Die angemessene Vergütung bezieht sich nach der Konzeption von § 54c UrhG auf die möglichen und wahrscheinlichen Nutzungen des Geräts für die Anfertigung von gesetzlich privilegierten Nut-

¹⁵⁹⁸ Vgl. BT-Drs. 16/5939, S. 45. Siehe auch *Zypries* MMR 2007, 545, 546. A.A. *Bremer/Lammers* K&R 2008, 145, 149, die davon ausgehen, der Gesetzgeber habe die im Gesetzentwurf der Bundesregierung vorgesehene prozentuale Kappungsgrenze indirekt bestätigt. Vgl. BT-Drs. 16/1828, S. 30.

¹⁵⁹⁹ Vgl. OLG München ZUM 2016, 453, Rn. 37 ff. – Wirksamkeit rückwirkender Tarife von Verwertungsgesellschaften; OLG München ZUM-RD 2015, 217, 237 f. – Multimedia-Festplatten, Netzwerkfestplatten und externe Festplatten. Auch BGH GRUR 2017, 684, Rn. 94 f. – Externe Festplatten hat keine grundsätzlich kritische Haltung der Kappungsgrenze gegenüber erkennen lassen.

¹⁶⁰⁰ Vgl. Teil 1: G.I.3.d).

¹⁶⁰¹ Vgl. *Bremer/Lammers* K&R 2008, 145, 149.

¹⁶⁰² So für eine vergleichbare Regelung im österreichischen Recht *Fischer* MR 2015, 175, 181. Vgl. *Riesenhuber/Roth/Jopen* Europäische Methodenlehre, 4. Aufl. 2021, § 13 Rn. 49 f. Der Tatbestand enthält eine einheitliche Kappungsgrenze, wobei die wirtschaftliche Angemessenheit nur einen Unterfall der unzumutbaren Beeinträchtigung darstellt (*Riesenhuber* GRUR 2013, 582, 589).

zungen, ohne dass die tatsächliche Nutzung im Grunde maßgeblich wäre.¹⁶⁰³ Auf Grundlage dieser Vorgaben wurde die Betreibervergütung in Einklang mit dem herkömmlichen Verständnis pauschaliert in Abhängigkeit des Vergütungsschuldners zu einer Hochschule berechnet.¹⁶⁰⁴

Inwiefern die EuGH-Rechtsprechung ein differenzierteres Vorgehen bei der Bemessung der Leistungspflicht erforderlich macht, wird unterschiedlich beurteilt.¹⁶⁰⁵ Eine Ansicht geht davon aus, die unionsrechtlichen Vorgaben gäben keinen Anlass für eine weitergehende Differenzierung der Betreibervergütung.¹⁶⁰⁶ Die *Padawan*-Rechtsprechung für eine monokompensatorische Geräte- und Speichermedienabgabe lasse sich nicht ohne Weiteres auf die multikompensatorische Betreiberabgabe im deutschen Recht übertragen.¹⁶⁰⁷ Aus dem Urteil lasse sich nicht ableiten, dass die in § 54c Abs. 2 UrhG vorgesehenen Pauschalierungen zulässig wären.¹⁶⁰⁸ Vor diesem Hintergrund haben VG Wort und VG Bild-Kunst an der herkömmlichen Praxis festgehalten.¹⁶⁰⁹ Andere gehen wiederum davon aus, dass eine richtlinienkonforme Auslegung der nationalen Vorgaben eine Abkehr von der herkömmlichen Auslegung des nationalen Rechts erfordert.¹⁶¹⁰ Vereinzelt wird ange-

¹⁶⁰³ BGH GRUR 2012, 1017, Rn. 19 – Digitales Druckzentrum; Fromm/Nordemann/Wirtz 12. Aufl. 2018, § 54c UrhG Rn. 1. Siehe auch BGH GRUR 2009, 490, Rn. 15 – Kopierläden II. Zur Differenzierung der Betreibervergütung bei Großunternehmen der gewerblichen Wirtschaft, die in verschiedene Unternehmensbereiche untergliedert sind, von denen einige auch mit Forschungs- und Entwicklungsarbeit und andere mit Aus- und Weiterbildung befasst sind, siehe BGH GRUR 2012, 1017, Rn. 21 ff. – Digitales Druckzentrum; BGH NJW 1997, 3440, 3342 – Betreibervergütung.

¹⁶⁰⁴ Verweyen GRUR Int. 2016, 36, 37. Vgl. BT-Drs. 10/837, S. 21 f. zu den Berechnungsprinzipien nach altem Recht, die auch in der Reform des zweiten Korbes im Wesentlichen beibehalten wurden (Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54c UrhG Rn. 12). Siehe weiterhin Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54c UrhG Rn. 10; Staats FS Pfennig 2012, S. 203, 410 ff.

¹⁶⁰⁵ BGH GRUR 2012, 1017, Rn. 25 ff. – Digitales Druckzentrum legt die Unionsrechtskonformität der Betreibervergütung nach § 54c UrhG dar, wobei der BGH sich nicht gesondert mit den Anforderungen an die Höhe des Ausgleichs befasst. Siehe zur Rechtsprechung bereits Teil 2: B.II.

¹⁶⁰⁶ Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54c UrhG Rn. 10; Staats FS Pfennig 2012, S. 403, 413 ff.

¹⁶⁰⁷ Vgl. Staats FS Pfennig 2012, S. 403, 413 ff.

¹⁶⁰⁸ Vgl. Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54c UrhG Rn. 10; Staats FS Pfennig 2012, S. 403, 413 ff.

¹⁶⁰⁹ VG Wort und VG Bild-Kunst, Bekanntmachung vom 4.11.2015 über die Aufstellung eines Tarifs zur Regelung der Vergütung von Ansprüchen nach § 54c UrhG. Siehe auch Staats FS Pfennig 2012, S. 203, 413 ff.

¹⁶¹⁰ Jani/Ebbinghaus GRUR-Prax 2011, 71, 73, die den Schaden für maßgeblich halten, der durch die konkrete Ausgestaltung des jeweiligen Betreibermodells entsteht. Damit sei es nicht vereinbar, mit BGH GRUR 2009, 480, 482 – Kopierläden II an die mögliche Nutzung für privilegierte Vervielfältigungen abzustellen. Kopiergeräte sollen der Betreiberabgabe demnach nicht unterliegen, wenn eine Selbstbedienung ausgeschlossen ist und die Anfertigung von Kopien urheberrechtlich geschützter Werke untersagt ist.

sichts von *Reprobel* die Pauschalierung der Betreiberabgaben für unzulässig erachtet, da eine genauere Berechnung möglich und mithin unionsrechtlich geboten sei.¹⁶¹¹

Im Grunde können Mitgliedstaaten Pauschalierungen vorsehen, ohne dass hierin ein Verstoß gegen das Erfordernis des Schadensausgleichs liegen würde.¹⁶¹² Welche Anforderungen an die Höhe der Betreibervergütung zu stellen sind, richtet sich danach, welche Haftungsstufe dem Mitgliedstaat offensteht. Innerhalb der jeweiligen Haftungsstufe ist der Mitgliedstaat angesichts des weiten Ermessens bei der Art und Weise der Finanzierung des gerechten Ausgleichs indes nicht dazu verpflichtet, die Abgabe in jedem Fall so konkret an der Nutzung zu orientieren, wie dies praktisch möglich erscheint.¹⁶¹³

Angesichts der niedrigen Anforderungen an die Zulässigkeit¹⁶¹⁴ ist zu erwarten, dass Deutschland eine Betreiberabgabe der einfachen Dritthaftung vorsehen kann.¹⁶¹⁵ Im Rahmen der einfachen Dritthaftung kann eine Privatkopieabgabe nur angewendet werden, wenn die Dienstleistung an eine Privatperson erfolgt.¹⁶¹⁶ Der multikompensatorische Charakter der Betreibervergütung verkompliziert die Beurteilung des deutschen Rechts.¹⁶¹⁷ Die EuGH-Rechtsprechung deutet allerdings darauf hin, dass im Rahmen dieser Haftungsstufe erstens die konkrete Dienstleistung an eine Person Bezugspunkt der Abgabe sein muss.¹⁶¹⁸ Zweitens ist zu erwarten, dass es bei der Höhe der Leistungspflicht auch insoweit einer Differenzierung zwischen privaten und nichtprivaten Dienstleistungsempfängern bedarf.¹⁶¹⁹ Angesichts der unbestimmten gesetzlichen Vorgaben des § 54c Abs. 2 UrhG wäre es möglich, die Höhe der Betreibervergütung unionsrechtskonform auszulegen, indem zwischen privaten und nichtprivaten Nutzern differenziert wird. Die

¹⁶¹¹ *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, 37 m. V. a. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 82, 84 – *Reprobel* sowie EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 24 ff. – *Amazon*.

¹⁶¹² *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54c UrhG Rn. 10; *Staats* FS Pfennig 2012, S. 403, 414.

¹⁶¹³ Siehe hingegen *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, 37 der Pauschalierungen generell nur beim Vorliegen signifikanter praktischer Schwierigkeiten für zulässig hält. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 82, 84 – *Reprobel*, worauf *Verweyen* verweist, stützt diese Sicht meines Erachtens nicht.

¹⁶¹⁴ Siehe Teil 1: H.II.1.

¹⁶¹⁵ Siehe Teil 2: B.II. Zweifelnd *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, 37.

¹⁶¹⁶ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan*.

¹⁶¹⁷ Siehe Teil 2: B.I.1.

¹⁶¹⁸ Vgl. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46, 48, 50 – *Padawan*. Sollte sich dies bewahrheiten, wäre es nicht ausreichend, eine Erstattung für den Fall vorzusehen, dass mit den Geräten des Betreibers tatsächlich keine oder nur in einem so geringen Umfang kompensationspflichtige Vervielfältigungen angefertigt worden sind, dass keine Betreibervergütung geschuldet ist (so BGH GRUR 2012, 1017, Rn. 19 – *Digitales Druckzentrum*; BGH GRUR 2009, 490, Rn. 18 – *Kopierläden II*). Wenn die Vergütung sich zwingend auf die Natur des konkreten Empfängers der Dienstleistung beziehen müsste, könnte eine Erstattung nicht ausreichen, die sich darauf beschränkt, die Nutzung der Geräte insgesamt in den Blick zu nehmen.

¹⁶¹⁹ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 75 ff. – *Reprobel*.

Höhe der Betreibervergütung nach der Anzahl der Dienstleistungsempfänger einer bestimmten Kategorie zu bemessen, lässt sich mit der Anforderung vereinbaren, die Betreibervergütung nach der nach Art und Umfang der Nutzung des Geräts wahrscheinlichen Nutzung zu bemessen.

Sollte ein Gericht davon ausgehen, dass hinreichende praktische Schwierigkeiten bestehen, die eine unterschiedslose Anwendung der Betreiberabgabe erforderlich machen, bedarf es einer Vorlage an den EuGH. Vor dem Hintergrund, dass das deutsche Recht vor dem zweiten Korb für die Bemessung der Betreiberabgabe auf die Anzahl der Ablichtungen abstellt,¹⁶²⁰ bedarf es nicht unerheblichen Begründungsaufwandes, warum eine unterschiedslose Anwendung erforderlich sein soll. Die bisherige Rechtsprechung zur qualifizierten Dritthaftung ist in einer Weise auf Geräte- und Speichermedienabgaben zugeschnitten,¹⁶²¹ die eine Klarstellung erfordert, wie diese Vorgaben auf eine Betreiberabgabe zu übertragen sind. Ob § 54c UrhG diesen Anforderungen genügen kann, kann derzeit nicht abschließend beurteilt werden.¹⁶²²

III. Verfahren zur Ermittlung der Vergütungshöhe

Es ist fraglich, ob es unionsrechtskonform ist, die Höhe der angemessenen Vergütung nach §§ 40, 35, 38 VGG in einem System der weitgehenden Selbstregulierung festzulegen.¹⁶²³ Das deutsche Recht zielt darauf ab, dass die Beteiligten die Höhe der Leistungspflicht im Rahmen einer einvernehmlichen Verhandlungslösung vereinbaren, wobei Verbände der Geräte- und Speichermedienunternehmen den Abschluss eines Gesamtvertrages zu angemessenen Bedingungen verlangen können.¹⁶²⁴ Obwohl der Gesetzgeber bei

¹⁶²⁰ Ziff. II.2. Anl. Zu § 54d UrhG (a.F.). Dazu BT-Dr. 10/837, S. 41. Siehe *Schack* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 522.

¹⁶²¹ Grundlegend EuGH GRUR 1025, Rn. 28 ff. – Amazon.

¹⁶²² Sofern der EuGH die Anforderungen eng an der qualifizierten Dritthaftung der Geräte- und Speichermedienabgabe orientieren würde, könnte auch insofern das inadäquate Erstattungssystem des deutschen Rechts zu Problemen führen. Siehe entsprechend Teil 2: B.I.2.b)

¹⁶²³ Der Anwendungsbereich von § 40 VGG beschränkt sich auf die Geräte- und Speichermedienabgabe nach § 54 UrhG. Die Norm ergänzt einerseits die allgemeinen Bestimmungen zur Aufstellung von Tarifen, ist andererseits aber auch *lex specialis* zu § 38 VGG hinsichtlich der Kriterien der Höhe der Vergütung (Schrickler/Loewenheim/Reinbothe 6. Aufl. 2020, § 35 VGG Rn. 7). Für die Betreibervergütung nach § 53c UrhG finden die Vorgaben zum Abschluss von Tarifen und Gesamtverträgen unmittelbar Anwendung.

¹⁶²⁴ Schrickler/Loewenheim/Reinbothe 6. Aufl. 2020, § 40 VGG Rn. 5. Vor der Reform des zweiten Korbes wurde die Höhe der zu leistenden Vergütung gesetzlich bestimmt (Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 3; Heker/Riesenhuber/Schulze Recht und Praxis der GEMA, 3. Aufl. 2018, Kapitel 11 Rn. 132; Heine/Holzmüller/Wintergeist, 2019, § 40 VGG Rn. 17 f., 40).

der Umsetzung des VGG die Vorgaben zur Tarifgestaltung für Geräte und Speichermedien reformiert hat, da sich Defizite in der praktischen Handhabung der entsprechenden Vorgaben aus dem UrhWG gezeigt hatten,¹⁶²⁵ ist er nicht grundsätzlich von diesem Ansatz abgerückt.¹⁶²⁶ Da § 40 VGG vom in vormalig in § 13a Abs. 1 S. 2 UrhWG geregelten Vorrang der Gesamtverhandlungen abzurückt, kommt Tarifen, die einseitig von den Verwertungsgesellschaften aufgestellt werden, nach geltendem Recht konzeptionell eine höhere Bedeutung zu.¹⁶²⁷

Eine Literaturlauffassung geht davon aus, dass das im VGG vorgesehene Verfahren nicht dem Erfordernis eines Schadensausgleichs genügt.¹⁶²⁸ Sofern die Höhe des Ausgleichs in einem Gesamtvertrag festgelegt wird, stellt sie ein Verhandlungsergebnis dar. Die Auffassung beruft sich darauf, dass ein solcher von wirtschaftlichen Erwägungen getriebener Kompromiss die vollständige Schadenskompensation der Rechtsinhaber nicht gewährleisten könne.¹⁶²⁹ Da der Schaden ein exakt bestimmbarer Wert sei, gäbe es keinen Raum für Verhandlungen.¹⁶³⁰ Demgegenüber sehen andere durch die einvernehmlichen Lösungen gerade die Möglichkeit eröffnet, den Auslegungskriterien des EuGH und damit auch der schadensrechtlichen Konzeption Rechnung zu tragen, da die notwendige Flexibilität gewährleistet sei.¹⁶³¹ Viele Autoren gehen implizit von der Europarechtskonformität der Verhandlungslösung aus.¹⁶³²

Auch wenn Mitgliedstaaten den gerechten Ausgleich zwingend auf Grundlage des Schadens bestimmen müssen,¹⁶³³ handelt es sich nicht um einen Wert, der anhand inhärenter Kriterien präzise beziffert werden kann. Den Mitgliedstaaten steht hierbei ein Ermessen zu.¹⁶³⁴ Es kommt in Betracht, dass der Gesetzgeber die Höhe der Leistungspflicht selbst

¹⁶²⁵ BT-Drs. 18/7223, S. 85 f., 99. Dazu Raue/Hegemann/Heine/Staats MAH Urheber- und Medienrecht, 3. Aufl. 2023, § 6 Rn. 78; Mackert/Niemann CR 2016, 531, 532.

¹⁶²⁶ Schrickler/Loewenheim/Reinbothe 6. Aufl. 2020, § 40 VGG Rn. 5. Vgl. auch Staats ZUM 2016, 81, 83.

¹⁶²⁷ Vgl. BT-Drs. 18/7223, S. 85; BeckOK/Freudenberg 39. Aufl. 2023, § 40 VGG Vor Rn. 1, 8 ff.; Wandtke/Bullinger/Gerlach 6. Aufl. 2022, § 40 VGG Rn. 2; HK/Hentsch 4. Aufl. 2018, § 40 VGG Rn. 2; Schrickler/Loewenheim/Reinbothe 6. Aufl. 2020, § 35 VGG Rn. 5; Heker/Riesenhuber/Schulze Recht und Praxis der GEMA, 3. Aufl. 2018, Kap. 11 Rn. 132. Siehe hierzu auch Mackert/Niemann CR 2016, 531, 533 mit krit. Bewertung.

¹⁶²⁸ Hoeren CR 2016, 557, 562; Verweyen GRUR Int. 2016, 36, 37 f.; ders. GRUR 2012, 875; Fn. 7.

¹⁶²⁹ Vgl. Hoeren CR 2016, 557, 562; Verweyen GRUR Int. 2016, 36, 37.

¹⁶³⁰ Hoeren CR 2016, 557, 562.

¹⁶³¹ Jani/Ebbinghaus GRUR-Prax 2011, 71, 73 f.

¹⁶³² Vgl. bspw. Dreier ZUM 2011, 281, 291; Ohly in: Riesenhuber, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013, S. 167, 181.

¹⁶³³ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 37 – Padawan.

¹⁶³⁴ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 20 – Amazon.

bestimmt. Auch eine mitgliedstaatliche Behörde kann mit dieser Ausgabe betraut sein.¹⁶³⁵ Obwohl sich der EuGH bisher nicht explizit mit der Frage befasst hat, bestehen keine durchgreifenden unionsrechtlichen Bedenken dagegen, die Bestimmung der Leistungspflicht an die Verwertungsgesellschaften zu delegieren, die ggfs. mit den einschlägigen Verbänden zusammenwirken. Insofern ist zu berücksichtigen, dass die Einhaltung der gesetzlichen Anforderungen im Streitfall durch die mitgliedstaatlichen Gerichte geprüft wird. Die Überprüfung eines Tarifs erfolgt nach §§ 129 Abs. 1, 92 Abs. 1 Nr. 2, 129 Abs. 3 VGG.¹⁶³⁶ Bei Streitigkeiten über Gesamtverträge wird das zuständige OLG sogar rechtsgestaltend tätig, §§ 129 Abs. 1, 92 Abs. 1 Nr. 3, 130 S. 1, S. 2, 129 Abs. 3 VGG. Indem das Gericht den Inhalt der Gesamtverträge nach billigem Ermessen festsetzt und damit die entsprechende Vereinbarung der Beteiligten ersetzt,¹⁶³⁷ erfolgt in dieser Konstellation eine Festsetzung der Höhe des Anspruchs durch eine staatliche Einrichtung. Dabei ist das Gericht an die Ergebnisspflicht gebunden.¹⁶³⁸ Den gerichtlichen Verfahren wird jeweils ein Schiedsstellenverfahren vorgeschaltet, §§ 128 Abs. 1, Abs. 2, 92 ff. VGG, um eine einheitliche und sachkundige Beurteilung zu ermöglichen.¹⁶³⁹ Weiterhin obliegt es dem DPMA als Aufsichtsbehörde, § 75 VGG, die Tarife daraufhin zu überprüfen, ob sie den gesetzlichen Anforderungen entsprechen.¹⁶⁴⁰ Darüber hinaus dürfen Tarife der Geräte- und Speichermedienvergütung nur auf Grundlage einer empirischen Untersuchung aus einem Verfahren gemäß § 93 VGG aufgestellt werden.¹⁶⁴¹ Sie beruhen damit auf einer objektiven Tatsachengrundlage, da die Schiedsstelle die empirischen Untersuchungen veranlasst und begleitet.¹⁶⁴² Der im deutschen Recht verankerte Ansatz der weitgehenden Selbstregulierung ist mit den unionsrechtlichen Anforderungen zu vereinbaren,¹⁶⁴³ da insgesamt durch hinreichende staatliche Maßnahmen gewährleistet ist, dass die Höhe des Ausgleichs den unionsrechtlichen Anforderungen entspricht.

¹⁶³⁵ Vgl. EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 27 – Copydan. Vgl. auch *Jani/Leenen* EuZW 2013, 358.

¹⁶³⁶ Vgl. Schricker/Loewenheim/*Reinbothe* 6. Aufl. 2020, § 39 VGG Rn. 11.

¹⁶³⁷ Vgl. Schricker/Loewenheim/*Reinbothe* 6. Aufl. 2020, § 130 VGG Rn. 3 f.

¹⁶³⁸ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 39 – Opus. Zu weiteren Anforderungen *Grünberger* ZUM 2022, 321, 340.

¹⁶³⁹ Heine/Holzmüller/*v. Albrecht/Fiss* 2019, § 128 VGG Rn. 1.

¹⁶⁴⁰ Schricker/Loewenheim/*Reinbothe* 6. Aufl. 2020, § 38 VGG Rn. 8, § 39 VGG Rn. 10. Vgl. auch Heine/Holzmüller/*Zurth* 2019, § 40 VGG Rn. 27.

¹⁶⁴¹ Dazu BT-Drs. 18/7223, S. 99.

¹⁶⁴² Vgl. BT-Drs. 18/7223, S. 86. Krit. mit Blick auf die bisherige Praxis *Mackert/Niemann* CR 2016, 531, 533.

¹⁶⁴³ So auch *Grünberger* ZUM 2022, 321, 340.

Das gesetzlich vorgegebene Verfahren zur Festlegung der Tarife kann dazu führen, dass zum Zeitpunkt der Anwendung der Abgabe Unklarheit über die konkrete Höhe des Anspruchs besteht. Dies lässt die Möglichkeit der in Anspruch genommenen Schuldner, die Abgabe an die Nutzer weiterzugeben, nicht zwingend entfallen.¹⁶⁴⁴ Die Verpflichtung zur Zahlung der angemessenen Vergütung ergibt sich auch der Höhe nach aus dem Gesetz.¹⁶⁴⁵ Dass eine nachträgliche Weitergabe an die Nutzer nicht möglich ist, ist für eine rückwirkende Geltendmachung des Vergütungsanspruchs unbeachtlich, wenn die Person damit rechnen musste, dass die Geräte oder Speichermedien vergütungspflichtig sind.¹⁶⁴⁶ Entscheiden sich die Vergütungsschuldner in diesem Fall trotz der Unsicherheit über die Vergütungshöhe zum Vertrieb der Geräte- oder Speichermedien, erfolgt die Preiskalkulation in eigenem Risiko.¹⁶⁴⁷ Es ließe sich nicht mit der Ergebnispflicht vereinbaren, wenn Unsicherheiten über die Höhe der Vergütung – die im Übrigen auch bei einer gesetzlichen oder behördlichen Festlegung der Ausgleichspflicht in Betracht kommen – zur Folge hätten, dass die Ausgleichsansprüche in diesem Zeitraum nicht geltend gemacht werden können. Sofern eine Vergütungspflicht geringer ausfällt als vom Gläubiger zum Transaktionszeitpunkt veranschlagt wurde, birgt die Gefahr einer übermäßigen Belastung der Endnutzer.¹⁶⁴⁸ Hieraus ergeben sich jedoch ebenfalls keine rechtlichen Bedenken, da dies Ausfluss dessen ist, dass die Preiskalkulation insgesamt in die Sphäre des Vergütungsschuldners fällt.

¹⁶⁴⁴ Vgl. BGH GRUR 2017, 684, Rn. 31 ff., 49 – Externe Festplatten; BGH MMR 2018, 175, Rn. 30 ff. – Speichermedien; BGH MMR 2017, 406, Rn. 91 – Musik-Handy; BGH GRUR 2012, 705, Rn. 54 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät; OLG München GRUR 2015, 989, 994 – Festplatten; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 29. Ähnlich Frank CR 2011, 1, 6. Die Inanspruchnahme des Dritten scheidet beispielsweise aus, wenn der Gläubiger einen Vertrauensstatbestand geschaffen hat (vgl. BGH GRUR 2017, 172 Rn. 91 – Musik-Handy). A.A. Degenhardt GRUR 2018, 342, 346 f.; Mackert/Niemann CR 2016, 531, 532. Im Ergebnis auch Niemann JurPC Web-Dok. 178/2013, Abs. 43; Ders. CR 2011, 69, 75.

¹⁶⁴⁵ BGH ZUM-RD 2018, 201 – Rückwirkende Vergütungspflicht für Geräte und Speichermedien; BGH GRUR 2017, 684, Rn. 30 – Externe Festplatten; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 29. Krit. Degenhardt GRUR 2018, 342, 346.

¹⁶⁴⁶ BGH ZUM-RD 2018, 201, Rn. 4 – Rückwirkende Vergütungspflicht für Geräte und Speichermedien; BGH GRUR 2017, 684, Rn. 33 – Externe Festplatten; BGH GRUR 2017, 172 Rn. 91 – Musik-Handy BGH GRUR 2014, 984 Rn. 48– PC III; BGH GRUR 2012, 705 Rn. 54 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät

¹⁶⁴⁷ Vgl. BGH GRUR 2017, 684, Rn. 35 – Externe Festplatten; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 29.

¹⁶⁴⁸ Vgl. Degenhardt GRUR 2018, 342, 346 f.

Nicht mit den unionsrechtlichen Vorgaben zu vereinbaren sind Gesamtvertragsnachlässe,¹⁶⁴⁹ die Verwertungsgesellschaften den Vertragsparteien als Vorzugsbedingungen angesichts von Effizienzvorteilen durch Verwaltungsvereinfachungen gewähren. Dass in der Praxis häufig Nachlässe von 20 % gegenüber dem regulären Tarif gewährt werden,¹⁶⁵⁰ lässt sich nicht mit dem Schadensausgleich vereinbaren.¹⁶⁵¹ Nach *Reprobel* darf die Mitwirkung sich nicht auf die Höhe der Gebühr zur Finanzierung des gerechten Ausgleichs auswirken.¹⁶⁵² Gesamtvertragsnachlässe stehen dieser Vorgabe zuwider. Dass der BGH den Bedeutungsgehalt der Vorgabe aus *Reprobel* unter Verweis auf die Besonderheiten der dem Vorlageverfahren zugrundeliegenden Regelung sehr eng interpretiert,¹⁶⁵³ steht in klarem Widerspruch zur Herleitung des EuGH. Da der Gerichtshof pauschal darauf verweist, dass der Schaden der Rechtsinhaber derselbe bleibe, egal ob der Vergütungspflichtige an der Einziehung der Gebühr mitwirkt oder nicht,¹⁶⁵⁴ überzeugt der Ansatz des BGH nicht, die Vorgabe auf die nachträgliche Einziehung einer Vergütung von den Nutzern selbst zu beschränken.

¹⁶⁴⁹ *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, 37 f. Siehe auch *Hoeren* CR 2016, 557, 561 f. A.A. *Grünberger* ZUM 2022, 321, 340 f.

¹⁶⁵⁰ *Loewenheim/Melichar/Staats* HdU, 3. Aufl. 2021, § 54 UrhG Rn. 69; *Dreier/Schulze/Rane* 7. Aufl. 2022, § 35 VGG Rn. 10; *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, 37 f. Siehe auch BGH GRUR 2021, 604, Rn. 29 ff. – Gesamtvertragsnachlass.

¹⁶⁵¹ Demgegenüber liegt in den Gesamtvertragsnachlässen kein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz, da die Verwaltungsvereinfachung einen sachlichen Grund darstellt, der geeignet ist, die Ungleichbehandlung von Vertragsparteien und Außenseitern zu rechtfertigen (BGH GRUR 2021, 604, Rn. 31 – Gesamtvertragsnachlass; *Loewenheim/Melichar/Staats* HdU, 3. Aufl. 2021, § 54 UrhG Rn. 69). Siehe aber auch EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 49 – Microsoft Mobile Sales International.

¹⁶⁵² EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 79 f. – *Reprobel*. Dazu Teil 1: G.I.3.c)bb).

¹⁶⁵³ BGH GRUR 2021, 604, Rn. 32 – Gesamtvertragsnachlass.

¹⁶⁵⁴ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 79 – *Reprobel*.

D. Kontroll- und Sanktionsmechanismen

§§ 54 ff. UrhG enthalten Kontrollmechanismen, die die Verwertungsgesellschaften in die Lage versetzen sollen, die für die Geltendmachung des Leistungsanspruchs erforderlichen Informationen zu erlangen.¹⁶⁵⁵ Damit soll die Durchsetzung der Vergütungsansprüche erleichtert werden.¹⁶⁵⁶ Für die Geräte- und Speichermedienvergütung sind vor allem die Meldepflicht des Importeurs gemäß § 54e Abs. 1 UrhG und Auskunftspflicht der Zahlungsverpflichteten gemäß § 54f Abs. 1 UrhG relevant. Auch die freiwillige Mitteilung von Händlern gemäß § 54b Abs. 3 Nr. 2 über die bezogenen Vergütungsobjekte und Bezugsquellen vereinfacht die Durchsetzung der Ansprüche. Der Händler wird für die Verringerung des Verwaltungsaufwands und die Mitwirkung an Durchsetzung der Ansprüche gegen die Hersteller und Importeure honoriert, indem seine gesamtschuldnerische Haftung entfällt.¹⁶⁵⁷ Ob die Vergütungsschuldner ihre Zahlungsverpflichtung erfüllen, wird über einen Abgleich der Daten kontrolliert.¹⁶⁵⁸ Für die Betreibervergütung wird die Kontrolle über die Auskunftspflicht des Betreibers gemäß § 54f Abs. 2 UrhG sowie das Recht zum Kontrollbesuch gemäß § 54g UrhG ermöglicht. Die gesetzlich vorgesehenen Kontroll- und Sanktionsmechanismen sind im Grunde mit den unionsrechtlichen Anforderungen zu vereinbaren,¹⁶⁵⁹ stellt doch der EuGH selbst darauf ab, dass die Befugnis der mit der Verwaltung des gerechten Ausgleichs betrauten Stelle zur Überprüfung der Richtigkeit von auf die korrekte Anwendung der Vorschriften gerichteten Informationen eine notwendige Voraussetzung zur Sicherstellung der tatsächlichen Anwendung der Ansprüche darstellt.¹⁶⁶⁰ Sie werfen aber angesichts der Richtlinienvorgaben Fragen zum Umfang der Kontrollrechte und zu Verletzerzuschläge auf.

¹⁶⁵⁵ Vgl. Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54e UrhG Rn. 1, § 54f UrhG Rn. 1; BeckOK/Grübler 40. Aufl. 2023, § 54f UrhG Rn. 1; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54e UrhG Rn. 2. Siehe auch BR-Drs. 218/94, S. 27; BT-Drs. 16/1828, S. 31.

¹⁶⁵⁶ Vgl. BeckOK/Grübler 40. Aufl. 2023, § 54f UrhG Rn. 1; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54e UrhG Rn. 2.

¹⁶⁵⁷ Vgl. BR-Drs. 218/94, S. 22; Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54b UrhG Rn. 6; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54b UrhG Rn. 11; Schack Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 520.

¹⁶⁵⁸ Müller ZUM 2008, 377, 380 f.

¹⁶⁵⁹ Siehe OLG München GRUR-RS 2022, 47761, Rn. 36 zur Vereinbarkeit von § 54f Abs. 1 UrhG mit der DSGVO. Das Gericht thematisiert die Vereinbarkeit der Norm mit den Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie nicht einmal, sondern beschränkt sich angesichts des Vortrags der Parteien auf eine Prüfung der Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie mit unionsrechtlichen Vorgaben zum Datenschutz.

¹⁶⁶⁰ Vgl. EuGH GRUR 2022, 1522, Rn. 68, 70 – Ametic. Dazu Grünberger ZUM 2023, 304, 344; v. Ungern-Sternberg GRUR 2022, 1777, 1787.

I. *Umfang der Kontrollrechte*

Die Ansprüche können so ausgelegt werden, dass die Rechtsinhaber die Informationen erhalten, die unter Berücksichtigung der unionsrechtlichen Vorgaben zur Geltendmachung der Ansprüche erforderlich sind. Für die Betreiberabgabe ergibt sich dies unmittelbar aus dem Wortlaut von § 54f Abs. 2 UrhG, wonach ein Rechtsinhaber die für die Vergütung erforderliche Auskunft verlangen kann. Sofern die Eigenschaft des Dienstleistungsnehmers für die Bemessung des Vergütungsanspruchs relevant ist,¹⁶⁶¹ fällt diese Angabe unter den Anspruch.¹⁶⁶² Der Auskunftsanspruch der Rechtsinhaber für die Geräte- und Speichermedien ist tatbestandlich auf die Art und Stückzahl der Vergütungsobjekte beschränkt, die in Verkehr gebracht worden sind, § 54f Abs. 1 S. 1 UrhG. Lediglich der Händler muss seine Bezugsquellen benennen, § 54f Abs. 1 S. 2 UrhG. Der Norm liegt die Erwägung zugrunde, dass die Rechtsinhaber zumindest einer Auskunft über das Vertriebsnetz bedürfen, soweit dies für die praktisch wirksame Geltendmachung des Anspruchs unerlässlich ist.¹⁶⁶³ Aus dem Erfordernis des Unionsrechts, die Höhe der Leistungspflicht nach dem Charakter des Abnehmers zu richten, ergibt sich eine planwidrige Regelungslücke bei den Informationsansprüchen. Die vergleichbare Regelung des § 54 Abs. 1 S. 2 UrhG ist geeignet, um einen Anspruch der Rechtsinhaber auf die für die Geltendmachung der Vergütung erforderlichen Informationen über die Erwerber zu begründen.

II. *Zulässigkeit und Auslegung der Verletzerzuschläge*

Sofern Auskunfts- oder Meldeverpflichtete schuldhaft¹⁶⁶⁴ gegen diese Pflichten verstoßen, können Rechtsinhaber den doppelten Vergütungssatz verlangen, §§ 54e Abs. 2, 54f Abs. 3 UrhG. Die Vereinbarkeit dieser Verletzerzuschläge mit dem Unionsrecht wird unter Verweis auf das Erfordernis des Schadensausgleichs in Zweifel gezogen.¹⁶⁶⁵ Da die Mitwirkung des Schuldners kein zulässiges Kriterium für die Höhe des gerechten Ausgleichs

¹⁶⁶¹ Siehe Teil 2: C.II.

¹⁶⁶² So im Ergebnis auch OLG München GRUR-RS 2022, 47761, Rn. 40.

¹⁶⁶³ Vgl. Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54f UrhG Rn. 6.

¹⁶⁶⁴ Das Bestehen des ungeschriebenen Tatbestandsmerkmals wird von der allgemeinen Ansicht anerkannt (vgl. BGH GRUR 2010, 57 Rn. 41 – Scannertarif; BT-Drs. 11/5744, S. 35; Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54f UrhG Rn. 10; HK/Hentsch 4. Aufl. 2018, § 54f UrhG Rn. 11; Raue Die dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 316 f.; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 5. Aufl. 2017, § 54f Rn. 11 f., § 54e UrhG Rn. 4, § 54f UrhG Rn. 12; Fromm/Nordemann/Wirtz 12. Aufl. 2018, § 54e UrhG Rn. 2).

¹⁶⁶⁵ Hoeren CR 2016, 557, 562; Verweyen GRUR Int. 2016, 36, 37. Für OLG München GRUR-RS 2019, 53495, Rn. 62 – Business-PC war die Frage nicht entscheidungserheblich.

darstellt,¹⁶⁶⁶ seien auch die Strafzuschläge für die Verletzung von Auskunfts- und Meldepflicht nicht richtlinienkonform.¹⁶⁶⁷ Auf diese Weise würde die Höhe der Abgabe wegen unzureichender Mitwirkung an der Abgabe erhöht, ohne dass sich am Schaden der Rechtsinhaber etwas geändert hätte.¹⁶⁶⁸

Diese Auffassung kann nicht überzeugen, da sie nicht hinreichend zwischen der Bemessung der Leistungspflicht und der Sanktion von Kontrollpflichten unterscheidet.¹⁶⁶⁹ Die Regelungen stehen im Einklang mit dem Unionsrecht.¹⁶⁷⁰ Der Strafzuschlag zielt unter anderem auf die Sanktion für Verstöße gegen die Kontrollpflichten ab.¹⁶⁷¹ Dem Sanktions- und Präventionscharakter kommt neben dem Ersatz von Schadensüberwachungs- und -verfolgungskosten eine zentrale Bedeutung zu, da die Höhe des Anspruchs in keinem unmittelbaren Verhältnis zum tatsächlichen Schaden der Rechtsinhaber steht.¹⁶⁷² Anstatt Verstöße durch das Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrecht zu sanktionieren,¹⁶⁷³ sichert der Gesetzgeber die Kontrollpflichten und damit mittelbar die Möglichkeit der

¹⁶⁶⁶ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 78 ff. – Reprobel.

¹⁶⁶⁷ *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, 37.

¹⁶⁶⁸ *Verweyen* GRUR Int. 2016, 36, 37.

¹⁶⁶⁹ *Pflüger* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung, 2017, S. 182 nimmt an, das Unionsrecht verhalte sich neutral zur Frage nach Verletzerzuschläge, da es den Mitgliedstaaten überlassen bleibe, die Modalitäten der Anspruchsberechnung zu bestimmen. Das ist im Ergebnis zutreffend, verkennt in der Herleitung allerdings, dass das schadensfremde Kriterium nicht für die Leistungspflicht als solche herangezogen werden kann (vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 79 f. – Reprobel).

¹⁶⁷⁰ *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54f UrhG Rn. 10 m. V. a. EuGH GRUR 2017, 264 – OTK/SFP, wonach Art. 13 DuRL einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, die dem Rechtsinhaber gegen den Verletzer eines Immaterialgüterrechts einen Anspruch auf Zahlung der doppelten angemessenen Lizenzgebühr ermöglicht. Obwohl das Urteil nicht unmittelbar für den gerechten Ausgleich relevant ist (vgl. EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 63 f. – ACI Adam), kann die Wertung übertragen werden.

¹⁶⁷¹ Vgl. OLG Köln NJW-RR 1998, 1263, 1264; LG München I ZUM-RD 2018, 184, Rn. 22; *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54f UrhG Rn. 8; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54f UrhG Rn. 11; *Wandtke/Bullinger/Lijft* 6. Aufl. 2022, § 54e UrhG Rn. 3, § 54f UrhG Rn. 4; *Raue* Die dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 316 f.; *Schack* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 877. Siehe auch BGH GRUR 2010, 57, Rn. 41 – Scannertarif.

¹⁶⁷² *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54f UrhG Rn. 8; *Raue* Die dreifache Schadensberechnung, 2017, S. 317; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 54f UrhG Rn. 11. Vgl. auch *Dreier* Kompensation und Prävention, 2002, S. 532 f.; *Hobagen* Die Freiheit für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch, 2004, S. 535; *Schack* Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 877; *Wandtke* GRUR 2000, 942, 946.

¹⁶⁷³ Vgl. LG München I ZUM-RD 2018, 184; *Dreier/Schulze/Dreier* 7. Aufl. 2022, § 54e Rn. 6 jeweils für die Meldepflicht. Der Gesetzgeber ist bewusst von öffentlich-rechtlichen Sanktionen abgerückt (BR-Drs. 218/94, S. 14 f.). Verwertungsgesellschaften fordern teilweise, Verstöße gegen die Zahlungspflicht strafrechtlich zu sanktionieren, nicht hingegen Verstöße gegen die Kontrollpflichten an sich (vgl. *Müller* 2008, 377, 381). *Hoeren* CR 2016, 557, 562 nimmt – wenigstens missverständlich – an, §§ 54e Abs. 2, § 54f Abs. 3 UrhG seien „ihrer Natur nach“ Ordnungswidrigkeitsvorschriften. Die Sanktion wird nicht durch die Verwaltung verhängt, sondern der privatrechtliche Anspruch wird durch die Verwertungsgesellschaften als Treuhänder der Rechtsinhaber geltend gemacht, vgl. § 54h Abs. 1 UrhG.

Geltendmachung der Vergütungsansprüche privatrechtlich ab.¹⁶⁷⁴ Damit trifft er Maßnahmen, die die Anwendung des gerechten Ausgleichs sicherstellen, Art. 8 Abs. 1 Info-Soc-RL.¹⁶⁷⁵

Die unionsrechtlichen Anforderungen führen zu Problemen bei der Anwendung des Verletzerzuschlags. §§ 54e Abs. 2, 54f Abs. 3 UrhG liegt die Annahme zugrunde, die Höhe der angemessenen Vergütung bestimme sich allein anhand der objektiven Merkmale der Vergütungsobjekte, ohne dass es auf den Charakter des Enderwerbers ankäme. Da das Unionsrecht für die Höhe der Leistungspflicht eine Differenzierung zwischen verschiedenen Kategorien von Erwerbern erfordert, steht in Frage, wie das *duplum* zu beziffern ist. Es erscheint vorzugswürdig, den Anspruch rein objektbezogen, d. h. ohne Ansehen der Kategorie des Erwerbers, zu bestimmen und dabei den Mittelwert von den für die Anlage in Betracht kommenden Vergütungssätzen heranzuziehen. Dies trägt dem Anliegen des Gesetzgebers Rechnung, den Wert objektiv zu bestimmen. Angesichts des präventiven und sanktionierenden Charakters des Verletzerzuschlags ist eine subjektive Differenzierung unionsrechtlich nicht geboten. Die Auslegung trägt zudem dem Umstand Rechnung, dass ein Informationsanspruch in Betracht kommt, bevor die Pflicht zur Vergütung entsteht.¹⁶⁷⁶

¹⁶⁷⁴ Vgl. OLG Köln NJW-RR 1998, 1263, 1264. Als Treuhänder sind die Verwertungsgesellschaften beim Fehlen von sachlichen Gründen dazu verpflichtet, die Ansprüche auch geltend zu machen (vgl. BGH GRUR 2011, 720, Rn. 19 – Multimediashow; OLG München ZUM 2009, 657, 658). Siehe aber – wohl bezogen aufs Außenverhältnis – Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2021, 54f UrhG Rn. 13.

¹⁶⁷⁵ Vgl. zum breiten Anwendungsbereich der Norm Walter/v. Lewinski/v. Lewinski/Walter European Copyright Law, 2010, Rn. 11.8.5 f.

¹⁶⁷⁶ Der Vergütungsanspruch entsteht mit Inverkehrbringen der vergütungspflichtigen Anlagen in deutschem Hoheitsgebiet (siehe Teil 2: B.I.1). Die Meldepflicht entsteht mit der Einfuhr der Anlagen in den Geltungsbereich des Gesetzes (Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2021, 54e UrhG Rn. 3). Nicht jede Einfuhr stellt ein Inverkehrbringen dar (BGH GRUR 1984, 518, 519 – Herstellerbegriff I; BGH GRUR 1985, 284, 285 – Herstellerbegriff III. Dazu Hubmann GRUR 1985, 286 mit krit. Bewertung. Siehe auch BGH ZUM 2016, 755 – Importeur von Geräten oder Speichermedien. Zum Import zur eigenen Nutzung BR-Drs. 218/94, S. 16, 20; Kröber ZUM 2006, 89, 93; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54b UrhG Rn. 4). Es liefe der Intention des Gesetzgebers zuwider, den Verstoß gegen die Pflicht nicht zu sanktionieren (BR-Drs. 218/94, S. 26). Ein Verstoß gegen die Meldepflicht löst daher den Anspruch auf das *duplum* aus, selbst wenn die Vergütungspflicht noch nicht entstanden ist (Anders Wandtke/Bullinger/Lüft 6. Aufl. 2022, § 54e UrhG Rn. 3). Angesichts der Unabhängigkeit der Meldepflicht vom Vergütungsanspruch ist es zweifelhaft, dass die herrschende Meinung § 54e UrhG als Nebenpflicht zum Vergütungsanspruch interpretiert (so BR-Drs. 218/94, S. 24; LG München I ZUM-RD 2018, 184, Rn. 22; Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54e UrhG Rn. 3; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2021, 54e UrhG Rn. 2).

E. Territoriale Zuständigkeit

Klärungsbedürftig ist zuletzt, inwiefern §§ 54 ff. UrhG in Einklang mit den unionsrechtlichen Anforderungen an die territoriale Zuständigkeit der Mitgliedstaaten für die Gewährleistung des gerechten Ausgleichs stehen. Es wäre einerseits problematisch, wenn ein Mitgliedstaat außerhalb seines Zuständigkeitsbereichs handeln würde. Dies würde die Gefahr von Doppelbelastungen mit sich bringen. Andererseits wäre es angesichts der Ergebnispflicht bedenklich, wenn ein Mitgliedstaat im Rahmen seiner Zuständigkeiten eine wirksame Erhebung des gerechten Ausgleichs nicht gewährleistet.¹⁶⁷⁷ Der EuGH geht für Pauschalabgaben davon aus, dass sich die Zahlungspflicht nach dem Zielort der Anlagen bestimmt (Bestimmungslandprinzip), wobei er annimmt, dass die Nutzung in dem Mitgliedstaat erfolgt, in dem der Nutzer wohnhaft ist.¹⁶⁷⁸ Das ist kritikwürdig, entspricht aber zumindest für die Geräte- und Speichermedienvergütung dem Stand der Rechtsprechung.¹⁶⁷⁹

I. Geräte- und Speichermedienvergütung

Nach der derzeitigen Auslegung der Geräte- und Speichermedienvergütung wird die Abgabe beim Inverkehrbringen der Anlagen erhoben,¹⁶⁸⁰ wobei der Wohnsitz des Erwerbers keine Rolle spielt. Erst Recht ist der Sitz des Verkäufers unbeachtlich.¹⁶⁸¹ Im Fall des Exportes gem. § 54 Abs. 2 UrhG kann Erstattung verlangt werden. Maßgeblich für die Erstattung ist die Nutzung im Ausland und nicht etwa der Wohnsitz des Nutzers.¹⁶⁸² Das ermöglicht einen tragfähigen Schluss auf die Nutzung der Anlagen im Hoheitsgebiet. Die Nutzungen werden auf diesem Wege sinnvoll erfasst, ohne dass es notwendig wäre, vom Wohnort auf den Ort der Nutzung zu schließen. Die deutsche Regelung trägt dem Anliegen, die Schäden der Rechtsinhaber effektiv zu kompensieren und die Zuständigkeit der

¹⁶⁷⁷ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 34 – Opus.

¹⁶⁷⁸ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 35 f. – Opus; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 58 f. – Amazon. Dazu Teil 1: J.III.

¹⁶⁷⁹ Siehe Teil 1: J.III.

¹⁶⁸⁰ Siehe Teil 2: B.I.1.

¹⁶⁸¹ Nach BGH GRUR 2023, 479, Rn. 22 ff. – rakuten.de ist es unionsrechtlich nicht geboten, Online-Marktplätze, die die Vermittlung von Kaufverträgen über vergütungspflichtige Geräte und Speichermedien ermöglichen, in den Kreis der Vergütungsschuldner aufzunehmen, auch wenn der Verkäufer im Ausland ansässig ist. Insbesondere ergebe sich ein entsprechendes Erfordernis nicht aus der Ergebnispflicht. Zustimmend *Lerach* jurisPR-WettbR 3/2023 Anm. 3.

¹⁶⁸² Vgl. Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 18; BeckOK/Grübler 40. Aufl. 2023, § 54 UrhG Rn. 17; Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 35; Fromm/Nordemann/Wirtz 12. Aufl. 2018, § 54a UrhG Rn. 15.

Mitgliedstaaten klar abzugrenzen, Rechnung.¹⁶⁸³ Die Gefahr einer Doppelbelastung besteht allenfalls sehr abstrakt. Es sprechen keine inhaltlichen Gründe gegen die Unionsrechtskonformität des deutschen Ansatzes.

Sofern der EuGH bekräftigt, es müsse zwingend auf den Wohnsitz abgestellt werden, ist eine richtlinienkonforme Auslegung der Geräte- und Betreibermedienvergütung angesichts der unpräzisen Tatbestandsvorgaben möglich. Die geltende Fassung der Geräte- und Speichermedienabgabe präzisiert nicht, durch welchen Akt der Vergütungstatbestand entsteht.¹⁶⁸⁴ Es würde den Anwendungsbereich der Norm im Vergleich zum derzeit vorherrschenden Verständnis stark verengen, wenn das Inverkehrbringen an einen im Hoheitsgebiet ansässigen Erwerber als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal in die Norm hineingelesen würde. Dogmatische Gründe stehen dem allerdings nicht entgegen.

II. *Betreibervergütung*

Der Wohnsitz der Nutzer spielt für die Betreibervergütung nach der Konzeption des § 54c UrhG ebenfalls keine Rolle. Somit könnte die Regelung gegen die Richtlinienvorgaben verstoßen, wenn die Betreibervergütung auch für im Ausland wohnhafte Nutzer erhoben wird. Da der EuGH erstmals in Ansehen einer Speichermedienvergütung die Zuständigkeit des Mitgliedstaats nach dem Wohnsitz des Nutzers bestimmte¹⁶⁸⁵ und dies in einem vergleichbaren Verfahren bestätigte,¹⁶⁸⁶ ist zweifelhaft, ob die Vorgaben auch hier gelten. Sowohl der Schaden des Rechtsinhabers als auch der Ort der tatsächlichen Nutzung spielen für den EuGH bei der Bestimmung der Zuständigkeit eine Rolle.¹⁶⁸⁷ Da die Betreibervergütung eine konkrete Feststellung der Umstände ermöglicht, muss der Mitgliedstaat sich nicht der Annahme bedienen, der Schaden entstände im Wohnsitzstaat. Dass der vom deutschen Recht vorgesehene Ansatz richtlinienkonform ist, steht damit außer Zweifel.

¹⁶⁸³ *Sujecki* GRUR-Prax 2011, 298 schlägt vor, die Vergütung beim Verkauf durch einen ausländischen Verkäufer davon abhängig zu machen, dass dieser seine Tätigkeit auf den Mitgliedsstaat des Käufers ausgerichtet und keine Zahlung in einem anderen Mitgliedsstaat geleistet hat. Das überzeugt nicht, da es die adäquate Kompensation der Rechtsinhaber nicht gewährleisten kann. Dass eine Abgabe bereits in einem anderen Mitgliedstaat entrichtet worden ist, kann der Vergütungspflicht nicht entgegenstehen (EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 56 ff. – Amazon).

¹⁶⁸⁴ Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 11; Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 28.

¹⁶⁸⁵ EuGH GRUR 2011, 909 – Opus.

¹⁶⁸⁶ EuGH GRUR 2013, 1025 – Amazon.

¹⁶⁸⁷ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 58 – Amazon.

F. Folgen der unionsrechtswidrigen Umsetzung

Die Untersuchung hat ergeben, dass die deutsche Regelung der angemessenen Vergütung gemäß §§ 54 ff. UrhG den unionsrechtlichen Anforderungen nicht genügt, wobei insbesondere nicht in jeder Hinsicht eine unionsrechtskonforme Auslegung möglich ist. Es ist strittig, ob dieses Defizit dazu führt, dass das Vergütungssystem nicht angewendet werden kann. Die österreichische Rechtsprechung ging davon aus, der EuGH habe die Anwendbarkeit der nationalen Vorgaben von bestimmten Bedingungen abhängig gemacht.¹⁶⁸⁸ Mangels expliziter Erwägungen zur Methodik dürfte diese am ehesten als Bemühung um eine richtlinienkonforme Interpretation zu verstehen sein, indem der Anwendungsbereich des Ausgleichssystems teleologisch „auf null“ reduziert wird.¹⁶⁸⁹ Auch in der Literatur wird vertreten, ein Ausgleichssystem könne zumindest dann nicht angewendet werden, wenn die unionsrechtlichen Voraussetzungen an die Haftungsstufe nicht eröffnet sind.¹⁶⁹⁰ Der Rechtsprechung des EuGH zum gerechten Ausgleich lässt sich indes nicht entnehmen, dass die Unionsrechtswidrigkeit eines Ausgleichssystems generell oder in Bezug auf die Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Haftungsstufe zu dessen Unanwendbarkeit führen soll.¹⁶⁹¹ Das derzeit anhängige Vorlageverfahren *Reprobel II*¹⁶⁹² wird voraussichtlich Klarheit zu den Fragen liefern, inwiefern sich ein Einzelner auf die Unvereinbarkeit einer nationalen Norm mit den unionsrechtlichen Vorgaben zum gerechten Ausgleich berufen kann, inwieweit Art. 5 Abs. 2 lit. a) und b) InfoSoc-RL unmittelbare Wirkung entfalten und ob nationale Gerichte gehalten sind, eine nationale Norm auf Antrag hin unangewendet zu lassen.

¹⁶⁸⁸ HG Wien GRUR Int. 2016, 40, Rn. 2.5. – Austro-Mechana/Amazon I; OLG Wien MMR 2016, 265, Rn. 4.3. – Austro-Mechana/Amazon II. Zu Recht krit. *Zöchling-Jud* MR 2016, 23, 25. Siehe auch östOGH GRUR Int. 2017, 455 – Austro-Mechana/Amazon III.

¹⁶⁸⁹ *Zöchling-Jud* MR 2016, 23, 25. *Verweyen* WRP 6/2016, I; *ders.* GRUR Int. 2016, 47 meint, die Gerichte würden dies aus dem Anwendungsvorrang des Unionrechts herleiten, was sich aus den Urteilen nicht ergibt.

¹⁶⁹⁰ *Büchtele* *ecolex* 2016, 405, 407.

¹⁶⁹¹ EuGH GRUR 2013, 1025 – Amazon lässt dies nicht erkennen. Weder das HG Wien noch das OLG Wien präzisieren, woraus sich die Anwendungsbedingung ergeben soll. ÖstOGH MR 2014, 21, 25 – HP; OLG Wien MMR 2016, 265, Ziff. 4.3. haben die Beweislast für sämtliche tatsächlichen Voraussetzungen der unionsrechtlichen Unbedenklichkeit der Vergütungspflicht dem Anspruchsinhaber auferlegt. Dazu Dokalik/Zemann/Zemann *Österreichisches und internationales Urheberrecht*, 7. Aufl. 2018, S. 336. Eine entsprechende Verpflichtung besteht nach deutschem Recht nicht (vgl. zur von Amts wegen zu beachtenden unmittelbaren Anwendbarkeit von Richtlinien Calliess/Ruffert/Ruffert 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 74 m. w. N.).

¹⁶⁹² Vorlage des Ondernemingsrechtbank Gent, Afdeling Gent (Unternehmensgericht Gent, Abteilung Gent, Belgien) vom 16.2.2023, Rs. C- C-230/23 – *Reprobel II*.

Verweyen will eine Unanwendbarkeit der deutschen Regelungen aus dem Anwendungsvorrang des EU-Rechts herleiten.¹⁶⁹³ Aus einer unzureichenden Umsetzung der Richtlinienbestimmungen kann jedoch nicht ohne Weiteres auf deren Unanwendbarkeit geschlossen werden.¹⁶⁹⁴ Das Unionsrecht stellt im Verhältnis zum nationalen Recht eine autonome Rechtsordnung dar.¹⁶⁹⁵ Es genießt gegenüber den nationalen Rechtsordnungen einen Anwendungs-, nicht jedoch einen Geltungsvorrang.¹⁶⁹⁶ Ein Anwendungsvorrang des Unionsrechts setzt grundsätzlich eine Kollision zwischen nationalem und europäischem Recht voraus.¹⁶⁹⁷ Eine Kollision liegt vor, wenn die Normen auf denselben Sachverhalt Anwendung finden und einander widersprechende Rechtsfolgen anordnen.¹⁶⁹⁸ Es bedarf also sich widersprechender Normbefehle.¹⁶⁹⁹ Das kann der Fall sein, wenn die Richtlinie unmittelbare Wirkung entfaltet, wofür die Bestimmung inhaltlich unbedingt und hinreichend genau sein muss.¹⁷⁰⁰ Da der Gesetzgeber einen Anspruch auf gerechten Ausgleich nicht vorsehen muss, sofern er von der Umsetzung der Schranken ablässt, ist bereits das erste Merkmal nicht gegeben. Der Begriff des gerechten Ausgleichs ist auch nicht hinreichend genau, um eine unmittelbare Anwendung zu begründen. Eine Bestimmung erfüllt diese Anforderung, wenn sie rechtlich in sich abgeschlossen ist und als solche von jedem Gericht angewendet werden kann.¹⁷⁰¹ Eine unmittelbare Anwendung des gerechten Ausgleichs ist aufgrund der weitreichenden Ausgestaltungsspielräume bei dessen Umsetzung

¹⁶⁹³ *Verweyen* WRP 6/2016, I; *Verweyen* GRUR Int. 2016, 47; *Verweyen* MMR 2016, 266 m. V. a. EuGH NJW 1964, 2371 – *Costa v. E.N.E.L.* Für einen Anwendungsvorrang des Unionsrechts betreffend den im deutschen Recht vorgesehenen Ausschluss von Sendeunternehmen nunmehr auch GA *Collins* Schlussanträge vom 13.7.2023, Rs. C-260/22, Rn. 31 ff. – *Seven.One Entertainment Group*; *Krause/Meier* ZUM 2023, 568, 571 f.

¹⁶⁹⁴ Vgl. Vgl. Schricker/Loewenheim/*v. Ungern-Sternberg* 6. Aufl. 2020, § 15 UrhG Rn. 133. Siehe auch *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2014, 209, 217 bezogen auf den unionsrechtswidrigen Ausschluss von Sendeunternehmen von der Beteiligung an der Geräte- und Speichermedienvergütung gemäß § 87 Abs. 4 UrhG.

¹⁶⁹⁵ *Jarass/Beljin* NVwR 2004, 1; v. Münch/Kunig/*Uerpmann-Wittzack* 7. Aufl. 2021, Art. 23 GG Rn. 67.

¹⁶⁹⁶ *Kruis* Anwendungsvorrang des EU-Rechts, 2013, S. 122; *Calliess/Ruffert/Ruffert* 6. Aufl. 2022, Art. 1 AEUV Rn. 16 f.; *Scherzberg* Jura 1993, 225, 229. Vgl. *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Nettesheim* 48. EL 2012, Art. 288 Rn. 53.

¹⁶⁹⁷ *Kruis* Anwendungsvorrang des EU-Rechts, 2013, S. 99 f. Vgl. Schricker/Loewenheim/*v. Ungern-Sternberg* 6. Aufl. 2020, § 15 UrhG Rn. 133.

¹⁶⁹⁸ *Kruis* Anwendungsvorrang des EU-Rechts, 2013, S. 99 f. Vgl. *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Nettesheim* 48. EL 2012, Art. 288 Rn. 53; *Scherzberg* Jura 1993, 225, 229.

¹⁶⁹⁹ *Ipsen* Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 259 f.; *Kruis* Anwendungsvorrang des EU-Rechts, 2013, S. 122; *Nettesheim*, AöR 1994, 261, 280; *Scherzberg*, Jura 1993, 225, 229.

¹⁷⁰⁰ EuGH NJW 1979, 1764, 1765 – *Ratti*. Vgl. *Calliess/Ruffert/Ruffert* 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 54 m. w. N.

¹⁷⁰¹ EuGH NJW 1989, 3093, Rn. 26 – *Kühne/Finanzamt München*; EuGH BeckEuRS 1980, 82560, Rn. 13 – *Santillo*.

nicht möglich.¹⁷⁰² Die Vorgabe, dass die Rechtsinhaber einen gerechten Ausgleich erhalten müssen, bleibt auch unter Berücksichtigung der sich aus der Rechtsprechung ergebenden Anforderungen so abstrakt, dass sich die Ausgleichssysteme erheblich voneinander unterscheiden können. Auch bei den Aspekten, hinsichtlich derer das deutsche Recht richtlinienwidrig ist, steht den Mitgliedstaaten ein Ausgestaltungsspielraum zu. Auch der Umstand, dass Richtlinienbestimmungen keine horizontale Drittwirkung zwischen Privaten entfalten,¹⁷⁰³ spricht für die Anwendbarkeit eines privatrechtlichen Anspruchssystems, das gegen das Unionsrecht verstößt.¹⁷⁰⁴

Es ist zweifelhaft, dass das Unionsrecht einen *legal review* erfordert. Im Ergebnis ist davon auszugehen, dass die Anwendbarkeit des nationalen Rechts – neben dem Anwendungsvorrang bei unmittelbar anwendbaren Bestimmungen hinaus – nicht von den objektiven Maßstäben der Richtlinienbestimmungen abhängen kann. Sich für ein Verständnis von Richtlinienbestimmungen als Maßstabnorm auszusprechen,¹⁷⁰⁵ ist dogmatisch nicht überzeugend, da dies ohne Bedürfnis den Anwendungsvorrang des Unionsrechts überdehnt.¹⁷⁰⁶ Ein anderes Verständnis würde zu Rechtslücken führen, da nationale Vorgaben außer Kraft gesetzt würden, ohne eine andere Rechtsfolge vorzusehen.¹⁷⁰⁷ Dass der EuGH einen *legal review*, also eine Überprüfung der nationalen Rechtsetzung und Verwaltung am Maßstab des Richtlinienrechts durch die mitgliedstaatlichen Gerichte, vorgeben würde, lässt sich zudem nicht überzeugend belegen.¹⁷⁰⁸

Hielte man die §§ 54 ff. UrhG wegen des Verstoßes gegen die unionsrechtlichen Vorgaben für unanwendbar, müsste daraus die Unanwendbarkeit der zu kompensierenden

¹⁷⁰² EWHC 1723 (Admin), Rn. 149, 158 ff. – BASCA v SoSBIS & Others. Vgl. auch Cour d'appel de Bruxelles, Urteil vom 12.5.2017, 9. Kammer, Az.: 2017/4122 – Reprobel; [2015]. So im Ergebnis auch *Flehsig* ZUM 2004, 249, 254; *Triebe* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 256 mit Blick auf die in Deutschland nicht vorgesehene Begünstigung von Sendeunternehmen. So auch *v. Ungern-Sternberg* GRUR 2024, 3, 17; *ders.* GRUR 2014, 209, 217.

¹⁷⁰³ EuGH NJW 1994, 2473, 2474 – Faccini; EuGH NJW 1996, 1401 – El Corte Inglés. Vgl. auch *Möllers* Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 12 Rn. 42 ff.; Streinz/*W. Schroeder* 3. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV, Rn. 100 f.

¹⁷⁰⁴ *v. Danwitz* JZ 2007, 697, 703.

¹⁷⁰⁵ So *Bach* JZ 1990, 1108, 1112 f.; *Langenfeld* DÖV 1992, 955, 962 f.; *Timmermanns* CMLR 1979, 533, 544 ff.; *Weber* Rechtsfragen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik, 1988, S. 105.

¹⁷⁰⁶ Ablehnend daher *v. Danwitz* JZ 2007 697, 703; *Jarass* Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 104 f.; *Kruis* Anwendungsvorrang des EU-Rechts, 1988, S. 118; *Nettesheim* AöR 1994, 261, 279 f.; *Calliess/Ruffert/Ruffert* 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 73; *Scherzberg* Jura 1993, 225, 229. Siehe auch *Möllers* Juristische Methodenlehre, 5. Aufl. 2023, § 12 Rn. 42 ff.

¹⁷⁰⁷ *v. Danwitz* JZ 2007, 697, 703; *Jarass* Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, 1994, S. 104 f. Vgl. auch *Langenfeld* DÖV 1992, 955, 963.

¹⁷⁰⁸ *Calliess/Ruffert/Ruffert* 6. Aufl. 2022, Art. 288 AEUV Rn. 72 f.

Schrankenbestimmungen resultieren – zumindest soweit ein gerechter Ausgleich obligatorisch vorgeschrieben ist. Andernfalls könnte die Nichtanwendung keinen unionsrechtskonformen Zustand herbeiführen, da die Mitgliedstaaten gegen die Ergebnispflicht verstießen.¹⁷⁰⁹ Ein Verstoß gegen diese Verpflichtung, die die Leistung an die Rechtsinhaber absichert, ist gleichwertig im Verhältnis zur unionsrechtlichen Vorgabe, dass Rechtsinhaber im Falle der Umsetzung einer Schrankenregelung einen gerechten Ausgleich erhalten müssen. Angesichts der optionalen Ausgestaltung der Schranken wäre es nach herrschender Ansicht unionsrechtskonform, Schranke und Ausgleich zugleich für unanwendbar zu halten.¹⁷¹⁰ Dies erschiene zwar vor dem Hintergrund kohärent, dass die Kompetenz der Mitgliedstaaten zur Einführung der Schranke auch dem Wortlaut der Richtlinie nach unter der Bedingung steht, dass die Rechtsinhaber den gerechten Ausgleich erhalten.¹⁷¹¹ Dieses Ergebnis würde sich aber sehr deutlich vom Willen des nationalen Gesetzgebers entfernen, ohne einen in grundrechtlicher Hinsicht vorzugswürdigen Zustand herbeizuführen.¹⁷¹² Die Unwirksamkeit der Schranke würde die Informationsfreiheit der Nutzer empfindlich beeinträchtigen.¹⁷¹³ Der Wegfall des gesetzlichen Vergütungsanspruchs hätte zur Folge, dass den Rechtsinhabern ein kaum durchsetzbares Ausschließlichkeitsrecht zuerkannt würde, das deren Vergütungsinteressen angesichts eines unverhältnismäßigen Kontrollaufwandes praktisch kaum befriedigen können wird.¹⁷¹⁴ Das erscheint in der Gesamtwürdigung nicht sachgemäß.¹⁷¹⁵ Diese Erwägung stützt die Einsicht, dass die Unionsrechtswidrigkeit der §§ 54 ff. UrhG nicht zwingend zu deren Unanwendbarkeit führt.

¹⁷⁰⁹ Vgl. östOGH, MMR 2017, 388, Nr. 3 – *Austro-Mechana/Amazon III*; *Koch/Krauspenbaar* GRUR Int. 2013, 1003, 1011; *Dokalik/Zemann/Zemann* Österreichisches und internationales Urheberrecht, 7. Aufl. 2018, S. 338; *Zöchling-Jud* MR 2016, 23, 29. Siehe auch *Walter* MR 2017, 74. Anders hingegen *Büchtele* *ecolex* 2016, 405, 408. Vgl. zur Bedeutung der Ergebnispflicht für den fakultativen gerechten Ausgleich Teil 1: D.III.

¹⁷¹⁰ Siehe Teil 1: C.I.1.

¹⁷¹¹ Vgl. *Flechsig* ZUM 2002, 1, 9; *Roder* Die Methodik des EuGH im Urheberrecht, 2016, S. 459; *Triebe* Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, 2008, S. 242. Siehe auch *Reinbothe* in: *Riesenhuber*: Die Angemessenheit im Urheberrecht, 2014, S. 131, 152.

¹⁷¹² Vgl. *Stieper* ZGE 2015, 170, 180 f.

¹⁷¹³ Vgl. BGH GRUR 1997, 459, 463 – *CB-Infobank I*; *Lauber-Rönsberg* Urheberrecht und Privatgebrauch, 2011, S. 167 ff.; *Schricker/Loewenheim/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, § 53 UrhG, Rn. 1.

¹⁷¹⁴ Vgl. *Stieper* ZGE 2015, 170, 180 f. Siehe auch BVerfG NJW 1972, 488 – *Tonbandvervielfältigungen*; *Wandtke/Bullinger/Lüft* 6. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 1.

¹⁷¹⁵ Für Anwendbarkeit von Schranke und Vergütung als solches ist hingegen nicht bedeutend, dass die Nichterfüllung eines konkreten Vergütungsanspruchs nicht die Rechtswidrigkeit der individuellen Nutzung zur Folge hat (vgl. OLG München ZUM 1991, 371, 374; *Schricker/Loewenheim/Stieper* 6. Aufl. 2020, Vor §§ 44a ff. UrhG, Rn. 44 m. w. N.). Die Vergütungspflicht trifft in vielen Fällen – etwa bei der angemessenen Vergütung für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch – nicht den Nutzer, sondern Dritte. Angesichts dessen wäre nicht zu rechtfertigen, im Falle der Nichterfüllung der Vergütungspflicht eine von der Schranke erfasste Nutzung als Urheberrechtsverletzung zu werten (vgl. *Stieper*

Die unzureichende Umsetzung hat für Deutschland das Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens zur Folge, Art. 258 f. AEUV.¹⁷¹⁶ In der Praxis hat diese Möglichkeit wegen der fehlerhaften Umsetzung des gerechten Ausgleichs bisher keine Rolle gespielt.¹⁷¹⁷ Als sanktionsartige Rechtsfolge kommt zudem ein unionsrechtlicher Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten in Betracht, wenn sich für eine Person aus der fehlerhaften Umsetzung der Richtlinie ein Schaden ergibt.¹⁷¹⁸ Dies setzt einen qualifizierten Verstoß gegen das Unionsrecht voraus.¹⁷¹⁹ Ein solcher liegt vor, wenn ein Mitgliedstaat bei der Gesetzgebung die Grenzen seiner Befugnisse offenkundig und erheblich überschritten hat.¹⁷²⁰ Insofern sind alle Gesichtspunkte des Einzelfalls zu berücksichtigen, die für den Sachverhalt kennzeichnend sind.¹⁷²¹ Zu diesen Gesichtspunkten gehören unter anderem das Maß an Klarheit und Genauigkeit der verletzten Vorschrift, die Frage, ob der Mitgliedstaat eine Verletzung oder einen Schaden vorsätzlich herbeiführte, und die Frage, ob ein Gemeinschaftsorgan einen Beitrag zum unionsrechtswidrigen Zustand geleistet hat.¹⁷²² Diesem restriktiven Maßstab liegt die Erwägung zugrunde, dass gesetzgeberische Tätigkeit nicht ungebührlich durch die Möglichkeit von Schadenersatzklagen behindert werden darf, wenn Allgemeininteressen den Erlass von Maßnahmen gebieten, die die Interessen des Einzelnen beeinträchtigen können.¹⁷²³ Ein Staatshaftungsanspruch von Sendeunternehmen wegen deren Ausschluss von der Geräte- und Speichermedienabgabe gemäß § 87 Abs. 4 UrhG scheiterte an diesen Anforderungen.¹⁷²⁴ Ein Staatshaftungsanspruch wegen

Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 141 f., der auf den historischen Umstand verweist, dass einige Nutzungshandlungen vor Einführung der Vergütungspflicht ganz freigestellt waren). Die einschlägigen Argumente greifen für die Frage nach der Anwendbarkeit von Schranke und Vergütungssystem nicht in gleicher Weise.

¹⁷¹⁶ *Bach* JZ 1990, 1108, 1113; von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Wunderlich* 7. Aufl. 2015, Art. 258, Rn. 1.

¹⁷¹⁷ Zu Vertragsverletzungsverfahren wegen verspäteter oder unzureichender Umsetzung der Richtlinie im Allgemeinen *Wandtke/Bullinger/Leenen* 6. Aufl. 2022, Art. 13 InfoSoc-RL Rn. 1.

¹⁷¹⁸ EuGH EuZW 1996, 274, Rn. 40 – *British Telecommunications*; EuGH BeckRS 2004, 74320, Rn. 52 – *Carbonari*; *Calliess/Ruffert/Ruffert* 6. Aufl. 2022, Art. 340 AEUV Rn. 63.

¹⁷¹⁹ EuGH NJW 1992, 165, 167 – *Francovich*; *Leistner* ZGE 2013, 312, 320 f.

¹⁷²⁰ EuGH NJW 1996, 1267, 1270 – *Brasserie du Pêcheur und Factortame*; EuGH BeckRS 2007, 70189, Rn. 118 – *Test Claimants in the Thin Cap Group Litigation*; BGH GRUR 2010, 924, Rn. 7 – Staatshaftungsanspruch von Sendeunternehmen.

¹⁷²¹ BGH GRUR 2010, 924, Rn. 7 – Staatshaftungsanspruch von Sendeunternehmen.

¹⁷²² EuGH EuZW 2004, 146, Rn. 86 – *Evans*; EuGH EuZW 2007, 182 – *Robins*; BGH GRUR 2010, 924, Rn. 7 – Staatshaftungsanspruch von Sendeunternehmen.

¹⁷²³ EuGH NJW 1996, 1267, Rn. 45 – *Brasserie du Pêcheur und Factortame*; EuGH EuZW 1996, 274, Rn. 40 – *British Telecommunications*; BGH GRUR 2010, 924, Rn. 7 – Staatshaftungsanspruch von Sendeunternehmen.

¹⁷²⁴ BGH GRUR 2010, 924, Rn. 7 – Staatshaftungsanspruch von Sendeunternehmen. Einen Anspruch ablehnend auch die Vorinstanzen LG Berlin ZUM-RD 2008, 608; KG GRUR 2010, 64. Nicht zur Entscheidung angenommen durch BVerfG ZUM 2011, 236. So auch *Schack* GRUR Int. 2009, 490.

der fehlerhaften Umsetzung des gerechten Ausgleichs wird praktisch kaum Aussicht auf Erfolg haben. Selbst wenn man mit der hier vertretenen Ansicht davon ausgeht, dass die deutsche Umsetzung den Anforderungen an einen gerechten Ausgleich nicht genügt, ist nicht zu erwarten, dass nach der Gesamtwürdigung aller Umstände ein qualifizierter Verstoß bejaht würde. Dass der BGH wie auch weite Teile der Literatur den gerechten Ausgleich unter Berücksichtigung der EuGH-Rechtsprechung in einer restriktiven Weise interpretiert, die nach ihrem Dafürhalten eine richtlinienkonforme Auslegung des nationalen Rechts ermöglicht, lässt erkennen, dass in der Praxis erhebliche Unklarheit über die unionsrechtlichen Vorgaben herrscht. Der EuGH hat durch seine in Teilen unklare, punktuell kritikwürdige und bisweilen sogar widersprüchliche Spruchpraxis einen Beitrag dazu geleistet, dass die Mitgliedstaaten ernsthafte Probleme dabei haben, zu eruieren, was das Unionsrecht von ihnen verlangt.

Fazit

A. Zusammenfassung

I. Der gerechte Ausgleich nach der InfoSoc-Richtlinie

Der gerechte Ausgleich nach der InfoSoc-Richtlinie ist ein autonomer Begriff des Unionsrechts, womit er von allen Mitgliedstaaten kohärent und einheitlich ausgelegt werden muss.¹⁷²⁵ Diese Auslegung markiert den Ausgangspunkt der Rechtsprechung zum gerechten Ausgleich. Dass der europäische Gesetzgeber in der InfoSoc-Richtlinie mit dem gerechten Ausgleich ein neuartiges Konzept einführt, ist das Resultat eines Kompromisses, der am Ende eines politisch geprägten Prozesses der Richtlinienverhandlung stand. Die Richtlinie regelt keine zum Verabschiedungszeitpunkt bekannten Konzepte wie die angemessene Vergütung. Insbesondere die überlieferten Schilderungen zu den Hintergründen des Gesetzgebungsprozesses deuten darauf hin, dass der gerechte Ausgleich eine Brücke bauen sollte: Auf der einen Seite sollte es denjenigen Staaten, die bereits ein Vergütungssystem nach kontinentaleuropäischem Vorbild implementiert hatten, möglich sein, dieses beizubehalten. Auf der anderen Seite sollte jedoch keine Verpflichtung zu einem solchen System eingeführt werden. Unmittelbar nach Verabschiedung der Richtlinie war es deshalb verbreitet, die harmonisierende Wirkung des gerechten Ausgleichs zwar im Grunde anzuerkennen, aber von einer Vereinheitlichung auf niedrigem Niveau auszugehen.

Der gerechte Ausgleich stellt kein vollends uniformes Konzept dar, sondern die materiellen Anforderungen unterscheiden sich im Detail, je nachdem, auf welche Schranke sich die Ansprüche beziehen. Da das Konzept im Grundsatz schrankenübergreifend einheitlich auszulegen ist und die Gemeinsamkeiten den Charakter der unterschiedlichen Ausprägungen bestimmten, ist der gerechte Ausgleich als ein einheitliches Konzept zu verstehen, das in dem Sinne adaptionsfähig ausgelegt wird, dass es den Besonderheiten der jeweils zu kompensierenden Schrankennutzungen Rechnung trägt. Insbesondere wenn ein vom EuGH normiertes Erfordernis – wie fast immer – auf die allgemeingültigen Erwägungen zum gerechten Ausgleich zurückzuführen ist, können sie mit den nötigen Abänderungen für die Auslegung des gerechten Ausgleichs nach der anderen Schrankenbe-

¹⁷²⁵ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 36 f. – Padawan; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 35 – Reprobel; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 38 – EGEDA.

stimmung bedeutsam sein.¹⁷²⁶ Ob der Ausgleich fakultativ oder obligatorisch vorgesehen ist, ist für die Übertragbarkeit der unionsrechtlichen Vorgaben im Grundsatz unbeachtlich.

Den Mitgliedstaaten stehen weite Ausgestaltungsspielräume bei der Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben zu.¹⁷²⁷ Die Gestaltungsspielräume sind in der Unbestimmtheit des Konzeptes angelegt. Dieses Ausgestaltungsermessen ist im Grunde inhaltlich umfassend angelegt. Es umfasst die Festlegung der Form, auf die Art und Weise der Zahlung und Erhebung sowie auf die Höhe des gerechten Ausgleichs,¹⁷²⁸ wobei sich die einzelnen Aspekte zum Teil überschneiden. Die Spielräume werden durch die materiellen Anforderungen des Unionsrechts beschränkt.¹⁷²⁹ Insbesondere hat der EuGH diese verbindlichen Vorgaben an die Umsetzung des gerechten Ausgleichs normiert, die die Mitgliedstaaten zu berücksichtigen haben. Der gerechte Ausgleich bewirkt keine Vollharmonisierung im Sinne einer absoluten Rechtsangleichung, sondern das Konzept hat einen rahmenhaften Charakter, zielt aber insgesamt nur auf eine Harmonisierung bestimmter Aspekte ab. Die vom EuGH erarbeiteten Vorgaben sind verbindlich und dürfen weder über- noch unterschritten werden. Der gerechte Ausgleich dient nicht nur den Rechtsinhabern, sondern schützt auch andere Personen, die an den Ansprüchen des gerechten Ausgleichs beteiligt sind – insbesondere die Nutzer. Dies schlägt sich auch in der Funktion des gerechten Ausgleichs nieder: Auch wenn der vorrangige Zweck des gerechten Ausgleichs darin besteht, Rechtsinhabern eine Leistung im Gegenzug zur Verkürzung ihrer ausschließlichen Verwertungsrechte durch die Schranken zukommen zu lassen, zielt er zusätzlich darauf ab, einen angemessenen Interessenausgleich zwischen den Beteiligten herzustellen und Gerechtigkeit zu schaffen.¹⁷³⁰ Das Konzept dient auch dem Schutz der Nutzer. Der gerechte Ausgleich gibt einen vollharmonisierten Rahmen vor, innerhalb dessen den Mitgliedstaaten ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht.¹⁷³¹

Obwohl dies in der Richtlinie nicht vorgesehen ist, differenziert der EuGH hinsichtlich der Ausgleichspflicht danach, ob die Mitgliedstaaten eine Ausnahme oder Beschränkung

¹⁷²⁶ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 37 – Repebel. Siehe zudem bereits EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 73 – VG Wort.

¹⁷²⁷ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 23 – Opus; EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 74 – VG Wort; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 22 – EGEDA.

¹⁷²⁸ Grundlegend EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 37 – Padawan. Anschaulich auch EuGH GRUR 2022, 558, Rn. 41, 46 – Strato.

¹⁷²⁹ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1024, Rn. 21 – Amazon.

¹⁷³⁰ Vgl. grundlegend EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 43, 49 f. – Padawan.

¹⁷³¹ *Jani/Leenen* EuZW 2015, 358, 359.

vom Ausschließlichkeitsrecht des Rechtsinhabers vorsehen.¹⁷³² Wenn ein Mitgliedstaat eine Ausnahme vom Verwertungsrecht vorsieht, besteht für Richtlinienbestimmungen mit obligatorischem Ausgleich auch immer eine Ausgleichspflicht.¹⁷³³ Demgegenüber soll für Beschränkungen danach unterschieden werden, ob der nationale Gesetzgeber das Nutzungsrecht im konkreten Fall aufrechterhalten wollte oder nicht.¹⁷³⁴ Diese Vorgaben des Gerichtshofes können nicht zweifelsfrei interpretiert werden. Die Systematik der Richtlinie gibt vor, dass ein gerechter Ausgleich im Grunde immer erforderlich ist, sofern der Ausgleich in den Schranken obligatorisch vorgesehen ist. Im Übrigen ist er zulässig. Klärungsbedürftig wäre, unter welchen Voraussetzungen ein obligatorischer gerechter Ausgleich nicht angewendet werden kann. Sollte es zu einer Vorlage kommen, sollte der EuGH insofern von seiner Rechtsprechung abweichen und klarstellen, dass alle Arten von Schrankenbestimmungen gleich zu behandeln sind.

Die Mitgliedstaaten unterliegen der sogenannten Ergebnisspflicht.¹⁷³⁵ Sie sind verpflichtet, im Rahmen ihrer Zuständigkeit die wirksame Erhebung des gerechten Ausgleichs und die entsprechende Begünstigung der Rechtsinhaber zu gewährleisten.¹⁷³⁶ Insofern haben sie die Schwierigkeiten bei der Anwendung unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des Einzelfalls zu überwinden.¹⁷³⁷ Die Ergebnisspflicht des gerechten Ausgleichs verfolgt im Kern die gleiche Intention wie der *effet utile*-Grundsatz. Die Ergebnisspflicht stellt eine griffige Verpflichtung dar, die auf besonders strenge Maßstäbe hinsichtlich des Erfordernisses der praktischen Wirksamkeit einer Umsetzung hindeutet. In diesem Zusammenhang ist die Ergebnisspflicht in der Lage, beim Vorliegen praktischer Schwierigkeiten die Zulässigkeit von Haftungskonstellationen zu begründen, die andernfalls nicht mit dem Unionsrecht vereinbar wären.¹⁷³⁸ Diese Verpflichtung besteht jedenfalls, wenn ein Mitgliedstaat eine Schranke mit obligatorischem gerechtem Ausgleich umsetzt. Beim fakultativen gerechten Ausgleich sind Mitgliedstaaten jedenfalls dazu berechtigt, diejenigen Maßnahmen vorzusehen, deren Zulässigkeit mit der Ergebnisspflicht begründet wird. Es ist

¹⁷³² EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 35 ff. – VG Wort; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 65 ff. – Copydan.

¹⁷³³ Vgl. EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 37 – VG Wort.

¹⁷³⁴ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 38 f. – VG Wort.

¹⁷³⁵ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 34 – Opus.; EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 106 – Luksan; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 57 – Amazon; EuGH GRUR 2016, 927 – Austro-Mechana; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 21 – EGEDA.

¹⁷³⁶ EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 34 – Opus. Vgl. auch EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 106 – Luksan.

¹⁷³⁷ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 32 – Amazon.

¹⁷³⁸ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 32 – Amazon.

eher davon auszugehen, dass die Ergebnisspflicht auch insofern volle Wirkung entfaltet, sodass Mitgliedstaaten nicht hinter dem zulässigen Maß zurückbleiben dürfen.

Die Richtlinie sieht es vor, dass die Rechtsinhaber den gerechten Ausgleich erhalten müssen. Dabei handelt es sich um die originären Rechtsinhaber gemäß Art. 2 InfoSoc-RL, die unmittelbar und originär anspruchsberechtigt sind.¹⁷³⁹ Die verschiedenen Kategorien von Rechtsinhabern nach Art. 2 lit. a) – e) InfoSoc-RL sind grundsätzlich kumulativ anspruchsberechtigt. Wer Inhaber des Ausschließlichkeitsrechts ist, das die von einer Schranke erfassten Nutzungen umfassen würde, ist unbeachtlich. Trotz aller Kritik an dieser Auslegung ist es – auch mangels einer einheitlichen Definition des Rechtsinhabers im europäischen Urheberrecht – sinnvoll, den Kreis der Begünstigten anhand der Vorgaben aus Art. 2 InfoSoc-RL abzustellen. Die Richtlinie enthält keine Anhaltspunkte für ein weiteres Verständnis. Diese Zuordnung an die originären Berechtigten, die den Anreiz für die Kreativen in den Vordergrund rückt, ist verbindlich und darf nicht unterwandert werden. Auch wenn Schranken sich nachteilig auf die Interessen der derivativen Rechtsinhaber auswirken können, ist dies für die Zuweisung des gerechten Ausgleichs unbeachtlich. Rechtsinhaber können nicht auf den gerechten Ausgleich verzichten.¹⁷⁴⁰ Das Verzichtsverbot untersagt es dem Ausgleichsberechtigten, den Ausgleich ohne Gegenleistung zu übertragen. Auch wenn die Herleitung nicht über jeden Zweifel erhaben ist, findet die Vorgabe Rückhalt in der Richtlinie und bewegt sich im Rahmen des methodisch Zulässigen. Die Auslegung ist zudem interessengerecht, da Urheber den Verwertern gegenüber typischerweise strukturell unterlegen sind, weswegen sie Gefahr laufen, ohne Gegenleistung über den gerechten Ausgleich zu verfügen. Es gibt hingegen keine überzeugenden Anhaltspunkte dafür, dass der EuGH ein generelles Abtretungsverbot für den gerechten Ausgleich normieren wollte, womit eine Abtretung der Ansprüche unionsrechtskonform ist. Hieraus ergibt sich die Möglichkeit, die Ansprüche durch Verwertungsgesellschaften wahrnehmen zu lassen.

Auch wenn die Richtlinienvorgaben für die Beurteilung nicht weiterhelfen, ob der Ausgleich zwingend durch einen Zahlungsanspruch gewährt werden muss, hat der EuGH Anforderungen an den gerechten Ausgleich entworfen, die für Vervielfältigungen zum eigenen Gebrauch sehr eindeutig auf die Notwendigkeit einer Zahlung an den Rechtsin-

¹⁷³⁹ EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 88 ff. – Luksan für den Privatkopieausgleich.

¹⁷⁴⁰ EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 96 ff. – Luksan. Vgl. auch EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 46 ff., insb. 54 – Amazon.

haber hindeuten. Auch wenn der EuGH die Zulässigkeit einer Marktlösung bisher nicht explizit thematisieren musste, kann ein solcher Ansatz, der vertragliche Zahlungsansprüche aus dem lizenzierten Vertrieb von Schutzgegenständen anteilig dem gerechten Ausgleich widmet, nicht der Vorgabe genügen, den gerechten Ausgleich durch ein besonderes Ausgleichssystem zu bewirken.

Das Ermessen der Mitgliedstaaten bei der Festlegung der Höhe des gerechten Ausgleichs¹⁷⁴¹ wird durch das Erfordernis der Schadenskompensation eingeschränkt.¹⁷⁴² Teilweise verwendet der EuGH auch den Begriff des Nachteils. Eine klare Unterscheidung zwischen Schaden und Nachteil ist nicht nur entbehrlich, sondern sogar unmöglich. Dies ergibt sich aus einer Analyse der unterschiedlichen Sprachfassungen der einschlägigen Urteile und der Richtlinie selbst. Die Mitgliedstaaten haben den gerechten Ausgleich auf die konkrete Verwendung des Schutzgegenstandes zu beziehen. Das Erfordernis des Schadensausgleichs kann angesichts der uneinheitlichen Terminologie der verschiedenen Sprachfassungen nicht aus der Richtlinie hergeleitet werden und steht der offenen Konzeption des gerechten Ausgleichs, die in den Erwägungsgründen zum Ausdruck kommt, zuwider. Gleichwohl stellt die schadensausgleichende Konzeption eine zentrale Säule der Rechtsprechung des EuGH dar, auf die sich der EuGH in allen Urteilen zum gerechten Ausgleich wenigstens mittelbar bezieht.¹⁷⁴³

Die Höhe des Anspruchs darf nach dem Stand der Rechtsprechung einzig anhand des Schadens festgesetzt werden. Die Bemessung der Ausgleichspflicht darf nicht anhand von schadensfremden Kriterien wie der Mitwirkung des Schuldners an der Einziehung des Ausgleichs erfolgen.¹⁷⁴⁴ Hilfskriterien wie die technische Leistungsfähigkeit sind hingegen zulässig, sofern sie schadensbezogen sind, d. h. einen tragfähigen Schluss auf den zu kompensierenden Schaden des Rechtsinhabers zulassen. Mit dem Erfordernis eines Schadensausgleichs unvereinbar sind individuelle Kappungsgrenzen, also Begrenzungen der konkreten Ausgleichsleistung eines Schuldners. Das gilt unabhängig davon, ob sie eine

¹⁷⁴¹ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 37 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 1025, Rn. 40 – Amazon. Siehe auch EuGH ZUM-RD 2017, 505, Rn. 28 – SAWP.

¹⁷⁴² EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 38 ff. – Padawan.

¹⁷⁴³ Vgl. v. a. EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 40, 42 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 24 – Opus; auch in EuGH GRUR 2012, 489, Rn. 106 – Luksan; EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 31 – VG Wort; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 23 f. – Amazon; EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 50 – ACI Adam; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 21 – Copydan; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 36 – Reprobel („Nachteil“); EuGH GRUR 2016, 927, Rn. 19 – Austro-Mechana; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 19, 21, 26 – EGEDA; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 26, 28 – Microsoft Mobile Sales International.

¹⁷⁴⁴ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 78 ff. – Reprobel.

starre Kappung oder eine variable Kappung vorsehen, da in beiden Fällen der Anspruch auf einen gerechten Ausgleich durch schadensfremde Erwägungen begrenzt wird. Auch kollektive Kappungsgrenzen, die den gerechten Ausgleich ab einem bestimmten Gesamtaufkommen deckeln, sehen sich erheblichen unionsrechtlichen Bedenken ausgesetzt. Die Festsetzung des Schwellenwertes der Geringfügigkeitsausnahme nach EGr. 35 S. 6 InfoSoc-RL fällt in den Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten, wobei die Regelung insbesondere mit dem Gleichbehandlungsgrundsatz zu vereinbaren sein muss.¹⁷⁴⁵ Fraglich ist, ob die *de minimis*-Regelung als Grundlage dafür dienen kann, den gerechten Ausgleich für bestimmte Schrankentatbestände komplett entfallen zu lassen. Die Gesetzgebungsgeschichte deutet darauf hin, dass ein gerechter Ausgleich für Schrankenregelungen, die sich nicht allein auf besondere Nutzungspraktiken – wie *time-shifting* oder *porting* – beschränken, die Einführung eines spezifischen Ausgleichssystems erfordert.

Über seinen Anwendungsbereich hinaus kommt dem gerechten Ausgleich insofern eine Sperrwirkung zu, als dass Mitgliedstaaten nur für privilegierte Nutzungen eine Vergütungspflicht vorsehen dürfen. Nutzer dürfen nicht mit Ansprüchen des gerechten Ausgleichs für Nutzungen aus rechtswidrigen Quellen belastet werden,¹⁷⁴⁶ um sie im Lichte von EGr. 31 InfoSoc-RL nicht ungebührlich zu belasten. Mitgliedstaaten können generell keine Vergütung für rechtswidrige Nutzungen urheberrechtlicher Schutzgegenstände einführen, da dies den Schutz der Nutzer unterwandern würde.

Dem gerechten Ausgleich liegt ein eigenständiger Schadensbegriff zugrunde. Dass der Schaden des gerechten Ausgleichs insbesondere nicht identisch mit dem Schaden aus Art. 13 Abs. 1 DuRL ist, zeigt sich in der Begriffsverwendung in den unterschiedlichen Sprachfassungen. Der EuGH hat bisher nicht ausdrücklich präzisiert, wie der vom gerechten Ausgleich zu kompensierende Schaden zu verstehen ist. Der Schaden des gerechten Ausgleichs sollte im Sinne eines allgemeinen Nachteils oder einer Beeinträchtigung von Interessen durch die Nutzung des Schutzgegenstands verstanden werden. Den Mitgliedstaaten steht dabei ein weiter Ermessensspielraum zu, was im Grunde dem unbestimmten Schadenskonzept der Richtlinie und der insbesondere in den Erwägungsgründen zum Ausdruck kommenden Erfordernis von Flexibilität entspricht. Damit steht in

¹⁷⁴⁵ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 61 – Copydan. Dazu Kucsko/Handig/Zemann 2. Aufl. 2017 § 42b östUrhG Rn. 24.

¹⁷⁴⁶ EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 56 – ACI Adam.

Zusammenhang, dass den Mitgliedstaaten auch bei den Berechnungsmethoden ein weiter Gestaltungsspielraum zusteht.¹⁷⁴⁷

Die Zustimmung des Rechtsinhabers zur Nutzung ist für den gerechten Ausgleich unbeachtlich.¹⁷⁴⁸ Die Lösung des EuGH überzeugt im Ergebnis, die Herleitung sieht sich allerdings berechtigter Kritik ausgesetzt. Da die Zustimmung für den Schaden und für die Ausgleichspflicht generell unbeachtlich ist, ist es nach den Vorgaben des EuGH insbesondere irrelevant, ob die Zustimmung zur Vervielfältigung entgeltlich oder unentgeltlich erfolgte. Ein gerechter Ausgleich ist auch für einen „ersten Download“ geschuldet, sofern die Vervielfältigung unter die Schrankenregelung fällt.

Die Möglichkeit einer Anwendung von technischen Schutzmaßnahmen kann den gerechten Ausgleich nicht entfallen lassen.¹⁷⁴⁹ Da die Mitgliedstaaten den gerechten Ausgleich schadensausgleichenden konzipieren müssen, spielt es mittelbar eine Rolle, ob und inwieweit Rechtsinhaber technische Maßnahmen auf die Schutzgegenstände anwenden. Zudem soll es den Mitgliedstaaten nach dem EuGH freistehen, die konkrete Höhe des geschuldeten Ausgleichs davon abhängig zu machen, ob freiwillige technische Maßnahmen im Sinne des Art. 6 Abs. 4 UAbs. 3 InfoSoc-RL angewendet werden oder nicht.¹⁷⁵⁰ Das begründet er damit, dass die Mitgliedstaaten eine Möglichkeit zu einem Anreiz haben sollen, um zur korrekten Anwendung der Schranke beizutragen.¹⁷⁵¹ Angesichts der schwer verständlichen Herleitung dieser Vorgabe durch den EuGH, der fehlerhafte Annahmen – insbesondere zur Funktion technischer Maßnahmen – zugrunde liegen, können die Mitgliedstaaten von dieser nicht zweifelsfrei verständlichen Möglichkeit keinen Gebrauch machen.

Für die Ausgestaltung des nationalen Rechts wesentlich ist das gestufte Haftungskonzept, das der EuGH normiert hat. Aus ihm ergibt sich, unter welchen Voraussetzungen den Mitgliedstaaten welche Gestaltungsspielräume bei der Ausgestaltung der Ausgleichssysteme zustehen. Dies ist vor allem für die Fragen von Bedeutung, wer Schuldner des Ausgleichs sein kann, welche Handlungen die Leistungspflicht auslösen und inwiefern Korrekturen der Ausgleichspflicht etwa durch Erstattungen zulässig oder erforderlich sind.

¹⁷⁴⁷ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 20 – Amazon. Ähnlich bereits EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 23 f. – Opus.

¹⁷⁴⁸ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 30 ff. – VG Wort.

¹⁷⁴⁹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 56, 59 – VG Wort.

¹⁷⁵⁰ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 58 – VG Wort.

¹⁷⁵¹ EuGH GRUR 2013, 812, Rn. 58 – VG Wort.

Den Vorgaben der Rechtsprechung zur Strukturierung der Haftung liegt die idealtypische Vorstellung zugrunde, der privilegierte Nutzer solle dem Rechtsinhaber den Schaden wegen der tatsächlich vorgenommenen Vervielfältigungen ersetzen.¹⁷⁵² Eine Haftung, die diesem Idealtyp in jeder Hinsicht gerecht wird, ist nicht praxisgerecht. Dennoch prägt der Idealtyp die unionsrechtlichen Vorgaben, da Abweichungen hiervon eine rechtfertigungsbedürftige Ausnahme darstellen.

Im Rahmen der einfachen Dritthaftung können Mitgliedstaaten vorsehen, dass Dritte sich Leistungsansprüchen der Rechtsinhaber auf gerechten Ausgleich ausgesetzt sehen. Auf dieser Haftungsstufe können entgegen der herrschenden Meinung nur Endhändler als Schuldner der zur Umsetzung des gerechten Ausgleichs geschuldeten Abgabe in Anspruch genommen werden, da nur die unmittelbare Überlassung an den Nutzer selbst zulässiger Anknüpfungspunkt ist.¹⁷⁵³ Eine Lieferung an einen Zwischenhändler genügt hingegen nicht. Der Schuldner muss die Möglichkeit haben, die Abgabe an den Nutzer weiterzugeben.¹⁷⁵⁴ Dies ist der Fall, wenn er den Betrag der Abgabe in seinen Verkaufspreis einpreisen kann. Im Rahmen der einfachen Dritthaftung gilt das Verbot der unterschiedslosen Anwendung,¹⁷⁵⁵ d. h. eine Abgabe darf nur angewendet werden, soweit eine ausgleichspflichtige Nutzung vermutet werden kann. Der mutmaßliche Gebrauch liegt vor, wenn die ausgleichspflichtige Nutzung vermutet werden kann. Entgegen der herrschenden Meinung ergibt sich aus der Rechtsprechung kein abweichender Prüfungsmaßstab, der das Bestehen der Vermutung in den Hintergrund treten ließe. Insbesondere geht der EuGH nicht davon aus, dass die Anwendung einer Abgabe im Rahmen der einfachen Dritthaftung im Grundsatz zulässig ist und nur ausnahmsweise ausgeschlossen wird. Wann eine Vermutung bestehen kann, bestimmt sich nach den unionsrechtlichen Vorgaben für die jeweiligen Ausprägungen des gerechten Ausgleichs, bei denen die Besonderheiten der zu kompensierenden Schranke Bedeutung erlangen. Zudem müssen die Mitgliedstaaten im Rahmen der einfachen Dritthaftung Erstattungen ermöglichen, sofern ein Nutzer seiner Art nach mit einer Ausgleichspflicht belastet wird, mit der er nach den uni-

¹⁷⁵² EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 44 ff. – Padawan ; EuGH GRUR 2016, 50, Rn. 69, 82, 84, 86 – Reprobel. Vgl. auch EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 44 f., 47 – Padawan; EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 23, 29 – Opus; EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 43 – Amazon; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 23 – Copydan; EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 27 – EGEDA; EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 30 – Microsoft Mobile Sales International.

¹⁷⁵³ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 46 – Padawan.

¹⁷⁵⁴ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 49 f. – Padawan.

¹⁷⁵⁵ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 51 ff. – Padawan.

onsrechtlichen Vorgaben von vornherein nicht hätte belastet werden dürfen.¹⁷⁵⁶ Nach vorzugswürdiger Ansicht können Mitgliedstaaten es zulassen, dass Nutzer eine Erstattung fordern können, wenn sie vergütungspflichtige Anlagen nicht zur Anfertigung privilegierter Vervielfältigungen verwendet haben (verwendungsbezogene Erstattungen). Mitgliedstaaten müssen eine solche Erstattung aber nicht zwingend vorsehen.

Die Vorgaben der Rechtsprechung zum Verbot der unterschiedslosen Anwendung für den Privatkopieausgleich sind komplex und werden unterschiedlich interpretiert. Bei den Vermutungen über die mutmaßliche Nutzung von Vervielfältigungsanlagen muss zwischen verschiedenen Ebenen differenziert werden. Die private Nutzung von Anlagen kann nach *Amazon* bei der Überlassung von Anlagen an natürliche Personen widerleglich vermutet werden.¹⁷⁵⁷ Weitergehende Vermutungen können Mitgliedstaaten zumindest nicht zulassen, um praktischen Schwierigkeiten bei der Einordnung des Erwerbers als Privatperson entgegenzutreten. Die *Amazon*-Vermutung dürfte grundsätzlich als abschließende Regelung der Vermutung der privaten Nutzung zu verstehen sein. Weitergehende Vermutungen der privaten Nutzung sollten nur unter strengen Voraussetzungen für bestimmte Konstellationen zugelassen werden – insbesondere typischerweise (auch) privat genutzte Anlagen. Es bedarf einer Klärung durch den EuGH. Nach *Padawan* ist es rechtmäßig, bei der Überlassung von technisch geeigneten Anlagen an Privatpersonen eine vergütungspflichtige Nutzung zu vermuten.¹⁷⁵⁸ Der Stand der Rechtsprechung deutet darauf hin, dass der gerechte Ausgleich grundsätzlich nur bei der Überlassung von Anlagen an Privatpersonen für deren Vervielfältigungen erhoben werden kann. Selbst wenn eine Anwendung des gerechten Ausgleichs ausnahmsweise abseits der Überlassung von Anlagen an Private zulässig wäre, würde das Unionsrecht eine Unterscheidung hinsichtlich der Höhe der Leistungspflicht zwischen privaten und nichtprivaten Enderwerbern erfordern (sog. Differenzierungsgebot).¹⁷⁵⁹

Der notwendige Zusammenhang muss auch für den gerechten Ausgleich im Gegenzug zu anderen Schrankentatbeständen gewährleistet werden, wobei zum Teil Unklarheit über die konkreten Anforderungen besteht. Nach der *Reprobel*-Vermutung ist es beim Ender-

¹⁷⁵⁶ EuGH GRUR 2017, 155, Rn. 54 – Microsoft Mobile Sales International m. V. a. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 85 f. – *Reprobel*.

¹⁷⁵⁷ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 39 ff. – *Amazon*.

¹⁷⁵⁸ EuGH GRUR 2011, 50, Rn. 55 – *Padawan*. Bestätigt durch EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 42 – *Amazon*; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 25 – *Copydan*. Siehe auch EuGH GRUR 2016, 687, Rn. 28 – *EGEDA*.

¹⁷⁵⁹ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 74 ff. – *Reprobel*.

werb von technisch geeigneten Anlagen rechtmäßig, eine Verwendung nach der Reprographieschranke anzunehmen. Auch insoweit erfordert das Unionsrecht eine Unterscheidung zwischen Privatanutzern und allen anderen Nutzerkategorien.¹⁷⁶⁰ Der EuGH hat bisher nicht präzisiert, inwiefern für den Ausgleich im Gegenzug zur Einführung der Schranken abseits der Privat- und Reprographiekopie praktisch eine pauschalierte Anwendung möglich ist. Im Detail bedarf es einer Klarstellung durch den EuGH dazu, welche Anforderungen für den Ausgleich – insbesondere bezogen auf die Vermutung – nach den unterschiedlichen Schrankentatbeständen bestehen.

Multikompensatorische Ausgleichssysteme – also Systemen, bei denen sich der gerechte Ausgleich auf mehrere Schrankentatbestände der InfoSoc-Richtlinie bezieht – sind im Grundsatz zulässig. Eine kumulative Anwendung von Abgaben ist nur insofern möglich, als dass der notwendige Zusammenhang für jeden einzelnen Ausgleichstatbestand gewährleistet wird. Schuldner dürfen mit dem jeweiligen Ausgleich im Rahmen eines solchen Systems nur belastet werden, wenn dies auch bei einem monokompensatorischen Ausgleich möglich wäre. Aus der Zulässigkeit einer multikompensatorischen Abgabe mit Privatkopieanteil folgt logisch noch nicht die Zulässigkeit einer einheitlichen Abgabe, da auch insofern dem Differenzierungsgebot Rechnung getragen werden muss.

Die qualifizierte Dritthaftung ist im Vergleich zur einfachen Dritthaftung unter strengeren Voraussetzungen zulässig, erlaubt den Mitgliedstaaten im Gegenzug aber, sich weiter von der idealtypischen Haftung zu entfernen. Dass sich der Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten erweitert, sofern die Zulässigkeitsvoraussetzungen vorliegen, begründet der EuGH mit der Ergebnisspflicht.¹⁷⁶¹ Die Zulässigkeit der qualifizierten Dritthaftung hängt erstens davon ab, dass nach der einfachen Dritthaftung hinreichend schwerwiegende praktische Schwierigkeiten bestünden, denen die qualifizierte Dritthaftung entgegenwirkt. Hieraus ergibt sich ein subsidiäres Verhältnis zur einfachen Dritthaftung zueinander. Außerdem muss der Mitgliedstaat zweitens ein adäquates Erstattungssystem vorsehen. Erstattungsansprüche müssen wirksam, verfügbar, bekannt und einfach zu nutzen sein.¹⁷⁶² Die Einführung des Vergütungssystems muss zudem angemessen sein.¹⁷⁶³ Eine zulässige qualifizierte Dritthaftung setzt zuletzt das Bestehen eines Anspruchs auf Freistellung vo-

¹⁷⁶⁰ EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 73 ff. – Reprobel.

¹⁷⁶¹ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31 – Amazon m. V. a. EuGH GRUR 2011, 909, Rn. 36 – Opus.

¹⁷⁶² EuGH GRUR 2013, 1025 Rn. 36 – Amazon.

¹⁷⁶³ Vgl. EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 31 ff. – Amazon.

raus. Die qualifizierte Dritthaftung zeichnet sich dadurch aus, dass das Verbot der unterschiedslosen Anwendung durchbrochen wird und der Kreis derer, die mit dem Ausgleich belastet werden können, sich erweitert. Im Rahmen der qualifizierten Dritthaftung kann die Abgabe beim ersten Inverkehrbringen von ausgleichspflichtigen Anlagen erfolgen.¹⁷⁶⁴ Ob auf dieser Haftungsstufe andere Handlungen – etwa Überlassungen auf anderen Handelsstufen – die Ausgleichspflicht auslösen können, ist klärungsbedürftig, wobei die besseren Gründe für diese Möglichkeit sprechen. Aus der Notwendigkeit von Ausnahmen von der Ausgleichspflicht folgt, dass auf dieser Haftungsstufe eine umfassende Anwendung auf jeden Sachverhalt nicht unionsrechtskonform wäre. Eine Freistellung ist für den Privatkopieausgleich auf dieser Haftung jedenfalls erforderlich, wenn Hersteller oder Importeure an juristische Personen zu eindeutig anderen Zwecken als der Anfertigung von Privatkopien liefert.¹⁷⁶⁵ Vorzugswürdig ist es, die Vorgaben zur Freistellung nach der einfachen Dritthaftung auf diese Haftungsstufe zu übertragen, sodass auch beim Erwerb eines Nichtprivaten auf der letzten Handelsstufe eine Freistellung erforderlich ist. Die Konzeption der Haftungsstufen ist offen anlegt, womit abstraktere Systeme des gerechten Ausgleichs prinzipiell in Betracht gekommen sind. Ein aus dem Staatshaushalt finanziertes System ist mit einem gerechten Ausgleich nicht grundsätzlich unvereinbar,¹⁷⁶⁶ aber auch in einem solchen System muss der gerechte Ausgleich in allen Fällen allein von den Nutzern getragen werden. Die Frage, welchen Anforderungen abstraktere Ausgleichssysteme genügen müssen – etwa hinsichtlich der Zulässigkeitsvoraussetzungen –, ist derzeit unklar.

II. *Die Unionsrechtskonformität der angemessenen Vergütung gemäß §§ 54 ff. UrhG*

Die angemessene Vergütung für Kopien zum eigenen Gebrauch gemäß §§ 54 ff. UrhG dient der Umsetzung des gerechten Ausgleichs gemäß Art. 5 InfoSoc-Richtlinie. Entscheidend für die korrekte Umsetzung ist allein, ob die nationale Regelung den Anforderungen des Richtlinienrechts genügen kann. Dass es sich bei dem gerechten Ausgleich und der angemessenen Vergütung um unterschiedliche Konzepte handelt, spielt für das Umsetzungserfordernis keine Rolle.

¹⁷⁶⁴ EuGH GRUR 2013, 1025, Rn. 37 – Amazon; EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 49 – Copydan.

¹⁷⁶⁵ EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 50 – Copydan.

¹⁷⁶⁶ GRUR 2016, 687, Rn. 24 f. – EGEDA.

Sendeunternehmen können nach der jüngsten EuGH-Rechtsprechung nur in engen Grenzen von der Geräte- und Speichermedienabgabe ausgeschlossen werden. § 87 Abs. 4 UrhG ist nicht unionsrechtskonform, lässt sich aber auch nicht richtlinienkonform auslegen. Das Verbot des Vorausverzichts aus § 63a Abs. 1 S. 1 UrhG trägt dem unionsrechtlichen Verzichtsverbot im Grunde Rechnung. Zweifelhaft ist, ob das Unionsrecht einen nachträglichen Verzicht zulässt.

Während die Ausgestaltung der Betreiberabgabe gemäß § 54c UrhG im Grunde mit den Anforderungen des gerechten Ausgleichs zu vereinbaren ist, lässt sich die Ausgestaltung der Geräte- und Speichermedienvergütung gemäß § 54 UrhG nicht ohne Weiteres in die unionsrechtlichen Haftungsstufen einordnen. Dass der BGH die angemessene Vergütung in der vom Gesetzgeber vorgesehenen Form für unionsrechtskonform hält,¹⁷⁶⁷ kann nicht überzeugen. Sie stellt keine einfache Dritthaftung im Sinne des gerechten Ausgleichs dar, denn sie wird nicht auf der letzten Handelsstufe angewendet. §§ 54 Abs. 1, 54b Abs. 1 und 3 BGB gehen hierüber hinaus, da sie eine Haftung des Herstellers oder Importeurs beim Inverkehrbringen vorsehen, die aufgrund der Systematik des Gesetzes sogar vorrangige Bedeutung hat. Ob hinreichende praktische Schwierigkeiten vorlägen, um eine qualifizierte Dritthaftung zu begründen, muss gerichtlich unter Berücksichtigung der tatsächlichen Gegebenheiten geprüft werden. Die Art und Weise, wie das Kontrollsystem der angemessenen Vergütung ausgestaltet ist, macht einen gewissen Begründungsaufwand erforderlich, warum dies der Fall sein soll. Jedenfalls genügen die im deutschen Recht vorgesehenen Erstattungsansprüche nicht den unionsrechtlichen Anforderungen an ein adäquates Erstattungssystem. Zudem wäre offen, ob die in §§ 54, 54b UrhG vorgesehene gesamtschuldnerische Inanspruchnahme von verschiedenen Personen entlang der Vertriebskette richtliniengemäß wäre. Um den unionsrechtlichen Anforderungen zumindest in gewissem Maße Rechnung zu tragen, muss Enderwerbern ein Anspruch auf Freistellung zuerkannt werden, soweit sie nicht mit der Abgabe belastet werden dürfen. Zugleich muss den Enderwerbern eine ggfs. anteilige Erstattung entlang der Handelskette zuerkannt werden.

Die kumulative Anwendung von Geräte- und Betreibervergütung stellt eine im Grundsatz unzulässige Kombination von Abgaben dar.¹⁷⁶⁸ Eine solche kumulierte Anwendung von

¹⁷⁶⁷ Vgl. insbes. BGH GRUR 2017, 172, Rn. 100 – Musik-Handy; BGH GRUR 2017, 684, Rn. 40 – Externe Festplatten; BGH GRUR 2014, 984, Rn. 54 – PC III.

¹⁷⁶⁸ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 83 – Reprobel.

Abgaben kann nur zulässig sein, wenn gewährleistet ist, dass die Höhe des gerechten Ausgleichs im Wesentlichen dem den Rechtsinhabern tatsächlich entstandenen Nachteil entspricht.¹⁷⁶⁹ Der zu kompensierende Schaden muss wegen der größeren Nähe zur idealtypischen Haftung insgesamt über die Betreiberabgabe ausgeglichen werden. Betreiber im Sinne des § 54c Abs. 1 UrhG können wegen des Wegfalls ihrer Vergütungspflicht Erstattung oder Freistellung von den Gerätevergütungen für die zum Einsatz kommenden Anlagen verlangen.

Unklarheiten bestehen über die Vereinbarkeit der angemessenen Vergütung für gesetzlich erlaubte Vervielfältigungen für Unterricht, Wissenschaft und Institutionen nach §§ 60a – 60f UrhG mit den unionsrechtlichen Vorgaben. Vervielfältigungen werden über §§ 54 – 54c UrhG vergütet, womit der Vergütungsschuldner anders als bei den anderen Nutzungen nach diesem Unterabschnitt nicht der Nutzer bzw. seine Einrichtung ist. Es ist bereits klärungsbedürftig, ob bei der Umsetzung des gerechten Ausgleichs die Schranken aus Art. 5 Abs. 2 lit. c), Abs. 3 lit. a) und n) InfoSoc-RL eine Abgabe generell beim Erwerb von Geräten- und Speichermedien angewendet werden kann. Problematisch könnte zudem sein, dass das subsidiäre Verhältnis der Haftungsstufen zueinander der konkreten Ausgestaltung von §§ 54, 54c, 60h Abs. 1, Abs. 5 UrhG entgegenstehen könnte. Da der Charakter der jeweiligen Haftungsstufen maßgeblich dadurch geprägt ist, welcher Personenkreis unter welchen Voraussetzungen auf die Leistung des gerechten Ausgleichs in Anspruch genommen werden kann, käme ein Verstoß gegen unionsrechtliche Vorgaben in Betracht, wenn die Inanspruchnahme der Institutionen im Vergleich zur Geräte- und Speichermedienabgabe bezogen auf die zu kompensierenden Nutzungen als weniger intensive Abweichung von der idealtypischen Haftung anzusehen ist. Ob dies der Fall ist, müsste in einem gerichtlichen Verfahren in einer Gesamtwürdigung auf Grundlage aller entscheidungsrelevanten Tatsachenfeststellungen entschieden werden.

Bei der Bemessung der Vergütungspflicht erlangt das Unionsrecht an verschiedener Stelle Bedeutung. Zur Geräte- und Speichermedienvergütung ist zunächst festzustellen, dass der Vergütungstatbestand keine Differenzierung nach unterschiedlichen Kategorien von Erwerbern vorsieht. Die Vorgaben zur Vergütungshöhe gemäß § 54a UrhG lassen sich in einer Weise auslegen, dass bei der Höhe der Vergütung zwischen den verschiedenen Kategorien von Erwerbern differenziert wird. Der Umfang der Leistungspflicht bestimmt

¹⁷⁶⁹ Vgl. EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 84 – Reprobel

sich im Wesentlichen nach § 54a UrhG, der aber keine Vorgaben zum Berechnungsmaßstab enthält. Es ist unionsrechtskonform, dass der BGH davon ausgeht, zum Ausgleich des Schadens der Rechtsinhaber aus der privilegierten Nutzung sei grundsätzlich die angemessene Vergütung zu zahlen, die die Nutzer hätten entrichten müssen, wenn sie die Erlaubnis für die Vervielfältigungen eingeholt hätten.¹⁷⁷⁰ Es lässt sich mit den Richtlinienvorgaben vereinbaren, dass der Schaden, der den Rechtsinhabern durch die Beschränkung ihres ausschließlichen Rechts entsteht, der Lizenzgebühr entspricht, die diese für die Einräumung des Rechts zu den durch die Schranke erfassten Nutzungen ihrer Werke hätten erzielen können. Dass gemäß § 54a Abs. 1 UrhG maßgebend für die Höhe der Vergütung ist, in welchem Maß der jeweilige Objekttyp tatsächlich für die zu kompensierenden Vervielfältigungen genutzt wird, entspricht den unionsrechtlichen Anforderungen an eine verwendungsbezogene Ausgestaltung. Angesichts des Bezugs der Vergütung auf das Maß der privilegierten Nutzung steht in Frage, ob es den unionsrechtlichen Anforderungen genügt, dass nach dem Tatbestand Privatkopieschranke keine offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen genutzt werden können, § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG. Der EuGH hatte zunächst eine Schranke missbilligt, die „in keiner Weise“ zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Quellen unterscheidet,¹⁷⁷¹ in den Folgeentscheidungen diesen Zusatz aber nicht aufgegriffen.¹⁷⁷² Vorzugswürdig erscheint es, den abweichenden Differenzierungsmaßstab des deutschen Rechts für unionsrechtskonform zu halten, da die Regelung die Interessen der Parteien sinnvoll ausgleicht. Nach § 54a Abs. 1 S. 2 UrhG ist zu berücksichtigen, inwieweit technische Schutzmaßnahmen im Sinne des § 95a UrhG auf die betreffenden Werke angewendet werden. Der BGH legt dies unionsrechtskonform dahingehend aus, dass ein Vergütungsanspruch nicht besteht, soweit technische Schutzmaßnahmen eine Vervielfältigung des Werkes tatsächlich verhindern.¹⁷⁷³ Die bloße Möglichkeit der Anwendung technischer Schutzmaßnahmen lässt den gerechten Ausgleich hingegen nicht entfallen. Dass gemäß § 54a Abs. 3 UrhG bei der Bestimmung der Vergütungshöhe die nutzungsrelevanten Eigenschaften der Vergütungs-

¹⁷⁷⁰ BGH ZUM 2021, 854, Rn. 42 – Gesamtvertrag USB-Sticks und Speicherkarten; BGH GRUR 2017, 684, Rn. 56 – Externe Festplatten; BGH GRUR 2017, 161, Rn. 37 ff. – Gesamtvertrag Speichermedien; BGH GRUR 2016, 792, Rn. 30 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik.

¹⁷⁷¹ EuGH GRUR 2014, 546, Rn. 34 – ACI Adam.

¹⁷⁷² EuGH GRUR 2015, 478, Rn. 75 – Copydan; EuGH GRUR 2016, 55, Rn. 59 – Reprobel.

¹⁷⁷³ BGH GRUR 2017, 172, Rn. 59, 61 – Musik-Handy; BGH GRUR 2016, 792 Rn. 64 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; BGH GRUR 2014, 984 Rn. 72 – PC III; BGH GRUR 2014, 979 Rn. 46 – Drucker und Plotter III. Vgl. weiterhin BGH GRUR 2016, 792 Rn. 64 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik,

objekte zu berücksichtigen sind, ist nicht zu beanstanden, da es die Höhe des Leistungsanspruchs durch die Anwendung schadensbezogener Hilfskriterien konkretisiert. Weiterhin ist für die Höhe der Geräte- und Speichermedienvergütung relevant, welche Bedeutung eine Zustimmung zur Nutzung auf den gesetzlichen Vergütungsanspruch hat: Der BGH geht zutreffend davon aus, dass gesetzlich privilegierte Vervielfältigen grundsätzlich auch dann vergütungspflichtig sind, wenn der Rechtsinhaber seine Zustimmung zur Nutzung erteilt hat – unabhängig davon, ob ein gerechter Ausgleich obligatorisch oder fakultativ vorgesehen ist.¹⁷⁷⁴ Nicht im Einklang mit den Anforderungen des Unionsrecht steht die Unterscheidung des BGH, wonach der Anspruch auf Zahlung einer Gerätevergütung erlösche, wenn der Rechtsinhaber für die Erteilung seiner Zustimmung eine Vergütung erhalten hat.¹⁷⁷⁵ Problematisch ist zuletzt auch die Kappungsgrenze aus § 54a Abs. 4 UrhG, die nicht mit dem Erfordernis des Schadensausgleichs zu vereinbaren ist. Die unbestimmten Tatbestandsvorgaben müssen richtlinienkonform so interpretiert werden, dass die Norm im Ergebnis keine Anwendung findet.

Hinsichtlich der Höhe der Betreibervergütung ist festzustellen, dass im Rahmen einer einfachen Dienstleisterhaftung die konkrete Dienstleistung an eine Person Bezugspunkt der Abgabe sein muss, wobei es einer Differenzierung zwischen privaten und nichtprivaten Dienstleistungsempfängern bedarf. Angesichts der unbestimmten gesetzlichen Vorgaben des § 54c Abs. 2 UrhG kann die Höhe der Betreibervergütung unionsrechtskonform ausgelegt werden, indem sie sich nach der Anzahl der Dienstleistungsempfänger einer bestimmten Kategorie bemisst. Sollte ein Gericht davon ausgehen, dass hinreichende praktische Schwierigkeiten bestehen, die eine unterschiedslose Anwendung der Betreiberabgabe erforderlich machen, bedarf es einer Vorlage an den EuGH, um Klarheit über die Anforderungen an eine solche Ausgestaltung zu schaffen.

Es bestehen keine überzeugenden Bedenken dagegen, dass es den Mitgliedstaaten gestattet ist, die Höhe der angemessenen Vergütung nicht vom Gesetzgeber oder der Verwaltung detailliert festzulegen, sondern in einem System der weitgehenden Selbstregulierung zu bestimmen, §§ 40, 35, 38 VGG. Das deutsche Recht sieht insgesamt hinreichende staatliche Maßnahmen vor, um zu gewährleisten, dass die Höhe des Ausgleichs den uni-

¹⁷⁷⁴ BGH GRUR 2017, 161, Rn. 57 – Gesamtvertrag Speichermedien; BGH GRUR 2017, 684, Rn. 68 – Externe Festplatten; BGH GRUR 2016, 792, Rn. 50 f. – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik; BGH GRUR 2014, 984, Rn. 68 ff.

¹⁷⁷⁵ BGH GRUR 2017, 161, Rn. 58 – Gesamtvertrag Speichermedien; BGH GRUR 2017, 684, Rn. 70 – Externe Festplatten; BGH GRUR 2016, 792, Rn. 53 – Gesamtvertrag Unterhaltungselektronik..

onsrechtlichen Anforderungen entspricht. Nicht mit dem Erfordernis eines Schadensausgleichs ist hingegen die Praxis von Gesamtvertragsnachlässen, die Verwertungsgesellschaften angesichts von Effizienzvorteilen durch Verwaltungsvereinfachungen den Vertragsparteien als Vorzugsbedingungen gewähren.¹⁷⁷⁶ Dies lässt sich nicht mit dem Erfordernis einer schadensausgleichenden Konzeption vereinbaren, wonach die Mitwirkung sich nicht auf die Höhe der Gebühr zur Finanzierung des gerechten Ausgleichs auswirken darf. Die Verletzerzuschläge bei Verstoß gegen eine Melde- oder Auskunftspflicht, sind hingegen unionsrechtskonform, §§ 54e Abs. 2, 54 f Abs. 3 UrhG. In der Verpflichtung, bei Verstoß gegen die Kontrollrechte den doppelten Vergütungssatz zu zahlen, liegt kein Verstoß gegen das Gebot des Schadensausgleichs, da der Anspruch nicht den Anspruch zur Gewährung des gerechten Ausgleichs betrifft. Als Norm mit präventivem und sanktionierendem Charakter fällt sie nicht in den Anwendungsbereich des Schadensausgleichs, sondern gewährleistet die Anwendung des gerechten Ausgleichs.

Die Untersuchung hat ergeben, dass die deutsche Regelung der angemessenen Vergütung gemäß §§ 54 ff. UrhG den unionsrechtlichen Anforderungen nicht genügt, wobei insbesondere nicht in jeder Hinsicht eine unionsrechtskonforme Auslegung möglich ist. Die Bestimmungen des gerechten Ausgleichs sind nicht unmittelbar anwendbar, da sie nicht hinreichend bestimmt sind. Der Richtlinienverstoß hat nicht zur Folge, dass die §§ 54 ff. UrhG nicht angewendet werden könnten. Die unzureichende Umsetzung hat für Deutschland das Risiko eines Vertragsverletzungsverfahrens zur Folge, Art. 258 f. AEUV. Als sanktionsartige Rechtsfolge kommt zudem ein unionsrechtlicher Haftungsanspruch gegen die Mitgliedstaaten in Betracht, wenn sich für eine Person aus der fehlerhaften Umsetzung der Richtlinie ein Schaden ergibt. Ein Staatshaftungsanspruch wegen der fehlerhaften Umsetzung des gerechten Ausgleichs wird praktisch kaum Aussicht auf Erfolg haben, was unter anderem auf die in Teilen unklare, punktuell kritikwürdige und bisweilen sogar widersprüchliche Spruchpraxis des EuGH zurückzuführen ist.

¹⁷⁷⁶ A.A. BGH GRUR 2021, 604, Rn. 32 – Gesamtvertragsnachlass.

B. *Schlussbemerkung*

Die InfoSoc-Richtlinie und die Erwägungsgründe enthalten im Wesentlichen recht allgemein gehaltene und unbestimmte Vorgaben dazu, welchen Anforderungen ein Mitgliedstaat bei der Umsetzung des gerechter Ausgleich für Vergütungen zum eigenen Gebrauch genügen muss.¹⁷⁷⁷ Unter Berücksichtigung der Berichte zu den Richtlinienverhandlungen¹⁷⁷⁸ deutete dies zunächst auf eine relativ niedrigschwellige Harmonisierung hin.¹⁷⁷⁹ Dies ergibt sich indes nicht eindeutig aus den Vorgaben der InfoSoc-Richtlinie, also weder aus den operativen Bestimmungen noch aus den Erwägungsgründen. In *Padawan* hat sich der EuGH erstmals mit der Auslegung des gerechten Ausgleichs befasst. Nach der Auslegung des Gerichtshofs gibt das Unionsrecht einen vollharmonisierten Rahmen vor, innerhalb dessen den Mitgliedstaaten ein weites Ermessen zusteht.¹⁷⁸⁰ Der EuGH hat in über einem Dutzend Entscheidungen richtungsweisende Grundsätze für die Ausgestaltung der nationalen Ausgleichssysteme aufgestellt,¹⁷⁸¹ den gerechten Ausgleich in der Konkretisierungstiefe verdichtet¹⁷⁸² und die unionsrechtlichen Vorgaben in wesentlichen Punkten ausdifferenziert.¹⁷⁸³ Der unbestimmte Rechtsbegriff hat bedeutsame Konturen erhalten.¹⁷⁸⁴ Metzger hat zutreffend darauf hingewiesen, dass der EuGH in einer Vielzahl von Urteilen die sehr allgemeinen Regelungen der Richtlinie als Ausgangspunkt genommen hat, um speziellere Regelungen zu entwickeln, die zwar mit dem Text der Richtlinie vereinbar, dort aber mit keinem Wort angelegt sind.¹⁷⁸⁵ Die Arbeit hat dargelegt, wie die unionsrechtlichen Vorgaben nach dem Stand der EuGH-Rechtsprechung gemäß der Überzeugung des Verfassers zu interpretieren sind. Über zehn Jahre nach *Padawan* sind wesentliche Grundelemente durchstrukturiert¹⁷⁸⁶ und Fragen nach dem Verständnis von zentralen Merkmalen haben Klärung erfahren. Im Hinblick auf einige zentralen Punkte, insbesondere zur Ausgestaltung der Haftungsvorgaben, bestehen jedoch weiterhin substantielle Unklarheiten über die unionsrechtlichen Anforderungen an die mitgliedstaatli-

¹⁷⁷⁷ Metzger ZEuP 2017, 836, 860.

¹⁷⁷⁸ Siehe insbes. Reinbothe FS Walter 2018, S. 101, 107 f.; ders. in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299, 315; ders. in: Riesenhuber, Die Angemessenheit im Urheberrecht, 2013, S. 141, 149 f.

¹⁷⁷⁹ Vgl. Teil 1: A.I.

¹⁷⁸⁰ Jani/Leenen EuZW 2015, 358, 359.

¹⁷⁸¹ Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 5.

¹⁷⁸² Vgl. Leistner EuZW 2016, 166.

¹⁷⁸³ Vgl. Dreier/Schulze/Dreier 7. Aufl. 2022, § 54 UrhG Rn. 2a.

¹⁷⁸⁴ Vgl. bereits Staudegger jusIT 2017, 14, 14 f..

¹⁷⁸⁵ Metzger ZEuP 2017, 836, 860.

¹⁷⁸⁶ Leistner EuZW 2016, 166.

chen Umsetzungen. Die Entscheidungspraxis des EuGH ist ein zentraler Grund dafür, dass dieser Missstand fortbesteht. Die Urteile sind bedauerlicherweise in mehreren Fällen an zentralen Stellen schwer verständlich, sogar unverständlich und teilweise widersprüchlich. Die Interpretation der Richtlinienvorgaben durch den EuGH kann zudem nicht in jedem Fall überzeugen. Die Urteile sind oft stark durch die ihnen zugrundeliegenden Regelungen des Mitgliedstaates und die im Urteil verhandelten Fälle geprägt, was schnell zu Zweifeln führt, inwiefern die Vorgaben sich auf ähnliche Systeme in anderen Mitgliedstaaten übertragen lassen.¹⁷⁸⁷ So ist die Bedeutung, die dem Unionsrecht für die Auslegung der angemessenen Vergütung für Vervielfältigungen zum privaten und sonstigen eigenen Gebrauch gemäß §§ 54 ff. UrhG zukommt, noch immer nicht abschließend geklärt.¹⁷⁸⁸ Die Arbeit hat gezeigt, dass noch immer hinsichtlich vieler Aspekte über die Richtlinienkonformität gestritten wird, wobei sich die Auffassungen oftmals unvereinbar gegenüberstehen. Nicht in allen, aber in mehreren Fällen können sich beide Seiten auf so überzeugende Argumente berufen, dass der Bedeutungsgehalt des Unionsrechts nicht zweifelsfrei beurteilt werden kann. Demgegenüber ist der BGH durchweg – d. h. auch bei sehr Streitigen Fragen, selbst wenn die unionsrechtlichen Vorgaben in anderen Mitgliedstaaten anders interpretiert werden – überzeugt davon, dass das nationale Recht den Richtlinienvorgaben entspricht,¹⁷⁸⁹ weshalb er den EuGH betreffend den gerechten Ausgleich letztmals im Jahr 2011 angerufen hat.¹⁷⁹⁰

Welcher Ausgestaltungsspielraum den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung des gerechten Ausgleichs zusteht, bestimmt sich danach, inwieweit das grundsätzlich umfassend angelegte Ausgestaltungsermessen durch vom EuGH normierte Anforderungen beschränkt wird. *Padawan* und die Folgeurteile wurden vor allem deshalb Ausgangspunkt für intensive Debatten in Wissenschaft und Praxis, da über den Gehalt der zwingenden Anforderungen gestritten wurde. Bei der weit überwiegenden Anzahl der EuGH-Verfahren zum gerechten Ausgleich hat der ehemalige Richter am Gerichtshof *Malenovský* als Berichterstatter

¹⁷⁸⁷ Pointiert *Metzger* ZEuP 2017, 836, 860.

¹⁷⁸⁸ Anschaulich Schrickler/Loewenheim/Loewenheim/Stieper 6. Aufl. 2020, § 54 UrhG Rn. 12.

¹⁷⁸⁹ Siehe etwa BGH GRUR 2021, 1181, Rn. 64 – Gesamtvertrag USB-Sticks und Speicherkarten; BGH GRUR 2017, 716, Rn. 99 – PC mit Festplatte II; BGH GRUR 2017, 172, Rn. 113 – Musik-Handy. Siehe zu der Gewährleistung des gesetzlichen Richters im Zusammenhang mit der Privatkopievergütung BVerfG GRUR 2022, 1060.

¹⁷⁹⁰ BGH GRUR 2011, 1012 – PC II; BGH GRUR 2011, 1007 – Drucker und Plotter II. Krit zu dieser Praxis *Degenhardt* GRUR 2018, 342, 345 f.

mitgewirkt. Im Herbst 2020 ist dieser im Alter von 70 Jahren zurückgetreten.¹⁷⁹¹ Auch wenn der EuGH in *Strato* – dem ersten Urteil zum gerechten Ausgleich nach *Malenovskýs* Ausscheiden – seine Rechtsprechung zum gerechten Ausgleich weder grundsätzlich revidiert noch verwirft, so drängt sich der Eindruck auf, dem mitgliedstaatlichen Ermessen könnte künftig eine größere Bedeutung zukommen. Bemerkenswert ist jedenfalls, dass *Strato* den notwendigen Zusammenhang zwischen der Anwendung der Abgabe und der Verwendung der ausgleichspflichtigen Anlagen zur Anfertigung von privilegierten Vielfältigungen, der bisher eine zentrale Säule der EuGH-Rechtsprechung darstellte, nicht einmal erwähnt, obwohl dies nahegelegen hätte. Ob der EuGH seiner bisherigen Rechtsprechung treu bleibt, in welche Richtung er die offenen Punkte entscheiden wird und inwiefern er seinen bisherigen Kurs sogar revidieren wird: All dies bleibt mit Spannung abzuwarten.

¹⁷⁹¹ Vgl. Rat der EU, Pressemitteilung vom 2. September 2020, Gerichtshof der Europäischen Union: Ernennung von drei Richtern und einem Generalanwalt, abrufbar unter: <https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2020/09/02/eu-court-of-justice-three-judges-and-an-advocate-general-appointed/>.

Quellenverzeichnis

Die zitierten Internetseiten wurden zuletzt im Januar 2024 abgerufen. Die verwendete Literatur und Rechtsprechung befindet sich ebenfalls auf dem Stand von Januar 2024.

Adomeit, Klaus / Frühbeck, Federico / Frühbeck, Fernando, Frühbeck Olmedo, Guillermo: Einführung in das spanische Recht – Das Verfassungs-, Zivil-, Wirtschafts- und Arbeitsrechts Spaniens, 4. Aufl., München 2018 (zitiert: *Adomeit/Frühbeck* Einführung in das spanische Recht).

Alpmann, Josef A. / Krüger, Rolf / Wüstenbecker, Horst (Hrsg.): Brockhaus Studienlexikon Recht, 4. Aufl., München 2014 (zitiert: *Alpmann* Brockhaus Studienlexikon Recht).

Anderl, Axel / Grama, Martina: Leerkassettenvergütung auf dem Prüfstand, *ecolex* 2013, 640.

Anderl, Axel / Heinzl, Bernhard: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 21.04.2016, C-572/14: Urheberrecht: Internationale Zuständigkeit für Ausgleichsklage bei Privatkopieausnahme, *EuZW* 2016, 550.

Arnold, Hans-Henning / Langhoff, Helge: Fehlende Beteiligung von privaten Sendeunternehmen an der Leerträgervergütung gemäß § 54 UrhG – ein Fall der Staatshaftung?, *ZUM* 2006, 605.

Aschenbrenner, Jo Beatrix: Leitlinien aus Europa für die Umsetzung der Privatkopieschranke im Zweiten Korb der Urheberrechtsnovelle, *ZUM* 2005, 145.

Bach, Albrecht: Direkte Wirkung von EG-Richtlinien, *JZ* 1990, 1108.

Babner, Stephan: Anmerkung zu EuGH v. 21.10.2010 Rs. C-467/08 – Padawan – Zur Geräteabgabe für Privatkopien nach der Urheberrechtsrichtlinie, *IPRB* 2011, 26.

Bartels, Alexander: Die Abzüge der Verwertungsgesellschaften für soziale und kulturelle Zwecke, *UFITA* 2006, 325.

Baumgartner, Tobias: Privatvervielfältigung im digitalen Umfeld, Zürich u.a. 2006.

Bayreuther, Frank: Beschränkungen des Urheberrechts nach der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie, *ZUM* 2001, 828.

Beck, Hans Dieter / Nettesheim, Martin: EU-Recht erzwingt nicht die Enteignung von Verlegern, *NJW* 2016, 529.

beck-online Großkommentar, *Gsell, Beate / Krüger, Wolfgang / Lorenz, Stephan, Reymann, Christoph* (Gesamthrg. für das Zivilrecht), München (zitiert: *BeckOGK/Bearbeiter*).

Becker, Jürgen / Müller, Stefan: Die Bestimmung der Höhe der angemessenen Vergütung für private Vervielfältigungen, in: Schierholz, Anke / Melichar, Ferdinand (Hrsg.): Kunst, Recht und Geld: Festschrift für Gerhard Pfennig zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 373 (zitiert: *FS Pfennig* 2012).

Bently, Lionel / Aplin, Tanya / Burrell, Robert / Dawson, Norma / Deazley, Ronan / Derclaye, Estelle / Dinwoodie, Graeme / Jacob, Robin / Kretschmer, Martin / MacQueen, Hector / Torremans, Paul / Waelder, Charlotte: Brief betreffend „Draft Statutory Instruments on Exceptions to Copyright“ an das House of Parliament vom 6. Juni 2014, abrufbar unter: <https://www.create.ac.uk/wp-content/uploads/2014/03/Scrutiny-Committee-Profes-letter-June2014.pdf> (zitiert: *Bently et al.* Brief betreffend „Draft Statutory Instruments on Exceptions to Copyright“ an das House of Parliament, 2014).

Berger, Christian: Urheberrecht in der Wissensgesellschaft, GRUR 2017, 953.

Ders.: Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit, ZUM 2004, 257.

Bornkamm, Joachim: Die Reprographievergütung im digitalen Zeitalter, in: Loewenheim, Ulrich (Hrsg.): Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 8. Januar 2004, München 2004, S. 299 (zitiert: FS Nordemann 2004).

Bremer, Kathrin / Lammers, Judith: Pauschalabgabe – Quo vadis? – Die Reform des pauschalen Abgabensystems im Rahmen des Zweiten Korbes, K&R 2008, 145.

Brenken, Benjamin: Die §§ 54 ff. UrhG nach EuGH, Urt. v. 21. 10. 2010 - C-467/08 - Padawan und BGH, Urt. v. 30. 11. 2011 - I ZR 59/10 - PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät auf dem Prüfstand der Praxis, WRP 2013, 48.

Büchtele, Manfred: Leerkassettenvergütung auf dem Prüfstand, ecolex 2016, 405.

Bullinger, Winfried: Beitrag zu EuGH, Urteil vom 22.09.2016, C-110/15, Privatkopienabgabe – Erstattungsanspruch oder Befreiung bei nicht privater Nutzung des Gerätes / Datenträgers?, GRUR-Prax 2016, 505.

Busqué, José María: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 09.06.2016, C-470/14: Urheberrecht: Unzulässigkeit eines aus dem allgemeinen Staatshaushalt finanzierten Systems des gerechten Privatkopieausgleichs, EuZW 2016, 672

British Copyright Council: Draft Statutory Instruments on Exceptions to Copyright – Response to Government’s comments published through the Secondary Legislation Scrutiny Committee on 8th May 2014, abrufbar unter: https://www.britishcopyright.org/wp-content/uploads/GMudieJCSI12052014_1-1.pdf (zitiert: British Copyright Council: Draft Statutory Instruments on Exceptions to Copyright)

Calliess, Christian / Ruffert, Matthias (Hrsg.): EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 6. Aufl., München 2022 (zitiert: Calliess/Ruffert/Bearbeiter).

Calliess, Graf-Peter / Renner, Moritz (Hrsg.): Rome Regulations – Commentary, 3. Aufl., Alphen aan den Rijn 2020 (zitiert: Calliess/Renner/Bearbeiter).

- Camerani, Roberto / Grassano, Nicola / Chavarro, Diego / Tang, Puay*: Private Copying, 2013, abrufbar unter:
https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/309681/ipresearch-private-150313.pdf (zitiert: IPO Study Private Copying).
- Clausen, Carl Albrecht*: Die Vergütung für die Überspielung zum privaten Gebrauch gemäß § 54 Absatz 1 UrhG und ihre Verteilung unter den Berechtigten im Filmbereich, Frankfurt am Main 1993 (zitiert: Die Vergütung für die Überspielung zum privaten Gebrauch gemäß § 54 Absatz 1 UrhG).
- Conrad, Albrecht / Berberich, Matthias*: Vier Urteile und ein Todesfall – Zur Wiederbelebung der Verlegerbeteiligung aus dem Geist der Treuhand, GRUR 2016, 648.
- Copinger, Walter Arthur / Skone James, E.P.* (Namensgeber): Copinger and Skone James on Copyright, Volume One, London, 17. Aufl. 2016 (zitiert: Copinger/Skone James/Bearbeiter Copyright, Volume One).
- Csillag, Sandra*: Die angemessene Vergütung für die Privatkopie nach der österreichischen Urheberrechtsgesetznovelle 2015: eine Novelle, die die Rechteinhaber das Fürchten lehrt, ZUM 2015, 783.
- v. Danwitz, Thomas*: Rechtswirkung von Richtlinien in der neueren Rechtsprechung des EuGH, JZ 2007, 697.
- Degenhardt, Christoph*: Urhebervergütung und gerechter Ausgleich – Zur aktuellen Rechtsprechung des BGH, GRUR 2018, 342.
- Denga, Michael*: Legitimität und Krise urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften – Kollektive Rechtswahrnehmung zwischen Utilitarismus und Demokratie, Baden-Baden 2015 (zitiert: Legitimität und Krise urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften).
- Dickinson, Andrew*: The Rome II Regulation – The Law Applicable to Non-Contractual Obligations, Oxford 2010 (zitiert: The Rome II Regulation).
- Dokalik, Dietmar / Zemann, Adolf*: Österreichisches und internationales Urheberrecht, 7. Aufl., Wien 2018.
- Dreher, Hannes*: Der urheberrechtliche Vergütungsanspruch für Privatkopien aus europäischer Sicht (Padawan SL ./.. Sociedad General de Autores y Editores de España (SGAE), EuGH (Dritte Kammer), Urteil vom 21. Oktober 2010, C-467/08), European Law Reporter (ELR) 2010, 382.
- de la Durantaye, Katharina*: Regulierungsmöglichkeiten der Verlegerbeteiligung aus juristischer Sicht, ZUM 2020, 88.
- Dies.*: Neues Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft – eine kritische Würdigung des Gesetzentwurfs, GRUR 2017, 558.
- Dies.*: Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, Münster 2014.

- Dürig, Günter / Herzog, Roman / Scholz, Rupert*: Grundgesetz – Kommentar, München, Loseblatt, Std.: 102. EL, 2024 (zitiert: *Dürig/Herzog/Scholz/Bearbeiter*).
- Dreier, Thomas / Hugenholtz, Bernt P.* (Hrsg.): Concise European Copyright Law, 2. Aufl., Alphen aan den Rijn u.a. 2016 (zitiert: *Dreier/Hugenholtz/Bearbeiter* Concise European Copyright Law).
- Dreier, Thomas / Leistner, Matthias*: Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen, GRUR 2013, 881.
- Dreier, Thomas / Schulze, Gernot*: Urheberrechtsgesetz – Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – Verwertungsgesellschaftengesetz – Nebenurheberrecht Kunsturhebergesetz – Kommentar, 7. Aufl., München 2022 (zitiert: *Dreier/Schulze/Bearbeiter*).
- Dies*: Urheberrechtsgesetz – Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz – Kommentar, 3. Aufl., München 2008 (zitiert: *Dreier/Schulze/Bearbeiter*).
- Dreier, Thomas*: Grundrechte und die Schranken des Urheberrechts – Anmerkung zu EuGH „Funke Medien NRW“ und „Spiegel Online“, GRUR 2019, 1003.
- Ders.*: Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick, GRUR 2019, 771.
- Ders.*: Überlegungen zur Revision des Schrankenkatalogs der Richtlinie 2001/29/EG, GRUR Int. 2015, 648.
- Ders.*: EuGH, Privatkopie und kein Ende?, ZUM 2013, 769.
- Ders.*: Padawan und die Folgen für die deutsche Kopiervergütung, ZUM 2011, 281.
- Ders.*: Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 30.08.2010, 1 BvR 1631/08 – Drucker und Plotter, GRUR 2010, 1002.
- Ders.*: Das internationale Urheberrecht als Grundlage und Bestandteil des Gemeinschaftsrechts, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.): Systembildung im Europäischen Urheberrecht – INTERGU-Tagung 2006, Berlin 2007, S. 39 (zitiert: *Dreier* in: Riesenhuber, Systembildung im Europäischen Urheberrecht).
- Ders.*: „De fine“: Vom Ende des Definierens? – Zur Abgrenzung von Münzkopierern, Personal Video Recordern und Serverdiensten, in: Ahrens, Hans-Jürgen / Bornkamm, Joachim / Kunz-Hallstein, Hans Peter: Festschrift für Eike Ullmann, Saarbrücken 2006, S. 37 (zitiert: FS Ullmann 2006).
- Ders.*: Kompensation und Prävention – Rechtsfolgen der unerlaubten Handlung im Bürgerlichen, Immaterial-, Güter- und Wettbewerbsrecht, Tübingen 2002 (zitiert: Kompensation und Prävention).
- Ders.*: Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, ZUM 2002, 28.

- Dreyer, Gunda / Kotthoff, Jost / Meckel, Astrid / Hentsch, Christian-Henner*: Urheberrecht – Urheberrechtsgesetz, Verwertungsgesellschaftengesetz, Kunsturhebergesetz (Heidelberger Kommentar), 4. Aufl., Heidelberg 2018 (zitiert: HK/*Bearbeiter*).
- Eichelberger, Jan / Thomas, Wirth / Seifert, Fedor*: Urheberrechtsgesetz mit UrhDaG und VGG – Handkommentar, 4. Aufl., Baden-Baden 2022 (zitiert: Eichelberger/Wirth/Seifert/*Bearbeiter*).
- Engels, Thomas*: Die verfassungsrechtlichen Grundlagen der Privatkopie, Aachen 2006.
- Ernicke, Katharina*: Die dreifache Schadensberechnung: Entstehung – Etablierung – Expansion, Tübingen 2020 (zitiert: Die dreifache Schadensberechnung).
- Eubus, Fabian*: Die Gegenseitigkeitsverträge der Verwertungsgesellschaften im Musikbereich, Baden-Baden 2008.
- European Copyright Society, Opinion on the Reference to the CJEU in Case C-572/13 Hewlett-Packard Belgium SPRL v. Reprobel SCRL, 5 September 2015, abrufbar unter:
https://europeancopyrightsocietydotorg.files.wordpress.com/2015/12/opinion-in-case-c572_13-hp-belgium-reprobel-2015.pdf.
- Favale, Marcella / Kretschmer, Martin / Torremans, Paul C.*: Is there an EU Copyright Jurisprudence? An Empirical Analysis of the Workings of the European Court of Justice, MLR [Modern Law Review] 79(1) (2016), 31.
- Fischer, Paul*: Der gerechte Ausgleich für die digitale Vervielfältigung zu eigenen und privaten Zwecken, in: v. Lewinski, Silke / Wittmann, Heinz (Hrsg.), Urheberrecht! – Festschrift für Hon.-Prof. Dr. Michel M. Walter zum 80. Geburtstag, Wien 2018, S. 466 (zitiert: FS Walter 2018).
- Ders.*: Die neue Speichermedienvergütung nach der UrhG-Novelle 2015, MR 2015, 175.
- Ders.*: Urhebervergütung auf Musik-Handys – Zum Beschluss des OGH 4 Ob 226/14k – "Musik-Handys", MR 2015, 123.
- Ders.*: Anmerkung zu OGH, Beschluss vom 22. April 2015 – 4 Ob 226/14k, ZUM 2015, 719.
- Ders.*: Aktuelle Entwicklungen der Urheberrechtsabgabe, UFITA 2014, 407.
- Fikentscher, Wolfgang / Heinemann, Andreas*: Schuldrecht – Allgemeiner und Besonderer Teil, 12. Aufl., Berlin u.a. 2022 (zitiert: Schuldrecht).
- Flechtsig, Norbert/Bisle, Wolfgang*: Unbegrenzte Auslegung pro autore? – Ein ungenügendes Gesetz kann nicht durch Einlegung gerettet werden, ZRP 2008, 115.
- Flechtsig, Norbert*: Beitrag zu EuGH, Urteil vom 23.11.2023, C-260/22: Gesetzlicher Vergütungsanspruch von Rundfunkanstalten wegen Privatkopierausnahme, GRUR-Prax 2023, 755.

- Ders.:* Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 12.11.2015, C- 572/13: Keine Beteiligung der Verleger am gerechten Ausgleich für Urheber – Hewlett-Packard/Reprobel, MMR 2016, 50.
- Ders.:* Verbindlich-autonome Vorgaben des Unionsrechts zur Sicherung gesetzlicher Vergütungsansprüche für Urheber (Teil 2), jurisPR-ITR 14/2015 Anm. 2.
- Ders.:* Verbindlich-autonome Vorgaben des Unionsrechts zur Sicherung gesetzlicher Vergütungsansprüche für Urheber (Teil 1), jurisPR-ITR 13/2015 Anm. 2.
- Ders.:* Zur Verkehrsfähigkeit gesetzlicher Vergütungsansprüche des Filmherstellers, ZUM 2012, 855.
- Ders.:* Vorausabtretung gesetzlicher Vergütungsansprüche – Unionsrechtliche Auswirkungen der EuGH-Entscheidung Luksan auf Urheber, Verwerter und Intermediäre, MMR 2012, 293.
- Ders.:* Beteiligungsansprüche von Sendeunternehmen an gesetzlichen Vergütungsansprüchen wegen privater Vervielfältigungshandlungen – Zur zwingenden Anpassung des § 87 Abs. 4 UrhG im Lichte der Informationsrichtlinie 2001/29/EG, ZUM 2004, 249.
- Ders.:* Grundlagen des Europäischen Urheberrechts – Die Richtlinie zur Harmonisierung des Urheberrechtsschutzes in Europa und die Anforderungen an ihre Umsetzung ins deutsche Recht, ZUM 2002, 1.
- Forgó, Nikolaus,* Von Leerkassettenvergütung, Speichermedienabgabe, Clouds und Streamingdiensten, ZUM 2019, 424.
- Frank, Christian:* Gespeicherte Privatautonomie und private Speicherungen – Eigentum und Freiheit in der digitalen Welt, GRUR 2015, 623.
- Ders.:* Urheberabgaben nach Padawan – Zur Vereinbarkeit von Urheberabgaben für Geräte und Medien mit einem „gerechten Ausgleich“ im Sinne der Harmonisierungsrichtlinie, CR 2011, 1.
- Freivald, Sven:* Die private Vervielfältigung im digitalen Kontext am Beispiel des Filesharing, Baden-Baden 2003.
- Fromm, Friedrich Karl / Nordemann Wilhelm (Begr.) / Nordemann, Axel / Nordemann, Jan Bernd / Czychowski, Christian:* Urheberrecht – Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Einigungsvertrag (Urheberrecht), neu: zur EU-Portabilitätsverordnung, 12. Aufl., Stuttgart 2018 (zitiert: Fromm/Nordemann/Bearbeiter).
- Fromm, Friedrich Karl:* Die Vervielfältigung zum persönlichen Gebrauch nach dem neuen Urheberrechtsgesetz, GRUR 1966, 364.
- Garner, Bryan A.* (Hrsg.): Black's Law Dictionary, 10. Aufl., St. Paul 2014.

- Geiger, Christophe*: Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung – Freie Gedanken zur Ausschließlichkeit im Urheberrecht, GRUR Int. 2008, 459.
- Geiger, Christophe / Hilty, Reto M. / Griffiths, Jonathan / Suthersanen, Uma*: Erklärung für eine ausgewogene Auslegung des Drei-Stufen-Tests im Urheberrecht, GRUR Int. 2008, 822.
- Ders.*: Der urheberrechtliche Interessenausgleich in der Informationsgesellschaft - Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, GRUR Int. 2004, 815.
- Götting, Horst-Peter / Lauber-Rönsberg, Anne / Rauer, Nils* (Hrsg.): BeckOK Urheberrecht, 40. Aufl., München 2023 (zitiert: BeckOK/Bearbeiter).
- Götting, Horst-Peter*: Beteiligung der Sendeunternehmen an der Pauschalvergütung nach § 54 UrhG, Berlin 2004.
- Götz von Olenbusen, Albrecht*: Anmerkung zum Urteil des LG Berlin vom 28.11.2007 (23 O 37/07), MR-Int. 2008, 6.
- Gräbig, Johannes*: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 27.06.2013, C-457/11, C-458/11, C-459/11, C-460/11 – Gerätevergütung für Drucker und PC, GRUR 2013, 816.
- Grabitz, Eberhard* (Begr.) / *Hilf, Meinhard* (Namensgeber) / *Nettesheim, Martin* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union: EUV/AEUV, 80. EL, München 2023 (zitiert: Grabitz/Hilf/Nettesheim/Bearbeiter).
- Grassmuck, Volker*: Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmungen für Privatkopie, Zitat und Filesharing, ZUM 2005, 104.
- Grisse, Karina/Koroch, Stefan*: Anmerkung zu High Court of Justice (Administrative Court): Privatkopieausnahme vom Urheberrechtsschutz ohne Ausgleichsanspruch des Urhebers - BASCA v. SoSBIS, GRUR Int. 2015, 858.
- Dies.*: Die neue britische Privatkopieausnahme vom Copyrightschutz, GRUR Int. 2015, 21.
- von der Groeben, Hans / Schwarze, Jürgen / Hatje, Armin*: Europäisches Unionsrecht – Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union - Charta der Grundrechte der Europäischen Union,
 - Band 3: Art. 106 bis 173 AEUV, 7. Aufl., Baden-Baden 2015,
 - Band 4: Art. 174 bis 358 AEUV, 7. Aufl., Baden-Baden 2015
 (zitiert: von der Groeben/Schwarze/Hatje/Bearbeiter)
- Grobmann, Arno*: Beitrag zu BGH, Urteil vom 21.07.2016, I ZR 255/14 – Gerätevergütung für „Musik-Handys“ nach §§ 54, 54d UrhG aF, GRUR-Prax 2017, 45.
- Grünberger, Michael*: Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2022, ZUM 2023, 309.
- Ders.*: Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2021, ZUM 2022, 321.

- Ders.:* Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2019, ZUM 2020, 175.
- Ders.:* Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2017 – Teil II, ZUM 2018, 321.
- Ders.:* Vergütungsansprüche im Urheberrecht. Ein Beitrag zum Verhältnis von property rights und liability rules, ZGE 2017, 188.
- Ders.:* Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2016 – Teil 2, ZUM 2017, 361.
- Ders.:* Bedarf es einer Harmonisierung der Verwertungsrechte und Schranken? – Ein Beitrag zur Entwicklung dogmatischer Bausteine eines umweltsensiblen Urheberrechts, ZUM 2015, 273.
- Ders.:* Das Urheberrechtsstatut nach der Rom II-VO, ZVglRWiss 2009, 134.
- Grüneberg, Christian* (Kordinator der Autoren): Bürgerliches Gesetzbuch mit Nebengesetzen, 83. Aufl., München 2024 (zitiert: *Grüneberg/Bearbeiter*).
- Grundmann, Stefan / Zaccaria, Alessio* (Hrsg.): Einführung in das italienische Recht, Frankfurt (Main) 2007 (zitiert: *Grundmann/Zaccaria/Bearbeiter* Einführung in das italienische Recht).
- Guntrum, Sebastian:* Zur Zukunft der Privatkopie in der Informationsgesellschaft, Hamburg 2007.
- Handig, Christian:* „Nun sag, wie du’s mit de[n Grundrechten]?“ – Vom Einsatz der Grundrechte durch den EuGH im Urheberrecht, in: v. Lewinski, Silke / Wittmann, Heinz (Hrsg.), Urheberrecht! – Festschrift für Hon.-Prof. Dr. Michel M. Walter zum 80. Geburtstag, Wien 2018, S. 50 (zitiert: FS Walter 2018).
- Hargreaves, Ian:* Digital Opportunity – A Review of Intellectual Property and Growth, May 2011, [abrufbar unter: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf](https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/32563/ipreview-finalreport.pdf) (zitiert: Digital Opportunity).
- Hau, Wolfgang / Poseck, Roman:* BeckOK BGB, 67. Aufl., München 2023 (zitiert: BeckOK/*Bearbeiter*).
- Heine, Robert / Holz Müller, Tobias:* Verwertungsgesellschaftengesetz – Kommentar, Berlin u.a. 2019 (zitiert: Heine/Holz Müller/*Bearbeiter*).
- Heine, Robert / Stang, Felix:* Privatkopie im digitalen Zeitalter, 2020, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3753493>.
- Heinemann, Andreas:* EuGH, Urteil vom 06.02.2003, SENA/NOS, Rs. C-245/00 – Angemessene Vergütung der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller, JZ 2003, 678.
- Heinemann, Tobias:* Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften, Tübingen 2017.

- Heker, Harald / Riesenhuber, Karl* (Hrsg.): Recht und Praxis der GEMA – Handbuch und Kommentar, 3. Aufl., Berlin u.a. 2018 (zitiert Heker/Riesenhuber/*Bearbeiter* Recht und Praxis der GEMA).
- Hentsch, Christian-Henner*: Eine eigene Verwertungsgesellschaft für die Games-Branche – Diskussionsstand, MMR 2023, 28.
- Herresthal, Carsten*: Die Regelungsdichte von (vollharmonisierenden) Richtlinien und die Konkretisierungsbefugnis des EuGH, in: Gsell, Beate / Herresthal, Carsten (Hrsg.), Vollharmonisierung im Privatrecht – Die Konzeption der Richtlinie am Scheideweg?, Tübingen 2009, S. 113 (zitiert: *Herresthal* in: Gsell/Herresthal, Vollharmonisierung im Privatrecht).
- Hertin, Paul W. / Wagner, Sandra*: Urheberrecht, 3. Aufl., München 2019.
- Hildebrand, Angela*: Die Bedeutung der EuGH-Urteile „ACI Adam“ und „GS Media“ für die deutsche Privatkopieschranke, ZUM 2017, 16.
- Hillig, Hans-Peter*: Beitrag zu OLG München, Urteil vom 18.01.2018, 29 U 65/18 – Ansprüche von Sendeunternehmen auf Beteiligung an der urheberrechtlichen Geräte- und Leerträgervergütung, GRUR-Prax 2019, 64.
- Ders.*: Vergütungssystem und Schrankenregelungen – Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, 819.
- Hilty, Reto / Jaeger, Thomas* (Hrsg.): Europäisches Immaterialgüterrecht – Funktionen und Perspektiven, Berlin Heidelberg 2016 (zitiert: Hilty/Jaeger/*Bearbeiter* Europäisches Immaterialgüterrecht).
- Hilty, Reto / Senfleben, Martin*: Rückschnitt durch Differenzierung? – Wege zur Reduktion dysfunktionaler Effekte des Urheberrechts auf Kreativ- und Angebotsmärkte, in: Dreier, Thomas / Hilty, Reto (Hrsg.): Vom Magnettonband zu Social Media – Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), München, 2015, S. 317. (zitiert: FS 50 Jahre UrhG).
- Hoeren, Thomas / Jakopp, Sebastian*: Die deutsche Leerträgerabgabe im europäischen Urheberrecht, in: von Oostrom, Samuel / Weth, Stephan (Hrsg.), Festschrift für Maximilian Herberger zum 70. Geburtstag, Saarbrücken 2016, S. 459 (zitiert: FS Herberger 2016).
- Hoeren, Thomas / Sieber, Ulrich / Holznagel, Bernd* (Hrsg.): Handbuch Multimedia-Recht – Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 59. Ergänzungslieferung, München 2023 (zitiert: Hoeren/Sieber/Holznagel/*Bearbeiter* HdB-MMR).
- Hoeren, Thomas*: Anmerkung zu BGH, Versäumnisurteil vom 09.09.2021, I ZR 118/20 – Eigennutzung, MMR 2022, 43.
- Ders.*: Internetrecht – Ein Grundriss, 4. Aufl., Berlin u.a. 2021 sowie 3. Aufl., Berlin u.a. 2018 (zitiert: Internetrecht).

- Ders.:* Internetrecht, 2023, abrufbar unter: https://www.itm.nrw/wp-content/uploads/Internetrecht_30.03.2023.pdf (kostenloses Online-Skriptum, Stand 03/2023, zitiert: Skriptum Internetrecht, 2023).
- Ders.:* Die Vergütungshöhe bei der Privatkopieabgabe und deren Berechnung nach dem VGG im Lichte der EuGH-Rechtsprechung, CR 2016, 557.
- Ders.:* Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 21.10.2010, C-467/08 Padawan v. SGAE – Abgabe für Privatkopien auf Anlagen, Geräte und Medien zur digitalen Vervielfältigung, MMR 2010, 831.
- Ders.:* Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Überlegungen zum Zwischenstand der Diskussion, MMR 2000, 515.
- Hoffmann, Jochen:* Die Auslegung des Begriffs der „offensichtlich rechtswidrig hergestellten Vorlage“ in § 53 I UrhG, WRP 2006, 55.
- Hofmann, Franz:* Kontrolle oder nachlaufender Rechtsschutz – wohin bewegt sich das Urheberrecht? – Rechtsdurchsetzung in der EU zwischen Kompensation und Bestrafung, GRUR 2018, 21.
- Hobagen, Gisbert:* Die Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch, München 2004.
- Homar, Philipp:* Gesetzliche Vergütungsansprüche zur Herstellung eines Interessenausgleichs im digitalen Zeitalter, in: Hennemann, Moritz / Sattler, Andreas: Immaterialgüter und Digitalisierung – Junge Wissenschaft zum Gewerblichen Rechtsschutz, Urheber- und Medienrecht, Baden-Baden 2017, S. 199 (zitiert: *Homar* in: Hennemann/Sattler, Immaterialgüter und Digitalisierung).
- Ders.:* Einhebung und Verteilung des gerechten Ausgleichs des Art. 5 Abs. 2 lit. b Info-Soc-RL – Zugleich eine Anmerkung zu OGH, 4 Ob 62/16w – Austro Mechana/Amazon, GRUR Int. 2017, 834.
- Hönisch, Mirjam/Schmitt, Thomas R.:* Die österreichische Urheberrechts-Novelle 2015 – aus Alt mach‘ Neu?, GRUR Int. 2016, 1.
- Huber, Peter* (Hrsg.): Rome II Regulation – Pocket Commentary, München 2011 (zitiert: Huber/Bearbeiter 2011).
- Hubmann, Heinrich:* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.11.1984, Az.: I ZR 58/83 „Herstellerbegriff III“, GRUR 1985, 285.
- Hucko, Elmar:* Die Umsetzung von Richtlinien auf dem Gebiet des Urheberrechts in Deutschland, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Systembildung im Europäischen Urheberrecht – INTERGU-Tagung 2006, Berlin 2007, S. 293 (zitiert: *Hucko* in: Riesenhuber, Systembildung im Europäischen Urheberrecht).
- Hugenholtz, Bernt P. / Guibault, Lucie / van Geffen, Sjoerd:* The Future of Levies in a Digital Environment, Amsterdam 2003, abrufbar unter: <https://www.ivir.nl/publicaties/download/DRM&levies-report.pdf>.

- Hugenholtz, Bernt P. / Senftleben, Martin*: Fair Use in Europe: In Search of Flexibilities, Amsterdam 2011, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=1959554> (zitiert: Fair Use in Europe).
- Hugenholtz, Bernt P.*: Flexible Copyright – Can the EU Author’s Rights Accommodate Fair Use?, in: Okediji, Ruth L. (Hrsg.), Copyright law in an age of limitations and exceptions, New York 2017, S. 275 (zitiert: *Hugenholtz* in: Okediji, Copyright law in an age of limitations and exceptions).
- Ipsen, Hans Peter*: Europäisches Gemeinschaftsrecht, Tübingen 1972.
- Jani, Ole / Ebbinghaus, Amélie*: „Gerechter“ Ausgleich für Privatkopien: Tarif-Festsetzung nach dem „Padawan“-Urteil des EuGH, GRUR-Prax 2011, 71.
- Jani, Ole / Leenen, Frederik*: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 05.03.2015, C-463/12: Urheberrecht: Reichweite der Privatkopievergütung für Speicherkarten von Mobiltelefonen, EuZW 2015, 358.
- Jani, Ole / Vonthien, Maximilian*: Zur Einordnung von Tethered Downloads als Privatkopien gemäß § 53 Abs. 1 UrhG, ZUM 2023, 73.
- Jani, Ole*: Beitrag zu EuGH, Urteil vom 09.06.2016, C-470/14: Staatliche Finanzierung des gerechten Ausgleichs für Privatkopien, GRUR-Prax 2016, 307.
- Ders.*: Beitrag zu EuGH, Urteil vom 21.04.2016, C-572/14: Gerichtsstand einer Klage auf Zahlung von Geräteabgaben, GRUR-Prax 2016, 222.
- Ders.*: Reformbedarf der privaten Vervielfältigung aus Sicht der Praxis, ZGE 2015, 196.
- Ders.*: Anmerkung zu EuGH, 11.07.2013, C-521/11 – Urheberrecht: Privatkopievergütung für Trägermaterial, EuZW 2013, 745.
- Ders.*: Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Erste Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG, ZUM 2003, 842.
- Jarass, Hans D. / Beljin, Saša*: Die Bedeutung von Vorrang und Durchführung des EG-Rechts für die nationale Rechtsetzung und Anwendung, NVwR 2004, 1.
- Jarass, Hans D.*: Grundfragen der innerstaatlichen Bedeutung des EG-Rechts, Köln u.a. 1994
- Jotzo, Florian*: Der EuGH als Interimsnormgeber im digitalen Urheberrecht, ZGE 2017, 447.
- juris Praxiskommentar BGB, *Herberger, Maximilian / Martinek, Michael / Rießmann, Helmut / Weth, Stephan / Würdinger, Markus* (Hrsg.), Band 6: Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht, 8. Aufl. 2017 (zitiert: jurisPK-BGB/*Bearbeiter*).
- Jütte, Bernd Justin*: Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market – Between Old Paradigms and Digital Challenges, Baden-Baden 2017 (zitiert: Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market).

- Karapapa, Stavroula*: A Copyright Exception for Private Copying in the United Kingdom, EIPR 2013, 129.
- Katzberger, Paul*: Vergütung der Sendeunternehmen für Privatkopien ihrer Livesendungen aus der Sicht der europäischen Urheberrechtsrichtlinien, GRUR Int. 2006, 190.
- Klamert, Marcus*: Altes und Neues zur Harmonisierung im Binnenmarkt, EuZW 2015, 265.
- Klett, Alexander R. / Apetz-Dreier, Daja*: Urheberrechtliche Geräteabgaben und Europarecht – Der BGH legt dem EuGH in vier weiteren Verfahren Fragen zur Vorabentscheidung vor, K&R 2011, 633.
- Klett, Alexander R. / Schlüter, Kathrin*: Die Entwicklung des Urheberrechts seit Mitte 2016, K&R 2017, 447.
- Dies.*: Kommentar zu EuGH, Urteil vom 12.11.2015, C-572/13, Urheberrecht: Hewlett-Packard Belgium/Reprobel, WRP 2016, 182.
- Dies.*: Kommentar zu EuGH, Urteil vom 05.03.2015, C-463/12, K&R 2015, 322.
- Klett, Alexander R.*: Cloud und Privatkopie, ZUM 2014, 18.
- Dies.*: Kommentar – Muss das System urheberrechtlicher Geräteabgaben in Deutschland neu überdacht werden?, K&R 2010, 800
- Dies.*: Die Entwicklung des Urheberrechts im Jahr 2005, K&R 2006, 297.
- Köbler, Gerhard*: Rechtsfranzösisch, 5. Aufl., München 2013.
- Koch, Benjamin / Druschel, Johannes*: Entspricht die Bestimmung der angemessenen Vergütung nach §§ 54, 54 a UrhG dem unionsrechtlichen Konzept des gerechten Ausgleichs?, GRUR 2015, 957.
- Koch, Benjamin / Krauspenhaar, Daniel*: Die Auswirkungen der Amazon-Entscheidung des EuGH auf das deutsche System der urheberrechtlichen Abgaben auf Vervielfältigungsgeräte und Speichermedien, GRUR Int. 2013, 1003.
- Dies.*: Hat das derzeitige System der Abgaben auf Vervielfältigungsgeräte und Speichermedien nach §§ 54ff. UrhG noch eine Zukunft?, GRUR Int. 2012, 881.
- Kraft, Nikolaus*: Die Beteiligung der Verleger an gesetzlichen Vergütungsansprüchen, MR Beilage zu Heft 4/2015, 1 (zitiert: MR Beil. 4/2015).
- Kraßer Rudolf*: Die Beteiligung von Verlegern an Vergütungen für gesetzlich zugelassene Vervielfältigungen verlegter Werke, GRUR 2016, 129, 134.
- Kress, Daniel*: Die private Vervielfältigung im Urheberrecht, Hamburg 2004.
- Kretschmer, Martin*: Private Copying and Fair Compensation: An empirical study of copyright levies in Europe – A Report for the UK Intellectual Property Office, 2011, abrufbar unter:

https://www.wipo.int/edocs/mdocs/mdocs/en/wipo_ip_econ_ge_1_12/wipo_ip_econ_ge_1_12_ref_kretschmer.pdf (zitiert: Private Copying and Fair Compensation)

Kreutzer, Till: Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen – Konzeptionelle Überlegungen zu Werkbegriff, Zuordnung, Umfang und Dauer des Urheberrechts als Reaktion auf den urheberrechtlichen Funktionswandel, Baden-Baden 2008 (zitiert: Das Modell des deutschen Urheberrechts und Regelungsalternativen).

Krieger, Albrecht: Beteiligung der Sendeanstalten an der urheberrechtlichen Vergütung für private Ton- und Bildaufzeichnungen?, GRUR Int 1983, 429.

Kröber, Christian: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 16.06.2011, C- 462/09 Stichting de ThuisKopie/Opus Supplies Deutschland GmbH u.a., Pflicht zur Sicherstellung einer Urhebererschädigung bei Zulassung von Privatkopie GRUR 2011, 911.

Ders.: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 21.10.2010, C-467/08: Auslegung des Begriffs „gerechter Ausgleich“ – Padawan SL/Sociedad General de Autores y Editores de España [SGAE], Padawan/SGAE, GRUR 2011, 55.

Ders.: Der grenzüberschreitende Internet-Handel mit CD- und DVD-Rohlingen und die Vergütungsansprüche nach §§ 54 ff. UrhG, ZUM 2006, 89.

Kruis, Tobias: Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis – Seine Durchsetzung in Deutschland – Eine theoretische und empirische Untersuchung anhand der Finanz- und Verwaltungsgerichte und Behörden, Tübingen 2013 (zitiert: Anwendungsvorrang des EU-Rechts).

Kucsko, Guido / Handig, Christian (Hrsg.): Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, 2. Aufl., Wien 2017 (zitiert: Kucsko/Handig/Bearbeiter).

Kuhn, Tomas: Überschießende Umsetzung bei mindest- und vollharmonisierenden Richtlinien: Einheitliche oder gespaltene Anwendung?, EuR 2015, 216.

Kur, Anette / Dreier, Thomas / Luginbuehl, Stefan: European Intellectual Property Law – Text, Cases and Materials, 2. Aufl., Celtenham / Northampton 2019 (zitiert: European IP Law).

Küster, Norbert: Beitrag zu LG Hamburg, Urteil vom 11.02.2015, 408 HKO 59/12: Rückerstattung von Geräteabgaben, GRUR-Prax 2015, 192.

Langenfeld, Christina: Zur Direktwirkung von EG-Richtlinien,, DÖV 1992, 955.

Langhoff, Helge / Oberndörfer, Pascal / Jani, Ole: Der „Zweite Korb“ der Urheberrechtsreform – Ein Überblick über die Änderungen des Urheberrechts nach der zweiten und dritten Lesung im Bundestag, ZUM 2007, 593.

Lauber-Rönsberg, Anne: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 10.04.2014, C-435/12: Rückerstattung von Geräteabgaben, ZUM 2014, 578.

- Dies.:* Urheberrecht und Privatgebrauch – Eine rechtsvergleichende Untersuchung des deutschen und des britischen Rechts, Baden-Baden 2011 (zitiert: Urheberrecht und Privatgebrauch).
- Lee, Yin Harn:* United Kingdom Copyright Decisions and Legislative Developments 2014, IIC 2015, 226.
- Leible, Stefan / Engel, Andreas:* Der Vorschlag der EG-Kommission für eine Rom II-Verordnung : auf dem Weg zu einheitlichen Anknüpfungsregeln für außervertragliche Schuldverhältnisse in Europa, EuZW 2004, 7.
- Leistner, Matthias / Roder, Verena:* Die Rechtsprechung des EuGH zum Unionsurheberrecht aus methodischer Sicht – zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung des europäischen Privatrechts im Mehrebenensystem, ZfPW 2016, 129.
- Leistner, Matthias:* „Ende gut, alles gut“ ... oder „Vorhang zu und alle Fragen offen“? – Das salomonische Urteil des EuGH in Sachen „Pelham [Metall auf Metall]“, GRUR 2019, 1008.
- Ders.:* Internet-Videorecorder und Cloud-Speicheranbieter: Warum eine Betreibervergütung die richtige Lösung für die Zukunft ist, CR 2018, 436.
- Ders.:* Urheberrecht unter dem Einfluss der EuGH-Rechtsprechung, EuZW 2016, 166.
- Ders.:* Die koordinierte Fortentwicklung des Unionsurheberrechts im Mehrebenensystem – ein Steinchen im Kaleidoskop des Unionsprivatrechts, in: Ackermann, Thomas / Köndgen, Johannes (Hrsg.): Privat- und Wirtschaftsrecht in Europa – Festschrift für Wulf-Henning Roth zum 70. Geburtstag, München 2015, S. 347 (zitiert: FS Roth 2015).
- Ders.:* Die deutsche Privatkopieausnahme nach den ACI Adam- und Copydan Bändkopi-Urteilen des EuGH, GRUR Int. 2015, 681.
- Ders.:* Urheberrecht an der Schnittstelle zwischen Unionsrecht und nationalem Recht – Werkbegriff und Recht der öffentlichen Wiedergabe, GRUR 2014, 1145.
- Ders.:* Urheberrecht in der digitalen Welt, JZ 2014, 846.
- Ders.:* Die Methodik des EuGH und die Garantenfunktion der nationalen Gerichte bei der Fortentwicklung des europäischen Urheberrechts, in: Büscher, Wolfgang / Erdmann, Willi / Haedicke, Maximilian / Köhler, Helmut / Loschelder, Michael (Hrsg.): Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 859 (zitiert: FS Bornkamm 2014).
- Ders.:* Der Ausschluss der Sendeunternehmen von der Geräte- und Leermedienvergütung aus europarechtlicher Sicht – Überlegungen aus Anlass der aktuellen Rechtsprechung des EuGH zum gerechten Ausgleich, ZGE 2013, 312.
- Lerach, Marc:* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 10.11.2022, I ZR 10/22: Keine Gerätevergütungspflicht für Online-Marktplätze („rakuten.de“), jurisPR-WettbR 3/2023 Anm. 3.

- v. Lewinski, Silke*: Rechtswahrnehmung: Urhebervertragsrecht und Verwertungsgesellschaftenrecht, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.): Systembildung im Europäischen Urheberrecht – INTERGU-Tagung 2006, Berlin 2007, S. 215 (zitiert: *v. Lewinski* in: Riesenhuber, Systembildung im Europäischen Urheberrecht)
- Loewenheim, Ulrich* (Hrsg.): Handbuch des Urheberrechts, 3. Aufl., München 2021 sowie 2. Aufl., München 2010 (zitiert: Loewenheim/*Bearbeiter* HdU).
- Lucas-Schloetter, Agnès*: Les éditeurs peuvent-ils participer à la rémunération pour copie privée?, Engl. Übersetzung von *Platt-Hommel, Margaret*, Can Publishers Share in Private Copying Levies, RIDA 2015 (243), 2.
- Lutzj, Tobias*: Die Qualifikation des Anspruchs auf Zahlung einer Privatkopievergütung und das Merkmal der „Schadenshaftung“ im Rahmen des Art. 5 Nr. 3 EuGVVO 2001 (Art. 7 II EuGVVO), IPPrax 2016, 550.
- Mackert, Lea Noemi / Niemann, Fabian*: Bedeutung des neuen VGG für den gerechten Ausgleich zwischen Verwertungsgesellschaften und der Geräteindustrie, CR 2016, 531.
- Mackert, Lea*: Kommentar zu EuGH, Urteil vom 27.06.2013, C-457/11 bis C-460/11 – Anforderungen an gerechten Ausgleich für Vervielfältigungen mittels Drucker und PC, K&R 2013, 646.
- Magnus, Ulrich / Mankowski, Peter* (Hrsg.): European Commentaries on Private International Law – ECPIL – Commentary, Volume III: Rome II Regulation, Köln 2019 (zitiert: Magnus/Mankowski/*Bearbeiter*).
- Maier, Henrike*: Remixe auf Hosting-Plattformen – Eine urheberrechtliche Untersuchung filmischer Remixe zwischen grundrechtsrelevanten Schranken und Inhaltefiltern, Tübingen 2018.
- Mankowski, Peter*: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 16.06.2016, C-12/15: EuGVVO: Deliktgerichtsstand am Erfolgsort bei reinen Vermögensschäden, EuZW 2016, 585.
- Marcos, Francisco / Sanchez-Graells, Albert / Santaló, Juan*: Principles for Benchmarking Potentially Alternative Systems of Private Copy Compensation, IE Working Paper No. WP07-16, 2007, online abrufbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1885127.
- Medicus, Dieter / Lorenz, Stephan*: Schuldrecht II – Besonderer Teil, 18. Aufl., München 2018 (zitiert: Schuldrecht II).
- Meier, Patrick*: Der Verbraucherbegriff nach der Umsetzung der Verbraucherrechterichtlinie, JuS 2014, 777.
- Melichar, Ferdinand*: Besprechung von Lauber-Rönsberg, Anne: Urheberrecht und Privatgebrauch, UFITA 2012, 307.
- Metzger, Axel*: Rechtsfortbildung im Richtlinienrecht: Zur judikativen Rechtsangleichung durch den EuGH im Urheberrecht, ZEuP 2017, 836.

- Ders.:* Urheberrechtsschranken in der Wissensgesellschaft: „Fair Use“ oder Einzelatbestände, in: Leistner, Matthias (Hrsg.), Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010, S. 101 (zitiert: *Metzger* in: Leistner, Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums).
- Ders.:* Der Einfluss des EuGH auf die gegenwärtigen Entwicklungen des Urheberrechts, GRUR 2012, 118
- Mincke, Wolfgang / Heutger, Viola:* Einführung in das niederländische Recht, 2. Aufl., München 2021.
- Mittwoch, Anne-Christin:* Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht – Methode, Implikationen und Durchführung, Berlin u.a. 2013 (zitiert: Vollharmonisierung und Europäisches Privatrecht).
- Mogel, Volker:* Europäisches Urheberrecht, Wien 2001.
- Möller, Margaret:* Novellierung des Urheberrechtsgesetzes – Anmerkungen zum Regierungsentwurf, FuR 1983, 240.
- Möllers, Thomas M.J.:* Juristische Methodenlehre, 5. Aufl., München 2023.
- Müller, Carl Christian / Rößner, Sören:* Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 10.04.2014, C-435/12: Urheberrecht: Keine Anwendung der Privatkopieausnahme bei Anfertigung auf Grundlage unrechtmäßiger Quellen, EuZW 2014, 504.
- Müller, Michael F.:* Anmerkung zu EuGH, 16.06.2016, C-12/15: Deliktgerichtsstand am Erfolgsort bei reinen Vermögensschäden, NJW 2016, 2169.
- Müller, Stefan:* Beitrag zu EuGH, Urteil vom 24.03.2022, C 433/20 – Speichermedienvergütung für Vervielfältigungen in der Cloud, GRUR-Prax 2022, 287.
- Ders.:* Die urheberrechtliche Vergütungspflicht von Druckern und PCs nach den §§ 54, 54 a UrhG a. F., ZUM 2014, 863.
- Ders.:* Die Beteiligung von Print- und Musikverlegern an den Ausschüttungen von VG WORT und GEMA, ZUM 2014, 781.
- Ders.:* Cloud und Privatkopie, ZUM 2014, 11.
- Ders.:* Vergütungspflicht für „Business-PCs“, GRUR-Prax 2012, 255.
- Ders.:* Die Ergebnisspflicht des deutschen Gesetzgebers zur Gewährleistung der praktischen Durchsetzung von Ansprüchen nach den §§ 54 ff. UrhG, ZUM 2011, 631.
- Ders.:* Der Verzicht auf technische Schutzmaßnahmen: kein Verzicht auf die gesetzliche Vergütung für private Vervielfältigungen, GRUR 2011, 26.
- Ders.:* Verbesserung des gesetzlichen Instrumentariums zur Durchsetzung von Vergütungsansprüchen für private Vervielfältigung, ZUM 2008, 377.

Ders.: Festlegung und Inkasso von Vergütungen für die private Vervielfältigung auf der Grundlage des „Zweiten Korbs“, ZUM 2007, 777.

v. Münch, Ingo / Kunig, Philip (Begr.): Grundgesetz – Kommentar, Band 1: Präambel bis Art. 69, 7. Aufl., München 2021 (zitiert: *v. Münch/Kunig/Bearbeiter*).

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, *Säcker, Jürgen / Rixecker, Roland / Oetker, Hartmut / Limpert, Bettina* (Hrsg.):

- Band 1: Allgemeiner Teil, 9. Aufl., München 2021,
- Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I, 9. Aufl., München 2022,
- Band 3: Schuldrecht – Allgemeiner Teil II, 9. Aufl. München 2022,
- Band 7: Schuldrecht – Besonderer Teil IV, 9. Aufl., München 2024,
- Band 13: Internationales Privatrecht II, Internationales Wirtschaftsrecht, Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 50–253), 8. Aufl., München 2021

(zitiert: *MüKo/Bearbeiter*).

Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, *Drescher, Ingo / Fleischer, Holger / Schmidt, Karsten* (Hrsg.), Band 3: Zweites Buch. Handelsgesellschaften und stille Gesellschaft – Zweiter Abschnitt. Kommanditgesellschaft – Dritter Abschnitt. Stille Gesellschaft – §§ 161–237 – Konzernrecht der Personengesellschaften, 4. Aufl. 2019 (zitiert: *MüKoHGB/Bearbeiter*).

Münchener Kommentar zur Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und Nebengesetzen, *Rauscher, Thomas / Krüger, Wolfgang* (Hrsg.), Band 1: §§ 1–354, 6. Aufl., München 2020 (zitiert: *MüKo/Bearbeiter*).

Musielak, Hans-Joachim / Voit, Wolfgang: Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, 20. Aufl., München 2023 (zitiert: *Musielak/Voit/Bearbeiter*).

Nassall, Wendt: Anmerkung zu BGH, Versäumnisurteil vom 09.09.2021, I ZR 118/20 – Geräteabgabe nach § 54 Abs. 1 UrhG a.F. bei Geräten in Eigennutzung des Herstellers („Eigennutzung“), *jurisPR-BGHZivilR* 1/2022 Anm. 5.

Nazari-Khanachayi, Arian: Access-Provider als urheberrechtliche Schnittstelle im Internet – Europarechtliche Vorgaben im Hinblick auf Zugangerschwerungsverfügungen und Lösungsansätze für das deutsche Recht *de lege ferenda*, *GRUR* 2015, 115.

Nettesheim, Martin: Auslegung und Fortbildung nationalen Rechts im Lichte des Gemeinschaftsrechts, *AöR* 1994, 261.

Niemann, Fabian: Der gerechte Ausgleich nach den Urteilen des EuGH „VG Wort“ und „Amazon“, *JurPC Web-Dok.* 178/2013.

ders.: Urheberrechtsabgaben und Verfassungsrecht: o tempora, o mores – Auswirkungen der Kammerbeschlüsse des BVerfG zu den BGH-Entscheidungen zu Abgaben auf Drucker, PCs und Kopierstationen, *CR* 2011, 69.

Nieper, Franz / Westerdijk, Arjen, S. (Red.): Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch – Buch 6 (Allgemeiner Teil des Schuldrechts), Bücher 7 und 7A (Besondere Verträge)

- Series of Legislation in Translation 7, München u.a. 1995 (zitiert: Niederländisches Bürgerliches Gesetzbuch, Bd. 7).
- Nolte, Georg*: Das Urheberrecht in der Informationsgesellschaft – Der Regierungsentwurf „Zweiter Korb“, CR 2006, 254.
- Nordemann, Jan Bernd / Waiblinger, Julian*: Aktuelle Gesetzgebung und höchstrichterliche Rechtsprechung im Urheberrecht, NJW 2022, 744, 750
- Oppermann, Thomas / Classen, Claus Dieter / Nettesheim, Martin*: Europarecht – Ein Studienbuch, 9. Aufl., München 2021 (zitiert: Europarecht).
- Obergfell, Eva Inés / Stieper, Malte*: Kompetenzverschiebungen, in: Dreier, Thomas / Hilty, Reto (Hrsg.): Vom Magnettonband zu Social Media – Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), München 2015, S. 223 (zitiert: FS 50 Jahre UrhG).
- Obergfell, Eva Inés*: Studieren in der Wissensgesellschaft: Urheberrecht contra Studium und Lehre?, ZGE 2018, 261.
- Dies*: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 09.02.2012, C-277/10: Originäre Verwertungsrechte des Hauptregisseurs als Filmurheber – Luksan/van der Let, GRUR 2012, 494.
- Dies.*: Das Schutzlandprinzip und „Rom II“, IPRax 2005, 9.
- Obly, Ansgar*: Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, in: Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages – Hannover 2014, Herausgegeben von der Ständigen Deputation des Deutschen Juristentages, Band I (Gutachten), München 2014, S. F 1 (zitiert: DJT-Gutachten).
- Ders.*: Die Angemessenheit von Vergütungen, Tarifen und Gesamtverträgen, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.): Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht – Prozedurale und materielle Wege zu ihrer Bestimmung – INTERGU-Tagung 2012, Tübingen 2013, S. 167 (zitiert: *Obly* in: Riesenhuber, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht).
- Paschke, Anne / Nielsen, Achim*: Anmerkung zu EuGH, 2. Kammer, Urteil vom 26.04.2017, C-527/15, jurisPR-ITR 10/2017 Anm. 2.
- Pardo, Asunción Esteve / Lucas-Schloetter, Agnès*: Compensation for private copying in Europe: recent developments in France, Germany and Spain, EIPR 2013, 463.
- Paulus, Andreas / Wesche, Steffen*: Rechtsetzung durch Rechtsprechung fachfremder Gerichte, GRUR 2012, 112.
- Patti, Salvatore*: Italienisches Zivilgesetzbuch – Verbrauchergesetzbuch, 3. Aufl., München 2019 (zitiert: Italienisches Zivilgesetzbuch).
- Pech, Sebastian*: Werkgenuss und Werknutzung in der digitalen Welt – Diskussionsbericht zur gleichnamigen Arbeitssitzung des Instituts für Urheber- und Medienrecht, München am 12. Dezember 2014, ZUM 2015, 319.

- Peifer, Karl-Nikolaus / Nabr, Christopher*: Schutzzweck des Urheberrechts und angemessene Vergütung, in: Obergfell, Eva Inés (Hrsg.): Zehn Jahre reformiertes Urhebervertragsrecht, Berlin u.a. 2013, S. 25 (zitiert: *Peifer/Nabr* in: Obergfell: Zehn Jahre reformiertes Urhebervertragsrecht).
- Peifer, Karl-Nikolaus*: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 24.3.2022 – C 433/20 *Austro-Mechana GmbH ./.* *Strato AG*, JZ 2022, 521.
- Ders.*: Die Urhebervertragsrechtsreform 2016, GRUR-Prax 2017, 1
- Ders.*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 03.07.2012, I ZR 28/11: Vergütungspflicht von Vervielfältigungsgeräten – Drucker und Plotter III, NJW 2015, 348
- Ders.*: Umsetzung der EU-Richtlinie für Verwertungsgesellschaften in deutsches Recht – Umsetzungsbedarf aus wissenschaftlicher Sicht, ZUM 2014, 453.
- Ders.*: Anmerkung zu BGH, Beschluss vom 21.07.2011, I ZR 30/11: EuGH-Vorlage zur Vergütungspflicht von PCs – PC II, GRUR 2011, 1017.
- Ders.*: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 21.10.2010, C-467/08: Gerechter Ausgleich und Kopiervergütung bei eindeutig beruflichen digitalen Vervielfältigungen, jurisPR-WettbR 12/2010 Anm. 2.
- Peukert, Alexander*: Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Ein Studienbuch, 19. Aufl., München 2023 (zitiert: *Urheberrecht*).
- Ders.*: „Copydan/Nokia“ und die Zukunft des gesetzlichen Vergütungsanspruchs für die digitale Privatkopie, GRUR 2015, 452.
- Ders.*: Neue Techniken und ihre Auswirkung auf die Erhebung und Verteilung gesetzlicher Vergütungsansprüche, ZUM 2003, 1050.
- Pfeiffer, Jan*: EuGH: Ausnahme für Privatkopie auch in der Cloud, CR 2022, R55.
- Pfennig, Gerhard*: Urheberrechtspolitik in Deutschland und Europa, MR-Int. 2017, 47.
- Ders.*: Digital Rights Management Systeme aus der Sicht von Verwertungsgesellschaften, ZUM 2004, 198.
- Pflüger, Claudius*: Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung – Dispositionsmöglichkeiten bei Vergütungsansprüchen aus gesetzlichen Lizenzen, Baden-Baden 2017 (zitiert: *Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung*).
- Pflüger, Thomas / Hinte, Oliver*: Das Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz aus Sicht von Hochschulen und Bibliotheken, ZUM 2018, 153.
- Philapitsch, Florian*: Die digitale Privatkopie: Eine Untersuchung der Freiheit der Vervielfältigung zum eigenen und privaten Gebrauch im internationalen, europäischen und Recht im digitalen Umfeld, Wien u.a. 2007 (zitiert: *Die digitale Privatkopie*).

- Plate, John-Christian*: Die Verwertungsgesellschaftspflicht für urheberrechtliche Vergütungsansprüche und ausschließliche Verwertungsrechte, Berlin 2003.
- Podszun, Rupprecht*: Freibrief für Verwertungsgesellschaften? – Das Fehlurteil des VG München (ZUM 2017, 779) zur Aufsicht des DPMA über Verwertungsgesellschaften, ZUM 2017, 732.
- Poll, Günter / Braun, Thorsten*: Privatkopien ohne Ende oder Ende der Privatkopie?, ZUM 2004, 266.
- Quintais, João Pedro*: Private Copying and Downloading from Unlawful Sources, IIC 2015, 66.
- Rasmussen-Bonne, Hans-Eric / Servatius, Michael*: Ein besonderer Gerichtsstand für urheberrechtliche Vergütungsansprüche, EWS 2016, 275.
- Dies.:* Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 21.04.2016, C-572/14: Besonderer Gerichtsstand für urheberrechtliche Kopiervergütung, GWR 2016, 313.
- Raue, Benjamin*: Die dreifache Schadensberechnung – Eine Untersuchung zum deutschen und europäischen Immaterialgüter-, Lauterkeits- und Bürgerlichen Recht, Baden-Baden 2017 (zitiert: Die dreifache Schadensberechnung).
- Raue, Peter / Hegemann, Jan*: Münchener AnwaltsHandbuch Urheber- und Medienrecht, München, 3. Aufl. 2023 (zitiert: Raue/Hegemann/Bearbeiter MAH Urheber- und Medienrecht).
- Rauer, Nils*: Beitrag zu EuGH, Urteil vom 10.04.2014, C-435/12: Abgabe für Privatkopie aus illegaler Quelle, GRUR-Prax 2014, 205.
- Rauscher, Thomas* (Hrsg.): Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht – EuZPR/EuIPR – Kommentar, Band III: Rom I-VO, Rom II-VO, Köln, 5. Aufl. 2023 (zitiert: Rauscher/Bearbeiter).
- Reinbothe, Jörg*: Die angemessene Vergütung im Urheberrecht der Europäischen Union – Der Versuch einer Bestandsaufnahme, in: v. Lewinski, Silke / Wittmann, Heinz (Hrsg.), Urheberrecht! – Festschrift für Hon.-Prof. Dr. Michel M. Walter zum 80. Geburtstag, Wien 2018, S. 101 (zitiert: FS Walter 2018).
- Ders.:* Chapter 11 – Private Copy Levies, in: Stamatoudi, Irini A. (Hrsg.), New Developments in EU and International Copyright Law, Alphen aan den Rijn 2016, S. 299 (zitiert: Reinbothe in: Stamatoudi, New Developments in EU and International Copyright Law, 2016, S. 299).
- Ders.:* „Angemessene Vergütung“ oder (nur noch) „gerechter Ausgleich“?, GRUR-Prax 2015, 454.
- Ders.:* Neue Entwicklungen in der EU-Urheberrechtspolitik, ZGE 2015, 143.
- Ders.:* Der „gerechte Ausgleich“ im Europäischen Urheberrecht, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.): Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht – Prozedurale und materielle Wege

- zu ihrer Bestimmung – INTERGU-Tagung 2012, Tübingen 2013, S. 141 (zitiert: *Reinbothe* in: Riesenhuber, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht).
- Ders.*: Der *acquis communautaire* des Europäischen Urheberrechts: Stand und Entwicklung der Rechtsangleichung und Harmonisierungskonzepte, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Systembildung im Europäischen Urheberrecht – INTERGU-Tagung 2006, Berlin 2007, S. 79 (zitiert: *Reinbothe* in: Riesenhuber, Systembildung im Europäischen Urheberrecht).
- Ders.*: Hat die Europäische Gemeinschaft dem Urheberrecht gutgetan? – Eine Bilanz des Europäischen Urheberrechts, in: Ohly, Ansgar / Bodewig, Theo / Dreier, Thomas / Götting, Horst-Peter / Haedicke, Maximilian / Lehmann, Michael (Hrsg.): Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, S. 483 (zitiert: FS Schricker 2005).
- Ders.*: Die Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie in deutsches Recht, ZUM 2002, 43.
- Ders.*: Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2001, 733.
- Ders.*: Geistiges Eigentum und die Europäische Gemeinschaft, ZEuP 2000, 5.
- Ders.*: Der EU-Richtlinienentwurf zum Urheberrecht und zu den Leistungsschutzrechten in der Informationsgesellschaft, ZUM 1998, 429.
- Reimer, Dietrich*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 29.05.1964, Ibb ZR 4/63 „Personalausweise“, GRUR 1965, 109.
- Reinbacher, Tobias*: Strafbarkeit der Privatkopie von offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen, GRUR 2008, 394.
- Richters, Swantje / Schmitt, Jens*: Die urheberrechtliche Pauschalvergütung für PCs – Zulässigkeit einer pauschalen Vergütungspflicht vor dem urheber-, verfassungs- und europarechtlichen Hintergrund der erstinstanzlichen Entscheidung des LG München, CR 2005, 473.
- Rieken, Christoph*: Beitrag zu EuGH, Urteil vom 11.07.2013, C-521/11: Geräteabgabe in Österreich ist richtlinienkonform, GRUR-Prax 2013, 339
- Riesenhuber, Karl* (Hrsg.): Europäische Methodenlehre, 4. Aufl., Berlin u.a. 2021 (zitiert: Riesenhuber/Bearbeiter).
- Ders.*: Heteronome und privatautonome Legitimierung der Verlegerbeteiligung – Offene Fragen nach der Reprobel-Entscheidung, EuZW 2016, 16.
- Ders.*: Wachsende Bedeutung zentralisierter Rechtswahrnehmung und die Rolle von Verwertungsgesellschaften – Referat auf der Konferenz „Zukunft des Urheberrechts – 50 Jahre Urheberrecht in Deutschland“ am 1. Dezember 2015 in Berlin, ZUM 2016, 216.
- Ders.*: Grundlagen der „angemessenen Vergütung“, GRUR 2013, 582.

Ders.: Priorität als Verteilungsprinzip?, ZUM 2012, 746.

Ders.: Der Schutzgegenstand des Urheberrechts, in: ders. (Hrsg.), Systembildung im Europäischen Urheberrecht – INTERGU-Tagung 2006, Berlin 2007, S. 113 (zitiert: *Riesenhuber* in: ders., Systembildung im Europäischen Urheberrecht).

Rifkin, Jeremy: Access – Das Verschwinden des Eigentums – Warum wir weniger besitzen und mehr ausgeben werden, (dt. Übersetzung von Binder, Klaus / Eggeling, Tatjana), 2. Aufl., Frankfurt am Main 2000.

Roder-Hießlerich, Verena: Betreibervergütung für Cloud-Computing-Dienste in Österreich auf Basis einer richtlinienkonformen Auslegung des § 42b öUrhG, ZUM 2021, 569.

Roder, Verena: Die Methodik des EuGH im Urheberrecht – Die autonome Auslegung des Gerichtshofs der Europäischen Union im Spannungsverhältnis zum nationalen Recht, Baden-Baden 2016 (zitiert: Die Methodik des EuGH im Urheberrecht).

Rogers, Mark / Corrigan, Ray / Tomalin, Joshua: The economic impact of consumer copyright exceptions: a literature review, London 2011, online abrufbar unter: http://oro.open.ac.uk/25604/5/The_economics_of_consumer_copyright_exceptions_final.pdf (zitiert: The economic impact of consumer copyright exceptions).

Roos, Philipp: Grenzenloses Streaming? – Die Portabilitätsverordnung als Teil der europäischen Urheberrechtsreform, MMR 2017, 147.

Rosati, Eleonora: CJEU links fair compensation in Arts. 5(2)(a) and (b) of the InfoSoc Directive to actual harm requirement, GRUR Int. 2016, 399.

Dies.: CJEU rules on notion of parody (but it will not be funny for national courts), GRUR Int. 2015, 102.

Dies.: Copyright in the EU: in search of (in)flexibilities, GRUR Int. 2014, 419.

Rosenkranz, Frank: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 12.11.2015, C-572/13 – Reprobel, ZUM 2016, 160.

Rösler, Sandra: Diskussionsbericht zum Vortrag von *Obly, Ansgar*, Die Angemessenheit von Vergütungen, Tarifen und Gesamtverträgen, in: *Riesenhuber, Karl* (Hrsg.): Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht – Prozedurale und materielle Wege zu ihrer Bestimmung – INTERGU-Tagung 2012, Tübingen 2013, S. 189 (zitiert: *Rösler* in: *Riesenhuber*, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht).

Rosbach, Claudia: Die Vergütungsansprüche im deutschen Urheberrecht – Praktische Wahrnehmung, Rechtsverkehr und Dogmatik, Baden-Baden 1990 (zitiert: Die Vergütungsansprüche im deutschen Urheberrecht).

Roth, Wulf-Henning: Commentary on ECJ 9.11.2010, C-137/08 – VB Pénezügyi Lázings Zrt. v Ferenc Schneider, ERCL 2011, 425.

Sack, Rolf: Das IPR des geistigen Eigentums nach der Rom II-VO, WRP 2008, 1405.

- Saenger, Ingo* (Hrsg.): Zivilprozessordnung, Familienverfahren – Gerichtsverfassung – Europäisches Verfahrensrecht, Handkommentar, 10. Aufl., Baden-Baden 2023 (zitiert: *Saenger/Bearbeiter*).
- Schack, Haimo*: Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. Tübingen, 2021.
- Ders.*: Schutzgegenstand, „Ausnahmen oder Beschränkungen“ des Urheberrechts, GRUR 2021, 904.
- Ders.*: Anmerkung zu EuGH (Große Kammer), Urteil vom 13.11.2018, C-310/17: Kein Urheberrechtsschutz für Lebensmittelgeschmack mangels Werkcharakter - Levo-la/Smilde, GRUR 2019, 75.
- Ders.*: Anmerkung zur Entscheidung des BGH vom 21.04.2016 (I ZR 198/13) – Zum Verlegeranteil nach § 7 S.1 UrhWahrnG, JZ 2016, 693.
- Ders.*: Urheberrechtliche Schranken für Bildung und Wissenschaft, ZUM 2016, 266.
- Ders.*: Zur Beteiligung der Sendeunternehmen an der Geräte- und Speichermedienabgabe des § 54 I UrhG, GRUR Int. 2009, 490.
- Ders.*: Private Vervielfältigung von einer rechtswidrigen Vorlage?, in: Ahrens, Hans Jürgen / Bornkamm, Joachim / Gloy, Wolfgang / Starck, Joachim / von Ungern-Sternberg, Joachim (Hrsg.), Festschrift für Willi Erdmann: Zum 65. Geburtstag, Köln 2002, S. 165 (zitiert: FS Erdmann 2002).
- Ders.*: Europäisches Urheberrecht im Werden, ZEuP 2000, 799.
- Schaefer, Martin / Staats, Robert*: Jenseits der „Privatkopie“ – Die kollektive Lizenzierung von betriebsinternen digitalen Nutzungen, ZUM 2015, 533.
- Schaefer, Martin*: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 24.03.2022, C-433/20: Vergütungspflicht für gespeicherte Privatkopien geschützter Werke in der Cloud – Austro-Mechana/Strato, GRUR 2022, 563.
- Ders.*: Die digitale Privatkopie im Zeitalter der „Exception based Business Models“, GRUR 2020, 1248.
- Schaub, Renate*: Vollharmonisierung im europäischen Privat- und Wirtschaftsrecht, in: Karakostas, Ioannis K. / Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Methoden- und Verfassungsfragen Europäischer Rechtsangleichung, Berlin u.a. 2011, S. 81 (zitiert: *Schaub* in: Karakostas/Riesenhuber, Methoden- und Verfassungsfragen Europäischer Rechtsangleichung).
- Scherzberg, Arno*: Die innerstaatliche Wirkung von EG-Richtlinien, Jura 1993, 225.
- Schippian, Martin*: Harmonisierung oder Wahrung der nationalen Kulturhoheit? – Die wundersame Vermehrung der Schrankenbestimmungen in Art. 5 der „Multimedia-Richtlinie“, ZUM 2001, 116.

- Schmitt, Thomas R.*: Neues zu den urheberrechtlichen Vergütungsansprüchen – Auswirkungen der Entscheidungen des EuGH in den Rs C-457/11 - C-460/11 (VG Wort/Kyocera ua) und C-521/11 (Austro-Mechana/Amazon), MR-Int. 2013, 9
- Schricker, Gerhard / Katzenberger, Paul*: Die urheberrechtliche Leerkassettenvergütung – Eine Erwiderung, GRUR 1985, 87.
- Schricker, Gerhard (Begr.) / Loewenheim, Ulrich / Leistner, Matthias / Obly, Ansgar* (Hrsg.): Urheberrecht – UrhG, KUG, VGG – Kommentar, 6. Aufl., München 2020 (zitiert: Schricker/Loewenheim/Bearbeiter).
- Schricker, Gerhard*: Zur Bedeutung des Urheberrechtsgesetzes von 1965 für das Verlagsrecht, GRUR Int. 1983, 446.
- Schulze, Gernot*: Anmerkung zu OLG München, Urteil vom 22. Mai 2014, 6 Sch 20/13 WG (ZUM 2014, 810), ZUM 2014, 957.
- Ders.*: Die Schranken des Urheberrechts: Einzelfallgesetzgebung oder System?, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.): Systembildung im Europäischen Urheberrecht – INTERGU-Tagung 2006, Berlin 2007, S. 181 (zitiert: *Schulze* in: Riesenhuber, Systembildung im Europäischen Urheberrecht, 2007).
- Ders.*: Vergütungssystem und Schrankenregelungen – Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, 828.
- Schultze, Isabell*: Europarechtliche Grenzen für die nationale Gesetzgebung im Bereich des Electronic Commerce – Eine Untersuchung anhand der deutschen Umsetzung der Fernabsatz-Richtlinien sowie der E-Commerce-Richtlinie, Baden-Baden 2010 (zitiert: Europarechtliche Grenzen für die nationale Gesetzgebung im Bereich des Electronic Commerce).
- Schunke, Sebastian*: Die Verteilungspraxis der Verwertungsgesellschaften auf dem Prüfstand, ZUM 2015, 37.
- Sell, Aron*: Die offensichtlich rechtswidrige Vorlage einer Privatkopie nach § 53 I Satz 1 UrhG, Hamburg 2018 (zitiert: Die offensichtlich rechtswidrige Vorlage einer Privatkopie).
- Senftleben, Martin*: Copyright, Limitations, and the Three-Step Test – An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law, Den Haag u.a. 2004 (zitiert: Copyright, Limitations, and the Three-Step Test).
- Ders.*: Privates digitales Kopieren im Spiegel des Dreistufentests – Genügt die deutsche Regelung zur Privatkopie den Vorgaben des internationalen Rechts?, CR 2003, 914.
- Servatius, Michael*: Das Verhältnis von Urheber und Verlag – Wohin steuert die Verlagsbeteiligung?, in: Maute, Lena / Mackenrodt, Mark-Oliver (Hrsg.), Recht als Infrastruktur für Innovation, Baden-Baden 2019, S. 201 (zitiert: *Servatius* in: Maute/Mackenrodt, Recht als Infrastruktur für Innovation).

Spindler, Gerald / Schuster, Fabian: Recht der elektronischen Medien – Kommentar, München, 4. Aufl. 2019 (zitiert: *Spindler/Schuster/Bearbeiter* Recht der elektronischen Medien).

Spindler, Gerald: Die Modernisierung des europäischen Urheberrechts – Der Vorschlag zur Portabilitäts-VO und die Planungen der EU-Kommission, CR 2016, 73.

Ders.: Liegt die Zukunft des Urheberrechts in Europa? – Wittem and Beyond, in: Grünberger, Michael / Leible, Stefan (Hrsg.), Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten, Tübingen 2014, S. 227 (zitiert: *Spindler* in: Grünberger/Leible, Die Kollision von Urheberrecht und Nutzerverhalten).

Ders.: Die Reform des Urheberrechts, NJW 2014, 2550.

Ders.: Internetplattformen und die Finanzierung der privaten Nutzung, ZUM 2014, 91.

Ders.: Rechtsprobleme und wirtschaftliche Vertretbarkeit einer Kulturflatrate, Göttingen 2014, abrufbar unter: https://univerlag.uni-goettingen.de/bitstream/handle/3/isbn-978-3-86395-128-3/Spindler_Kulturflatrate.pdf.

Ders.: Geräteabgabe im Lichte europarechtlicher Vorgaben – die jüngste EuGH-Rechtsprechung und die Konsequenzen für das deutsche Recht, in: Schierholz, Anke / Melichar, Ferdinand (Hrsg.), Kunst, Recht und Geld: Festschrift für Gerhard Pfennig zum 65. Geburtstag, München 2012, S. 387 (zitiert: FS Pfennig 2012).

Ders.: Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, 105.

Staats, Robert: Wissenschaftsurheberrecht – Interessenausgleich durch kollektive Rechte-wahrnehmung, ZGE 2018, 310.

Ders.: Der Regierungsentwurf für ein Verwertungsgesellschaftengesetz aus Sicht der VG WORT, ZUM 2016, 81.

Stamatoudi, Irina / Torremans, Paul (Hrsg.): EU Copyright Law – A Commentary, Cheltenham u. a. 2014 (zitiert: *Stamatoudi/Torremans/Bearbeiter* EU Copyright Law).

Statistisches Bundesamt, Klassifikation der Wirtschaftszweige mit Erläuterungen, Wiesbaden 2008, online abrufbar unter: <https://www.destatis.de/DE/Methoden/Klassifikationen/Gueter-Wirtschaftsklassifikationen/Downloads/klassifikation-wz-2008-3100100089004-aktuell.pdf> (zitiert: Klassifikation der Wirtschaftszweige).

Standegger, Elisabeth: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 22.09.2016, C-110/15 (Nokia Italia ua): Zur Ex-ante-Befreiung von der Privatkopieabgabe und zum Rückerstattungsanspruch, jusIT 2017, 14.

Dies: EuGH, Urteil vom 09.06.2016, C-470/14: Keine Finanzierung der Speichermedienvergütung aus dem allgemeinen Staatshaushalt, jusIT 2016, 180

- Dies.:* Die Urheberrechtsabgabe auf Speichermedien und der „gerechte Ausgleich“ im europäischen Urheberrecht – Eine Vertiefung der aktuellen österreichischen Lage aus Anlass der Entscheidung EuGH 21.10.2010, C-467/08 (Urheberrechtsabgabe), jusIT 2011, 1.
- v. Staudinger, Julius* (Begr.): Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsge-
setz und Nebengesetzen – Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse – Einleitung zum
Schuldrecht; §§ 241–243 – (Treu und Glauben), Berlin 2019 (zitiert: Staudin-
ger/*Bearbeiter*).
- Stavridou, Sylvia:* Die Geräte- und Leermedienvergütung in der griechischen Urheber-
rechtslehre und Rechtsprechung, GRUR Int. 2017, 17.
- Stelzer, Timm:* Verlegeranteil an den Einnahmen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen
und aus urheberrechtlichen Nutzungsrechten, MwStR 2021, 927.
- Stieper, Malte:* Privatkopievergütung für die Bereitstellung von Speicherplatz in der Cloud –
Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 24.3.2022 – C-433/20 – Austro-Mechana/Strato
(ZUM 2022, 449), ZUM 2022, 455.
- Ders.:* Das Verhältnis der verpflichtenden Schranken der DSM-RL zu den optionalen
Schranken der InfoSoc-RL, GRUR 2020, 1.
- Ders.:* Der Trans Europa Express ist aus Luxemburg zurück – auf dem Weg zu einer
Vollharmonisierung der urheberrechtlichen Schranken – Zugleich Anmerkung zu
EuGH, Urteile vom 29.7.2019 – C-469/17, C-476/17, C-516/17 (ZUM 2019, 751 –
Funke Medien NRW/Deutschland / ZUM 2019, 738 – Pelham u. a./Hütter u. a.
und EuGH 2019, 759 – Spiegel Online/Beck), ZUM 2019, 713.
- Ders.:* Urheberrecht in der Cloud – Handlungsoptionen zwischen Ausschließlichkeitsrecht
und gesetzlicher Vergütung vor dem Hintergrund der europäischen Rechtsentwick-
lung, ZUM 2019, 1.
- Ders.:* Reformistischer Aufbruch nach Luxemburg – Die Schranken des Urheberrechts im
Lichte europäischer Grundrechte, GRUR 2017, 1209.
- Ders.:* Das System der privaten Vervielfältigung: Interessenausgleich zwischen Urhebern
und Nutzern, ZGE 2015, 170.
- Ders.:* Digital ist besser – Die Bereitstellung digitaler Inhalte als eigenständiger Vertragsty-
pus?, in: Alexander, Christian / Bornkamm, Joachim / Buchner, Benedikt / Fritz-
sche, Jörg / Lettl, Tobias (Hrsg.), Festschrift für Helmut Köhler zum 70. Geburts-
tag, München 2014, S. 729 (zitiert: FS Köhler 2014).
- Ders.:* „Digitalisierung“ des Urheberrechts im Wege verfassungskonformer Auslegung,
GRUR 2014, 1060.
- Ders.:* Neuordnung der urheberrechtlichen Geräteabgabe durch den EuGH, EuZW 2013,
699.
- Ders.:* Harmonisierung der Urheberrechtsschranken durch den EuGH?, ZGE 2012, 443.

Ders.: Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, Tübingen 2009.

Stöhr, Monika: Gesetzliche Vergütungsansprüche im Urheberrecht, Baden-Baden 2007.

Streinz, Rudolf: EUV/AEUV – Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl., München 2018 (zitiert: *Streinz/Bearbeiter*).

Sujecki, Bartosz: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 12.09.2018, C-304/17: Zivilprozessrecht: Örtliche Zuständigkeit für die Geltendmachung eines Haftungsanspruchs gegenüber einer Bank aufgrund mangelhafter Prospektangaben, *EuZW* 2018, 1000.

Ders.: Beitrag zu EuGH, Urteil vom 16.06.2011 – C-462/09: Angemessener Ausgleich auch bei grenzüberschreitendem Vertrieb geschuldet, *GRUR-Prax* 2011, 298.

Timmermanns, Christiaan W. A.: Directives: Their Effect within the National Legal System, *CMLR* 1979, 533.

Triebel, Christian: Beteiligung der Sendeunternehmen an der Privatkopievergütung, Hamburg 2008.

UK IPO: Modernising Copyright: A modern, robust and flexible framework – Government response to consultation on copyright exceptions and clarifying copyright law, Newport 2012, abrufbar unter: https://www.mpaonline.org.uk/wp-content/uploads/2017/09/Modernising_Copyright_-_a_modern_robust_and_flexible_framework_-_Government_response.pdf (zitiert: UK IPO, Modernising Copyright, 2012).

Ullmann, Eike: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 27.06.2013, C-457/11 bis C-460/11: Zustimmung zur Vervielfältigung online gestellter Werke beeinflusst nicht die Vergütungspflicht privilegierter Nutzung nach § 54 UrhG, *jurisPR-WettbR* 9/2013, Anm. 1.

Ders.: EuGH v. 22.10.2010 – Rs. C-467/08 – Padawan/SGAE – und kein Ende, *CR* 2012, 288.

Ullrich, Jan Nicolaus: Clash of Copyrights – Optionale Schranke und zwingender finanzieller Ausgleich im Fall der Privatkopie nach Art. 5 Abs. 2 lit. b) Richtlinie 2001/29/EG und Dreistufentest, *GRUR Int.* 2009, 283, 291.

v. Ungern-Sternberg, Joachim: Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2023, *GRUR* 2024, 3.

Ders.: Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2022, *GRUR* 2022, 1777.

Ders.: Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2021, *GRUR* 2022, 3.

Ders.: Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2019, GRUR 2020, 113.

Ders.: Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2017, GRUR 2018, 225.

Ders.: Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2016, GRUR 2017, 217.

Ders.: Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2015, GRUR 2016, 321.

Ders.: Zur Beteiligung der Verleger an der Gerätevergütung – Beendigung der Diskussion über die Rechtslage durch das EuGH-Urteil „Hewlett-Packard/Reprobel“, GRUR 2016, 38.

Ders.: Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2014, GRUR 2015, 205.

Ders.: Die Bindungswirkung des Unionsrechts und die urheberrechtlichen Verwertungsrechte, in: Büscher, Wolfgang / Erdmann, Willi / Haedicke, Maximilian / Köhler, Helmut / Loschelder, Michael (Hrsg.), Festschrift für Joachim Bornkamm zum 65. Geburtstag, München 2014, S. 1007 (zitiert: FS Bornkamm 2014)

Ders.: Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahre 2013, GRUR 2014, 209.

Ders.: Urheberrechtliche Verwertungsrechte im Lichte des Unionsrechts, GRUR 2012, 1198.

Ders.: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2010 und 2011 (Teil II), GRUR 2012, 321.

Ders.: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten in den Jahren 2008 und 2009 (Teil I), GRUR 2010, 273.

Ders.: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 6. 12. 2007, I ZR 94/05 – Drucker und Plotter I, GRUR 2008, 247.

Varian, Hal R.: Copying and Copyright, Journal of Economic Perspectives (JEP) 2005, 121.

Verweyen, Urs: Keine Vergütungspflicht für Geräte und Speichermedien an gewerbliche Endkunden? (BVerfG, Beschl. v. 24. Mai 2022, Az. 1 BvR 2342/17), Blogbeitrag vom 28. Juni 2022, abrufbar unter: <https://verweyen.legal/alle/angemessene-verguetung-nachverguetung/keine-verguetungspflicht-fuer-geraete-und-speichermedien-an-gewerbliche-endkunden-bverfg-beschl-v-24-mai-2022-az-1-bvr-2342-17/> (zitiert: Keine Vergütungspflicht für Geräte und Speichermedien an gewerbliche Endkunden?, Blogbeitrag vom 28. Juni 2022).

Ders.: Eine neue Grundlage für den Gerechten Ausgleich, JurPC Web-Dok. 10/2019.

Ders.: Anmerkung zu ÖOGH, Urteil vom 21.02.2017, 4 Ob 62/16w: Trägervergütung unter Einschränkungen mit Unionsrecht vereinbar, MMR 2017, 392.

Ders.: Anmerkung zu OLG Wien , 28.12.2015 - 15 R 186/15f (HG Wien): „Leerkassettenvergütung“ europarechtswidrig, MMR 2016, 266.

Ders.: Anmerkung zu Handelsgericht Wien, Urteil vom 25.08.2015, 29 Cg 25/14t, 29 Cg 117/14x: Österreichisches Recht der Geräteabgaben nicht mit InfoSoc-Richtlinie vereinbar – Austro-Mechana/Amazon, GRUR Int. 2016, 47.

Ders.: Anmerkung zu Gerichtshof der Europäischen Union, Urteil vom 12.11.2015, C-572/13: Verleger-Beteiligung an Kopiervergütung mit InfoSoc-Richtlinie unvereinbar – Hewlett-Packard Belgium, GRUR Int. 2016, 36.

Ders.: Es ist an der Zeit, etwas für die Familie zu tun, WRP 6/2016, I.

Ders.: Neuerungen bei den Geräte- und Speichermedienabgaben im Verwertungsgesellschaftengesetz RegE (VGG-RegE), K&R Beilage 1 zu Heft 9/2016, 16 (zitiert: K&R Beil. 9/2016, 16).

Ders.: Pauschale Geräteabgaben: Kein Ende in Sicht – Weiterhin keine praktikable Lösung bei urheberrechtlicher Abgabepflicht für PCs und Drucker/Plotter, MMR 2014, 718.

Ders.: Geräteabgaben: Eins vor, Zwei zurück – Besprechung zu BGH, Urt. v. 30. 11. 2011 – I ZR 59/10 – PC als Bild- und Tonaufzeichnungsgerät, GRUR 2012, 875.

VG Bild-Kunst: Geschäftsbericht 2022, abrufbar unter:
https://www.bildkunst.de/fileadmin/user_upload/downloads/Geschaeftsberichte/2023_06_28_Geschäftsbericht_2022.pdf.

Dies.: Geschäftsbericht 2021, abrufbar unter:
https://www.bildkunst.de/fileadmin/user_upload/downloads/Geschaeftsberichte/2022_07_01_Geschäftsbericht_2021.pdf.

Dies.: Geschäftsbericht 2020, abrufbar unter:
https://www.bildkunst.de/fileadmin/user_upload/downloads/Geschaeftsberichte/2021_10_27_Geschäftsbericht_2020.pdf.

VG Wort und VG Bild-Kunst, Bekanntmachung vom 04.11.2015 über die Aufstellung eines Tarifs zur Regelung der Vergütung von Ansprüchen nach § 54c UrhG, abrufbar unter:
https://www.vgwort.de/fileadmin/vgwort/pdf/inhalt/Tarif_Betreiberverguetung_VG_WORT_041115.pdf.

VG Wort: Geschäftsbericht 2022, abrufbar unter: <https://www.vgwort.de/fileadmin/vgwort/pdf/veroeffentlichungen/geschaeftsberichte/Geschaeftsbericht-2022.pdf>.

Dies.: Geschäftsbericht 2021, abrufbar unter: https://www.vgwort.de/fileadmin/vgwort/pdf/veroeffentlichungen/geschaeftsberichte/Geschaeftsbericht_2021.pdf.

- Dies.: Geschäftsbericht 2020, abrufbar unter: https://www.vgwort.de/fileadmin/vgwort/pdf/veroeffentlichungen/geschaeftsberichte/Geschaeftsbericht_2020.pdf.
- Vitorino, António*: Recommendations resulting from the mediation on private copying and reprography levies, Brüssel 2013, abrufbar unter: https://www.fim-musicians.org/wp-content/uploads/130131_levies-vitorino-recommendations_en.pdf.
- Wagner, Axel-Michael*: Quo vadis, Urheberrecht? – Überlegungen zur Bedeutung des Urheberrechts in der Informationsindriegesellschaft und zum anstehenden „Korb II“, ZUM 2004, 723.
- Wagner, Kristine*: Die Privatkopie als urheberrechtliche Schrankenregelung, Frankfurt am Main u.a. 2011.
- Walter, Michel / v. Lewinski, Silke* (Hrsg.): European Copyright Law – A Commentary, Oxford u. a. 2010 (zitiert: Walter/v. Lewinski/*Bearbeiter* European Copyright Law).
- Walter, Michel M.*: Anmerkung zu OGH, Urteil vom 21.02.2017, 4 Ob 62/16w – Austro Mechana/Amazon Gesellschaft IV, MR 2017, 74.
- Ders.*: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 09.06.2016, C-470/14 – Finanzierung der Speichermedienvergütung aus dem Staatshaushalt, MR-Int. 2016, 82.
- Ders.*: Anmerkung zu OHG, Urteil vom 24.05.2016, 4Ob 112/16y – Zur internationale Zuständigkeit – Speichermedienvergütung, MR-Int. 2016, 77.
- Ders.*: Anmerkung zu OGH, Urteil vom 22.04.2015, 4 Ob 226/14k (Nokia/Vergütung von Trägermaterial IV/Musik-Handys) – Leerkassettenvergütung für Speicherchips in Mobiltelefonen, MR 2015, 162.
- Ders.*: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 12.11.2015, C-572/13 (Reprobel) – Reprografievergütung – gerechter Ausgleich – Beteiligung der Verleger an der Vergütung, MR-Int. 2015, 119.
- Ders.*: Urheber- und Verwertungsgesellschaftenrecht '15, Band I: UrhG mit den Nov 2009-2015, Internationales Privatrecht, Urheberrechtliche EU-Richtlinien, Wien 2015 (zitiert: Urheber- und Verwertungsgesellschaftenrecht, Bd. I).
- Ders.*: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 10.04.2014, C-435/12: Problematik der unrechtmäßigen Quelle (Vorlage), MR-Int. 2014, 46.
- Ders.*: Anmerkung zu OGH, Beschluss vom 17.12.2013, 4 Ob 138/13t – Festplattenvergütung, MR 2014, 25.
- Ders.*: Zur Reform des österreichischen Filmurheberrechts – Zugleich Anmerkungen zum Arbeitspapier des Bundesministeriums für Justiz 2012, MR 2013, 73.
- Ders.*: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 09.02.2012, C-277/10 – Luksan/van der Let, MR 2012, 29.

- Ders.:* Zur Vergütungspflicht von Computer-Festplatten und ähnlichen ‚multifunktionalen‘ Speichermedien wie Speicherchips in Mobiltelefonen, MR Beilage zu Heft 2/2012, 1 (zitiert: MR Beil. 2/2012).
- Ders.:* Die Leerkassettenvergütung nach österreichischem Urheberrecht vor dem Hintergrund der „SGAE/Padawan“-Entscheidung des Gerichtshofs der Europäischen Union, in: Schenk, Brigitte / Lovrek, Elisabeth / Musger, Gottfried / Neumayr, Matthias (Hrsg.): Festschrift für Irmgard Griss, Wien 2011, S. 693 (zitiert: FS Griss 2011).
- Ders.:* Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 21.10.2010, C-467/08 – Gerechter Ausgleich für die private Vervielfältigung, MR-Int. 2010, 121.
- Ders.:* Österreichisches Urheberrecht – Handbuch, I. Teil: Materielles Urheberrecht, Leistungsschutzrechte, Urhebervertragsrecht, Wien 2008 (zitiert: Österreichisches Urheberrecht, I. Teil, 2008).
- Ders.* (Hrsg.): Europäisches Urheberrecht – Kommentar, Wien u.a. 2001 (zitiert: Walter/*Bearbeiter* Europäisches Urheberrecht, 2001).
- Wandtke, Artur-Axel / Bullinger, Winfried* (Hrsg.): Praxiskommentar Urheberrecht – UrhG, UrhDaG, VGG, InsO, UKlaG, KUG, EVtr, InfoSoc-RL, Portabilitäts-VO, 6. Aufl., München 2022 (zitiert: Wandtke/Bullinger/*Bearbeiter*).
- Wandtke, Artur-Axel / Dietz, Claire:* Anmerkung zu BGH, Urteil vom 02.10.2008, I ZR 18/06 – PC, ZUM 2009, 155.
- Wandtke, Artur-Axel / Obst, Claudia:* Medienrecht Praxishandbuch, Band 2: Schutz von Medienprodukten, 3. Aufl. Berlin u.a. 2014 (zitiert: Wandtke/Obst/*Bearbeiter* Praxishandbuch Medienrecht, Bd. 2).
- Wandtke, Artur-Axel / Ostendorff, Saskia:* Urheberrecht, 9. Aufl., Berlin u.a. 2023.
- Wandtke, Artur-Axel:* Grundsätze der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, NJW 2019, 1841.
- Ders.:* Urheberrecht in der Reform oder wohin steuert das Urheberrecht? – Widersprüche in den Reformen des Urheberrechts MMR 2017, 367.
- Ders.:* Buchbesprechung von *Pflüger, Claudius:* Gerechter Ausgleich und angemessene Vergütung – Dispositionsmöglichkeiten bei Vergütungsansprüchen aus gesetzlichen Lizenzen, ZUM 2017, 792.
- Ders.:* Urheber versus Verleger?, MMR 2016, 1.
- Ders.:* Doppelte Lizenzgebühr im Urheberrecht als Modell für den Vermögensschaden von Persönlichkeitsrechtsverletzungen im Internet?, GRUR 2000, 942.
- Weber, Albrecht:* Rechtsfragen der Durchführung des Gemeinschaftsrechts in der Bundesrepublik, Köln 1988.

Weber, Klaus (Hrsg.): *Weber kompakt, Rechtswörterbuch*, 31. Aufl., München 2023 (zitiert: *Weber/Bearbeiter*).

Weber, Peter: *Statement ZDF*, ZUM 2003, 1037.

Wendehorst, Christiane: *Anspruch und Ausgleich – Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht*, Tübingen 1999 (zitiert: *Anspruch und Ausgleich*).

Wiesemann, Hans Peter: *Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien im Lichte technischer Schutzmaßnahmen unter besonderer Berücksichtigung der Verwertungsgesellschaften*, Hamburg 2007 (zitiert: *Die urheberrechtliche Pauschal- und Individualvergütung für Privatkopien*).

Windisch-Graetz, Michaela: *Zur Frage der Unionsrechtskonformität der Widmung eines Teiles der Speichermedienvergütung für soziale und kulturelle Einrichtungen von Verwertungsgesellschaften*, ZUM 2016, 338.

Winghardt, Stefan: *Kopiervergütung für den PC*, ZUM 2002, 349.

Wolf, Christian / v. Bismarck, Moritz: *Kaufmann, Unternehmer, Verbraucher – wann gilt das BGB, wann das HGB, wann Verbraucherrecht?*, JA 2010, 841, 843.

Zaprianos, Nikolaos: *Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 16. 6. 2016, C-12/15 (Universal Music International Holding BV./ Michael Tétréault Schilling u. a.): Deliktsgerichtsstand am Erfolgsort bei reinen Vermögensschäden*, GPR 2016, 251.

Zech, Herbert: *Lizenzen für die Benutzung von Musik, Film und E-Books in der Cloud – Das Verhältnis von Urheber- und Vertragsrecht bei Verträgen über den Werkkonsum per Cloud-Computing*, ZUM 2014, 3.

Zib, Christian / Nitsch, Stephanie: *Rechtsfragen der Trägermaterialvergütung nach § 42b UrhG*, MR Beilage zu Heft 2/2011, 1 (zitiert: *MR Beil. 2/2011*).

Zöchling-Jud, Brigitta: *Richtlinienkonforme Interpretation am Beispiel der Leerkassettenvergütung*, MR 2016, 23.

Zöller, Richard (Begr.): *Zivilprozessordnung (ZPO) – Kommentar*, 35. Aufl., Köln 2024 (zitiert: *Zöller/Bearbeiter*).

ZPÜ: *Transparenzbericht 2022 vom 26.5.2023, abrufbar unter: <https://www.zpue.de/download-center/191-transparenzbericht-2022>*

Dies.: *Transparenzbericht 2021 vom 1.6.2022, abrufbar unter: <https://www.zpue.de/download-center/184-transparenzbericht-2021>*

Dies.: *Transparenzbericht 2020 vom 12.5.2021, abrufbar unter: <https://www.zpue.de/download-center/174-transparenzbericht-2020>*

Zurth, Patrick: *Rechtsgeschäftliche und gesetzliche Nutzungsrechte im Urheberrecht*, Tübingen 2016.

Zypries, Brigitte: Neues Urheberrecht: Die Früchte des Zweiten Korbs, MMR 2007, 545.

Selbstständigkeitserklärung

Ich erkläre hiermit, dass es sich bei der vorliegenden Arbeit um eine von mir selbst und ohne unerlaubte Beihilfe verfasste Originalarbeit handelt.

Ich bestätige überdies, dass die Arbeit als Ganze oder in Teilen nicht zur Abgeltung anderer Studienleistungen eingereicht worden ist.

Ich erkläre weiterhin, dass ich sämtliche in der vorliegenden Arbeit enthaltenen Bezüge auf fremde Quellen als solche kenntlich gemacht habe. Insbesondere bestätige ich, dass ich nach bestem Wissen sowohl bei wörtlich übernommenen Aussagen als auch bei in eigenen Worten wiedergegebenen Aussagen anderer Autoren die Urheberschaft angegeben habe.

Ich versichere, dass ich die Dissertation in dieser oder anderer Form an keiner anderen Fakultät vorgelegt bzw. an keiner anderen Stelle ein entsprechendes Prüfungsverfahren beantragt haben.

Ich nehme zur Kenntnis, dass Arbeiten, welche die Grundsätze der Selbstständigkeitserklärung verletzen – insbesondere solche, die Zitate oder Paraphrasen ohne Herkunftsangaben enthalten –, als Plagiat betrachtet werden können.