

Kapitel 3: Rechtsrahmen des Unionsrechts

Im Folgenden sind die Vorgaben des Unionsrechts für die gesetzlichen Vergütungsansprüche in §§ 44a ff. UrhG zu untersuchen. Der Ausgangspunkt wird die InfoSocRL sein, wobei auch die primärrechtlichen Vorgaben, insbesondere die Unionsgrundrechte, Berücksichtigung bei der Auslegung finden werden. Um Aussagen über nationale Gestaltungsmöglichkeiten vor dem Hintergrund des bestehenden Unionsrechts zu ermöglichen, werden die Ausführungen nicht auf die gesetzliche Lizenz beschränkt sein, sondern auch Zwangslizenzen und andere Beschränkungen des Ausschließlichkeitsrechts miteinbezogen.

A. Europäisches Urheberrecht als teilweise harmonisiertes Urheberrecht

Das Urheberrecht an sich wurde durch die Europäische Union bisher nicht vollständig, sondern nur in Teilbereichen mittels Richtlinien harmonisiert.¹³⁹ Dabei beschränkt sich die Harmonisierung nicht nur auf materielle Aspekte des Urheberrechts, sondern erfasst auch die Durchsetzung von Rechten¹⁴⁰ sowie die Wahrnehmung der Rechte durch Verwertungsgesellschaften¹⁴¹. Von der Harmonisierung unberührt ist bisher der Bereich des individuellen Urhebervertragsrechts¹⁴² in Bezug auf Ausschließlichkeits-

139 Bisher sind dies zum Urheberrecht RL 2014/26/EU, RL 2012/28/EU, RL 2006/116/EU – geändert durch RL 2011/77/EU, RL 2006/115/EG, RL 2004/48/EG, RL 2001/84/EG, RL 2001/29/EG und RL 93/83/EWG. Ferner sind wurden Teile des leistungsschutzrechtliche Aspekte harmonisiert durch die RL 2009/24/EG und RL 96/9/EG.

140 RL 2004/48/EG.

141 RL 2014/26/EU.

142 Metzger, in: Obergfell (Hrsg.), S. 42. Es ist strittig, ob hierfür überhaupt eine Kompetenz der Union besteht; dagegen Würfel, S. 187 f. und Guibault, in: Derclaye (Hrsg.), S. 522 ff.; dafür jedenfalls in Bezug auf die Rechtsfolgenseite einer vergütungspflichtigen gesetzlichen Lizenz über Art. 167 AEUV: Hilty, in: Ohly/Bodewig/Dreier u.a. (Hrsg.), S. 352; für eine umfassende Unions-Kompetenz hinsichtlich des Urhebervertragsrechts über Art. 26 Abs. 1 AEUV Obergfell/Stieper, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), S. 224.

rechte, mit Art. 16 und 23 ff. VG-RL werden aber erste Vorgaben hinsichtlich des (kollektiven) Urhebervertragsrechts gemacht.

Trotz der zunehmenden Durchsetzung des Urheberrechts mit europäischen Richtlinien kann ein einheitliches dogmatisches Konzept des europäischen Urheberrechts bisher nicht angenommen werden.¹⁴³ Dafür ist die bisherige Entwicklung zu sehr auf die Möglichkeit der Beibehaltung der unterschiedlichen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten („copyright“ vs. „droit d’auteur“¹⁴⁴) und den dadurch erforderlichen politischen Kompromiss ausgerichtet. Dies wird umso deutlicher, als die (Kompetenz-)Grundlage für das europäische Urheberrecht die Verwirklichung des Binnenmarktes ist und es im Gegensatz zu der angelsächsischen und kontinentaleuropäischen Rechtstradition an einer rechtsphilosophischen Grundlage fehlt.¹⁴⁵

Mit der Übernahme der Grundrechtecharta ins Primärrecht besteht die Chance, dass die Unionsgrundrechte zum positiv-rechtlichen Fundament für die künftige gesetzliche Ausgestaltung des Urheberrechts werden können.¹⁴⁶ Mit den unterschiedlichen, teils gegenläufigen Grundrechtspositionen der Chartagrundrechte kann das stetige Spannungsverhältnis zwischen Eigentums- und Freiheitsrechten sichtbar gemacht werden, das vom Gesetzgeber im Urheberrecht aufgelöst werden muss.¹⁴⁷ Die urheberrechtlichen Vorschriften stellen das Ergebnis dieses Abwägungsprozesses dar und sind im Lichte der Grundrechte auszulegen.¹⁴⁸ Dies gilt auch für die bereits bestehenden Richtlinien. Durch den Einfluss der Grundrechtecharta ist das Sekundärrecht jedenfalls offen für Wertungen jenseits binnenmarktspezifischer Zielsetzungen.

143 *Spindler*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), S. 231.

144 Vgl. zu den Unterschieden und Gemeinsamkeiten *Ramalho*, S. 6 ff. m.w.N.

145 *Sganga*, in: Caso/Giovanella (Hrsg.), S. 6.

146 Ähnlich *Geiger*, in: Derclaye (Hrsg.), S. 38.

147 *Geiger*, in: Derclaye (Hrsg.), S. 38.

148 *Geiger*, in: Derclaye (Hrsg.), S. 39; zur Bindung des nationalen Gesetzgebers an die Unionsgrundrechte, siehe unten Kapitel 4, A.II.1.

B. InfoSocRL

I. Kompetenzgrundlage

Die InfoSocRL ist vorwiegend auf Art. 95 EG (heute: Art. 114 AEUV) gestützt und soll einen funktionierenden Binnenmarkt sicherstellen.¹⁴⁹ Der gerechte Ausgleich, der bei Ausnahmen oder Beschränkungen vom harmonisierten Ausschließlichkeitsrecht eingeführt werden kann bzw. muss, wird vom Unionsgesetzgeber nicht als wesentliches Hindernis für den Binnenmarkt angesehen.¹⁵⁰ Seine konkrete Ausgestaltung ist daher nicht Gegenstand der InfoSocRL, sodass für die Mitgliedstaaten ein Umsetzungsspielraum bestehen kann.¹⁵¹

II. Struktur der Richtlinie und der Ausnahmen und Beschränkungen

Art. 2 bis 4 InfoSocRL sehen als Ausgangspunkt das Ausschließlichkeitsrecht vor, das kraft Gesetzes in der Person des Urhebers entstehen muss.¹⁵² Mit dem Ausschließlichkeitsrecht soll insbesondere eine angemessene Vergütung für die schöpferische Tätigkeit ermöglicht werden.¹⁵³ Art. 5 Abs. 1 InfoSocRL sieht eine für die Mitgliedstaaten obligatorische und Art. 5 Abs. 2 bis 4 InfoSocRL zahlreiche fakultative Ausnahmen oder Beschränkungen vor.¹⁵⁴ Werden fakultative Ausnahmen oder Beschränkungen von den Mitgliedstaaten freiwillig eingeführt, so ist bei Art. 5 Abs. 2 lit. a), b) und e) InfoSocRL ein gerechter Ausgleich als Kompensation für die Relativierung des Ausschließlichkeitsrechts zwingend vorge-

149 EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 35 – *Padawan; Schack*, ZEuP 2000, 799, 799 f.

150 Im Einzelnen str., ähnlich wie hier *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 153; Dreier/Hugenholtz/Bechtold, Art. 5 Information Society Directive S. 460; a.A. *Schack*, ZGE/IPJ 2009, 275, 278.

151 Siehe hierzu auch *Lucas-Schloetter*, RIDA 243 (2015), 2, 14, 48, 50.

152 Vgl. EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 92 – *Luksan*.

153 Vgl. Erwägungsgrund 10 S.1 InfoSocRL und EuG, Urt. v. 10.7.1991, Az. T-69/89, juris, Rn. 71 – *Radio Telefis Eireann/Kommission*; zur Möglichkeit, das Ausschließlichkeitsrecht nach dem Primärrecht gänzlich durch einen Vergütungsanspruch abzulösen, vgl. *Geiger*, GRUR Int. 2008, 459, 466.

154 EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 36 – *VG Wort*.

sehen. In allen übrigen Fällen können die Mitgliedstaaten nach Erwägungsgrund 36 einen gerechten Ausgleich fakultativ vorsehen.¹⁵⁵

III. Grad der Harmonisierung

Zunächst ist der Grad der Harmonisierung hinsichtlich des gerechten Ausgleichs aus der InfoSocRL festzustellen, um die Reichweite der Richtlinie und damit auch verbleibende Spielräume der Mitgliedstaaten zu bestimmen.

1. Harmonisierungswirkung der InfoSocRL

Die Richtlinie hat als Ganzes betrachtet eine Mindestharmonisierung¹⁵⁶ „auf hohem Schutzniveau“¹⁵⁷ und keine Vollharmonisierung zum Ziel.¹⁵⁸ Die verbindlichen Zielvorgaben¹⁵⁹ sollen zu einer Vereinheitlichung des unionsweiten Urheberrechtsschutzes führen und zugleich die Beibehaltung der unterschiedlichen Urheberrechtstraditionen der Mitgliedstaaten ermöglichen.¹⁶⁰ Daraus folgt jedenfalls für die Verwertungsrechte aus Art. 2 bis 4 InfoSocRL eine Vollharmonisierung, damit zu Rechtsunsicherheiten führende Unterschiede vermieden werden können.¹⁶¹ Allerdings wird die

155 Ob ein gerechter Ausgleich wegen des internationalen Rechtsrahmens, der europäischen Grundrechte oder Art. 5 Abs. 5 InfoSocRL zwingend notwendig ist, ist nach dem materiellen Recht und der jeweiligen Ausgestaltung der Schranken zu bestimmen.

156 Vgl. zu den verschiedenen Harmonisierungstechniken *Ramalho*, 123 ff.

157 Erwägungsgrund 9 S. 1 InfoSocRL. Vgl. ausführlich hierzu *Nielen*, S. 67 ff.

158 *Reinbothe*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), S. 156. Differenzierend nach einzelnen Regelungen *Koch/Druschel*, GRUR 2015, 957, 967.

159 Vgl. Art. 288 Abs. 1, 3 AEUV.

160 Vgl. Erwägungsgrund 32 InfoSocRL; siehe auch ErwGr. 2 S. 1 InfoSocRL, wonach ein allgemeiner und flexibler Ordnungsrahmen angestrebt ist.

161 Vgl. *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 274, 284; zu Art. 3 Abs. 1 InfoSocRL EuGH, Urt. v. 13.2.2014, Az. C-466/12, ZUM 2014, 289, Rn. 33 ff. – *Svensson*; EuGH, Urt. v. 7.12.2006, Az. C-306/05, ZUM 2007, 132, Rn. 30 – *SGAE*; zu Art. 4 Abs. 1 InfoSocRL BGH, Urt. v. 22.1.2009, Az. I ZR 247/03, ZUM-RD 2009, 529, Rn. 19 – *Le Corbusier-Möbel II*; kritisch hierzu *Dreier/Schulze/Schulze*, § 17 UrhG Rn. 4a; *Wandtke/Bullinger/Heerma*, § 17 UrhG Rn. 6 ff., jeweils m.w.N.

harmonisierende Wirkung der Richtlinie durch den Katalog von größtenteils nur fakultativen Ausnahmen und Beschränkungen erheblich relativiert.¹⁶² Die Möglichkeit, in vielen Fällen einen gerechten Ausgleich fakultativ einführen zu können,¹⁶³ schwächt die harmonisierende Wirkung weiter,¹⁶⁴ denn die Entscheidung über die Einführung eines gerechten Ausgleichs liegt weitgehend im Ermessen der Mitgliedstaaten.¹⁶⁵

Obwohl der Unionsgesetzgeber den gerechten Ausgleich nicht verbindlich definiert, muss der gerechte Ausgleich als autonomer Begriff des Unionsrechts kohärent ausgelegt werden.¹⁶⁶ Damit geht aber nicht einher, dass der gerechte Ausgleich in allen Schrankenregelungen des Art. 5 Abs. 2, 3 InfoSocRL zu gleichen Ergebnissen führt. Denn nach dem unionsrechtlichen Prinzip der Nichtdiskriminierung¹⁶⁷ sind sachlich begründete Differenzierungen möglich und ggf. erforderlich. Daher kann beispielsweise zwischen kommerziellen und privaten Nutzungen unterschieden wer-

-
- 162 *Spindler*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), S. 231 f; *Ramalho*, S. 166. Die tatsächliche harmonisierende Wirkung wird zusätzlich durch die Tatsache relativiert, dass der Katalog von Ausnahmen und Beschränkungen lediglich eine Auflistung von bestehenden nationalen Schrankenregelungen ist, vgl. *Hilty*, IIC 2004, 760, 766. Außerdem besteht durch die Schrankengeneralklausel des Art. 5 Abs. 3 lit. o) InfoSocRL die Möglichkeit, sämtliche bestehende Schrankenregelungen im analogen Bereich beizubehalten, womit kein Harmonisierungsdruck entsteht, *Bayreuther*, ZUM 2001, 828, 837.
- 163 Wäre dem nicht so und die Mitgliedstaaten dürften nur dann einen gerechten Ausgleich vorsehen, wenn dies in der Richtlinie ausdrücklich vorgeschrieben ist, würde dies in den Mitgliedstaaten zu einer äußerst problematischen Harmonisierung mit Senkung des Schutzniveaus führen; so jedenfalls zum time-shifting *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 158.
- 164 *Ramalho*, S. 166; sehr deutliche Kritik an der fehlenden harmonisierenden Wirkung der Richtlinie insgesamt *Hugenholtz*, EIPR 2000, 499, 501 f.
- 165 So auch High Court of Justice, Urt. v. 19.6.2015, Az. CO/5444/2014, Rn. 197.
- 166 Siehe zu den Folgen unten Kapitel 3, B.III.3.
- 167 Im Ergebnis auch EuGH, Urt. v. 12.11.2015, Az. C-572/13, GRUR 2016, 55, Rn. 41 – *Reprobel*. Der EuGH nahm die Begründung der Nichtdiskriminierung mit dem Grundrecht auf Gleichbehandlung aus Art. 20 GRCh aus der vorangehenden Rechtsprechung (EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 73 – *VG Wort*) nicht auf; selbiges gilt für die grundrechtlichen Ausführungen des Generalanwalts zu einer anderen Frage, vgl. *GA Villalón*, Schlussanträge in Rs. C-572/13, Rn. 68. Der Grundsatz des Gleichbehandlung ist auch in vorangegangener Rechtsprechung anerkannt, vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az. C-463/12, GRUR 2015, 478, Rn. 32 f. – *Copydan/Nokia*.

den.¹⁶⁸ Insoweit ist der gerechten Ausgleich an den jeweiligen Schrankenatbestand gekoppelt. Schrankenatbestände, die vor allem anonyme Massennutzungen privilegieren, können eine andere Art von Ausgleich erhalten als Schrankenatbestände, die typischerweise individuell erfassbare Nutzungen betreffen.¹⁶⁹

Die harmonisierende Wirkung des gerechten Ausgleichs aus Art. 5 InfoSocRL wird damit vorwiegend durch eine kohärente Auslegung erreicht, im Rahmen derer auch auf Prinzipien des Primärrechts zurückzugreifen ist.

2. Einführung des gerechten Ausgleichs als Option

Die Mitgliedstaaten haben bei vielen Schrankenbestimmungen des Art. 5 Abs. 2 bis 4 InfoSocRL die Wahl, ob sie einen gerechten Ausgleich einführen oder nicht. Insoweit besteht hinsichtlich des gerechten Ausgleichs ein gebundenes Optionsrecht vergleichbar mit den einzelnen Schrankenregelungen in Art. 5 Abs. 2 InfoSocRL. Hat sich ein Mitgliedstaat aber für die Einführung eines solchen Ausgleichs entschieden, muss er sich an die unionsrechtlichen Vorgaben halten.¹⁷⁰ Die Mitgliedstaaten sind auch dann an das Unionsrecht gebunden, wenn sie über dessen (vermeintliche) Mindestanforderungen hinausgehen.¹⁷¹ Denn die Mitgliedstaaten dürfen zwar „Form, Einzelheiten und Höhe“ des gerechten Ausgleichs bestimmen, sie müssen aber stets die Vorgaben der InfoSocRL und „ganz allgemein des Unionsrechts“ beachten.¹⁷²

168 EuGH, Urt. v. 12.11.2015, Az. C-572/13, GRUR 2016, 55, Rn. 42 – *Reprobel*; EuGH, Urt. v. 11.7.2013, Az. C-521/11, GRUR 2013, 1025, Rn. 49 ff. – *Amazon/Austro-Mechana*.

169 Dies käme beispielsweise bei Art. 5 Art. 3 lit. b), c), h) InfoSocRL in Betracht.

170 Im Ergebnis auch EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 37 – *VG Wort*; EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az. C-463/12, GRUR 2015, 478, Rn. 65 – *Copydan/Nokia*.

171 Vgl. zum notwendigen kohärenten Auslegung des gerechten Ausgleichs und der zu Grunde liegenden Parameter EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 31 ff. – *Padawan*; siehe auch *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 286; a.A. *Riesenhuber*, EuZW 2016, 16, 18; *Reinbothe*, in: Stamatoudi (Hrsg.), S. 321.

172 EuGH, Urt. v. 9.6.2016, Az. C-470/14, GRUR 2016, 687, Rn. 23 – *EGEDA*.

3. Harmonisierungswirkung des unbestimmten Rechtsbegriffs „gerechter Ausgleich“

Der Unionsgesetzgeber hat durch die Benutzung des unbestimmten und ausfüllungsbedürftigen Rechtsbegriffs „gerechter Ausgleich“ bewusst die Entscheidung getroffen, die Konkretisierung des gerechten Ausgleichs nicht selbst vorzunehmen. Da der „gerechte Ausgleich“ ein autonomer Begriff des Unionsrechts ist,¹⁷³ hat der Unionsgesetzgeber die verbindliche Konkretisierung an den EuGH delegiert.¹⁷⁴ Dieser ist zur Auslegung des unbestimmten Rechtsbegriffs im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 267 Abs. 1 lit. b) AEUV befugt, kann hierbei aber nur allgemeine Vorgaben zur Auslegung machen. Da diese gleichfalls ausfüllungsbedürftig sind¹⁷⁵ und auf den konkreten Fall angewendet werden müssen,¹⁷⁶ verbleibt den Mitgliedstaaten stets ein gewisser Konkretisierungsspielraum, der eine vollständige Vereinheitlichung ausschließt.

Außerdem nimmt der Unionsgesetzgeber bewusst in Kauf, dass die harmonisierende Wirkung erst im Laufe der Zeit erreicht wird, da diese maßgeblich von der Kooperation nationaler Gerichte mit dem EuGH und dem Vorliegen geeigneter Vorlageverfahren nach Art. 267 AEUV abhängt.¹⁷⁷ Erst durch die Rechtsprechung des EuGH wird der Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten faktisch beschränkt,¹⁷⁸ wenn dieser die Anforderungen an den gerechten Ausgleich in Übereinstimmung mit dem Primärrecht mit jedem weiteren Urteil¹⁷⁹ genauer spezifiziert und damit Inhalt und Reich-

173 St. Rspr., zuletzt EuGH, Urt. v. 9.6.2016, Az. C-470/14, GRUR 2016, 687, Rn. 38 – *EGEDA*; EuGH, Urt. v. 12.11.2015, Az. C-572/13, GRUR 2016, 55, Rn. 38 f. – *Reprobel*.

174 Vgl. allgemein *Röthel*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Methodenlehre, § 11 Rn. 1, 4; kritisch zur Zulässigkeit der Delegation im Allgemeinen *Röthel*, S. 325 f.

175 *Röthel*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Methodenlehre, § 11 Rn. 25 f.

176 Der EuGH kann im Rahmen eines Vorlageverfahrens (Art. 267 AEUV) den zu Grunde liegenden Fall nicht lösen, sondern darf nur über die Auslegung des Unionsrechts entscheiden, vgl. zur Richtlinie 93/13/EWG: EuGH, Urt. v. 1.4.2004, Az. C-237/02, NJW 2004, 1647, Rn. 22 – *Freiburger Kommunalbauten*. Siehe hierzu auch *Röthel*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Methodenlehre, § 11 Rn. 18 ff. m.w.N.

177 *Röthel*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Methodenlehre, § 11 Rn. 48.

178 *Leistner*, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), S. 263.

179 Bisher sind dies EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az. C-463/12, GRUR 2015, 478 – *Copydan/Nokia*; EuGH, Urt. v. 11.7.2013, Az. C-521/11, GRUR 2013, 1025 – *Amazon/Austro-Mechana*; EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11,

weite der Harmonisierung bestimmt.¹⁸⁰ Für den unbestimmten Rechtsbegriff „gerechter Ausgleich“ ist damit die Konkretisierungsbefugnis der Judikative der Europäischen Union vorrangig vor der subsidiären Konkretisierungsbefugnis sämtlicher Organe der Mitgliedstaaten.¹⁸¹

IV. Ausnahme oder Beschränkung und die Auswirkungen auf den gerechten Ausgleich

Fraglich ist, ob es für den gerechten Ausgleich einen Unterschied macht, ob eine „Ausnahme“ oder eine „Beschränkung“ vom Ausschließlichkeitsrecht vorliegt, mithin ob eine Koppelung des gerechten Ausgleichs an die Regelungstechnik besteht.

1. Anwendbarkeit des gerechten Ausgleichs bei Ausnahmen und Beschränkungen

Der EuGH unterscheidet, ob im Rahmen von Art. 5 InfoSocRL das Ausschließlichkeitsrecht aufrechterhalten wurde oder nicht: Wurde das Ausschließlichkeitsrecht nicht vollkommen ausgeschlossen, sei wegen der (eingeschränkten) Aufrechterhaltung des Ausschließlichkeitsrechts kein Platz für den gerechten Ausgleich, da es insoweit nichts auszugleichen gäbe.¹⁸² Sei das Ausschließlichkeitsrecht hingegen gänzlich aufgehoben, komme der gerechte Ausgleich zur Anwendung, da eine Zustimmung oder Genehmigung des Rechtsinhabers insoweit keine Rechtswirkung i.R.d.

GRUR 2013, 812 – *VG Wort*; EuGH, Urt. v. 16.6.2011, Az. C-462/09, GRUR 2011, 909 – *Stichting de Thuiskopie*; EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50 – *Padawan*; EuGH, Urt. v. 12.11.2015, Az. C-572/13, GRUR 2016, 55 – *Reprobel*; EuGH, Urt. v. 9.6.2016, Az. C-470/14, GRUR 2016, 687 – *EGEDA*.

180 Vgl. *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 285 und allgemein *Leenen*, JURA 2012, 753, 757; *Röthel*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Methodenlehre*, § 11 Rn. 10.

181 Vgl. *Röthel*, S. 314.

182 Vgl. EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 34 ff. – *VG Wort*.

InfoSocRL entfalten könne und quasi ins Leere gehe.¹⁸³ Das gelte es auszugleichen.

Zu Unklarheiten¹⁸⁴ hat die *VG WORT*-Entscheidung des EuGH geführt, wenn er im Rahmen der Ausnahmen und Beschränkungen zwischen „Ausschluss“, „Einschränkung“ und „Aufrechterhaltung“ des Ausschließlichkeitsrechts unterscheidet.¹⁸⁵ Nur bei einem nicht beibehaltenen Vervielfältigungsrecht sei der gerechte Ausgleich anwendbar.¹⁸⁶ Hierbei könne es Situationen geben, bei denen für eine Werknutzung eine Genehmigung des Rechtsinhabers notwendig sei, obwohl das Ausschließlichkeitsrecht vollständig aufgehoben ist.¹⁸⁷ Damit kann der EuGH nur eine Konstellation gemeint haben, in welcher der Urheber für eine Werknutzung innerhalb eines Schrankentatbestands aus Gründen zustimmen muss, die außerhalb der InfoSocRL liegen. Diese Gründe können beispielsweise im nationalen Urheberpersönlichkeitsrecht liegen. Daher ist aus Sicht des EuGH entscheidend, ob eine erforderliche Genehmigung des Rechtsinhabers (oder einer anderen Person) sich auf Rechte nach Art. 2 bis 4 InfoSocRL bezieht, oder ob die Notwendigkeit einer Genehmigung auf andere Gründe zurückzuführen ist. Für die Anwendbarkeit des gerechten Ausgleichs kommt es für den EuGH allein darauf an, dass eine vollständige Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht vorliegt.¹⁸⁸

Diese Unterscheidung für die Anwendbarkeit des gerechten Ausgleichs kann nicht überzeugen. Zutreffend erkennt der EuGH, dass Art. 5 InfoSocRL zwischen Ausnahmen und Beschränkungen von den Rechten

183 EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az. C-463/12, GRUR 2015, 478, Rn. 66 – *Copydan/Nokia*; EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 37 – *VG Wort*.

184 Vgl. *Dreier*, ZUM 2013, 769, 773 f.

185 EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 34 – *VG Wort*.

186 Vgl. EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 37, 39 – *VG Wort*.

187 EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 38 – *VG Wort*.

188 Eine Zustimmung des Rechtsinhabers in die Vervielfältigung hat damit auf den gerechten Ausgleich keine Auswirkungen, EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 40 – *VG Wort*. Dies gilt für Ausnahmen vom Ausschließlichkeitsrecht, weil die Zustimmung dann ins Leere geht, und für ein beschränktes oder aufrechterhaltenes Vervielfältigungsrecht, weil dort der gerechte Ausgleich nach Ansicht des EuGH keine Anwendung findet.

aus Art. 2 bis 4 InfoSocRL unterscheidet.¹⁸⁹ Nicht zutreffend ist hingegen, dass der gerechte Ausgleich nur bei einer Ausnahme, nicht hingegen bei einer Beschränkung der Rechte nach Art. 2 bis 4 InfoSocRL Anwendung findet. Dem steht der eindeutige Wortlaut des Art. 5 Abs. 2 lit. a), b) und e) InfoSocRL entgegen, der einen gerechten Ausgleich bei einer Ausnahme *und* einer Beschränkung für zwingend hält.¹⁹⁰ Dies hätte der Gesetzgeber – parallel zu Art. 5 Abs. 1 InfoSocRL, der nur eine Ausnahme von Art. 2 InfoSocRL erlaubt – auch anders regeln können.¹⁹¹ Dennoch kann der gerechte Ausgleich bei einer Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht anders zu beurteilen sein als bei einer Beschränkung. Denn der Anknüpfungspunkt an das, was ausgeglichen werden soll, ist jeweils unterschiedlich.¹⁹² Um diese Anforderungen differenziert darstellen zu können, ist es zunächst erforderlich, die Grenze zwischen Ausnahme und Beschränkung zu ziehen.

2. Abgrenzung von „Ausnahme“ und „Beschränkung“

Der BGH sieht in einer Schrankenregelung, die eine erlaubnisfreie vergütungspflichtige Nutzung vorsieht, eine Beschränkung i.S.d. Art. 5 Info-

189 EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 33 – *VG Wort*.

190 Siehe ErwGr. 35 S. 1 InfoSocRL, wonach Rechtsinhaber in bestimmten Fällen von Ausnahmen *oder* Beschränkungen einen gerechten Ausgleich erhalten sollen.

191 Auch Art. 5 Abs. 1 RL 92/100/EWG = Art. 6 Abs. 1 RL 2006/115/EG bezieht sich beim Folgerecht nur auf Ausnahmen vom Ausschließlichkeitsrecht, womit eine bewusste Unterscheidung zwischen den Begriffen Ausnahme und Beschränkung bestätigt wird.

192 Die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte sind auch in Erwägungsgrund 35 InfoSocRL angedeutet: S. 1 geht von einer angemessenen Vergütung aus, wie sie bei Ausnahmen vom Ausschließlichkeitsrecht in den Mitgliedstaaten üblich sind. S. 4 sieht vor, dass eine spezifische Zahlung entfallen kann, wenn der Rechtsinhaber bereits Zahlungen auf anderer Grundlage erhalten hat und nennt als Beispiel hierfür eine Lizenzgebühr. „Lizenzgebühren“ werden typischerweise bei einem bestehenden oder beschränkten Ausschließlichkeitsrecht bei (Zwangs-)Lizenzen vereinbart. Die Richtlinie hat damit eine Konstellation vor Augen, bei dem ein Nutzer in einem Lizenzverhältnis zum Rechtsinhaber steht und dieses Lizenzverhältnis nicht nur Nutzungen im Rahmen von Schrankentatbeständen betrifft, sondern auch im Rahmen eines uneingeschränkt bestehenden Ausschließlichkeitsrechts. In einem solchen Fall ist die separate Ausweisung des Anteils, der auf den gerechten Ausgleich entfällt, nicht zwingend notwendig.

SocRL.¹⁹³ Demnach wäre die Einführung eines gerechten Ausgleichs das maßgebliche Abgrenzungskriterium zwischen einer Ausnahme und Beschränkung. Dies kann nicht überzeugen, da der BGH auf eine wirtschaftliche Gesamtbetrachtung abstellt und nicht normativ an die Regelungstechnik der Richtlinie anknüpft. Im Übrigen wäre die Folge dieser Ansicht, dass ein gerechter Ausgleich nur bei einer Beschränkung möglich wäre, was sich – wie bereits festgestellt – nicht mit dem Richtlinien-text vereinbaren lässt.

Eine Ausnahme von den Rechten aus Art. 2 bis 4 InfoSocRL muss damit unabhängig von der Einführung eines Ausgleichs dann vorliegen, wenn die privilegierte Nutzung erlaubnisfrei ist.¹⁹⁴ Das Gesetz normiert die Erlaubnis zur Nutzung, die ohne die Ausnahme der Rechtsinhaber vornehmen müsste. Der gerechte Ausgleich knüpft demnach an den Umstand an, dass der Rechtsinhaber nicht mehr die Möglichkeit hat, die Erlaubnis zur Werknutzung im Rahmen von Art. 2 bis 4 InfoSocRL zu erteilen.¹⁹⁵ Damit ist beispielsweise die Konstellation der gesetzlichen Lizenz gemeint. Allein auf diese Fallkonstellation bezieht sich die bisherige Rechtsprechung des EuGH.¹⁹⁶

Eine Beschränkung i.S.d. Art. 5 InfoSocRL liegt entgegen der bisherigen Ansicht in der Literatur¹⁹⁷ dann vor, wenn die Ausschließlichkeitsrechte aus Art. 2 bis 4 InfoSocRL zwar für den Rechtsinhaber bestehen,

193 So zu § 53 Abs. 1 und 2 in der bis 12.09.2003 gültigen Fassung BGH, Urt. v. 3.7.2014, Az. I ZR 30/11, GRUR 2014, 984, Rn. 71 – *PC III*.

194 A.A. BGH, Urt. v. 3.7.2014, Az. I ZR 30/11, GRUR 2014, 984, Rn. 71 – *PC III*.

195 Allein auf die Ausnahmen ist die Rechtsprechung des EuGH zum gerechten Ausgleich anwendbar, da der EuGH im Übrigen nicht von der Anwendbarkeit des gerechten Ausgleichs ausgeht.

196 Dies bestätigt der EuGH, indem er die nicht genehmigte Nutzung ausgeglichen haben will, vgl. beispielhaft EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 39 f. – *Padawan*. Er bezieht sich nur auf Ausnahmen, nicht auch auf Beschränkungen, vgl. EuGH, Urt. v. 16.6.2011, Az. C-462/09, GRUR 2011, 909, Rn. 2, 18 ff. – *Stichting de ThuisKopie*; EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az. C-463/12, GRUR 2015, 478, Rn. 14, 19 ff. – *Copydan/Nokia*. Anders scheinbar nach dem Wortlaut der Urteile EuGH, Urt. v. 9.6.2016, Az. C-470/14, GRUR 2016, 687, Rn. 18 – *EGEDA*; EuGH, Urt. v. 12.11.2015, Az. C-572/13, GRUR 2016, 55, Rn. 29, 31 – *Reprobel*; EuGH, Urt. v. 11.7.2013, Az. C-521/11, GRUR 2013, 1025, Rn. 18 – *Amazon/Austro-Mechana*.

197 Siehe *Stieper*, EuZW 2013, 699, 700, der Zwangslizenzen wohl unter das aufrechterhaltene Vervielfältigungsrecht einordnet; siehe auch *Hilty/Senftleben*, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), S. 335, die die Zwangslizenz außerhalb des Regelungs-bereichs von Art. 5 InfoSocRL sehen; unklar der EuGH, der jedenfalls den gerech-

dieser aber in der Ausübung dieser Rechte beschränkt ist. Lügen derartige Fallgestaltungen außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 5 InfoSocRL, wäre eine schrankenlose Einführung von Beschränkungen möglich, die dem Harmonisierungsziel der InfoSocRL widerspräche. Die Nutzung bedarf bei Beschränkungen nach wie vor der Erlaubnis des Rechtsinhabers, dieser muss die Erlaubnis aber unter den Voraussetzungen erteilen, wie sie im nationalen Privilegierungstatbestand vorgesehen sind. Dies entspricht der Konstellation einer Zwangslizenz. Aber auch ein verwertungsgesellschaftspflichtiges Ausschließlichkeitsrecht¹⁹⁸ kann eine Beschränkung der Rechte aus Art. 2 bis 4 InfoSocRL darstellen, wenn die Verwertungsgesellschaft einem Kontrahierungszwang unterliegt.¹⁹⁹ Der Urheber ist an der Ausübung des Ausschließlichkeitsrechts selbst gehindert, er muss es an eine Verwertungsgesellschaft übertragen, damit diese es ausüben kann. Die Verwertungsgesellschaft unterliegt wiederum nach Art. 16 VG-RL einem Kontrahierungszwang gegenüber den Nutzern, womit eine Lizenzvergabe ähnlich der Zwangslizenz gewährleistet ist, weil sie das Ausschließlichkeitsrecht nicht frei ausüben kann.²⁰⁰ Anknüpfungspunkt des gerechten Ausgleichs bei einer Beschränkung sind damit die Beschränkungen, denen der Rechtsinhaber bei der Entscheidung über die Erlaubniserteilung unterliegt.

ten Ausgleich (verstanden als Anspruch auf eine angemessene Vergütung bei Vervielfältigungsgeräten) bei einem lediglich beschränkten Ausschließlichkeitsrecht nicht anwenden will, vgl. EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 34 ff. – *VG Wort*.

- 198 Siehe zu den Vor- und Nachteilen eines verwertungsgesellschaftspflichtigen Ausschließlichkeitsrechts *Plate*, S. 205 f.
- 199 Folglich darf auch ein verwertungsgesellschaftspflichtiges Verwertungsrecht nur in den in Art. 5 Abs. 2 bis 4 InfoSocRL geregelten Fällen vorgesehen werden. Dies steht nicht im Widerspruch zu anderen verwertungsgesellschaftspflichtigen Ausschließlichkeitsrechten, beispielsweise dem Kabelweiterverbreitungsrecht nach Art. 8 ff. RL 93/83 EWG bzw. im deutschen Recht nach § 20b UrhG. Nach Art. 1 Abs. 3 lit. c) InfoSocRL bleibt die RL 93/83/EWG unberührt. Zudem normieren Art. 2 bis 4 InfoSocRL kein Kabelweiterverbreitungsrecht. Die entsprechenden Regelungen zum Kabelweiterverbreitungsrecht liegen damit außerhalb des Anwendungsbereichs von Art. 5 InfoSocRL.
- 200 Ähnlich *Geiger*, GRUR Int. 2008, 459, 467, der kaum einen Unterschied zwischen einem durch eine Verwertungsgesellschaft wahrgenommenen Ausschließlichkeitsrecht und verwertungsgesellschaftspflichtigen Vergütungsansprüchen sieht.

3. Folgerungen

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der gerechte Ausgleich sowohl auf Ausnahmen als auch auf Beschränkungen vom Ausschließlichkeitsrecht Anwendung findet. Entscheidend für die Anwendung des gerechten Ausgleichs ist allein die Tatsache, ob der Geltungsbereich oder die Ausübungsfreiheit eines Rechts nach Art. 2 bis 4 InfoSocRL relativiert wird. Schließlich sind die allein relevanten Anknüpfungspunkte der Ausnahme oder Beschränkung die Ausschließlichkeitsrechte aus Art. 2 bis 4 InfoSocRL.²⁰¹ Da die Richtlinie frei von der urheberrechtlichen Dogmatik der Mitgliedstaaten ist und lediglich verbindliche Zielvorgaben enthält, muss sich die Art der Relativierung auch beim gerechten Ausgleich niederschlagen. Dieser ist als flexibles Ausgleichsinstrument nicht an bestehende Systeme gebunden, sondern offen für innovative Ausgleichsformen abseits bestehender Regelungen.²⁰² Er ist damit nicht nur auf bestehende Vergütungssysteme bei Schrankenbestimmungen anwendbar, sondern auch bei Beschränkungen der Rechte nach Art. 2 bis 4 InfoSocRL. Hierbei werden allgemeine Grundsätze festzustellen sein, die bei allen Arten von Schrankenregelungen Anwendung finden. Hinsichtlich der Einzelheiten wird aber zu differenzieren sein, ob der gerechte Ausgleich bei einer Ausnahme oder einer Beschränkung eingeführt wird.

V. Abgrenzung zur angemessenen Vergütung

Der gerechte Ausgleich ist nicht mit der angemessenen Vergütung gleichzusetzen.²⁰³ Dies legt schon der unterschiedliche Wortlaut nahe, auch wenn diesem aufgrund der Sprachenvielfalt auf Unionsebene und der weniger scharfen Begrifflichkeit nicht zu große Bedeutung beigemessen werden kann.²⁰⁴ Dennoch legt die Wahl des Begriffs des „gerechten Ausgleichs“ eine inhaltliche Abweichung von der „angemessenen Vergütung“

201 So für Beschränkungen *Geiger*, S. 8.

202 Ähnlich High Court of Justice, Urt. v. 19.6.2015, Az. CO/5444/2014, Rn. 194, 198, 205.

203 *Reinbothe*, GRUR-Prax 2015, 454, 455; *Lucas-Schloetter*, RIDA 243 (2015), 2, 18 ff., 24 ff.; a.A. wohl EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 103 f. – *Luksan*.

204 *Leenen*, JURA 2012, 753, 757 *Wiegand/Brühlhart*, S. 22 f.; *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Methodenlehre*, § 10 Rn. 14.

nahe, schließlich hat der Unionsgesetzgeber bewusst den neuen Begriff des „gerechten Ausgleichs“ eingeführt.²⁰⁵ Es bestehen schon rein sprachlich Unterschiede zwischen gerecht (engl.: „fair“) und „angemessen“ (engl.: „equitable“) sowie „Ausgleich“ (engl.: „compensation“) und „Vergütung“ (engl.: „remuneration“). Insgesamt ist der gerechte Ausgleich die offenere und abstraktere Formulierung: Gerecht deutet darauf hin, dass Interessen umfassend mit einbezogen werden können, um allen Beteiligten gerecht zu werden; der Ausgleich intendiert die Wiederherstellung eines Gleichgewichts. Es steht also ein Abwägungsprozess zwischen den beteiligten Interessen im Vordergrund. Im Gegensatz hierzu geht der Begriff der Vergütung von einer monetären Gegenleistung für die Nutzung aus, die unter die Ausnahme oder Beschränkung fällt. Die Vergütung muss eine angemessene Höhe erreichen. Der „gerechte Ausgleich“ scheint dem Wortlaut nach gegenüber der angemessenen Vergütung das flexiblere Instrument zu sein, wenngleich allein aus dem Wortlaut keine konkreten Vorgaben abgeleitet werden können.

Die Entstehungsgeschichte²⁰⁶ bestätigt dieses Zwischenergebnis: Mit der Verwendung des Begriffs des „gerechten Ausgleichs“ statt der „angemessenen Vergütung“ sollten die Unterschiede zwischen dem kontinental-europäischen und dem angelsächsischen Urheberrecht überwunden werden.²⁰⁷ Der gerechte Ausgleich ist ein politischer Kompromiss, der die Beibehaltung der unterschiedlichen Vergütungstraditionen in den Mitgliedstaaten ermöglichen sollte²⁰⁸, ohne denjenigen Mitgliedstaaten ohne Vergütungssystem die Pflicht zur Einführung eines Vergütungssystems (offensichtlich) vorzuschreiben.²⁰⁹ Daher war der Begriff der „angemessenen Vergütung“, der kontinentaleuropäisch besetzt ist, nicht mehrheitsfähig und es musste eine neue Begrifflichkeit eingeführt werden. Mit dem

205 Der Begriff der angemessenen Vergütung wurde z.B. in Art. 4 Abs. 1 Richtlinie 92/100/EWG verwendet; vgl. auch EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 103 f. – *Luksan*.

206 Zur Berücksichtigung der Entstehungsgeschichte bei der Ermittlung des Gesetzgeberwillens, siehe allgemein: *Wiegand/Brühlhart*, S. 24 und *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), *Methodenlehre*, § 10 Rn. 41.

207 *Guibault*, JIPITEC 2010, 55, 58; *GA Trstenjak*, Schlussanträge in Rs. C-467/08, Rn. 43; *Dreier/Hughenholz/Bechtold*, Art. 5 Information Society Directive S. 459.

208 Siehe *ErwGr.* 38 S. 2 InfoSocRL und *Reinbothe*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), S. 158; *Reinbothe*, in: *Stamatoudi* (Hrsg.), S. 315.

209 *Stöhr*, S. 81 f. Auch in *ErwGr.* 32 S. 3 InfoSocRL kommt zum Ausdruck, dass bestehende Vergütungssysteme beibehalten werden können.

Erfordernis eines eher allgemeinen Ausgleichs²¹⁰ war ein mehrheitsfähiger Begriff gefunden,²¹¹ der die Teilhabe des Urhebers bzw. Rechtsinhabers an dem Erfolg seines Werkes sicherstellen soll.²¹² Das Konzept des gerechten Ausgleichs ist also einerseits weniger streng als das der angemessenen Vergütung,²¹³ andererseits aber als flexibles Instrument nicht auf bestehende Vergütungssysteme festgelegt und damit weiter in seinem Anwendungsbereich. Daher ist der gerechte Ausgleich als *aliud* und nicht als *minus* im Verhältnis zur angemessenen Vergütung zu anzusehen.²¹⁴ Es ist damit nicht zwingend an das Regelungsregime für die angemessene Vergütung im Unionsrecht gebunden.

VI. Materielle Anforderungen an den gerechten Ausgleich

Fraglich ist, welche inhaltlichen Anforderungen an den gerechten Ausgleich zu stellen sind. Nach einer grundlegenden funktionalen Einordnung

-
- 210 *Lucas-Schloetter*, RIDA 243 (2015), 2, 16; siehe auch *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 152, der aber insofern widersprüchlich argumentiert, als er als offensichtliches Ziel des gerechten Ausgleichs ansieht, „den Rechtsinhabern eine angemessene Vergütung für die Nutzung ihrer Werke zu gewährleisten“, *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 153 f.
- 211 Vgl. hierzu *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 150 m.w.N. *Reinbothe* begründet das allgemeine Verständnis unter anderem mit der Verhandlungssprache „italienisch“ und dem Begriff *equo compenso*. Die Argumentation ist in diesem Punkt wenig überzeugend, als im Unionsrecht alle Amtssprachen gleichwertig nebeneinander stehen und kein Vorrang einer Sprachfassung gelten kann, vgl. *Riesenhuber*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Methodenlehre, § 10 Rn. 16. Auch aus rein praktischen Gesichtspunkten kann bei Verhandlungen mit mehreren Staaten nicht davon ausgegangen werden, dass jedem Teilnehmer ein Wörterbuch mit sämtlichen Synonymen und Wortbedeutungen zur Verfügung steht und damit trennscharfe Begrifflichkeiten bezweckt sind, vgl. *Ficsor*, RIDA 192 (2002), 111, 207.
- 212 *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 155 f; *Reinbothe*, in: Stamatoudi (Hrsg.), S. 315 f.
- 213 *Reinbothe* sieht im gerechten Ausgleich eine Art „Sockelvergütungspflicht“, die Mindestvoraussetzungen hinsichtlich der wirtschaftlichen Teilhabe der Rechtsinhaber an der Werknutzung beinhaltet und damit vor allem an Mitgliedstaaten gerichtet ist, die noch keine Vergütungsregeln kennen und solche zumindest bei der Einführung einer Ausnahme oder Beschränkung nach Art. 5 Abs. 2 lit. a), b) oder e) InfoSocRL auf niedrigem Niveau einführen müssen; vgl. *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 156.
- 214 So wohl auch *Reinbothe*, in: Stamatoudi (Hrsg.), S. 319 f.; im Ergebnis auch *Luca-Schloetter*, RIDA 243 (2015), 2, 24 ff.

des gerechten Ausgleichs in Art. 17 GRCh werden vor diesem Hintergrund die materiellen Vorgaben des gerechten Ausgleichs in diesem Abschnitt konkretisiert werden.

1. Funktion des gerechten Ausgleichs im Rahmen von Art. 17 GRCh

Bei der Konkretisierung des gerechten Ausgleichs hat der EuGH nicht nur die Vorgaben des InfoSocRL zu beachten, sondern auch das gesamte Primärrecht.²¹⁵ Seit der Integrierung der Grundrechtecharta in das Primärrecht durch Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 EUV²¹⁶ sind daher die Chartagrundrechte als positiver Rahmen für die Auslegung der InfoSocRL zu berücksichtigen.²¹⁷ In einem besonders grundrechtssensiblen Rechtsgebiet wie dem Urheberrecht sind bei der Ermittlung des Inhalts unbestimmter Rechtsbegriffe die Grundrechte außerdem von besonderer Bedeutung, um die Funktion und die Systematik des gerechten Ausgleichs bestimmen zu können.

a. Funktion europäischer Grundrechte bei der Gesetzgebung

Bei der Auslegung der Richtlinie als europäischer Rechtsakt sind die Institutionen der Europäischen Union an die Grundrechtecharta gebunden, wie es sich unmittelbar aus Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh ergibt.²¹⁸ Dies gilt nach der hier vertretenen Auffassung²¹⁹ auch für den Bereich, in dem der Unionsgesetzgeber den Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume belässt,²²⁰ ins-

215 Vgl. EuGH, Urt. v. 9.6.2016, Az. C-470/14, GRUR 2016, 687, 23 – *EGEDA*.

216 *Geiger*, in: Derclaye (Hrsg.), S. 27.

217 Vgl. zum Gebot der primärrechtskonformen Auslegung von Sekundärrecht *Herresthal*, ZEuP 2014, 238, 259 f. m.w.N.

218 *Matz-Lück*, in: *Matz-Lück/Hong* (Hrsg.), S. 171; *Cremer*, EuGRZ 2011, 545, 546.

219 Siehe zur parallelen Anwendbarkeit von Unionsgrundrechten und nationalen Grundrechten im Bereich von Umsetzungsspielräumen ausführlich unten Kapitel 4, A.II.1.

220 Vgl. *Ehlers*, in: *Ehlers* (Hrsg.), § 14 Rn. 59; die Grundrechtsbindung geht aber nicht so weit, dass bei sog. Öffnungsklauseln jedwede mögliche Umsetzung unionsgrundrechtskonform sein muss, *Matz-Lück*, in: *Matz-Lück/Hong* (Hrsg.), S. 173.

besondere wenn dieser Umsetzungsspielraum mittels eines unbestimmten Rechtsbegriffs²²¹ wie dem gerechten Ausgleich geschaffen wird. Die Unionsgrundrechte sind bei der Auslegung des Begriffs „gerechter Ausgleich“ insofern von konkreter Bedeutung, als sie dessen äußere Grenzen bestimmen und funktionale Vorgaben beinhalten können. Bei einer nur vagen, weil durch unbestimmte Rechtsbegriffe erfolgenden Rechtssetzung können die Unionsgrundrechte folglich den Umsetzungsspielraum der Mitgliedstaaten einengen, mithin die Grenzen des Umsetzungsspielraums beeinflussen, indem eine unionsgrundrechtswidrige Auslegung ausgeschlossen wird.²²² Insbesondere das Eigentumsgrundrecht kommt damit für das Urheberrecht und insbesondere den gerechten Ausgleich als Richtschnur bei der Auslegung in Betracht.²²³ Aber auch andere, grundsätzlich gleichwertige Grundrechte²²⁴ müssen beachtet und nach Art. 52 Abs. 1 GRCh in ein ausgewogenes Verhältnis zueinander gebracht werden.²²⁵ Einem umfassenden grundrechtlichen Schutz im Bereich des Unionsrechts steht aber entgegen, dass die Union nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 i.V.m. Abs. 2 EUV auf

221 Siehe zu den Besonderheiten bei der Harmonisierung mittels eines unbestimmten Rechtsbegriffs oben Kapitel 3, B.III.3.; siehe zur unterschiedlichen Auslegung des gerechten Ausgleichs in Abhängigkeit vom Vorliegen einer Ausnahme oder Beschränkung Kapitel 3, B.IV.

222 Begrenzen Unionsgrundrechte den Umsetzungsspielraum zusätzlich zum Wortlaut des Sekundärrechts, dürften auch zwingende Vorgaben des Unionsrechts im Sinne der BVerfG-Rechtsprechung vorliegen. Das BVerfG geht im Bereich zwingender Vorgaben des Unionsrechts von der Anwendbarkeit der Unionsgrundrechte aus, vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.7.2011, Az. 1 BvR 1916/09, GRUR 2012, 53, 57 – *Le-Corbusier-Möbel*; BVerfG, Beschl. v. 13.3.2007, Az. 1 BvF 1/05, NVwZ 2007, 937, 938 f. – *Treibhausgas-Emissionshandel*. Jedenfalls macht der gerechte Ausgleich den Mitgliedstaaten inhaltliche Vorgaben für die Ausgestaltung der gesetzlichen Vergütungsansprüche in §§ 44a ff. UrhG; damit dürfte auch nach BVerfG, Urt. v. 24.4.2013, Az. 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499, Rn. 90 f. – *Antiterrordatei* die Anwendbarkeit der Unionsrechte zu bejahen sein.

223 Vgl. zur möglichen Funktion der Unionsgrundrechte im Unionsurheberrecht *Geiger*, in: Derclaye (Hrsg.), S. 37 f. und mit Blick auf den nationalen Umsetzungsspielraum bei der InfoSocRL *Nielen*, S. 165 ff., 174, 254 ff.

224 Dies können für das Urheberrecht z.B. Art. 7, 11, 13, 15, 16 GRCh sein, vgl. *Geiger*, in: Derclaye (Hrsg.), S. 36.

225 Vgl. EuGH, Urt. v. 29.1.2008, Az. C-275/06, GRUR 2008, 241, Rn. 68 – *Promusicae/Telefónica*; *Geiger*, in: Derclaye (Hrsg.), S. 38.

Grund einer begrenzten Einzelermächtigung²²⁶ tätig ist und die Unionsgrundrechte nur im Bereich der ausgeübten Kompetenz Wirkung entfalten können.²²⁷ Dies gilt verstärkt in einem nur teilweise harmonisierten Bereich wie dem Urheberrecht und in Folge des nur unzureichenden Schutzes der Privatautonomie in der GRCh.²²⁸ Folglich sind der bisherigen Rechtsprechung zu europäischen Grundrechten keine umfassende Systematik, sondern allenfalls „grobe Leitlinien“²²⁹ für einzelne Grundrechte zu entnehmen.

b. Privatrechtswirksamkeit

Die Unionsgrundrechte sind auch dann zu beachten, wenn das Verhältnis zwischen Privaten geregelt wird.²³⁰ Die Besonderheit bei privatrechtlichen

226 Siehe hierzu von der Groeben/Schwarze/Hatje/Kadelbach, Art. 5 EUV Rn. 4 ff.; Calliess/Ruffert/Calliess, Art. 5 EUV Rn. 6 ff.

227 Ähnlich EuGH, Urt. v. 6.3.2014, Az. C-206/13, NVwZ 2014, 575, Rn. 20 – *Cruciano Siragusa*; vgl. auch Art. 6 Abs. 1 UAbs. 2 EUV und Art. 51 Abs. 2 GRCh, wonach durch die Grundrechtecharte die Kompetenzen der Union nicht erweitert werden.

228 *Herresthal*, ZEuP 2014, 238, 266 ff. m.w.N.; siehe zum Schutz der Privatautonomie im Primärrecht auch unten Kapitel 3, B.VII.3.

229 *Spindler*, in: Grünberger/Leible (Hrsg.), S. 229. Eine weitgehende Gleichsetzung von Unionsgrundrechten und nationalen Grundrechten ist nicht möglich, da die Grundrechtstraditionen der Mitgliedstaaten unterschiedlich sind und die differenzierte Rechtsprechung des BVerfG nicht in anderen Mitgliedstaaten eine Entsprechung findet; a.A. *Stöhr*, S. 90.

230 *Herresthal*, ZEuP 2014, 238, 274. Dies gilt jedenfalls für solche Grundrechte aus der GRCh, deren Konkretisierung nicht ausschließlich dem nationalen Recht überlassen ist, *Rebhahn*, in: Riesenhuber (Hrsg.), Methodenlehre, § 18 Rn. 62; so auch für Art. 21 Abs. 1 GRCh im Gegensatz zu Art. 27 GRCh EuGH, Urt. v. 15.1.2014, Az. C-176/12, NZA 2014, 193, Rn. 44 ff. – *Association de médiation sociale/Union locale des syndicats*. Außerdem ist die Privatrechtswirksamkeit wegen Art. 52 Abs. 3 GRCh für Grundrechte wie dem Eigentumsgrundrecht zu bejahen, die der EMRK nachgebildet sind und bei denen die Privatrechtswirksamkeit durch den EGMR wiederholt festgestellt wurde, vgl. *Cremer*, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, § 1 Rn. 160; *Geiger*, in: Derclaye (Hrsg.), S. 29. Vgl. auch zur EMRK EGMR, Urt. v. 10.1.2013, Az. Nr. 36769/08, GRUR 2013, 859, Rn. 34 ff. – *Ashby Donald/Frankreich*; EGMR, Urt. v. 16.6.2005, Az. Nr. 61603/00, NJW-RR 2006, 308, Rn. 92 ff. – *Vera Stein*; EGMR, Urt. v. 24.6.2004, Az. Nr. 59320/00, GRUR 2004, 1051, Rn. 57 – *von Hannover/Deutschland*.

Konstellationen, in denen der Gesetzgeber einer Partei besondere Rechte verleiht, ist, dass der „Schutz durch Eingriff“²³¹ gewährleistet wird. Die Besserstellung bzw. der Freiheitsschutz einer Partei geht oft mit einem Eingriff in die Freiheit der anderen Partei einher.²³² Dieser Eingriff ist – wie alle anderen Eingriffe auch – rechtfertigungsbedürftig und muss damit den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit nach Art. 52 Abs. 1 S. 2 GRCh entsprechen.²³³ Damit der Staat, insbesondere die Legislative und die Judikative, in solchen Konstellationen zu grundrechtskonformen Ergebnissen kommen kann, sind Generalklauseln ein probates gesetzgeberisches Mittel, mit deren Hilfe eine ausgewogene Lösung im Einzelfall sichergestellt werden kann.²³⁴ Den Grundrechten kann dann bei der Gesetzesauslegung eine entscheidende Rolle zukommen.

Damit kommt den Grundrechten bei der Auslegung des gerechten Ausgleichs eine entscheidende Rolle zu. Denn der gerechte Ausgleich verschafft dem Rechtsinhaber eine besondere Rechtsposition durch einen generalklauselartigen Ausgleichsanspruch in einer Schrankenbestimmung, die primär zu Gunsten des Nutzers geschaffen wird. Daher treffen im gerechten Ausgleich die Interessen der Beteiligten im besonderen Maße aufeinander.

c. Art. 17 Abs. 2 GRCh

Zunächst ist der grundrechtliche Rahmen, aus dem sich der gerechte Ausgleich ergibt, in den Grundzügen darzustellen, da dieser als Teil des Primärrechts bei der Auslegung des gerechten Ausgleichs zwingend zu beachten ist.

Das Eigentumsgrundrecht des Art. 17 GRCh ist ein normgeprägtes Recht, das gesetzlich auf Unionsebene und durch die Mitgliedstaaten konkretisiert werden muss.²³⁵ Der autonome Eigentumsbegriff des Art. 17 GRCh umfasst „vermögenswerte Rechte, aus denen sich im Hinblick auf

231 *Cremer*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, § 1 Rn. 160 m.w.N.

232 *Matz-Lück*, in: *Matz-Lück/Hong* (Hrsg.), S. 197.

233 *Cremer*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, § 1 Rn. 160.

234 *Cremer*, in: Grabenwarter (Hrsg.), *Europäischer Grundrechtsschutz*, § 1 Rn. 160.

235 *Jarass/Jarass*, Art. 17 GRCh Rn. 13; von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Wollenschläger*, Art. 17 GRCh Rn. 9; *Calliess/Ruffert/Calliess*, Art. 17 GRCh Rn. 4.

die Rechtsordnung eine gesicherte Rechtsposition ergibt, die eine selbständige Ausübung dieser Rechte durch und zugunsten ihres Inhabers ermöglicht.“²³⁶ Hierunter fällt gemäß Art. 17 Abs. 2 GRCh auch das geistige Eigentum,²³⁷ also die regelmäßig durch ein Ausschließlichkeitsrecht geschützten und einem Einzelnen zugeordneten immateriellen Güter.²³⁸ Nach Art. 17 Abs. 1 S. 1 GRCh kann jede Person rechtmäßig erworbenes Eigentum besitzen, nutzen, darüber verfügen und es vererben. Diese nicht abschließende²³⁹ Aufzählung verdeutlicht, dass das Eigentum nach Art. 17 GRCh nicht nur über das Ausschließlichkeitsrecht geschützt wird, sondern der Schutz sich auch auf die rechtsgeschäftliche Verwertung des Eigentums erstreckt. Insoweit wird auch die Freiheit, (entgeltliche) Verträge über das Eigentum zu schließen, erfasst.²⁴⁰ Soweit dem Urheber Ausschließlichkeitsrechte nach Art. 2 bis 4 InfoSocRL eingeräumt werden, ist der Schutzbereich des Art. 17 GRCh eröffnet. Dies gilt auch, soweit das

236 EuGH, Urt. v. 22.1.2013, Az. C-283/11, EuZW 2013, 347, Rn. 34 – *Sky Österreich*.

237 EuGH, Urt. v. 16.7.2015, Az. C-580/13, GRUR 2015, 894, Rn. 29 – *Coty Germany/Stadtparkasse Magdeburg*; *Durner*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Bd. VI/1, § 162 Rn. 39; a.A. *Ramalho*, S. 100 f. Art. 17 Abs. 2 GRCh enthält die schlichte Feststellung „Geistiges Eigentum wird geschützt“, womit der grundrechtliche Schutz geistigen Eigentums klargestellt wird ohne eine Aussage zur Reichweite des Schutzes zu treffen, *Geiger*, GRUR Int. 2008, 459, 464. Trotz der hervorgehobenen Stellung als Absatz 2 soll ein Schutz erreicht werden, der Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 1 zur EMRK entspricht und damit die Maßstäbe des Art. 17 Abs. 1 GRCh auch auf das geistige Eigentum anzuwenden sind, vgl. *Meyer/Bernsdorff*, Art. 17 GRCh Rn. 15; EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 68 – *Luksan*; ähnlich *Kölner Kommentar/Depenheuer*, Art. 17 GRCh Rn. 29; *Durner*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Bd. VI/1, § 162 Rn. 48. Dennoch ist der Schutzzumfang des Eigentumsgrundrechts nach Art. 17 Abs. 1 GRCh und erst Recht zu Art. 17 Abs. 2 GRCh in seinen Einzelheiten richterlich ungeklärt, vgl. *Meyer/Bernsdorff*, Art. 17 GRCh Rn. 23. Verfolgt man die bisherige Rechtsprechung des EuGH zu Grundrechten – das geistige Eigentum war schon vor Inkrafttreten der Grundrechtecharta nach dem EuGH grundrechtlich geschützt, vgl. EuGH, Urt. v. 12.9.2006, Az. C-479/04, EuZW 2006, 662, Rn. 62 – *Laserdisken*; EuGH, Urt. v. 29.1.2008, Az. C-275/06, GRUR 2008, 241, Rn. 61 ff. – *Promusicae/Telefónica* –, ist vorerst keine Leitentscheidung zu erwarten, die dem Schutzzumfang und mögliche Schranken des Eigentums nach Art. 17 GRCh verallgemeinerbare Konturen verleiht.

238 von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Wollenschläger*, Art. 17 GRC Rn. 10, 39; *Kölner Kommentar/Depenheuer*, Art. 17 GRCh Rn. 30.

239 von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Wollenschläger*, Art. 17 GRC Rn. 20.

240 von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Wollenschläger*, Art. 15 GRC Rn. 6.

Ausschließlichkeitsrecht unter eine (optionale) Schrankenbestimmung fällt²⁴¹, denn andernfalls würde der grundrechtliche Schutz *ad absurdum* geführt und dessen Reichweite läge allein in der Hand des (nationalen) Gesetzgebers.

Das Eigentumsgrundrecht wird nicht schrankenlos gewährt,²⁴² sondern seine Reichweite wird durch Nutzungsregelungen bestimmt. Nutzungsregelungen sind hoheitliche und abstrakt-generelle Regelungen, die „die Ausübung des Eigentumsrechts einschränken“²⁴³. Damit stellen sowohl Ausnahme als auch Beschränkungen potentielle²⁴⁴ Nutzungsregelungen i.S.d. Art. 17 Abs. 1 GRCh dar. Nach Art. 17 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 GRCh stehen Nutzungsregelungen unter dem Sozialvorbehalt und können nur mit Gründen des europäischen Gemeinwohls rechtfertigt werden.²⁴⁵ Kollidierende Grundrechte sind in ein „angemessenes Gleichgewicht“ i.S.d. Verhältnismäßigkeit zu bringen.²⁴⁶ Im Rahmen dieser Verhältnismäßigkeitsprüfung kann eine Entschädigung für die Beeinträchtigung des Eigentums im Einzelfall erforderlich werden, um ein Sonderopfer beim Eigentü-

241 Vgl. EGMR, Urt. v. 6.10.2005, Az. Nr. 1513/03, Rn. 69 ff. – *Draon/France*; weitere Beispiele aus dem Bereich des geistigen Eigentums für den Schutz nach Art. 17 GRCh finden sich bei *Sebastian*, GRUR Int. 2013, 524, 527 f. m.w.N.

242 EuGH, Urt. v. 27.3.2014, Az. C-314/12, GRUR 2014, 468, Rn. 61 – *UPC Telekabel Wien/Constantin Film Verleih*.

243 von der Groeben/Schwarze/Hatje/Wollenschläger, Art. 17 GRC Rn. 20. Zu eng insofern Kölner Kommentar/*Depenheuer*, Art. 17 GRCh Rn. 47, demzufolge ein bestimmter Gebrauch geboten oder untersagt sein muss.

244 Ob sie zu einer tatsächlichen Nutzungsregelung im nationalen Recht werden, hängt davon ab, ob sie im nationalen Recht umgesetzt werden.

245 Meyer/*Bernsdorff*, Art. 17 GRCh Rn. 21 f. Eingriffe dürfen den Wesensgehalt des betroffenen Grundrechts nicht antasten und müssen zum Erreichen des legitimen Ziels geeignet, erforderlich und angemessen sein, vgl. Jarass/*Jarass*, Art. 52 GRCh Rn. 36a. Weitergehend folgert *Peukert* daraus, dass „ein ‚uneingeschränkt‘ hohes Schutzniveau des Urheberrechts“ mit den europäischen Grundrechten nicht in Einklang stünde, da ansonsten die Grundrechte Dritter nicht die notwendige Beachtung finden könnten, *Peukert*, in: Hilty/Berger/Macciachini (Hrsg.), S. 49; in diese Richtung auch *Sganga*, in: *Caso/Giovanella* (Hrsg.), S. 8.

246 EuGH, Urt. v. 27.3.2014, Az. C-314/12, GRUR 2014, 468, Rn. 46 – *UPC Telekabel Wien/Constantin Film Verleih*. Ähnlich auch EuGH, Urt. v. 29.1.2008, Az. C-275/06, GRUR 2008, 241, Rn. 68 – *Promusicae/Telefónica* und *Durner*, in: Merten/Papier (Hrsg.), Bd. VI/1, § 162 Rn. 56.

mer i.S.d. Art. 17 GRCh zu vermeiden.²⁴⁷ Den Mitgliedstaaten steht hierbei ein weiter Ermessensspielraum zu,²⁴⁸ insbesondere, wenn komplexe Sachverhalte zu beurteilen sind.²⁴⁹ Dies gilt auch für die nachgelagerte Ebene der Entschädigung und damit sowohl für die Höhe der Entschädigung als auch deren rechtliche Ausgestaltung.²⁵⁰ Die Entschädigung ist aber keinesfalls bei allen Nutzungsregelungen erforderlich.²⁵¹ Eine nach Art. 17 Abs. 1 GRCh zwingend notwendige Entschädigung muss nicht einen fiktiven Marktwert widerspiegeln, sondern im Einzelfall zumindest die Höhe erreichen, die die Nutzungsregelung aus wirtschaftlichen Gesichtspunkten für den Urheber angemessen werden lässt.²⁵² Es besteht damit die Möglichkeit für die Mitgliedstaaten, vergütungsfreie, reduziert vergütungspflichtige und wertangemessen vergütungspflichtige Nutzungsregelungen zu schaffen.

Der gerechte Ausgleich der InfoSocRL ist demnach eine Entschädigung für Nutzungsregelungen nach Art. 17 Abs. 1 S. 3, Abs. 2 GRCh. Durch die Ausnahmen und Beschränkungen des Art. 5 InfoSocRL, die Nutzungsregelungen nach Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRCh darstellen, wird nur ein einzelner Aspekt des Eigentumsrechts berührt, nämlich die Verbotskomponente des Urheberrechts.²⁵³ Die wirtschaftliche Zuordnung an die Person des Rechtsinhabers bleibt durch den gerechten Ausgleich im Grundsatz bestehen.

247 von der Groeben/Schwarze/Hatje/Wollenschläger, Art. 17 GRC Rn. 36; Meyer/Bernsdorff, Art. 17 GRCh Rn. 21; so zur EMRK auch Dolzer, in: Merten/Papier (Hrsg.), Bd. VI/1, § 140 Rn. 42.

248 Kölner Kommentar/Depenheuer, Art. 17 GRCh Rn. 54; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Wollenschläger, Art. 17 GRC Rn. 42.

249 Durner, in: Merten/Papier (Hrsg.), Bd. VI/1, § 162 Rn. 30, 56.

250 So zur EMRK Grabenwarter/Pabel, § 25 Rn. 20, 21 und Mayer-Ladewig/Meyer-Ladewig, Art. 1 Zusatzprotokoll Rn. 43.

251 von der Groeben/Schwarze/Hatje/Wollenschläger, Art. 17 GRC Rn. 36.

252 Dies würde den Anforderungen der EMRK bei einer abstrakten Nutzungsregelung entsprechen, vgl. EGMR, Urt. v. 25.3.1999, Az. Nr. 31423/96, Rn. 48 – *Papachelas/Greece*; EGMR, Urt. v. 9.12.1994, Az. Nr. 13092/87; 13984/88, Rn. 71 – *Holy Monasteries/Greece*; Grabenwarter/Pabel, § 25 Rn. 20 f.; Grabenwarter, in: Grabenwarter (Hrsg.), ECHR, Protocol No 1 Art. 1 Rn. 19. Es besteht damit ein Unterschied zur Eigentumsentziehung nach Art. 17 Abs. 1 S. 2 GRCh, die zwingend zu einer rechtzeitigen (wert-) angemessenen Entschädigung i.S.d. sog. Hull-Formel führt, vgl. hierzu Streinz/Streinz, Art. 17 GR-Charta Rn. 20 m.w.N.

253 Bei einer Ausnahme wird die Verbotskomponente gänzlich aufgehoben, bei einer Beschränkung deren Ausübung eingeschränkt; siehe ausführlich oben Kapitel 3, B.IV.2.

Der Gesetzgeber muss folglich bei der Ausgestaltung seiner Nutzungsregelungen dafür sorgen, dass der gerechte Ausgleich seiner Funktion als Entschädigung für die Nutzungsregelung nach Art. 17 Abs. 1 S. 3 GRCh gerecht wird. Hierbei kann die Art der Nutzungsregelung eine entscheidende Rolle spielen. Die Entschädigung muss dem Urheber in einer Weise zukommen, die dem Urheberrecht als wirtschaftliches Recht entspricht, ohne hierbei mehr als notwendig in die Freiheit der Grundrechtsberechtigten einzugreifen. Es muss sichergestellt werden, dass der Urheber als Entschädigung eine Zahlung erhält, damit er den wirtschaftlichen Wert seines geistigen Eigentums zumindest teilweise realisieren kann. Wie beim Ausschließlichkeitsrecht muss der Urheber auch hinsichtlich der Entschädigung eine starke Stellung innehaben. Dennoch ist aus Perspektive des Eigentumsgrundrechts nicht erforderlich, diese Entschädigung vollständig vertragsfest auszugestalten und individuellen Vereinbarungen zu entziehen. Denn gerade bei bestehendem Ausschließlichkeitsrecht wird der wirtschaftliche Wert des Eigentums durch vertragliche Verfügungen über das Eigentum realisiert. Dies muss grundsätzlich auch für die Entschädigung gelten. Einschränkungen der Freiheit, Verträge über den gerechten Ausgleich zu schließen, sind damit zwar nicht ausgeschlossen, aber gesondert rechtfertigungsbedürftig.

d. Art. 17 Abs. 1 GRCh

Fraglich ist, ob der gerechte Ausgleich an sich den Schutz des Art. 17 Abs. 1 GRCh genießt. Zwar fallen grundsätzlich auch unkörperliche vermögenswerte Rechte wie Forderungen in den Schutzbereich des Art. 17 Abs. 1 GRCh,²⁵⁴ wenn die Rechtsordnung für diese Rechte eine „gesicherte Rechtsposition“ vorsieht, „die eine selbstständige Ausübung [...] durch und zu Gunsten ihres Inhabers ermöglicht“²⁵⁵. Dies ist für den unionsrechtlich vorgesehenen gerechten Ausgleich nicht der Fall, da dieser nicht zwingend umzusetzen ist²⁵⁶ und im Übrigen die Ausgestaltung weitge-

254 Vgl. von der Groeben/Schwarze/Hatje/Wollenschläger, Art. 17 GRC Rn. 10 m.w.N.

255 EuGH, Urt. v. 22.1.2013, Az. C-283/11, EuZW 2013, 347, Rn. 34 – *Sky Österreich*.

256 Einerseits enthalten nur wenige Schrankenregelungen einen obligatorisch vorgesehenen gerechten Ausgleich, andererseits besteht für die Mitgliedstaaten keine

hend den Mitgliedstaaten überlassen ist. Es besteht somit im Unionsrecht keine gesicherte vermögenswerte Rechtsposition.

In den Schutzbereich von Art. 17 Abs. 1 GRCh fallen hingegen Ansprüche, die in Umsetzung des gerechten Ausgleichs von den Mitgliedstaaten zu Gunsten des Urhebers vorgesehen werden und die oben aufgeführten Kriterien erfüllen.²⁵⁷ Damit sind von vornherein verwertungsgesellschaftspflichtige Ansprüche vom Schutzbereich des Art. 17 Abs. 1 GRCh ausgeschlossen, da die Urheber nicht zu einer selbstständigen Ausübung gegenüber dem privilegierten Nutzer befugt sind. Für die übrigen Ansprüche, die den Anforderungen des Art. 17 Abs. 1 GRCh genügen, gilt, dass jede Einschränkung der Verfügungsfreiheit rechtfertigungsbedürftig ist.

e. Verhältnis der GRCh zur EMRK, Art. 52 Abs. 3 GRCh

Die Europäische Union ist der EMRK nicht beigetreten und damit nicht unmittelbar an sie gebunden.²⁵⁸ Soweit aber Chartagrundrechte den Menschenrechten der EMRK entsprechen, gilt der Schutz der EMRK in der Auslegung des EGMR nach Art. 52 Abs. 3 GRCh als Mindeststandard für den grundrechtlichen Schutz der GRCh.²⁵⁹ Der eigentumsrechtliche Schutz in Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK entspricht im Wesentlichen Art. 17 GRCh und modifiziert damit das Schutzniveau der GRCh nicht.²⁶⁰ Auch in der EMRK werden mögliche oder ggf. erforderliche Entschädigungen für Nutzungsregelungen des Eigentums in der Verhältnismäßigkeitsprüfung verortet.²⁶¹

Verpflichtung zur Umsetzung der Schrankenbestimmungen nach Art. 5 Abs. 2 bis 4 InfoSocRL.

257 In Betracht kommen gesetzliche Vergütungsansprüche bei Ausnahmen vom Ausschließlichkeitsrecht.

258 Nach dem negativen Gutachten des EuGH zum Beitrittsvertrag (EuGH, Gutachten v. 18.12.2014, Az. C-2/13, BeckRS 2015, 80256) werden die Bemühungen um einen Beitritt auch nicht ambitioniert weiterverfolgt.

259 *Schwarze*, Band II, S. 144.

260 Zur Gleichwertigkeit des Schutzes siehe *Grabenwarter/Pabel*, § 25 Rn. 2. Das geistige Eigentum ist auch nach der EMRK geschützt, EGMR, Urt. v. 29.1.2008, Az. Nr. 19247/03, Rn. 34 ff. – *Balan/Moldova* und *Grabenwarter*, in: *Grabenwarter* (Hrsg.), ECHR, Protocol No 1 Art. 1 Rn. 4.

261 *Dolzer*, in: *Merten/Papier* (Hrsg.), Bd. VI/1, § 140 Rn. 42.

2. Gerechter Ausgleich als Schadensausgleich

Im Folgenden wird darzustellen sein, was mit dem gerechten Ausgleich ausgeglichen werden soll und inwieweit die InfoSocRL hierfür konkrete Vorgaben enthält.

a. Vergütungsgedanke als Ausgangspunkt

Zu klären ist, was der Unionsgesetzgeber mit dem gerechten Ausgleich bezweckt²⁶² hat und welche Mindestanforderungen er in quantitativer Hinsicht an den gerechten Ausgleich stellt. Ein wichtiger Anhaltspunkt für die Ermittlung des Gesetzgeberwillens sind die Erwägungsgründe der Richtlinie, wobei sie nur eine Hilfestellung für die Ermittlung des Regelungsinhalts der Richtlinie sein können, da ihnen keine Gesetzeskraft zukommt.²⁶³

Aus Erwägungsgrund 35 Satz 1 InfoSocRL wird zunächst der Gedanke der angemessenen Vergütung mit dem gerechten Ausgleich in Verbindung gebracht. Demnach sollten „Rechtsinhaber [...] [in bestimmten Fällen von Ausnahmen und Beschränkungen] einen gerechten Ausgleich erhalten, damit ihnen die Nutzung ihrer geschützten Werke oder sonstigen Schutzgegenstände angemessen vergütet wird“.²⁶⁴ In den weiteren Ausführungen des Erwägungsgrundes wird der Vergütungsgedanke relativiert. Zunächst sollen „bei der Festlegung der Form, der Einzelheiten und der etwaigen Höhe die besonderen Umstände eines jeden Falles berücksichtigt werden“.²⁶⁵ In monetärer Hinsicht wird von der „etwaigen Höhe“²⁶⁶ des ge-

262 Vgl. zum Gewicht des teleologischen Arguments *Wiegand/Brühlhart*, S. 24.

263 *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 152.

264 Die InfoSocRL spricht hier neutral von Rechtsinhabern und unterscheidet nicht zwischen Urhebern und Produzenten wie in Erwägungsgrund 10 Satz 1 InfoSocRL. Da die Richtlinie selbst sowohl für Urheber in Art. 2 lit. a), Art. 3 Abs. 1 und Art. 4 Abs. 1 InfoSocRL als auch für Produzenten in Art. 2 lit. b) bis e) und Art. 3 Abs. 2 InfoSocRL ausschließliche Rechte vorsieht mit denselben Ausnahmen und Beschränkungen nach Art. 5 InfoSocRL einschließlich des gerechten Ausgleichs, ist eine Unterscheidung weder sprachlich notwendig noch mit inhaltlichen Änderungen verbunden.

265 ErwGr. 35 S. 2 InfoSocRL.

266 ErwGr. 35 S. 2 InfoSocRL.

rechten Ausgleichs und einem „etwaigen Schaden“²⁶⁷ als Bewertungsgrundlage gesprochen. Des Weiteren kann nach Erwägungsgrund 35 die separate „Zahlung“²⁶⁸ des gerechten Ausgleichs entfallen, wenn der Rechtsinhaber bereits Zahlungen beispielsweise „als Teil einer Lizenzgebühr“²⁶⁹ erhalten hat.²⁷⁰ Auch kann es Fälle geben, „in denen dem Rechtsinhaber nur ein geringfügiger Nachteil entstünde [und] sich gegebenenfalls keine Zahlungsverpflichtung ergeben“ muss²⁷¹. Eine Bagatellgrenze ist damit nach nationalem Recht auch bei einer ausgleichspflichtigen Schrankenbestimmung möglich. Insgesamt kommt in den – nicht verbindlichen – Erwägungsgründen ein flexibles Konzept des gerechten Ausgleichs zum Ausdruck, die eine Vergütung des Rechtsinhabers für die Nutzung sicherstellen will. Für die Höhe des Ausgleichs soll der entstandene Schaden ein wesentliches, aber nicht das ausschließliche Kriterium sein.

Diese Flexibilität spiegelt sich in der Rechtsprechung des EuGH nicht wider: Der EuGH kommt unter Berufung auf Erwägungsgrund 35 und dem Herauspicken von den Begriffen „Vergütung“ und „Ausgleich“ in der *Padawan*-Entscheidung zum Ergebnis, 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“²⁷². Diese strengen Vorgaben mögen zwar im Fall einer pauschal erhobenen Geräte- und Speichermedienvergütung aus praktischen Gründen gerechtfertigt sein,²⁷³ wird der gerechte Ausgleich allerdings direkt beim privilegierten Nutzer erhoben, entspricht eine Gleichsetzung des gerechten Ausgleichs mit einem vermeintlich konkret entstandenen wirtschaftlichen Schaden nicht dem Regelungs-

267 ErwGr. 35 S. 3 InfoSocRL.

268 ErwGr. 35 S. 4 InfoSocRL.

269 ErwGr. 35 S. 4 InfoSocRL.

270 Dies steht in Einklang mit Erwägungsgrund 38, wonach „vertragliche Beziehungen zur Sicherstellung eines gerechten Ausgleichs für die Rechtsinhaber“ Vorrang haben sollen, „soweit dies nach innerstaatlichem Recht zulässig ist“.

271 ErwGr. 35 S. 5 InfoSocRL.

272 EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 42 – *Padawan*; i.E. ähnlich, wenn der EuGH – bisher einmalig – vom Ausgleich für eine „unbefugte Nutzung“ spricht, EuGH, Urt. v. 9.6.2016, Az. C-470/14, GRUR 2016, 687, Rn. 26 – *EGEDA*.

273 Im Ergebnis auch EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 46 ff. – *Padawan*.

ziel der InfoSocRL. Denn auf Grund der dogmatischen Offenheit der InfoSocRL, die bewusst Raum für unterschiedliche nationale Urheberrechtstraditionen lassen will, kann es nur darum gehen, einen Ausgleich für die Ausnahme oder Beschränkung zu schaffen. Der EuGH hat damit eine spezifische Rechtsprechung für eine spezifische Fallgestaltung geschaffen, die entgegen seiner Ansicht nicht auf den gesamten Art. 5 InfoSocRL übertragbar ist.²⁷⁴ Diesen engen Aussagegehalt bestätigt der Umstand, dass der EuGH auf Grund der Vorlagefrage nur Fallgestaltungen der Geräteabgabe vor Augen hatte und insofern keinen Blick für andere Möglichkeiten des gerechten Ausgleichs haben konnte.²⁷⁵

-
- 274 So aber EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 32 – *VG Wort*. Vielfach erweckt der EuGH den Eindruck, dass sich seine Rechtsprechung zum gerechten Ausgleich auf Ausnahmen und Beschränkungen bezieht, vgl. EuGH, Urt. v. 9.6.2016, Az. C-470/14, GRUR 2016, 687, Rn. 18 – *EGEDA*; EuGH, Urt. v. 12.11.2015, Az. C-572/13, GRUR 2016, 55, Rn. 29, 31 – *Reprobel*; EuGH, Urt. v. 11.7.2013, Az. C-521/11, GRUR 2013, 1025, Rn. 18 – *Amazon/Austro-Mechana*. Dem steht aber entgegen, dass er den gerechten Ausgleich nur für den Fall einer Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht für anwendbar hält und er vom Ausgleich für eine nicht genehmigte Nutzung spricht, die es im Fall der Beschränkungen rechtmäßig nicht geben kann, vgl. EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 31, 39 – *VG Wort*. Lediglich auf eine Ausnahme beziehen sich EuGH, Urt. v. 16.6.2011, Az. C-462/09, GRUR 2011, 909, Rn. 2, 18 ff. – *Stichting de Thuiskopie*; EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az. C-463/12, GRUR 2015, 478, Rn. 14, 19 ff. – *Copydan/Nokia*.
- 275 Die Vorlagefragen im Verfahren VG-WORT beziehen sich auf Art. 5 Abs. 2 lit. a) und b) InfoSocRL, die einen gerechten Ausgleich zwingend vorsehen (BGH, Beschl. v. 21.7.2011, Az. I ZR 28/11, ZUM-RD 2011, 531 – *Drucker und Plotter II*; BGH, Beschl. v. 21.7.2011, Az. I ZR 30/11, ZUM 2011, 724 – *PC II*; BGH, Beschl. v. 21.7.2011, Az. I ZR 162/10, ZUM 2011, 729 ff.), wodurch weder der BGH als vorlegendes Gericht noch der EuGH die Interessenlage hinsichtlich eines gerechten Ausgleichs ohne eine gerätegebundene Abwicklung im Blick hatten. Der EuGH wurde außerdem nicht im Allgemeinen nach dem Inhalt des gerechten Ausgleichs bei zwingend und fakultativ vorgesehenem gerechten Ausgleich gefragt, sondern diese Frage wurde lediglich durch den BGH als vorlegendes Gericht in den Gründen gestreift, ohne entscheidungserheblich zu sein, vgl. BGH, Beschl. v. 21.7.2011, Az. I ZR 28/11, ZUM-RD 2011, 531, Rn. 29 – *Drucker und Plotter II*; BGH, Beschl. v. 21.7.2011, Az. I ZR 30/11, ZUM 2011, 724, Rn. 33 – *PC II*; BGH, Beschl. v. 21.7.2011, Az. I ZR 162/10, ZUM 2011, 729, Rn. 29. Lediglich für die Frage nach dem Vorrang von „Genehmigungen“ des Rechteinhabers wurde der Unterschied zwischen zwingend vorgesehenem und fakultativ möglichem gerechten Ausgleich ausführlicher angesprochen, ohne jedoch auch hier für das nationale Verfahren entscheidungserheblich

Der gerechte Ausgleich soll damit im Ausgangspunkt die Vergütung des originären Rechtsinhabers für die Werknutzung im Rahmen des Art. 5 Abs. 2 bis 4 InfoSocRL ermöglichen. Der gerechte Ausgleich tritt folglich an die Stelle des ausgeschlossenen Ausschließlichkeitsrechts oder ergänzt das beschränkte Ausschließlichkeitsrecht.

b. Konkreter oder normativer Schaden

Sinn und Zweck des gerechten Ausgleichs nach dem Erwägungsgrund 35 InfoSocRL ist der Ausgleich des Schadens, der dem Rechtsinhaber durch die Ausnahme oder Beschränkung entsteht.²⁷⁶ Fraglich ist daher, welchen Schaden die InfoSocRL meint.

Unter dem Schaden könnte derjenige Schaden zu verstehen sein, der dem Rechtsinhaber durch die Relativierung des Ausschließlichkeitsrechts entsteht und welcher nach marktwirtschaftlichen Kriterien aus Sicht des Rechtsinhabers zu bewerten ist.²⁷⁷ Dann wäre der gerechte Ausgleich eine „Gegenleistung für den dem Urheber entstandenen Schaden“²⁷⁸, der konkret bestimmt werden kann.²⁷⁹ Diese rein wirtschaftliche Sichtweise vertritt der EuGH, wenn er einen zwingenden Zusammenhang zwischen dem gerechten Ausgleich und dem Schaden sieht.²⁸⁰ Für diese Qualifizierung des Schadens spricht auch die wirtschaftliche Zielsetzung der Richtlinie.

zu sein, vgl. BGH, Beschl. v. 21.7.2011, Az. I ZR 30/11, ZUM 2011, 724, Rn. 50 ff. – *PC II*.

276 *Peifer/Nohr*, in: Obergfell (Hrsg.), S. 34; EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 40 – *Padawan*; weniger klar *Flechsig*, MMR 2016, 797, 797, der im gerechten Ausgleich lediglich ein sittliches Gebot sieht.

277 Siehe auch *Peifer/Nohr*, in: Obergfell (Hrsg.), S. 35.

278 EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 40 – *Padawan*.

279 Hiervon geht der *EuGH* wohl aus, vgl. EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 42 – *Padawan*.

280 Vgl. hierzu auch *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 160. Zwar sieht *Reinbothe* eine gewisse Flexibilität in der EuGH-Rechtsprechung, indem der EuGH nicht nur den Schaden als maßgeblich für die Bestimmung des gerechten Ausgleichs ansehen soll, sondern auch das Profitieren des Nutzers von der „Vervielfältigungsleistung“ als mögliches Kriterium anerkennt. *Reinbothe* unterschlägt dabei aber, dass der EuGH unmittelbar von Vervielfältigungsdienstleistung spricht und damit wohl die die Herstellung der Privatkopie durch einen Dritten vor Augen hat, vgl. EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 48 – *Padawan*. Im Übrigen geht es in der Rechtsprechung vor allem darum,

Allerdings erscheint die Fixierung auf einen konkreten Schaden vor dem Hintergrund der flexiblen Konzeption der Richtlinie zweifelhaft. Außerdem erscheint das Anknüpfen an das Kriterium des wirtschaftlichen Schadens auch in tatsächlicher Hinsicht problematisch: Denn allein die Tatsache, dass eine von einer Ausnahme oder Beschränkung erfasste Nutzung möglich ist, sagt noch lange nichts darüber aus, ob der Nutzer die Nutzung auch ohne das Bestehen der Ausnahme oder Beschränkung vorgenommen hätte und es damit durch die Ausnahme oder Beschränkung zu einem wirtschaftlichen Schaden gekommen ist.²⁸¹

Dreier will daher den Schaden unter Hinweis auf die englische Sprachfassung des ErwGr. 35 InfoSocRL und der EuGH-Rechtsprechung allgemeiner als Nachteil im Sinne einer Interessenbeeinträchtigung verstehen.²⁸² Zieht man neben der englischen auch die französische Sprachfassung zu Rate, so kann diesem Schluss zwar nicht vollständig widersprochen werden, zwingend ist er aber nicht: Im Englischen werden „harm“ und „damage“ weitgehend synonym verwendet.²⁸³ Gleiches gilt im Französischen für „préjudice“ und „dommage“.²⁸⁴ Zwar unterscheiden die deutsche und englische Sprachfassung zwischen Nachteil (*engl.* prejudice) und Schaden (*engl.* harm), wie sich aus dem Vergleich von Erwägungsgrund 35 S. 3 und S. 6 InfoSocRL ergibt.²⁸⁵ Diese Unterscheidung geschieht in der französischen Sprachfassung jedoch nicht, die in beiden Fällen „préjudice“ benutzt. Aus dem Vergleich der unterschiedlichen Sprach-

wer Schuldner des gerechten Ausgleichs sein kann und ob dies eben auch ein Gerätehersteller sein kann.

281 *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 157.

282 *Dreier*, ZUM 2011, 281, 283; ähnlich mit Argumenten aus dem systematischen Vergleich der InfoSocRL zu RL 2003/48/EG *Koch/Druschel*, GRUR 2015, 957, 965.

283 Vgl. hierzu diverse Wörterbucheinträge: „Harm = Schaden, Nachteil; damage = Schaden, Beschädigung, Verlust, Einbuße“, *Dietl/Lorenz/Buxbaum*. „Damage = Loss or injury to person or property; harm = injury, loss, damage; material or tangible detriment“, *Garner/Black*. „Damage = physical harm that impairs the value, usefulness, or normal function of something; harm = physical injury, especially that which is deliberately inflicted; material damage actual or potential ill effects or danger“, *Stevenson*.

284 Vgl. diverse Wörterbucheinträge: „Dommage = Schaden, Einbuße, Nachteil, Verlust; préjudice = Schaden, Schädigung, Nachteil, Beeinträchtigung (der Rechte)“, *Fleck/Doucet*. „Dommage = Schaden, préjudice = Schaden, Nachteil, Beeinträchtigung, Benachteiligung“, *Kervio-Berthou/Martial/Horn*.

285 Auch in ErwGr. 38 S. 2 InfoSocRL heißt es „Nachteil“ und nicht „Schaden“.

fassungen lässt sich damit kein eindeutiger Schluss ziehen. Auch die Tatsache, dass der *EuGH* in einem Einzelfall²⁸⁶ den Begriff des Nachteils benutzt hat, muss als Versehen gewertet werden.²⁸⁷ Dennoch ist *Dreier* dahingehend zuzustimmen, als der Richtlinie ein weites Verständnis des Schadens zu Grunde liegt.²⁸⁸

Eine Alternative wäre es daher, den Schaden normativ zu verstehen. Für eine derartige Bestimmung des Schadens spricht Erwägungsgrund 35 S. 2 und 3 InfoSocRL, wonach ein wirtschaftlicher Schaden nicht zwingende Voraussetzung für die Gewährung des gerechten Ausgleichs ist.²⁸⁹ Dies entspräche der offenen Formulierung des gesamten Erwägungsgrundes 35 InfoSocRL, wonach ein etwaiger wirtschaftlicher Schaden eben nur *ein* Kriterium für die Bestimmung des gerechten Ausgleichs ist und es Raum für Einzelfallbewertungen geben soll.²⁹⁰ Der Schaden müsste demnach eine Stufe früher verortet werden, nämlich bei der Ausnahme oder Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts²⁹¹ und nicht erst nachgelagert beim wirtschaftlichen Schaden in Folge des relativierten Ausschließlichkeitsrechts. Der Schaden bzw. Nachteil wäre demnach subjektiv aus Sicht des originären Rechtsinhabers zu verstehen. Dieser Ansatz entspräche der InfoSocRL, die das Ausschließlichkeitsrecht zum Ausgangspunkt hat, dessen Reichweite mittels Ausnahmen oder Beschränkungen relativiert wer-

286 *EuGH*, Urt. v. 12.11.2015, Az. C-572/13, GRUR 2016, 55, Rn. 36, 48, 82, 84 – *Reprobel*. Hieraus kann kein Bedeutungswandel in der Rechtsprechung abgeleitet werden, denn zum einen wird die Änderung der Begrifflichkeit stillschweigend unter Verweis auf die bisherige Rechtsprechung vorgenommen, zum anderen ist dieser Begriffswechsel in anderen Sprachfassungen des Urteils nicht nachvollziehbar. Insbesondere in der französischen Sprachfassung, die zugleich die Verfahrenssprache widerspiegelt, ist begrifflich kein Unterschied zur früheren Rechtsprechung festzustellen.

287 Selbst in der *Reprobel*-Entscheidung verwendet der *EuGH* stellenweise seine frühere Begrifflichkeit vom „Schaden“ (vgl. *EuGH*, Urt. v. 12.11.2015, Az. C-572/13, GRUR 2016, 55, Rn. 41 – *Reprobel*); darüber hinaus spricht der *EuGH* in nachfolgenden Urteilen wieder ausschließlich vom „Schaden“, siehe *EuGH*, Urt. v. 21.4.2016, Az. C-572/14, GRUR 2016, 927, Rn. 19 ff. – *Austro-Mechanica/Amazon*; *EuGH*, Urt. v. 9.6.2016, Az. C-470/14, GRUR 2016, 687, Rn. 19, 21, 26, 27 – *EGEDA*.

288 *Dreier*, ZUM 2011, 281, 283.

289 *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 154 f.

290 Vgl. hierzu auch *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 154; *Reinbothe*, in: Stamatoudi (Hrsg.), S. 318.

291 Ähnlich, aber nur auf Ausnahmen nach der hier vertretenen Auffassung bezogen *Lucas-Schloetter*, RIDA 243 (2015), 2, 26.

den kann. Es müsste auch nicht zwischen Ausnahmen und Beschränkungen grundlegend unterschieden werden, sondern es könnte ein kohärentes System gelten, das Ausnahmen und Beschränkungen umfasst. Darüber hinaus würde dieses normative Verständnis dem bezweckten politischen Kompromiss mehr gerecht, indem es offen für unterschiedliche Urheberrechtssysteme ist und sich nur auf dogmatische Konstruktionen bezieht, die zwingend im Unionsrecht verortet sind. Damit würde auch dem Grundsatz der Subsidiarität aus Art. 5 Abs. 1 und 3 EUV am besten Rechnung getragen.

Der gerechte Ausgleich muss damit den normativen Schaden ausgleichen, der durch die Ausnahme oder Beschränkung hinsichtlich eines grundsätzlich bestehenden Ausschließlichkeitsrechts entstanden ist. Bei einer Ausnahme muss das fehlende Ausschließlichkeitsrecht als Instrument der wirtschaftlichen Zuordnung von Werk zu Rechtsinhaber ausgeglichen werden. Bei der Beschränkung ist der Anknüpfungspunkt des Ausgleichs hingegen der Umstand, dass der Rechtsinhaber das Ausschließlichkeitsrecht nicht frei ausüben kann. Bei diesem Ausgleich dürfen keine urheberrechtsfremden Aspekte Berücksichtigung finden, wie die Mitwirkung des Nutzers bei der Erhebung des Ausgleichs.²⁹² Dies schließt aber nicht aus, dass urheberrechtsfremde Aspekte im Recht der Mitgliedstaaten flankierend Beachtung finden können, wenn diese neben den gerechten Ausgleich treten.²⁹³ Mit dem gerechten Ausgleich können auch keine Maßnahmen begründet werden, die die privilegierte Werknutzung erschweren. Der Schrankenkatalog des Art. 5 InfoSocRL ist insofern abschließend. Es dürfen daher im Rahmen des gerechten Ausgleichs, abgesehen von einem Ausgleichsanspruch, keine zusätzlichen Anforderungen an den Nutzer gestellt werden, die über das hinausgehen, was im Katalog des Art. 5 Abs. 2 und 3 InfoSocRL vom Nutzer verlangt wird.²⁹⁴

292 So auch der EuGH, Urt. v. 12.11.2015, Az. C-572/13, GRUR 2016, 55, Rn. 79 f. – *Reprobel*.

293 Die Verzinsung des gerechten Ausgleichs ist beispielsweise eine Frage des nationalen Rechts und beeinflusst den Anspruch aus dem gerechten Ausgleich nicht direkt. Das gleiche gilt für vertragliche oder gesetzlich vorgesehene Strafzuschläge.

294 Auch wenn z.B. eine Quellenangabe für den Rechtsinhaber wirtschaftlich wertvoll ist, darf der nationale Gesetzgeber diese nur dort vorschreiben, wo dies in Art. 5 Abs. 2 oder 3 InfoSocRL auch der Fall ist. Wird die Quellenangabe im nationalen Recht hingegen aus persönlichkeitsrechtlichen Gründen gefordert, ist

c. Bewertung des Schadens

Fraglich ist, wie die Mitgliedstaaten beim gerechten Ausgleich den Schaden wirtschaftlich bewerten dürfen, um den Anforderungen des normativen Schadens zu entsprechen. Grundsätzlich bestehen zwei Möglichkeiten, nämlich die schadensorientierte und die nutzungsorientierte Ermittlung des Schadens.

Nach der nutzungsorientierten Schadensermittlung ist auf die Lizenzierungsmöglichkeiten („licensing test“) abzustellen, die der Rechtsinhaber wegen der Ausnahme oder Beschränkung verliert.²⁹⁵ Der Schaden soll über einen Vergleich der Situation bei bestehender Ausnahme mit der hypothetischen Situation ohne deren Geltung ermittelt werden.²⁹⁶ Bei der Bemessung des wirtschaftlichen Schadens muss beachtet werden, welchen Betrag der Nutzer für die Nutzung bereit gewesen wäre zu zahlen, ohne dass er die Nutzung wegen zu hoher Kosten unterlässt.²⁹⁷ Zur Berechnung des Schadens kann entweder auf jede einzelne Handlung abgestellt werden oder auf die Gesamtheit der Nutzungshandlungen, die zwar nicht einzeln, aber in der Summe zu mehr als nur einem geringfügigen Schaden führen.²⁹⁸ In letzterem Fall ist eine pauschale Erhebung unumgänglich, etwa durch eine Steuer oder eine Geräteabgabe, da andernfalls der einzelne Nutzer wegen der Unerheblichkeit des Schadens nie zu einem Ausgleich verpflichtet bzw. eine wirtschaftliche Erhebung nicht möglich wäre und der Rechtsinhaber damit leer ausginge.

Nach der schadensorientierten Ansicht ist auf die Verkäufe („lost sales“) abzustellen, die wegen der Ausnahme oder Beschränkung nicht erfolgen.²⁹⁹ Der *lost sales*-Test ist insofern weniger streng, als bei seiner Anwendung nur solch gewichtige Nutzungshandlungen zu einem Schaden führen, die ohne die Ausnahme oder Beschränkung zum Kauf eines weiteren Werkexemplars geführt hätten und nicht jede einzelne Nutzungshandlung mit kleinteiligen Lizenzzahlungen erfasst wird. Allerdings knüpft der *lost sales*-Test nicht an das Vervielfältigungsrecht an sich an, sondern an

dies möglich, weil dies außerhalb des Regelungsbereichs der InfoSocRL und damit des gerechten Ausgleichs ist.

295 High Court of Justice, Urt. v. 19.6.2015, Az. CO/5444/2014, Rn. 188.

296 *Vitorino*, S. 19.

297 Ähnlich *Vitorino*, S. 19 f.

298 *Vitorino*, S. 20.

299 High Court of Justice, Urt. v. 19.6.2015, Az. CO/5444/2014, Rn. 205.

das fertige Produkt, das auf Grundlage des Ausschließlichkeitsrechts vermarktet wird.³⁰⁰ Der Bezug zum Urheber als originärem Rechtsinhaber ist damit regelmäßig nicht vorhanden. Diese Art der Schadensberechnung führt außerdem zur Berücksichtigung urheberrechtsfremder Umstände wie die Gewinnmargen der Verwerter,³⁰¹ was im Widerspruch zum normativen Schadensverständnis der InfoSocRL steht.

Wegen der Anknüpfung an das Ausschließlichkeitsrecht muss der Wert des gerechten Ausgleichs zwingend nutzungsorientiert ermittelt werden.³⁰² Entscheidend ist demnach allein die Einbuße des Urhebers als originärem Rechtsinhaber, nicht jedoch der Nachteil der Verwerter. Wie das Ausschließlichkeitsrecht nachfrage- und damit werkabhängig einen unterschiedlichen wirtschaftlichen Wert haben kann³⁰³, trifft dies auch für den gerechten Ausgleich zu. Dennoch kann im Rahmen des Gestaltungsspielraums der Mitgliedstaaten auch eine typisierende Betrachtungsweise vorgesehen werden, die statt einer konkret werkbezogenen Betrachtungsweise eine generelle Bestimmung für Werk- und Nutzungsarten vorsieht.

Im Übrigen stellt der auf diese Weise ermittelte Schaden lediglich die Berechnungsgrundlage dar, nicht aber zwingend das Ergebnis des gerechten Ausgleichs. Die Mitgliedstaaten können den Anspruch aus dem gerechten Ausgleich auch geringer ausfallen lassen. Neben der bewussten Ablösung des Begriffs der angemessenen Vergütung bestätigt auch der

300 Führt eine Ausnahme oder Beschränkung im Übrigen in wesentlichem Umfang zu „lost sales“, ist die Übereinstimmung der Schrankenbestimmung mit dem Dreistufentest kaum zu bejahen. Insofern hat die schadensorientierte Berechnung eine wichtige Funktion bei Einführung von Schrankenregelungen.

301 Vgl. hierzu *Schulze*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), S. 208. Problematisch wäre demnach, wenn die Berücksichtigung bei der Überprüfung des gerechten Ausgleichs eine Überprüfung der Kalkulation der Verwerter stattfinden und damit eine umfassende Preiskontrolle stattfinden würde. *Schulze* unterscheidet aber nicht zwischen dem gerechten Ausgleich und dem Anspruch auf angemessene Vergütung.

302 Diese soll auch der EuGH präferieren, vgl. *Leistner*, in: *Dreier/Hilty* (Hrsg.), S. 263; a.A. High Court of Justice, Urt. v. 19.6.2015, Az. CO/5444/2014, Rn. 194, 198, 205; *Ullrich*, GRUR Int. 2009, 283, 291, die sowohl die schadensorientierte als auch die nutzungsorientierte Schadensermittlung für mit der InfoSocRL vereinbar halten.

303 Beispielsweise ist das Ausschließlichkeitsrecht an einem Standard-Lehrbuch zum BGB in der aktuellen Auflage heute wesentlich mehr wert als das Ausschließlichkeitsrecht an diesem Lehrbuch in einer Altauflage aus der Zeit vor der Schuldrechtsreform im Jahr 2002.

systematische Vergleich³⁰⁴ zu Art. 6 Abs. 1 RL 2006/115/EG (=Art. 5 Abs. 1 RL 92/100/EWG), dass im Fall von Schrankenbestimmungen die Vergütung niedriger ausfallen darf: Außerhalb von Schrankenregelungen verlangt Art. 5 Abs. 1 RL 2006/115/EG eine angemessene Vergütung. Im Rahmen von Schrankenregelungen verlangt Art. 6 Abs. 1 RL 2006/115/EG hingegen nur noch „eine“ Vergütung, die nach den kulturpolitischen Zielen des Mitgliedstaates bestimmt werden darf.³⁰⁵ Eine reduzierte Vergütung im Rahmen von Schrankenbestimmungen ist dem Unionsrecht damit bekannt.

d. Pauschalierungen

Fraglich ist, ob pauschale Vergütungssysteme mit dem Prinzip der nutzungsorientierten Ermittlung des gerechten Ausgleichs vereinbar sind. Dagegen mag auf den ersten Blick sprechen, dass bei einer Pauschalierung die Bindung zur einzelnen Nutzung aufgehoben wird.

Berücksichtigt man jedoch, dass der gerechte Ausgleich in der InfoSocRL eine Zielvorgabe der Union an die Mitgliedstaaten ist und die Beurteilung aus Sicht der Urheber erfolgen muss, kommt man zu einem anderen Ergebnis. Denn die Mitgliedstaaten sind nach Art. 5 InfoSocRL auch befugt, Ausnahmen oder Beschränkungen vorzusehen, die eine unkontrollierbare Vielzahl von kleinteiligen Nutzungen ermöglichen.³⁰⁶ Führen diese aus Sicht des Urhebers nicht einzeln betrachtet, aber in ihrer Gesamtheit zu mehr als einem nur geringfügigen wirtschaftlichen Schaden,³⁰⁷ muss für die Mitgliedstaaten auch die Möglichkeit bestehen, fakultativ oder obligatorisch einen gerechten Ausgleich einzuführen. Wäre dieser wirtschaftlich wertlos, wenn er gegenüber dem einzelnen Nutzer erhoben würde und schiede damit eine Beschränkung aus, bliebe faktisch nur die Möglichkeit einer Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht bei

304 Das systematische Argument kann im Unionsurheberrecht auf Grund der Tatsache, dass nur eine teilweise Harmonisierung vorliegt und es an einer urheberrechtlichen Dogmatik fehlt, nur ein eingeschränktes Gewicht zukommen; ähnlich *Leenen*, JURA 2012, 753, 758.

305 A.A. *Flehsig*, MMR 2012, 293, 297, der die angemessene Vergütung unter Berufung auf ErwGr. 12 der RL 2006/115/EG auch auf Ausnahmen anwenden will.

306 Z.B. Art. 5 Abs. 3 InfoSocRL, soweit auch Ausnahmen oder Beschränkungen vom Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung möglich sind.

307 Vgl. auch ErwGr. 35 letzter Satz InfoSocRL.

pauschaler Erhebung des gerechten Ausgleichs. Von der Rechtsprechung ist es daher zu Recht anerkannt, in solchen Konstellationen den gerechten Ausgleich über Dritte, etwa Gerätehersteller, unmittelbar zu erheben. Der Nutzer ist insoweit über den Kaufpreis mittelbar als Schuldner des gerechten Ausgleichs anzusehen.³⁰⁸ Denkbar ist in diesen Fällen auch eine steuerfinanzierte Erhebung des gerechten Ausgleichs, etwa durch die Belastung entsprechender Geräte mit einer Steuer oder Abgabe. Da das Erfordernis der nutzungsorientierten Ermittlung des gerechten Ausgleichs auch für Pauschalierungen besteht, muss stets eine Differenzierung nach dem Kriterium der Nutzungsintensität erfolgen.³⁰⁹

Entgegen *Dreier*³¹⁰ besteht kein Widerspruch darin, auf den Schaden als Berechnungsgrundlage abzustellen und gleichzeitig Pauschalierungen zuzulassen. Denn der Schaden muss lediglich Berechnungsgrundlage für den gerechten Ausgleich sein,³¹¹ diesem aber nicht entsprechen. Da die Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs innerhalb der Grenzen des Unionsrechts den Mitgliedstaaten überlassen ist, können sie „die Form, die Art und Weise der Finanzierung und Erhebung sowie die Höhe“ festlegen.³¹² Sind die unionsrechtlich materiell zwingenden Vorgaben erfüllt, so sind die Mitgliedstaaten in der Ausgestaltung frei.

Pauschale Vergütungssysteme sind somit mit dem normativen Ansatz des gerechten Ausgleichs grundsätzlich vereinbar.³¹³

308 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 46 – *Padawan* und EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az. C-463/12, GRUR 2015, 478, Rn. 23 – *Copydan/Nokia*.

309 So im Ergebnis EuGH, Urt. v. 12.11.2015, Az. C-572/13, GRUR 2016, 55, Rn. 73–77 – *Reprobel*; deutlicher noch *GA Villalón*, Schlussanträge in Rs. C-572/13, Rn. 68.

310 *Dreier*, ZUM 2011, 281, 283.

311 EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 42 – *Padawan*. Der EuGH nennt insofern den „konkreten Schaden“ als Berechnungsgrundlage, aber schon der Umstand, dass der Schaden auf verschiedenen Wegen berechnet werden kann, deutet darauf hin, dass der EuGH den Schaden nicht auf den Cent genau bestimmen will, sondern der konkrete Schaden im Verlust des Ausschließlichkeitsrechts zu suchen ist.

312 EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 37 – *Padawan*.

313 *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 157; *Dreier*, ZUM 2011, 281, 283.

e. Reduzierung auf Null

Fraglich ist, ob der Ausgleichsanspruch auch Null betragen kann. Nach zutreffender Ansicht des EuGH kann dies in Übereinstimmung mit Erwägungsgrund 35 der InfoSocRL der Fall sein, wenn wegen des geringfügigen Nachteils für die Rechtsinhaber ein gerechter Ausgleich in bestimmten Situationen nicht zu zahlen ist.³¹⁴ Es handelt sich nach dem Verständnis des EuGH um eine Befreiung von der Zahlung „des gerechten Ausgleichs“,³¹⁵ obwohl ein gerechter Ausgleich bei der konkreten Schrankenbestimmung eingeführt wurde. Der zwingende oder fakultative gerechte Ausgleich kann demnach im konkreten Einzelfall zu einer Nullvergütung führen, sofern dies nicht für alle von der konkreten Schrankenregelung erfassten Nutzungshandlungen gilt. Denn einen allgemeinen wirtschaftlichen Ausgleichsanspruch einzuführen, der in seinem Anwendungsbereich nie zu einem Zahlungsanspruch führt, kann nicht Sinn des gerechten Ausgleichs sein.³¹⁶ Der gerechte Ausgleich als „generisches Gerechtigkeitspostulat“ lässt also Ausnahmen von der grundsätzlich bestehenden Zahlungspflicht zu.³¹⁷ Dies muss auch bei Beschränkungen gelten, wenn vertraglich der Nutzungsumfang festgelegt ist. Eine Pflicht zur Einführung solcher Bagatellgrenzen besteht indes für die Mitgliedstaaten nicht.

f. Entstehung beim originären Rechtsinhaber

Der gerechte Ausgleich aus Art. 5 InfoSocRL muss wie die Ausschließlichkeitsrechte nach Art. 2 bis 4 InfoSocRL zwingend in der Person des originären Rechtsinhabers entstehen,³¹⁸ da er einen Ausgleich für das relativierte Ausschließlichkeitsrecht darstellt. Parallel zum Ausschließlichkeitsrecht muss der Rechtsinhaber als unmittelbarer und originärer Anspruchsberechtigter des gerechten Ausgleichs angesehen werden.³¹⁹ Rechtsinhaber i.S.d. Art. 5 Abs. 2 InfoSocRL ist damit derjenige, dem

314 EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az. C-463/12, GRUR 2015, 478, 58 – *Copydan/Nokia*.

315 EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az. C-463/12, GRUR 2015, 478, Rn. 59 – *Copydan/Nokia*.

316 High Court of Justice, Urt. v. 19.6.2015, Az. CO/5444/2014, Rn. 183 ff.

317 *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 152.

318 EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 95 – *Luksan*.

319 EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 94 i.V.m. 89 – *Luksan*.

auch die Ausschließlichkeitsrechte nach Art. 2 ff. InfoSocRL originär zuzustehen.³²⁰ Diese auch grundrechtlich gebotene Zuordnung ist bindend und darf nicht durch gesetzliche Regelungen unterlaufen werden, indem der Ausgleichsanspruch oder Teile hiervon einem anderen gesetzlich zugeordnet werden.³²¹

Dennoch ist mit der Entstehung des gerechten Ausgleichs keine endgültig feststehende Zuordnung des gerechten Ausgleichs verbunden.³²² Schon Erwägungsgrund 10 InfoSocRL deutet die Möglichkeit der Aufteilung des gerechten Ausgleichs an, denn die Notwendigkeit der Aufteilung des wirtschaftlichen Ertrages aus der Verwertung besteht innerhalb und außerhalb von Schrankenbestimmungen.³²³ Im Übrigen kommt der gerechte Ausgleich nicht nur bei Ausnahmen vom Ausschließlichkeitsrecht, sondern auch bei Beschränkungen des Ausschließlichkeitsrechts zur Anwendung.³²⁴ Hat ein Verwerter beschränkte Ausschließlichkeitsrechte inne oder ist ihm ein translatives Urheberrecht vollständig übertragen, steht ihm auch der Ausgleichsanspruch aus der Zwangslizenz gegenüber dem Nutzer unmittelbar zu. Aber auch hier entsteht der Ausgleichsanspruch wie das Ausschließlichkeitsrecht unmittelbar beim originären Rechtsinhaber, der ihn lediglich an einen Dritten übertragen hat.³²⁵

3. Schuldner des gerechten Ausgleichs

Schuldner des gerechten Ausgleichs ist grundsätzlich derjenige, der die urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung vornimmt.³²⁶ Der gerechte Ausgleich kann zwar auch bei einem Dritten erhoben werden, wenn dies durch praktische Schwierigkeiten bei der Identifizierung der Nutzer ge-

320 EuGH, Urt. v. 12.11.2015, Az. C-572/13, GRUR 2016, 55, Rn. 46 f. – *Reprobel*; a.A. *Kraßer*, GRUR 2016, 129, 134; *Kraft*, M&R 2015, Beilage zu medien und recht 4/15, 1, 9 f.

321 So sind gesetzliche Abtretungsvermutungen, gleich ob widerlegbar oder unwiderlegbar, nicht mit dem Sinn des gerechten Ausgleichs vereinbar, vgl. EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 109 – *Luksan*.

322 So auch zur Verlegerbeteiligung *Kraßer*, GRUR 2016, 129, 134 f.

323 Ähnlich *Kraßer*, GRUR 2016, 129, 135.

324 Siehe oben Kapitel 3, B.IV.1.

325 Zur Möglichkeit der rechtsgeschäftlichen Übertragung des gerechten Ausgleichs, siehe unten Kapitel 3, B.VII.2.

326 EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 45 – *Padawan*.

rechtfertigt ist und solange der privilegierte Nutzer den gerechten Ausgleich im Ergebnis finanziert.³²⁷ Unerheblich ist insoweit, ob der mittelbare gerechte Ausgleich privatrechtlich oder mittels einer Steuer³²⁸ erhoben wird, da dies lediglich die Form und nicht den Inhalt des gerechten Ausgleichs betrifft.³²⁹ Weil eine mittelbare Erhebung aber zu Pauschalierungen führt, die den subjektiven Ansatz des gerechten Ausgleichs schwächt, ist eine solche mittelbare Erhebung rechtfertigungsbedürftig und steht nicht im freien Ermessen der Mitgliedstaaten.

4. Sonstige Vorgaben für die Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs

Die Mitgliedstaaten haben bei der Umsetzung des gerechten Ausgleichs nicht nur materielle Vorgaben zu erfüllen, sondern sind auch bei der konkreten Ausgestaltung an eine effektive Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben gebunden.

a. Ergebnispflicht der Mitgliedstaaten

Der EuGH fordert von den Mitgliedstaaten eine Ergebnispflicht in dem Sinne, dass die Mitgliedstaaten „eine wirksame Erhebung des gerechten Ausgleichs, der den Inhabern der verletzten Rechte den entstandenen Schaden ersetzen soll, sicherstellen [müssen], da diesen Bestimmungen

327 EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 45, 48 – *Padawan*.

328 Erforderlich ist jedoch, dass die Urhebervergütung nicht aus dem allgemeinen Staatshaushalt gezahlt wird, sondern die Finanzierung der Urhebervergütung durch den Nutzer sichergestellt wird. Aus Sicht der InfoSocRL könnte eine Steuerpflicht an die dauerhafte oder vorübergehende Überlassung von Vervielfältigungsgeräte und -medien anknüpfen, wenn dadurch der tatsächliche Nutzer zum „indirekten Schuldner“ des gerechten Ausgleichs wird. Ein steuerfinanzierter gerechter Ausgleich setzt damit voraus, dass die Steuer direkt oder indirekt, jedenfalls aber ausschließlich vom tatsächlichen Nutzer bezahlt wird und die Einnahmen hieraus zweckgebunden den Rechteinhabern zufließen; EuGH, Urt. v. 9.6.2016, Az. C-470/14, GRUR 2016, 687, Rn. 28 ff. – *EGEDA*.

329 *Ullrich*, GRUR Int. 2009, 283, 291.

sonst jede praktische Wirksamkeit genommen würde“.³³⁰ Diese Ergebnis-
pflicht gilt für jegliches mitgliedstaatliche Handeln; sie trifft also Gesetz-
gebung, Verwaltung und Rechtsprechung gleichermaßen.³³¹ Die Mitglied-
staaten haben aber ein weites Ermessen, wenn sie die Einzelheiten des ge-
rechten Ausgleichs festlegen.³³² Der Bezug zum durch die Ausnahme oder
Beschränkung entstandenen normativen Schaden muss jedoch gewahrt
bleiben.³³³ Im Ergebnis muss eine Art Schadenswiedergutmachung durch
den Nutzer sichergestellt sein.³³⁴

Diese Ergebnispflicht gilt stets für den gerechten Ausgleich. Führt ein
Mitgliedstaat einen gerechten Ausgleich ein, so muss er dafür sorgen, dass
dieser seine Funktion als Kompensationsanspruch erfüllen kann. Es be-
steht eine Nebenpflicht für die Mitgliedsstaaten, den gerechten Ausgleich
effektiv auszugestalten.³³⁵ Hierbei muss nicht nur eine „wirksame Erhe-
bung des gerechten Ausgleichs“³³⁶ beim Schrankenprivilegierten erfolgen.
Die Ausgleichsansprüche müssen so gestaltet werden, dass dem Rechtsin-
haber der wirtschaftliche Wert der Erhebung im Wesentlichen tatsächlich
zukommt, er mithin nicht leer ausgeht.³³⁷ Auf welchem rechtlichen Weg
dies geschieht, ist unerheblich. Im Rahmen der Ergebnispflicht muss der
Rechtsinhaber auch vor der Aushöhlung seiner Rechte aus dem gerechten
Ausgleich geschützt werden, wenn diese in der (vertraglichen) Praxis
droht.

330 EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 106 – *Luksan*;
EuGH, Urt. v. 16.6.2011, Az. C-462/09, GRUR 2011, 909, Rn. 34 – *Stichting de
ThuisKopie*. In diesem Sinn auch EuGH, Urt. v. 9.6.2016, Az. C-470/14, GRUR
2016, 687, Rn. 21 – *EGEDA*; EuGH, Urt. v. 11.7.2013, Az. C-521/11, GRUR
2013, 1025, Rn. 20 – *Amazon/Austro-Mechana*; EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az.
C-463/12, GRUR 2015, 478, Rn. 20 – *Copydan/Nokia*.

331 Ähnlich *Jani*, ZGE/IPJ 2015, 196, 202.

332 EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az. C-463/12, GRUR 2015, 478, Rn. 20 – *Copydan/
Nokia*.

333 EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az. C-463/12, GRUR 2015, 478, Rn. 21 – *Copydan/
Nokia*.

334 Vgl. EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az. C-463/12, GRUR 2015, 478, Rn. 22 –
Copydan/Nokia.

335 Aus der Eigenschaft als Nebenpflicht folgt auch eine (Annex-)Kompetenz der
Union für Vorgaben in dieser Hinsicht, vgl. in anderem Zusammenhang *Galetta*,
in: Schwarze (Hrsg.), S. 182.

336 EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 106 – *Luksan*;
EuGH, Urt. v. 16.6.2011, Az. C-462/09, GRUR 2011, 909, Rn. 34 – *Stichting de
ThuisKopie*.

337 *Kraft*, M&R 2015, Beilage zu medien und recht 4/15, 1, 12 f.

Entscheidend ist das Ergebnis aus Sicht des originären Rechtsinhabers: Ihm muss eine Position gewährt werden, auf Grund derer er an der Nutzung seines Werkes innerhalb der Schrankenregelungen wirtschaftlich profitiert. Dies kann bei Ausnahmen durch gesetzliche Vergütungsansprüche oder sonstige wirtschaftlich wertvolle Ansprüche erfolgen, oder bei Beschränkungen durch die Gewährung einer starken vertraglichen Position, auf Grund derer er eine Vergütung vom Nutzer verlangen kann. Die Ergebnispflicht fordert ferner von den Mitgliedstaaten, ihre Regelungen stets auf ihre praktische Wirksamkeit hin zu überprüfen und ggf. anzupassen.

b. Mittelbare Form des gerechten Ausgleichs

Im Rahmen der pauschal von einer Verwertungsgesellschaft erhobenen Geräteabgabe ist anerkannt, dass in gewissem Maße das Aufkommen aus dem gerechten Ausgleich für die mittelbare Unterstützung der Rechtsinhaber über kulturelle und soziale Einrichtungen erfolgen kann.³³⁸ Eine vollständige Barauszahlung des gerechten Ausgleichs ist demnach nicht immer erforderlich.³³⁹ Bei der Geräteabgabe ist dies durch die Natur der Pauschalabgabe gerechtfertigt, bei der eine Erhebung nur nach der potentiellen Nutzungsintensität erfolgen kann, eine werkbezogene Zuordnung aber nicht möglich ist. Eine mittelbare Form des gerechten Ausgleichs ist demnach nicht grundsätzlich unzulässig, bedarf aber der Rechtfertigung, etwa durch Besonderheiten der kollektiven Wahrnehmung oder Besonderheiten im Schrankentatbestand.

Im Rahmen eines individuell ermittelten gerechten Ausgleichs im direkten Verhältnis zwischen Rechtsinhaber und Nutzer kann ein mittelbarer Ausgleich hingegen nicht gerechtfertigt werden, da es dort keine Zuordnungsprobleme gibt und die konkrete Nutzung bekannt ist. Der gerechte Ausgleich muss sich in diesem Fall vollständig beim Urheber bzw. Rechtsinhaber widerspiegeln, ein mittelbarer gerechter Ausgleich mit steuer- oder abgabenähnlicher Wirkung ist insoweit unzulässig.

338 EuGH, Urt. v. 11.7.2013, Az. C-521/11, GRUR 2013, 1025, Rn. 49 ff. – *Amazon/Austro-Mechana*.

339 EuGH, Urt. v. 11.7.2013, Az. C-521/11, GRUR 2013, 1025, Rn. 49 – *Amazon/Austro-Mechana*.

Damit besteht für die Mitgliedstaaten insoweit ein Gestaltungsspielraum, inwieweit sie eine mittelbare Form des gerechten Ausgleichs ermöglichen oder vorsehen.³⁴⁰ Voraussetzung ist aber stets, dass nur die Rechtsinhaber vom mittelbaren Ausgleich profitieren und ein diskriminierungsfreier Zugang gewährleistet ist.³⁴¹

c. Verwertungsgesellschaftspflicht

Die verwertungsgesellschaftspflichtige Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs stellt zwar einen weiteren Eingriff in die Rechte des Urhebers dar, da seine individuellen Herrschaftsmöglichkeiten beschränkt werden.³⁴² Dennoch kann eine Verwertungsgesellschaftspflicht durch die Vorteile gerechtfertigt werden, die diese mit sich bringt: beispielsweise die gestärkte Verhandlungsposition der Urheberseite durch das kollektive Auftreten³⁴³ und die zwingende finanzielle Beteiligung des Urhebers am Aufkommen der Verwertungsgesellschaft.³⁴⁴ Wegen des Abschlusszwangs, dem die Verwertungsgesellschaften nach Art. 16 VG-RL unterliegen, ist der Werkzugang des Nutzers zu angemessenen Bedingungen auch bei Beschränkungen gesichert.

Das Unionsrecht, insbesondere die InfoSocRL und die VG-Richtlinie, steht der Verwertungsgesellschaftspflicht hinsichtlich des gerechten Ausgleichs neutral gegenüber,³⁴⁵ da diese nicht mehr den Inhalt des gerechten Ausgleichs betrifft, sondern lediglich die Modalitäten seiner Erhebung. Auch im Rahmen der VG-Richtlinie wurde die Möglichkeit nicht ergrif-

340 EuGH, Urt. v. 11.7.2013, Az. C-521/11, GRUR 2013, 1025, Rn. 49 – *Amazon/Austro-Mechana*.

341 EuGH, Urt. v. 11.7.2013, Az. C-521/11, GRUR 2013, 1025, Rn. 53 f. – *Amazon/Austro-Mechana*.

342 Ist der Anspruch aus dem gerechten Ausgleich verwertungsgesellschaftspflichtig, kann der Urheber nur von ihm profitieren, wenn ihn eine Verwertungsgesellschaft wahrnimmt. Andernfalls verzichtet er faktisch auf den Anspruch, jedenfalls soweit es sich um eine gesetzliche Lizenz handelt. Siehe zu den Vor- und Nachteilen verwertungsgesellschaftspflichtiger Ausschließlichkeitsrechte und Vergütungsansprüche *Plate*, S. 200 ff.

343 Siehe etwa *Lewinski*, in: Ohly/Bodewig/Dreier u.a. (Hrsg.), S. 411; *Stöhr*, S. 134; *Gräbig*, S. 86; *Augenstein*, S. 20; *Gounalakis*, S. 44; vgl. auch *Lichtenegger*, S. 214 ff.; *Emler*, S. 159 ff.

344 *Hilty*, GRUR 2005, 819, 821.

345 Vgl. ErwGr. 18 InfoSocRL und ErwGr. 2 VG-RL.

fen, die gesetzlichen Vergütungsansprüche und die Verwertungsgesellschaftspflicht zu harmonisieren.³⁴⁶ Daher können die Mitgliedstaaten im Rahmen ihres Umsetzungsspielraums die Ansprüche aus dem gerechten Ausgleich verwertungsgesellschaftspflichtig ausgestalten. Im Übrigen berühren die neuen Regelungen der VG-Richtlinie die inhaltlichen Anforderungen an den gerechten Ausgleich nicht.³⁴⁷

5. Verhältnis zu anderen Vorschriften

Fraglich ist, wie sich der gerechte Ausgleich zu anderen Vorschriften verhält. Hierbei ist einerseits der Dreistufentest aus Art. 5 Abs. 5 InfoSocRL von Bedeutung, der als allgemeine Vorschrift bei der Umsetzung der Schrankenbestimmungen zu beachten ist. Andererseits verwendet auch die Richtlinie über verwaiste Werke den Begriff des gerechten Ausgleichs und es könnten daher Rückschlüsse auf den gerechten Ausgleich in der InfoSocRL möglich sein.

a. Art. 5 Abs. 5 InfoSocRL

Art. 5 Abs. 5 InfoSocRL, der Art. 10 Abs. 2 WCT nahezu wortgleich übernimmt und damit die internationalen Verpflichtungen inhaltlich aufnimmt³⁴⁸, ist an die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung von Ausnahmen oder Beschränkungen gerichtet³⁴⁹ und schränkt deren Umsetzungsspielraum zusätzlich ein.³⁵⁰ Dies betrifft vor allem die Ausgestaltung des

346 *Drexler/Nérisson/Trumpke u.a.*, IIC 2013, 322, 330 ff.

347 Siehe ErwGr 13 der VG-RL, wonach diese „Richtlinie [...] die Möglichkeit unberührt [lässt], dass die Mitgliedstaaten durch Gesetz [...] einen angemessenen Ausgleich zu Gunsten der Rechtsinhaber bei Ausnahmen oder Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts nach der Richtlinie 2001/29/EG [...] festlegen“; kritisch hierzu *Peifer*, GRUR 2015, 27, 33.

348 Siehe auch ErwGr. 44 InfoSocRL. Art. 5 Abs. 5 InfoSocRL hat aber keine von Art. 10 Abs. 2 WCT eigenständige Bedeutung, sondern ist parallel auszulegen, vgl. *Senfileben*, S. 256.

349 EuGH, Urt. v. 10.4.2014, Az. C-435/12, GRUR 2014, 546, Rn. 25 – *ACI Adam/Stichting de Thuiskopie*.

350 *Stöhr*, S. 83; *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 289; *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Dreyer*, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 7 f.; *Lauber-Rönsberg*, S. 66.; a.A. – zumindest bei

Tatbestands, aber auch die Frage, ob auf der Rechtsfolgenseite der jeweiligen Schrankenregelung ein Anspruch auf eine angemessene Vergütung vorgesehen werden muss.³⁵¹ Daher ist es möglich, dass für einzelne Ausnahmen und Beschränkungen eine angemessene Vergütung nach dem Dreistufentest zwingend vorgesehen werden muss, auch wenn nach der Richtlinie ein gerechter Ausgleich nicht erforderlich ist.³⁵²

Inhaltlich sind sich der gerechte Ausgleich der InfoSocRL und das Prinzip der angemessenen Vergütung aus dem Dreistufentest zwar ähnlich, entsprechen einander aber nicht vollständig.³⁵³ Die wirtschaftlichen Anforderungen des gerechten Ausgleichs sind weniger streng als die der angemessenen Vergütung aus den internationalen Vorgaben.³⁵⁴ Die Mitgliedstaaten müssten demnach immer zusätzlich die internationalen Vorgaben erfüllen. Allein die Tatsache, dass die Richtlinie einen gerechten Ausgleich vorsieht, sagt demnach noch nichts über die Übereinstimmung mit den internationalen Vorgaben aus.³⁵⁵ Vielmehr wollte der Richtliniengeber in den Fällen von Art. 5 Abs. 2 lit. a), b) und e) InfoSocRL die Rechtsinhaber privilegieren, indem ihnen ein gerechter Ausgleich zwingend zusteht, und zwar unabhängig davon, ob dies international zwingend notwendig ist.³⁵⁶

b. Vergleich mit der Richtlinie über verwaiste Werke

Der Begriff des gerechten Ausgleichs wird auch von der Richtlinie 2012/28/EU über verwaiste Werke verwendet, steht dort allerdings in einem anderen Zusammenhang. Es geht in Art. 6 Abs. 5 RL 2012/28/EU lediglich um den gerechten Ausgleich für die Nutzung eines vormals ver-

Schrankenbestimmungen mit obligatorischem gerechten Ausgleich – wohl *Stieper*, ZGE/IPJ 2015, 170, 191.

351 Zu den Anforderungen des WCT im Einzelnen, siehe oben Kapitel 2, C.II.

352 *Stöhr*, S. 87; *Dreier/Hughenholz/Bechtold*, Art. 5 Information Society Directive S. 470; *Walter/Lewinski/Lewinski/Walter*, Art. 5 InfoSoc Rn. 11.5.39; *Triaille*, S. 367. Dies soll bei Art. 5 Abs. 2 lit. a), b) und e) sowie bei Art. 5 Abs. 3 lit. a) und e) InfoSocRL zu einem zwingenden Ausgleichsanspruch führen, so jedenfalls *Senfleben*, S. 276 f.

353 *Dreier/Hughenholz/Bechtold*, Art. 5 Information Society Directive S. 470.

354 *Senfleben*, S. 275.

355 *Senfleben*, S. 275 f.

356 *Senfleben*, S. 276.

waisten Werkes bis zum Zeitpunkt der Beendigung der Verwaisung. Ziel ist es, die rechtmäßige Nutzung von Werken aus rechtspolitischen Gründen zu ermöglichen, deren Urheber nicht bekannt ist.³⁵⁷ Um dies zu erreichen, ergänzt Art. 6 Abs. 1 RL 2012/28/EU den Schrankenkatalog des Art. 5 InfoSocRL um eine zwingende Schrankenbestimmung hinsichtlich der Rechte aus Art. 2 und 3 InfoSocRL. Für die Nutzung müssen die Rechtsinhaber nach Beendigung der Verwaisung einen gerechten Ausgleich erhalten, wobei die Richtlinie 2012/28/EU hinsichtlich des Inhalts des gerechten Ausgleichs – im Gegensatz zur InfoSocRL – ausdrücklich auf nationales Recht verweist. Demnach steht es „den Mitgliedstaaten frei, die Umstände für die Zahlung eines solchen Ausgleiches festzulegen“, Art. 6 Abs. 5 S. 2 RL 2012/28/EU. Die Höhe des gerechten Ausgleichs wird nach Art. 6 Abs. 5 S. 3 RL 2012/28/EU allerdings „im Rahmen der unionsrechtlichen Vorgaben durch die Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats geregelt“, wobei nach Erwägungsgrund 18 S. 4 RL 2012/28/EU kulturpolitische Zielsetzungen berücksichtigt werden können.

Beim gerechten Ausgleich i.S.d. Richtlinie 2012/28/EG handelt es sich demnach – in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH zur InfoSocRL und entgegen dem eindeutigen Wortlaut des Art. 6 Abs. 1 RL 2012/28/EU – um einen Ausgleichsanspruch für eine Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht.³⁵⁸ Der Unionsgesetzgeber nimmt hierbei die auf Ausnahmen vom Ausschließlichkeitsrecht bezogene Rechtsprechung des EuGH sowie die Begrifflichkeiten der InfoSocRL auf. Daher sind keine Rückschlüsse auf den Inhalt des gerechten Ausgleichs der InfoSocRL möglich.

VII. Verträge über den gerechten Ausgleich

Zu klären ist, inwieweit vertragliche Abreden über den gerechten Ausgleich möglich sind. Hierbei gilt es zu unterscheiden zwischen Verträgen über den Inhalt des gerechten Ausgleichs und Verträgen, die den gerechten Ausgleich an einen Dritten übertragen bzw. einen Dritten vom gerechten Ausgleich profitieren lassen wollen. Zunächst soll es um die Verträge

357 ErwGr. 3 ff. RL 2012/28/EU.

358 Da es sich um verwaiste Werke handelt, ist die Möglichkeit der Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts schon faktisch nicht gegeben, da es gerade um die Ermöglichung einer genehmigungsfreien Nutzung geht.

über den Inhalt des gerechten Ausgleichs, mithin über Verträge zwischen Rechtsinhaber und Nutzer gehen. Im Anschluss hieran wird der Umfang der Verkehrsfähigkeit des gerechten Ausgleichs bestimmt.

1. Vertragliche Vereinbarungen über den Inhalt des gerechten Ausgleich

Fraglich ist, ob bzw. inwieweit die Vorgaben des gerechten Ausgleichs die Möglichkeit einschränken, Verträge über den Inhalt des gerechten Ausgleichs zu schließen.

a. Vertragsrecht grundsätzlich außerhalb des Regelungsbereichs der InfoSocRL

Gemäß Art. 9 InfoSocRL ist das Vertragsrecht nicht Gegenstand der InfoSocRL.³⁵⁹ Dennoch ist in Erwägungsgrund 45 InfoSocRL die Aussage zu finden, dass die Schrankenregelungen „vertraglichen Beziehungen zur Sicherstellung eines gerechten Ausgleichs für die Rechtsinhaber nicht entgegenstehen [sollen], soweit dies nach innerstaatlichem Recht zulässig ist“. Erwägungsgrund 45 InfoSocRL schreibt durch seine Formulierung mit „sollten“ und dem Verweis auf die Zulässigkeit nach nationalem Recht kein Harmonisierungsziel vor³⁶⁰, heißt allerdings Verträge gut, die einen gerechten Ausgleich regeln. Daraus folgt, dass das Unionsrecht einer Ausgestaltung der Schrankenregelungen im nationalen Recht positiv gegenüber steht, wenn auf Rechtsfolgenseite der Schrankenbestimmungen Raum für individuelle Abreden ist. Erwägungsgrund 45 InfoSocRL enthält folglich nicht, wie vielfach angenommen³⁶¹, eine Aussage über die Dispo-

359 Dies gilt für das gesamte Unions(urheber)recht, siehe *Guibault*, in: Derclaye (Hrsg.), S. 519.

360 *Gräbig*, S. 94. Bestätigt wird dies auch durch die Tatsache, dass in früheren Richtlinien übliche Regelungen zur Vertragsfestigkeit einzelner Bestimmungen bewusst unterlassen wurden, vgl. etwa Art. 5 Abs. 2 oder Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der Richtlinie 91/250/EWG (= Art. 5 Abs. 2 und Art. 8 Abs. 2 Richtlinie 2009/24/EG).

361 *Gräbig*, S. 94; *Schulze*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), S. 204. In Anbetracht von Art. 9 InfoSocRL erscheint es nicht überzeugend, aus einem unklar formulierten Erwägungsgrund Rückschlüsse auf die Zulässigkeit der vertraglichen Abdingbarkeit von Ausnahmen und Beschränkungen zu ziehen, obwohl das Vertragsrecht aus-

nibilität der Schrankenregelungen, sondern über die Möglichkeit den Inhalt des gerechten Ausgleichs vertraglich festzulegen.³⁶²

Dennoch berührt der positive Regelungsbereich der InfoSocRL das Vertragsrecht: Die zwingenden Anforderungen an den gerechten Ausgleich schränken die positive Vertragsfreiheit von Rechtsinhaber und Nutzer ein.³⁶³ Bei Zwangslizenzen, die als Beschränkungen vom Ausschließlichkeitsrecht i.S.d. Art. 5 InfoSocRL anzusehen sind, wird die negative Vertragsfreiheit berührt, da der Rechtsinhaber sein Ausschließlichkeitsrecht nicht mehr frei ausüben kann.

In Übereinstimmung mit Art. 9 InfoSocRL wird mit dem gerechten Ausgleich nicht das Urhebervertragsrecht im Anwendungsbereich des gerechten Ausgleichs umfassend harmonisiert, sondern es bestehen lediglich punktuell zwingende Vorgaben, wenn entsprechende Schrankenregelungen unter Einführung des gerechten Ausgleichs umgesetzt werden. Gerade weil das Urhebervertragsrecht unberührt bleiben soll, sind die materiell zwingenden Vorschriften aber so auszulegen, dass die freiheitsbeschränkende Wirkung auf ein notwendiges Maß begrenzt wird.³⁶⁴

b. Ausnahme: Art. 5 Abs. 3 lit. n) InfoSocRL

Art. 5 Abs. 3 lit. n) InfoSocRL sieht als einzige Ausnahme oder Beschränkung ausdrücklich einen Vorrang von vertraglichen Abreden vor: Dieser gilt nur für Werke bzw. Nutzungen, „für die keine Regelungen über den Verkauf und Lizenzen gelten“.³⁶⁵ Der EuGH hat mittlerweile festgestellt,

drücklich nicht harmonisiert werden soll, so auch Walter/Lewinski/Lewinski/Walter, Art. 5 InfoSoc Rn. 11.5.80.

362 So auch Stieper, S. 222 f.

363 Denn zwingende Vorschriften aus der InfoSocRL verhindern, dass autonome vertragliche Vereinbarungen mit abweichendem Inhalt zwischen den Beteiligten getroffen werden können.

364 Vgl. auch Schmidt-Kessel, in: Riesenhuber (Hrsg.), Methodenlehre, § 17 Rn. 41.

365 Bemerkenswert ist die Entscheidung des Unionsgesetzgebers, dass diese Ausnahme und Beschränkung einerseits den Vorrang vertraglicher und damit vor allem entgeltlicher Vereinbarungen vorsieht, andererseits bei Nichtbestehen einer solchen Vereinbarung die Ausnahme oder Beschränkung nach Art. 5 Abs. 3 lit. n) InfoSocRL keinen gerechten Ausgleich vorsehen muss. Damit wird zwar das Zugangsinteresse des Nutzers am besten zur Geltung gebracht, da der Nutzer sich – sofern die Mitgliedstaaten keinen gerechten Ausgleich einführen – nur freiwillig in eine Situation bringen kann, die ihn zur Zahlung einer Vergütung verpflichtet

dass es sich hierbei um geschlossene Verträge handeln muss und ein bloßes Vertragsangebot zu angemessenen Bedingungen nicht ausreicht.³⁶⁶

Führt ein Mitgliedstaat bei Art. 5 Abs. 3 lit. n) InfoSocRL freiwillig einen gerechten Ausgleich ein, so stellt sich die Frage nach dem Verhältnis zwischen der Vorrangklausel und dem Anspruch auf einen gerechten Ausgleich. Dies ist im Einzelfall durchaus problematisch: Wird nämlich das Ausschließlichkeitsrecht durch den Mitgliedstaat beschränkt, so ist zu klären, ob die Einräumung des Nutzungsrechts auf Grund der Schrankenregelung erfolgt und damit die Anforderungen des gerechten Ausgleichs zu erfüllen sind, oder ob die Vorrangklausel greift und allein das nationale Urhebervertragsrecht Anwendung findet.³⁶⁷

Art. 5 Abs. 3 lit. n) InfoSocRL gibt „Regelungen über Verkauf und Lizenzen“ den Vorrang vor der Schrankenregelung. Damit könnten Verträge gemeint sein, die nicht nur die von der Schrankenregelung erfassten, sondern auch andere Nutzung betreffen. Denn die Richtlinie spricht vom Verkauf und im Plural von Lizenzen und nicht im Singular von einer Lizenz für eine konkrete Nutzung. Auch der Verkauf legt die Voraussetzung einer weitreichenderen Regelung als nur die Nutzung im Rahmen der Schrankenregelung nahe, da von der Schrankenregelung lediglich die Wiedergabe oder Zugänglichmachung von Werken an Terminals betroffen ist, die bereits in der entsprechenden Sammlung vorhanden sind. Die vorrangigen vertraglichen Regelungen müssen damit mehr als nur die in Art. 5 Abs. 3 lit. n) InfoSocRL privilegierte Nutzung erfassen. Um den Sinn und Zweck der Schrankenregelung sicherzustellen, nämlich dem Zugangsinteresse

kann. Andererseits wird vom Unionsgesetzgeber die Nutzungshandlung als so wirtschaftlich wertvoll angesehen, dass sie unter normalen Umständen Gegenstand einer Lizenzvereinbarung oder eines Verkaufs sein können (Art. 5 Abs. 3 lit. n) InfoSocRL). Die Entscheidung, beim Nichtbestehen von vertraglichen Vereinbarungen auf einen obligatorischen gerechten Ausgleich zu verzichten, ist daher widersprüchlich.

366 EuGH, Urt. v. 11.9.2014, Az. C-117/13, GRUR 2014, 1078, Rn. 23 ff. – *TU Darmstadt/Ulmer*; kritisch zur Vorrangklausel des Art. 5 Abs. 3 lit. n) InfoSocRL *Stieper*, S. 206 f.; *Stieper*, GRUR 2015, 1106, 1106 f.; ansatzweise auch *Dreier*, NJW 2015, 1905, 1906.

367 Ein ähnliches Abgrenzungsproblem kann sich bei einer Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht ergeben, wenn der fakultativ vorgesehene gerechte Ausgleich verwertungsgesellschaftspflichtig ausgestaltet ist und sich damit die Frage stellt, wann der Inhaber des Ausschließlichkeitsrechts zum Abschluss eines Nutzungsvertrages berechtigt ist; siehe zur Problematik im nationalen Recht unten Kapitel 4, C.II.2.

Rechnung zu tragen³⁶⁸, gilt die Vorrangklausel daher nur dann, wenn und solange die entsprechenden Nutzungen vertraglich ermöglicht werden.

Diese Erwägungen sprechen dafür, dass auch bei Verträgen über den gerechten Ausgleich im Ergebnis der Werkzugang gewährleistet sein muss. Wenn schon bei einer Vorrangklausel unter Geltung des Ausschließlichkeitsrechts der Werkzugang gewährleistet sein muss, so muss dieser erst Recht bei Verträgen über die Rechtsfolgenseite der Schrankenbestimmungen bei Ausnahmen oder Beschränkungen vom Ausschließlichkeitsrecht gelten.

c. Technische Maßnahmen und gerechter Ausgleich

Zu klären ist, ob aus den Regelungen zu technischen Maßnahmen³⁶⁹ Rückschlüsse auf den gerechten Ausgleich möglich sind. Es ist anerkannt, dass zur Vermeidung einer Doppelvergütung³⁷⁰ sich der Einsatz technischer Maßnahmen auf die konkrete Höhe des (pauschal erhobenen) gerechten Ausgleichs auswirken, diesen jedoch nicht gänzlich entfallen lassen kann.³⁷¹ Dem liegt die Annahme zu Grunde, dass eine „Vereinbarung zwischen den Rechtsinhabern und anderen betroffenen Parteien“ nach

368 Auch bei vertraglichen Regelungen über die Nutzung, die durch eine Ausnahme oder Beschränkungen privilegiert sind, ist stets die Wirksamkeit der Ausnahme oder Beschränkung sicherzustellen, siehe hierzu auch EuGH, Urt. v. 11.9.2014, Az. C-117/13, GRUR 2014, 1078, Rn. 28, 32 – *TU Darmstadt/Ulmer*. Folglich muss die relevante Nutzung für den privilegierten Nutzerkreis im Ergebnis erlaubt sein, sei dies zu angemessenen Bedingungen im Rahmen eines Vertrages, im Gegenzug eines gerechten Ausgleichs oder ganz ohne Ausgleichsanspruch.

369 Vgl. hierzu EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az. C-463/12, GRUR 2015, 478, Rn. 69 f. – *Copydan/Nokia*.

370 Das Verbot der Doppelvergütung ist vor allem im Zusammenhang mit dem pauschalen Vergütungssystem bei der Geräteabgabe bei gleichzeitiger Anwendung von technischen Schutzmaßnahmen diskutiert, vgl. statt vieler *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 158 und BGH, Urt. v. 3.7.2014, Az. I ZR 30/11, GRUR 2014, 984, Rn. 72 – *PC III*.

371 EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 57 f. – *VG Wort*, wobei sich diese Rechtsprechung explizit auf die Geräteabgabe im Rahmen von Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSocRL bezieht, der ausdrücklich eine Berücksichtigung vom Einsatz technischer Maßnahmen anordnet. Zur Geräteabgabe und dem Verhältnis zu technischen Maßnahmen, siehe auch *Stieper*, EuZW 2013, 699, 701. Eine Reduzierung auf Null hält der *BGH* im Einzelfall für möglich, wenn die Ausnahme oder Beschränkung faktisch wegen der technischen Maß-

Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 InfoSocRL auch eine Vergütungsabrede enthält und damit kein Raum mehr für eine Beteiligung an einem Pauschalssystem ist.

Berücksichtigt man die Tatsache, dass die tatsächliche Möglichkeit der Gebrauchmachung von Schrankenregelungen durch den Einsatz technischer Maßnahmen nach Art. 6 Abs. 4 InfoSocRL einseitig beeinflusst werden kann, liegt der Schluss nahe, dass der gerechte Ausgleich keinen absoluten Geltungsanspruch erhebt: Aus Art. 6 Abs. 4 UAbs. 4 InfoSocRL folgt, dass technische Maßnahmen die Nutzung auch im Anwendungsbereich von Ausnahmen und Beschränkungen unterbinden können, wenn die Werke „der Öffentlichkeit aufgrund einer vertraglichen Vereinbarung in einer Weise zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind“. Vertraglichen Vereinbarungen werden demnach von der InfoSocRL als vorrangig angesehen, wenn im Ergebnis ein – i.d.R. kostenpflichtiger – Werkzugang durch eine öffentliche Zugänglichmachung i.S.d. Art. 3 InfoSocRL besteht.³⁷² Soweit die vertragliche Vereinbarung die Nutzung im Anwendungsbereich einer von den Mitgliedstaaten ausgleichspflichtig umgesetzten Ausnahme oder Beschränkung zulässt, kann diese vertragliche Vereinbarung sich nach der Rechtsprechung des EuGH aber verringernd auf den gerechten Ausgleich auswirken.³⁷³ Dies ist jedenfalls ein weiteres Indiz dafür, dass die Richtlinie nicht von einem absoluten und abschließenden Regime des gerechten Ausgleichs ausgeht, das vertraglichen Regelungen grundsätzlich entgegensteht.

d. Verzicht

Fraglich ist vor dem Hintergrund der vertragsrechtlichen Ausführungen, ob das Unionsrecht einem vertraglichen Verzicht auf den gerechten Aus-

nahme nicht genutzt werden kann, BGH, Urt. v. 3.7.2014, Az. I ZR 30/11, GRUR 2014, 984, Rn. 72 – *PC III*.

372 Im Einzelnen str., siehe hierzu ausführlich *Stieper*, S. 216 ff. m.w.N.; andeutungsweise wie hier *Walter/Lewinski/Lewinski/Walter*, Art. 6 InfoSocRL Rn. 11.6.18; kritisch *Schack*, UrhR, Rn. 836;

373 EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 58 – *VG Wort*.

gleich entgegensteht. Eine ausdrückliche Regelung enthält die InfoSocRL hierzu bewusst³⁷⁴ nicht.

Nach der im Grundsatz zutreffenden Rechtsprechung des EuGH muss der Anspruch auf einen gerechten Ausgleich unverzichtbar sein.³⁷⁵ Unter Verzicht wird im Unionsrecht „die Aufgabe einer Forderung verstanden, ohne einen Dritten zu berechtigen.“³⁷⁶ Ein Verzichtsvorbot will damit den Urheber vor einer Aufgabe einer Forderung bzw. Rechtsposition schützen, deren Reichweite er wegen der Schutzfrist von 70 Jahren *post mortem auctoris*³⁷⁷ und nicht absehbarer zukünftiger Werknutzungen nicht einschätzen kann. Das Verzichtsvorbot kann sich daher nur auf den Vorausverzicht beziehen.³⁷⁸ Wie ein Verzicht auf die Rechte nach Art. 2 ff. InfoSocRL nicht möglich ist, so kann auf die abstrakte Position aus dem gerechten Ausgleich nicht verzichtet werden. Umgekehrt kann der Rechtsinhaber aber auch nicht zur wirtschaftlichen Verwertung der Rechtsposition gezwungen werden. Ein Erlass nach Entstehung eines Ausgleichsanspruchs mit der Werknutzung ist daher grundsätzlich möglich, um im Einzelfall Rechtssicherheit schaffen zu können.

2. Vertragliche Vereinbarungen über die Inhaberschaft des gerechten Ausgleichs

Nachdem die inhaltlichen Anforderungen an den gerechten Ausgleich dargestellt wurden, ist nun zu klären, inwieweit ein Dritter Inhaber des gerechten Ausgleichs werden kann. Hierbei ist zwischen Ausnahmen und Beschränkungen zu unterscheiden.

374 Mit Art. 4 Abs. 2 RL 92/100/EWG = Art. 5 Abs. 2 RL 2006/115/EG und Art. 1 Abs. 1 RL 2001/84/EG waren dem Gesetzgeber Regelungen über den Verzicht bekannt; vgl. zu den Unterschieden der angemessenen Vergütung in Art. 5 RL 2006/115/EG und dem gerechten Ausgleich in der InfoSocRL, *Lucas-Schloetter*, RIDA 243 (2015), 2, 34 ff.

375 EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 107 – *Luksan*.

376 *Kraft*, M&R 2015, Beilage zu medien und recht 4/15, 1, 11.

377 Art. 1 Abs. 1 RL 2006/116/EG.

378 *Dreyer/Kotthoff/Meckel/Dreyer*, § 63a UrhG Rn. 7.

a. Verkehrsfähigkeit des gerechten Ausgleichs bei Ausnahmen vom Ausschließlichkeitsrecht

Im Folgenden sind die speziellen Anforderungen an den gerechten Ausgleich bei Ausnahmen i.S.d. Art. 5 InfoSocRL darzustellen. Wegen der Anknüpfung an das fehlende Ausschließlichkeitsrecht könnte auch die Verkehrsfähigkeit des gerechten Ausgleichs im Regelungsbereich der InfoSocRL liegen und diese einschränken. Fraglich ist daher, ob die Zuordnung des gerechten Ausgleichs an den Rechtsinhaber abschließend ist oder ob über ihn vertraglich verfügt werden darf. Die InfoSocRL schweigt im Gegensatz zu vergleichbaren Richtlinien³⁷⁹ hierzu. Auch eine Analogie zu Art. 6 Abs. 2 RL 2001/84/EG muss scheitern³⁸⁰, da in Anbetracht der fast zeitgleichen Entstehung beider Richtlinien von einer bewussten Regelungslücke auszugehen ist.³⁸¹

Der EuGH scheint auf den ersten Blick von einer abschließenden Regelung auszugehen, wenn er davon ausgeht, dass der Anspruch auf einen gerechten Ausgleich im Falle des Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSocRL unverzichtbar ausgestaltet sein muss³⁸² und die Urheber „unbedingt“³⁸³ „die Zahlung eines gerechten Ausgleichs erhalten müssen“³⁸⁴. Zugrunde lag dieser Aussage die Fragestellung, ob eine unwiderlegbare gesetzliche Vermutung der Abtretung des gerechten Ausgleichs mit der Richtlinie vereinbar ist.³⁸⁵ Dies verneint der EuGH mit dem Argument, dass auf den gerechten Ausgleich wegen der durch das Unionsrecht auferlegten Ergebnispflicht schon nicht verzichtet werden kann³⁸⁶ und es daher erst Recht keine gesetzliche Vermutung für eine nach dem Unionsrecht unzulässige Abtretung geben

379 Vgl. Art. 4 Abs. 3 RL 92/100/EWG = Art. 5 Abs. 3 RL 2006/115/EG; siehe auch Art. 6 Abs. 2 RL 2001/84/EG.

380 A.A. *Walter*, M&R 2012, 29, 32.

381 Zudem fehlt es an einer vergleichbaren Interessenlage: Beim Folgerecht geht es um eine zusätzliche Beteiligung des Urhebers von Werken der bildenden Künste an späteren Verkaufserlösen am Original und nicht um die Relativierung von Ausschließlichkeitsrechten. Beim Folgerecht geht es damit um das konkrete originale Werkstück, beim gerechten Ausgleich um einen abstrakt-generellen Ausgleichsanspruch, der sich auch auf massenhafte Nutzungshandlungen beziehen kann.

382 EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 107 – *Luksan*.

383 EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 107 – *Luksan*.

384 EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 100 – *Luksan*.

385 EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 21, 96 – *Luksan*.

386 EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 106 – *Luksan*.

kann.³⁸⁷ Problematisch bei der Aussage des EuGH ist, dass er – ausgehend von der nationalen Regelung – die inhaltlichen Unterschiede zwischen Abtretung und Verzicht nicht berücksichtigt. Im Gegensatz zum Verzicht, der die Aufgabe einer Rechtsposition ohne gleichzeitiger Berechtigung eines Dritten erfasst, bedeutet die Unabtretbarkeit bzw. Unveräußerlichkeit, dass ein Recht bzw. eine Forderung nicht wirksam – auch in einem (teilweise) synallagmatischen Verhältnis – an einen Dritten übertragen werden kann.³⁸⁸ Der EuGH wendet sich aber im Wesentlichen nur gegen die kompensationslose Aufgabe des gerechten Ausgleichs, denn er will verhindern, dass der Urheber vom wirtschaftlichen Wert des gerechten Ausgleichs nicht profitiert.³⁸⁹ Eine Abtretungsvermutung hinsichtlich des gerechten Ausgleichs würde dieses Ziel gefährden. Denn aus Sicht des originären Rechtsinhabers macht es wirtschaftlich keinen Unterschied, ob er auf einen Anspruch verzichtet oder ihn ohne Gegenleistung (auf Grund einer gesetzlichen Vermutung) abtritt.³⁹⁰ Hiermit untersagt der EuGH aber nicht generell die Abtretbarkeit der Ansprüche aus dem gerechten Ausgleich im Rahmen einer autonomen Entscheidung.³⁹¹

Bestätigt wird dies auch dadurch, dass Verwertungsgesellschaften die Ansprüche aus dem gerechten Ausgleich regelmäßig auf Grundlage einer Abtretung erheben. Voraussetzung hierfür ist die Verkehrsfähigkeit des gerechten Ausgleichs im Verhältnis zwischen Urheber und Verwertungsgesellschaft. Diese wird vom EuGH nicht angezweifelt.³⁹² Ein generelles Abtretungsverbot ist damit weder zielführend noch von der Rechtsprechung des EuGH intendiert.

387 EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 108 – *Luksan*.

388 *Kraft*, M&R 2015, Beilage zu medien und recht 4/15, 1, 11.

389 Siehe EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 108 – *Luksan*.

390 In beiden Fällen partizipiert er nicht an zukünftigen Werknutzungen.

391 Ähnlich *Lucas-Schloetter*, RIDA 243 (2015), 2, 38; im Ergebnis auch *Obergfell*, GRUR 2012, 494, 496.

392 Der EuGH geht stillschweigend von der Verkehrsfähigkeit des gerechten Ausgleichs aus, wenn Verwertungsgesellschaften Parteien eines Verfahrens vor dem EuGH sind, bei dem es um den Inhalt des gerechten Ausgleichs geht, z.B. EuGH, Urt. v. 5.3.2015, Az. C-463/12, GRUR 2015, 478, Rn. 11 – *Copydan/Nokia*; EuGH, Urt. v. 27.6.2013, Az. C-457 bis 460/11, GRUR 2013, 812, Rn. 14 – *VG Wort*; EuGH, Urt. v. 11.7.2013, Az. C-521/11, GRUR 2013, 1025, Rn. 9 – *Amazon/Austro-Mechana*; EuGH, Urt. v. 9.6.2016, Az. C-470/14, GRUR 2016, 687, Rn. 10 – *EGEDA*; EuGH, Urt. v. 21.4.2016, Az. C-572/14, GRUR 2016, 927, Rn. 9 – *Austro-Mechana/Amazon*.

Die Einwände gegen die Verkehrsfähigkeit des gerechten Ausgleichs kommen nicht zum Tragen, wenn die Abtretung mit einem adäquaten Gegenanspruch verbunden wird, die den Urheber wirtschaftlich weiter am gerechten Ausgleich teilhaben lässt.³⁹³ Entsprechend der Reichweite des Verbots des Vorausverzichts³⁹⁴ ist ein Gegenanspruch aber nur bei der Abtretung des gerechten Ausgleichs vor seiner Entstehung erforderlich, da die Ergebnisspflicht nicht so weit reicht, dass der Rechtsinhaber zur Geltendmachung des Ausgleichsanspruchs gezwungen werden kann. Daher ist der EuGH nicht dahingehend zu verstehen, dass eine absolute Zuordnung des gerechten Ausgleichs durch den Gesetzgeber erfolgt ist und dem Urheber jegliche Dispositionsmöglichkeit über den gerechten Ausgleich entzogen ist.³⁹⁵ Die zwingende Entstehung des gerechten Ausgleichs beim originären Rechtsinhaber ist nicht gleichzusetzen mit einem Verbot der rechtsgeschäftlichen Verfügung.³⁹⁶ Wie das Ausschließlichkeitsrecht Dispositionen des Rechtsinhabers zugänglich ist,³⁹⁷ so muss dies im Grundsatz auch für den Ausgleichsanspruch gelten, der ähnlichen Regeln wie das Ausschließlichkeitsrecht unterliegt. Auch Art. 9 InfoSocRL legt es nahe, dass die vertraglichen Dispositionsmöglichkeiten nicht mehr eingeschränkt werden als es für die Erfüllung des Zwecks des gerechten Ausgleichs erforderlich ist. Entscheidend ist demnach das Ziel, dass dem Rechtsinhaber im Ergebnis der gerechte Ausgleich zukommt. Dieses Ziel kann auch unter Zuhilfenahme Dritter erreicht werden.

Eine weitere Überlegung bestätigt die Notwendigkeit der Verkehrsfähigkeit des gerechten Ausgleichs: Der EuGH versteht den gerechten Ausgleich zutreffend aus dem Blickwinkel des Ausschließlichkeitsrechts³⁹⁸ und sieht ihn als Ersatz für das nicht mehr uneingeschränkt geltende Ausschließlichkeitsrecht.³⁹⁹ Von den ausgleichspflichtigen Schrankenbestimmungen des Art. 5 InfoSocRL ist nur das Ausschließlichkeitsrecht betroffen, nicht aber der dem Urheberrecht allgemein innewohnende Vergü-

393 Im Ergebnis auch *Conrad/Berberich*, GRUR 2016, 648, 650.

394 Siehe oben Kapitel 3, B.VII.1.d.

395 Ähnlich *Flehsig*, MMR 2012, 293, 297; a.A. *Walter*, M&R 2013, 73, 73 f.

396 Diesen Unterschied übersieht *Walter*, M&R 2013, 73, 73 f. Von der Übertragbarkeit des gerechten Ausgleichs geht auch *Schulze* aus, vgl. *Schulze*, in: *Riesenhuber* (Hrsg.), S. 208.

397 Vgl. Erwägungsgrund 30 InfoSocRL.

398 EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 89 – *Luksan*.

399 Vgl. EuGH, Urt. v. 21.10.2010, Az. C-467/08, GRUR 2011, 50, Rn. 39 ff. – *Padawan*.

tungsgedanke.⁴⁰⁰ Dieser Vergütungsgedanke lässt bei bestehendem Ausschließlichkeitsrecht eine Aufteilung der Einnahmen zwischen originären und derivativen Rechtsinhabern zu.⁴⁰¹ Nichts anderes soll für den gerechten Ausgleich gelten, denn Verwerter investieren grundsätzlich auf Grundlage des Ausschließlichkeitsrechts in die Verwertung eines Werkes, um ihre Investitionskosten zu amortisieren und Gewinne zu erzielen.⁴⁰² Liegt nun ein Werk vor, das zu einem wesentlichen Teil unter Schrankenregelungen fällt, gäbe es keinen Anreiz für Verwerter, in ein solches Werk zu investieren, wenn die vollständigen Einnahmen dem Rechtsinhaber zustünden.⁴⁰³ Statt einen leichten Werkzugang sicherzustellen, könnte eine solche gesetzgeberische Entscheidung die Verfügbarkeit von Werken im Rahmen von Schrankenregelungen mindern. Dies würde dem Sinn und Zweck der Schrankenregelungen diametral entgegenstehen. Damit steht die Ergebnispflicht einer individuellen Aufteilung der Einnahmen aus dem gerechten Ausgleich auf vertraglicher Basis nicht von vornherein entgegen.⁴⁰⁴ Die Teilhabe Dritter am gerechten Ausgleich darf aber nicht gesetzlich vorgeschrieben sein⁴⁰⁵, da die InfoSocRL den gerechten Ausgleich originär dem Urheber zuordnet und eine Beteiligung eines Dritten diese Zuordnung unzulässig schmälern würde.⁴⁰⁶ Wenn der nationale Gesetzgeber die Aufteilung des gerechten Ausgleichs zulässt, muss er im Rahmen der Ergebnispflicht sicherstellen, dass dem originären Rechtsin-

400 So im Ergebnis der EuGH zu Art. 5 Abs. 2 lit. b) InfoSocRL, wenn eine Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht gestattet sein soll, nicht aber vom Vergütungsanspruch, vgl. EuGH, Urt. v. 9.2.2012, Az. C-277/10, GRUR 2012, 489, Rn. 101 – *Luksan*; siehe auch ErwGr. 10 InfoSocRL.

401 Siehe ErwGr. 10 InfoSocRL.

402 Vgl. auch ErwGr. 10 InfoSocRL; siehe zu den Hintergründen des neuen Richtlinienvorschlages auch *European Commission*, SWD(2016) 301 final PART 1/3, S. 158f. und *European Commission*, SWD(2016) 301 final PART 3/3, S. 198 f.

403 So gäbe es beispielsweise keinen Anreiz, für Verwerter aus eigenem Antrieb die Nutzung im Rahmen des Art. 5 Abs. 3 lit. a) und g) InfoSocRL zu ermöglichen und zu unterstützen. Vgl. zur Rolle der Verleger auch *Hilty/Köckli/Moscon*.

404 Klarstellend insofern Art. 12 des Richtlinienvorschlages der Kommission, *European Commission*, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, COM(2016) 593 final, Art. 12.

405 So ausdrücklich der EuGH in EuGH, Urt. v. 12.11.2015, Az. C-572/13, GRUR 2016, 55, Rn. 49 i.V.m. Rn. 9 – *Reprobel*.

406 Etwas anderes gilt, wenn der Verleger aus eigenem Recht Ausgleichsansprüche für Schrankenbestimmungen erhält, beispielsweise aus einem vom Unionsrecht nicht vorgesehenen Leistungsschutzrecht.

haber ein wesentlicher Anteil des Ausgleichsanspruchs verbleibt.⁴⁰⁷ Dem Unionsrecht ist jedenfalls die privatautonome Entscheidung über das Urheberrecht einschließlich hieraus resultierender Ausgleichsansprüche nicht fremd.⁴⁰⁸ Eine autonome Entscheidungsmöglichkeit über die Abtretung des gerechten Ausgleichs kann im Übrigen die Verhandlungsmasse des Rechtsinhabers gegenüber Verwertern vergrößern.⁴⁰⁹

Damit steht das Unionsrecht privatautonomen Verfügungen über den gerechten Ausgleich nicht entgegen,⁴¹⁰ solange der originäre Rechtsinhaber einen wesentlichen Teil des Aufkommens aus dem gerechten Ausgleich tatsächlich und unbedingt erhält.⁴¹¹ Im Rahmen der Ergebnispflicht muss der Mitgliedstaat dafür sorgen, dass der originäre Rechtsinhaber für die Übertragung des gerechten Ausgleichs eine Kompensation erhält, die im Ergebnis sicherstellt, dass der originäre Rechtsinhaber der wirtschaftliche Wert des gerechten Ausgleichs im Wesentlichen zukommt. Der originäre Rechtsinhaber muss den gerechten Ausgleich damit im Ausgangspunkt erhalten, ihn aber nicht zwingend behalten.⁴¹²

Diese Ausführungen gelten auch dann, wenn nach nationalem Recht das Urheberrecht als Ganzes übertragbar ist. Im Rahmen der Übertragung muss dann ein Kompensationsanspruch für die Abtretung bzw. Übertragung des gerechten Ausgleichs vereinbart werden, der den Urheber im Ergebnis an den Erträgen aus dem gerechten Ausgleich teilhaben lässt. Im Übrigen bleibt das Urhebervertragsrecht hinsichtlich der Ausschließlichkeitsrechte unberührt.

b. Verkehrsfähigkeit des gerechten Ausgleichs bei Beschränkungen des Ausschließlichkeitsrechts

Zu klären ist, ob Unterschiede bei der Verkehrsfähigkeit des gerechten Ausgleichs vorliegen, wenn statt einer Ausnahme eine Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts vorliegt. Die InfoSocRL geht nach ErwGr. 30

407 So unter Heranziehung des schweizerischen Urheberrechts *Flechsig/Bisle*, ZRP 2008, 115, 118.

408 Vgl. *Riesenhuber*, EuZW 2016, 16, 18.

409 *Kraft*, M&R 2015, Beilage zu medien und recht 4/15, 1, 13.

410 So auch *Kraft*, M&R 2015, Beilage zu medien und recht 4/15, 1, 16 f.

411 Andeutungsweise auch *Lucas-Schloetter*, RIDA 243 (2015), 2, 48 ff.

412 Ähnlich *Conrad/Berberich*, GRUR 2016, 648, 650 f.

von der Verkehrsfähigkeit der Rechte aus Art. 2 bis 4 InfoSocRL aus. Dies muss auch für ein beschränktes Ausschließlichkeitsrecht gelten, weil sich die Beschränkung nur im Verhältnis zu einem nach Art. 5 InfoSocRL privilegierten Nutzer auswirkt. Welche Regeln für das Verhältnis zwischen originärem und derivativem Rechtsinhaber im Einzelnen gelten, richtet sich grundsätzlich nach dem nationalen und bisher nicht harmonisierten Urhebervertragsrecht.⁴¹³ Dieses Verhältnis wird auch im Anwendungsbe- reich von Art. 5 Abs. 2 bis 4 InfoSocRL nicht durch den gerechten Aus- gleich umfassend harmonisiert. Dennoch müssen die Mitgliedstaaten auch hier im Rahmen ihrer Ergebnisspflicht sicherstellen, dass den Urhebern als originäre Rechtsinhaber eine ausreichende Beteiligung am Aufkommen aus dem gerechten Ausgleich zukommt. Dies gilt auch, wenn einem Drit- ten die (beschränkten) Rechte nach Art. 2 bis 4 InfoSocRL übertragen wurden. Wie dies im Einzelnen sichergestellt wird, liegt im Ermessen der Mitgliedstaaten. Die Harmonisierungswirkung ist bei einer Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts damit nicht so groß wie bei einer Ausnah- me. Der Regelungsbereich der InfoSocRL ist schließlich bei einer Aus- nahme, die die Ausschließlichkeitsrechte unmittelbar betreffen, mehr be- troffen als bei einer Beschränkung, die die Ausschließlichkeitsrechte be- stehen lässt und lediglich deren Ausübung berührt. Die individuelle Posi- tion des Rechtsinhabers gegenüber dem Nutzer ist bei einem (beschränkt) bestehenden Ausschließlichkeitsrechts stärker als bei einer Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht und lässt in Abhängigkeit vom Urheberver- tragsrecht der jeweiligen Mitgliedstaaten mehr Raum für individuelle ver- tragliche Vereinbarungen. Der gerechte Ausgleich ist bei einer Ausnahme im Kern auf einen Zahlungsanspruch reduziert, wohingegen bei einer Be- schränkung auf Grundlage des beschränkt bestehenden Ausschließlich- keitsrechts auch andere individuell oder wirtschaftlich wertvolle Gegen- leistungen zulässig sein können. Diese Flexibilität muss seine Entspre- chung auch im vertraglichen Verhältnis zwischen originärem und derivati- vem Rechtsinhaber finden können. Dennoch muss im Ergebnis eine wirt- schaftliche Beteiligung des originären Rechtsinhabers am Aufkommen aus dem gerechten Ausgleich sichergestellt sein.

413 Vgl. auch Art. 9 InfoSocRL.

c. Art. 12 CDSM-RL-E

Der Kommissionsvorschlag zur Regelung einer möglichen Verlegerbeteiligung in Art. 12 CDSM-RL-E steht auf den ersten Blick im Einklang mit dem hier gefundenen Ergebnis, dass die InfoSocRL einer Regelung nicht entgegensteht, die eine Beteiligung eines Verlegers am Aufkommen aus dem gerechten Ausgleich vorsieht. Nach Art. 12 CDSM-RL-E können die Mitgliedstaaten – freiwillig⁴¹⁴ – regeln, dass für den Fall, dass „ein Urheber einem Verleger ein Recht übertragen oder diesem eine Lizenz erteilt hat, diese Übertragung oder Lizenzierung eine hinreichende Rechtsgrundlage für den Verleger darstellt, einen Anteil am Ausgleich für die Nutzungen des Werkes zu beanspruchen, die im Rahmen einer Ausnahme oder Beschränkung in Bezug auf das übertragene oder lizenzierte Recht erfolgt sind.“ Durch den Vergleich zu Art. 11 CDSM-RL-E, der Presseverlegern ein eigenes Leistungsschutzrecht einräumt, wird klar, dass mit Art. 12 CDSM-RL-E kein eigenes Leistungsschutzrecht für Verleger im Allgemeinen einhergeht.⁴¹⁵

Auch wenn die Regelung im selben Kapitel wie die Regelung des Leistungsschutzrechtes für Presseverleger systematisch unglücklich platziert ist, ist Art. 12 CDSM-RL-E in Übereinstimmung mit ErwGr. 36 CDSM-RL-E⁴¹⁶ als allgemeine Regelung über den gerechten Ausgleich zu verstehen. Bei freiwilliger Umsetzung des Art. 12 CDSM-RL-R können Verleger damit einen Anteil aus dem gerechten Ausgleich beanspruchen, der originären Rechtsinhabern zusteht. Voraussetzung für die Beteiligung soll lediglich sein, dass zwischen Verleger und originärem Rechtsinhaber entweder ein Lizenzvertrag besteht oder Rechte übertragen wurden, die von einer entsprechenden Ausnahme oder Beschränkung erfasst sind.⁴¹⁷ Die Umsetzung würde damit durch zwingendes Vertragsrecht erfolgen, das im Falle der Rechteübertragung bzw. Lizenzierung zur Anwendung käme. Schuldner des Verlegers müsste wegen der Anknüpfung an die Rechteübertragung bzw. den Lizenzvertrag der Vertragspartner des entsprechen-

414 *Flechtsig*, MMR 2016, 797, 797.

415 Dies kritisiert *Flechtsig*, MMR 2016, 797, 799.

416 Siehe hierzu auch *Flechtsig*, MMR 2016, 797, 799.

417 Zu den einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen des Art. 12 CDSM-RL-R, siehe *Flechtsig*, MMR 797, 797 ff.

den Vertrages und damit der Urheber sein.⁴¹⁸ Das spräche auch dafür, dass die Vertragsparteien im Rahmen des zwingenden Rechts die Möglichkeit haben müssten, Einzelheiten hinsichtlich der Aufteilung des gerechten Ausgleichs individuell regeln zu können.⁴¹⁹ Wie groß der Anteil sein darf, den der Verleger erhält, bleibt in Art. 12 CDSM-RL-E unklar. Insofern wäre auch bei seinem Inkrafttreten nicht von den zuvor entwickelten materiellen Maßstäben der InfoSocRL abzuweichen.⁴²⁰

Art. 12 CDSM-RL-E scheint davon auszugehen, dass für die Aufteilung des Aufkommens aus dem gerechten Ausgleich feste Regeln bestehen und lediglich für deren Anwendung gesorgt werden muss. Damit wird stillschweigend davon ausgegangen, dass der gerechte Ausgleich staatlich oder durch Verwertungsgesellschaften verteilt wird und letztlich nur ein Optionsrecht hinsichtlich der Aufteilung zwischen Urheber und Verleger ausgeübt werden muss. Wie gezeigt, kann das Verhältnis zwischen originärem und derivativem Rechtsinhaber aber individuell geregelt werden und der gerechte Ausgleich vielfältige Gestalt annehmen. Dies gilt auch für die Quote für die mögliche Aufteilung des gerechten Ausgleichs zwischen Urheber und Verleger. Daher greift es zu kurz, wenn Art. 12 CDSM-RL-E als Tatbestandsvoraussetzung für die Aufteilung des gerechten Ausgleichs ausschließlich auf die Lizenzierung bzw. Rechteübertragung abstellt. Sinnvoller wäre es, wenn Art. 12 CDSM-RL-E klarstellen würde, dass das Aufkommen aus dem gerechten Ausgleich zwischen Verlegern bzw. Verwertern und originären Rechtsinhabern aufgeteilt werden kann, wenn dies vertraglich vereinbart ist und dem originären Rechtsinhaber ein wesentlicher Anteil am Vergütungsaufkommen verbleibt. Art. 12 CDSM-RL-E sollte darüber hinaus dringend als zwingend umzusetzendes Recht ausgestaltet werden, um dem in Anbetracht der Rechtsprechung naheliegenden, aber unzutreffenden Umkehrschluss vorzubeugen, bei fehlender Umsetzung des Art. 12 CDSM-RL-E sei eine Aufteilung des Vergütungsaufkommens nicht möglich.⁴²¹

418 *Flechsig*, MMR 2016, 797, 798; kritisch hierzu, allerdings ausschließlich mit Fokus auf die Geräteabgabe, *Flechsig*, MMR 2017, 797, 799 f.

419 Zweifelnd *Flechsig*, MMR 2016, 797, 798.

420 Siehe oben, Kapitel 3, B.VII.2.a und b.

421 Siehe zur möglichen Aufteilung des Aufkommens aus dem gerechten Ausgleich oben, Kapitel 3, B.VII.2.a. und b. Darüber hinaus sollte der Anwendungsbereich des Art. 12 CDSM-RL-E auf Fälle beschränkt werden, in denen der Verleger kein eigenes Leistungsschutzrecht erhält. Andernfalls drohen Wertungswidersprüche, etwa, wenn Presseverleger nach Art. 11 Abs. 3 CDSM-RL-E i.V.m. Art. 5 Info-

3. Vertragsfreiheit im Primärrecht

Nach der bisherigen Auslegung der InfoSocRL spricht vieles dafür, dass der gerechte Ausgleich vertraglichen Regelungen zugänglich ist, es fehlt aber an einer ausdrücklichen Bestätigung in der InfoSocRL. Daher muss überprüft werden, ob das bisher gefundene Ergebnis in Einklang mit dem Primärrecht steht.

a. Verortung im Primärrecht

Ein grundrechtlicher Schutz der Vertragsfreiheit könnte sich explizit aus Art. 6 GRCh ergeben, wonach jede Person das Recht auf Freiheit hat. Dieses Grundrecht hat aber die Vertragsfreiheit nicht zum Schutzgegenstand, da der Schutzbereich des Art. 6 GRCh nur die körperliche Bewegungsfreiheit umfasst und nicht die allgemeine Handlungsfreiheit schützt.⁴²² Ein Recht auf allgemeine Handlungsfreiheit wurde bewusst nicht in die Charta aufgenommen.⁴²³

Die Vertragsfreiheit findet sich damit nicht explizit als Grundrecht in der Grundrechtecharta.⁴²⁴ Auch über Art. 6 Abs. 3 EUV zählt die Vertragsfreiheit nicht zu den allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts, da das Prinzip der freien Vertragsgestaltung nicht in allen Mitgliedstaaten Verfassungsrang hat.⁴²⁵ Zahlreiche Charta-Grundrechte wie die Berufs-

SocRL einen eigenen Anspruch auf einen gerechten Ausgleich erhalten und dann zusätzlich nach Art. 12 CDSM-RL-E an den Ausgleichsansprüchen des originären Rechtsinhabers beteiligt würden. Durch Art. 12 CDSM-RL-E soll keine doppelte Partizipation der Presseverleger an Ausgleichsansprüchen erfolgen und die kürzere Schutzfrist nach Art. 11 Abs. 4 CDSM-RL-E nicht unterlaufen werden.

422 Streinz/*Streinz*, Art. 6 GR-Charta Rn. 3; Meyer/*Bernsdorff*, Art. 6 GRCh Rn. 11; Vedder/Heintschel von Heinegg/*Folz*, Art. 6 GRCh Rn. 3; von der Groeben/Schwarze/Hatje/*Knecht*, Art. 6 GRCh Rn. 4. Eine a.A. wird zwar mehrfach vertreten, dies aber ohne eingehende Begründung und oft unter Heranziehung der Erkenntnisse über deutsche Grundrechte, so etwa *Möslein*, S. 376; Calliess/*Ruffert/Calliess*, Art. 6 GRCh Rn. 12 m.w.N.

423 Streinz/*Streinz*, Art. 6 GR-Charta Rn. 4; *Richter*, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), Kapitel 9 Rn. 19.

424 *Riesenhuber*, § 2 Rn. 20; *Weischer*, S. 73 m.w.N. Kritisch hierzu *Herresthal*, ZEuP 2014, 238, 265 m.w.N.

425 Siehe *Weischer*, S. 75; *Bruns*, JZ 2007, 385, 391 jeweils m.w.N.

freiheit (Art. 15 GRCh)⁴²⁶, die unternehmerische Freiheit (Art. 16 CRCh) und das Grundrecht auf Eigentum (Art. 17 GRCh) setzen aber jeweils in Verbindung mit der Würde des Menschen (Art. 1 GRCh) die Privatautonomie voraus.⁴²⁷ Auch an anderen Stellen setzt das Primärrecht die Geltung der Vertragsfreiheit voraus, etwa wenn es vom „Primat der Markt- und Wettbewerbswirtschaft“⁴²⁸ in Art. 101 ff. und Art. 119 AEUV geleitet ist.⁴²⁹ Folgerichtig hat die europäische Rechtsprechung schon früh die Vertragsfreiheit als allgemeinen Grundsatz des Unionsrechts vorausgesetzt.⁴³⁰ In normhierarchischer Hinsicht ist es unerheblich, ob die Vertragsfreiheit über die Grundrechtecharta oder als allgemeiner unionsrechtlicher Grundsatz geschützt ist, da beide Instrumente einen gleichrangigen primärrechtlichen Schutz gewährleisten.⁴³¹ Gleichfalls ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit unabhängig von Art. 52 Abs. 1 GRCh nach Art. 5 Abs. 4 EUV Teil des Primärrechts.

Aus Sicht des Urhebers ist für den gerechten Ausgleich die Vertragsfreiheit über das Eigentumsgrundrecht nach Art. 17 Abs. 2 GRCh einschlägig. Für den Schrankenprivilegierten können dies – je nach Lage der konkreten Konstellation – insbesondere diejenigen Grundrechte sein, die die Schrankenregelung rechtfertigen. Werden Verwerter privilegiert, können sie sich auf die unternehmerische Freiheit nach Art. 16 GRCh berufen. Auch für den Fall, dass kein Grundrecht einschlägig ist, aus dem sich die Vertragsfreiheit ableiten lässt, ist die Vertragsfreiheit als allgemeiner primärrechtlicher Grundsatz des Unionsrechts gewährleistet.

426 *Canaris*, in: Lerche/Badura/Scholz (Hrsg.), S. 890.

427 *Riesenhuber*, § 2 Rn. 20; für Art. 16 GRCh explizit auch EuGH, Urt. v. 22.1.2013, Az. C-283/11, EuZW 2013, 347, Rn. 42 f. – *Sky Österreich*; ohne den Bezug zu Art. 1 GRCh auch *Weischer*, S. 74.

428 *Canaris*, in: Lerche/Badura/Scholz (Hrsg.), S. 890.

429 Vgl. auch *Weischer*, S. 74.

430 Siehe EuGH, Urt. v. 16.1.1979, Az. 151/78, juris, Rn. 20 – *Sukkerfabriken Nykobing*; EuG, Urt. v. 18.9.1992, Az. T-24/90, juris, Rn. 51 f. – *Automec*; EuGH, Urt. v. 10.7.1991, Az. C-90/90 und C-91/90, BeckRS 2004, 77886, Rn. 13 – *New*; andeutungsweise EuGH, Urt. v. 30.4.1998, Az. C-215/97, EuZW 1998, 409, Rn. 14 – *Bellone*; EuGH, Urt. v. 5.10.1999, Az. C-240/97, BeckRS 2004, 75362, Rn. 99 – *Spanien/Kommission*; EuGH, Urt. v. 20.4.2010, Az. C-434/08, BeckRS 2010, 90607, Rn. 36 – *Harms/Heidinga*. Eine Verortung in den Grundfreiheiten ist hingegen abzulehnen, da die Vertragsfreiheit nicht vorrangig der Verwirklichung des Binnenmarktes dient, vgl. *Weischer*, S. 74 m.w.N.

431 *Streinz/Streinz*, Art. 6 EUV Rn. 36.

b. Materieller Schutz der Vertragsfreiheit

Die unionsrechtliche Vertragsfreiheit ist formal zu verstehen.⁴³² Sie umfasst sowohl die Freiheit der Wahl des Vertragspartners als auch die Freiheit, Verträge frei zu gestalten⁴³³ und diese gemeinsam mit dem Vertragspartner wieder zu ändern.⁴³⁴

Jede Einschränkung der Vertragsfreiheit bedarf der Rechtfertigung, die anhand der Verhältnismäßigkeit zu beurteilen ist.⁴³⁵ Hierbei sind kollidierende Grundrechte zu berücksichtigen und in einen schonenden Ausgleich zu bringen.⁴³⁶ Auch als allgemeiner unionsrechtlicher Grundsatz ist der Grundsatz der Vertragsfreiheit neben den Charta-Grundrechten gleichrangig anwendbar.⁴³⁷ Die Einschränkung der Vertragsfreiheit muss dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen, sei es über den kompetenzrechtlich zu verstehenden Art. 5 Abs. 4 EUV⁴³⁸ oder zusätzlich nach Art. 52 Abs. 1 GRCh bei direkter Herleitung der Vertragsfreiheit über ein Chartagrundrecht.⁴³⁹

Die Vertragsfreiheit ist damit für den Gesetzgeber bei der Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs zu beachten, unabhängig davon, ob in der jeweiligen Konstellation die Vertragsfreiheit auf ein Chartagrundrecht oder den allgemeinen unionsrechtlichen Grundsatz gestützt wird. Der gerechte Ausgleich als wirtschaftliches Recht muss dabei grundsätzlich vertraglichen Regelungen zugänglich und Ausnahmen hiervon müssen ausdrücklich vorgesehen sein.⁴⁴⁰ Aus Urhebersicht sind grundsätzlich zwei Gruppen von Vertragspartnern von Bedeutung: erstens Verwerter und

432 Weischer, S. 7.

433 Grabenwarter, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, § 13 Rn. 31.

434 EuGH, Urt. v. 5.10.1999, Az. C-240/97, BeckRS 2004, 75362, Rn. 99 – *Spanien/Kommission*.

435 Weischer, S. 77 f. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ebenfalls unionsrechtlich anerkannt und besagt, dass „die gewählten Mittel zur Erreichung des angestrebten Zwecks geeignet [sein müssen] und das Maß des hierzu Erforderlichen nicht übersteigen“ dürfen, vgl. EuGH, Urt. v. 11.3.1987, Az. C-279, 280, 285 und 286/84, juris, Rn. 34 – *Rau*.

436 Schmahl, in: Grabenwarter (Hrsg.), Europäischer Grundrechtsschutz, § 15 Rn. 27.

437 Siehe hierzu ausführlich *Schwarze*, Band II, S. 143 m.w.N.

438 von der Groeben/Schwarze/Hatje/Lienbacher, Art. 5 EUV Rn. 35 ff.

439 Vgl. zu den Chartagrundrechten Meyer/Borowsky, Art. 51 GRCh Rn. 22b.

440 Lucas-Schloetter, RIDA 243 (2015), 2, 30.

Verwertungsgesellschaften als Intermediäre, zweitens Schrankenprivilegierte.

Im Verhältnis zum Schrankenprivilegierten kann ein Interesse an vertraglichen Lösungen bestehen, insbesondere bei Vorliegen einer Ausnahme i.S.d. Art. 5 InfoSocRL. Zwar ist dem Schrankenprivilegierten der Zugang durch die Schrankenregelung erleichtert, dennoch kann der Schrankenprivilegierte ein Interesse daran haben, im Vorfeld einen Vertrag über den gerechten Ausgleich zu schließen, um Rechtssicherheit über die finanziellen Folgen der Nutzung zu erhalten. Urheber und Schrankennutzer können damit langwierige gerichtliche Streitigkeiten vermeiden. Im Übrigen können vertragliche Lösungen auch dort zur Rechtssicherheit führen, wo die nachgefragte Nutzung nur teilweise von einer Schrankenregelung gedeckt und damit ohnehin ein Vertrag erforderlich ist.

Verwerter oder auch Verwertungsgesellschaften sind typischerweise besser in der Lage, Ansprüche aus dem Urheberrecht und damit auch aus dem gerechten Ausgleich gegenüber einer Vielzahl von Nutzern durchzusetzen. Hierfür ist regelmäßig eine Verfügung über den gerechten Ausgleich notwendig, damit der Verwerter tätig werden kann. Die Verwerter, die regelmäßig mit Gewinnerzielungsabsicht tätig sind oder im Fall von Verwertungsgesellschaften zumindest ihre Verwaltungskosten erwirtschaften wollen, wollen gleichfalls nur für die Urheber tätig werden, wenn sie ihre Interessen gegenüber dem Urheber vertraglich sichern können. Daher muss der gerechte Ausgleich im Grundsatz Verfügungen zugänglich sein. Zum Schutze des Urhebers vor übermächtigen Verwertern können aber Einschränkungen der Vertragsfreiheit dahingehend vorgenommen werden, dass der Urheber nur dann über den gerechten Ausgleich verfügen darf, wenn er hierfür eine Gegenleistung erhält. Damit könnte der Urheber vor einem Buy-out geschützt werden. Von einer solchen Regelung würde die Vertragsfreiheit der Verwerter einschließlich der Verwertungsgesellschaften nicht unverhältnismäßig eingeschränkt. Sollten solche Regelungen in der Rechtspraxis nicht dazu führen, dass der originäre Rechtsinhaber im Ergebnis vom gerechten Ausgleich profitiert, kann der Gesetzgeber im Rahmen seines Gestaltungsspielraums die Vertragsfreiheit weiter einschränken.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass bei ausgleichspflichtigen Schrankenregelungen die Vertragsfreiheit nicht ohne weiteres unterlaufen werden darf und Einschränkungen gleichfalls rechtfertigungsbedürftig sind. Gegen die uneingeschränkte Geltung der Vertragsfreiheit ist aus Sicht des Art. 17 GRCh solange nichts einzuwenden, solange der gerechte

Ausgleich seine Funktion als Entschädigungsanspruch i.S.d. Art. 17 GRCh in der Rechtspraxis erfüllen kann. Bei bestehender individueller Gestaltungsfreiheit ist auch der Weg offen für innovative vertragliche Lösungen durch die betroffenen Parteien, die den individuellen Interessen im Einzelfall am besten gerecht werden können. Nach dem hier gefundenen Ergebnis kann die InfoSocRL den Anforderungen der Vertragsfreiheit gerecht werden, da der gerechte Ausgleich vertraglichen Regelungen nicht entgegensteht, solange seinen materiellen Anforderungen entsprochen wird.

C. Gerechter Ausgleich und Richtlinie 2014/26/EU

Fraglich ist, ob durch die Richtlinie 2014/26/EU Einschränkungen hinsichtlich der Gestaltungsmöglichkeiten des gerechten Ausgleichs stattfinden. Da die Richtlinie kein materielles Urheberrecht enthält, sondern lediglich die „ordnungsgemäße Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten“⁴⁴¹ durch Verwertungsgesellschaften regelt, stellt sich nur die Frage nach Einschränkungen bei der Wahrnehmung des gerechten Ausgleichs.⁴⁴² Die inhaltlichen Anforderungen an den gerechten Ausgleich aus der InfoSocRL werden nicht berührt, allerdings könnten die Handlungsoptionen einer Verwertungsgesellschaft bei der Wahrnehmung der Ansprüche eingeschränkt sein.

Art. 1 VG-RL nennt den gerechten Ausgleich nicht ausdrücklich, dennoch fällt dieser als Teil des Urheberrechts i.S.d. VG-RL in ihren Anwendungsbereich. Der Begriff des Urheberrechts in Art. 1 VG-RL erfasst alle wirtschaftlichen Rechte, die der Gesetzgeber dem Urheber originär gewährt. Ob dies Ausschließlichkeitsrechte oder Rechte aus dem gerechten Ausgleich sind, ist für Art. 1 VG-RL unerheblich.

441 Art. 1 S. 1 VG-RL. Die VG-RL ist insbesondere von ihrem binnenmarktorientierten Ziel zu interpretieren, vgl. *Hilty/Li*, S. 11.

442 Nach ErwGr. 13 VG-RL bleibt der „angemessene Ausgleich bei Ausnahmen und Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts [...] sowie die Bedingungen für deren Einziehung“ von der VG-RL unberührt. Auch wenn die VG-RL damit begrifflich von der InfoSocRL abweicht, indem sie vom angemessenen Ausgleich statt einem gerechten Ausgleich spricht und lediglich das Vervielfältigungsrecht ausdrücklich nennt, kommt damit zum Ausdruck, dass die Regelungen der InfoSocRL insgesamt unberührt bleiben sollen.

I. Verhältnis zum Nutzer

Ein wesentlicher Unterschied besteht zwischen dem Vorliegen einer Ausnahme oder einer Beschränkung des Ausschließlichkeitsrechts: Solange das Ausschließlichkeitsrecht aufrechterhalten bleibt, ist nach Art. 16 VG-RL eine Lizenzvergabe wie bei einem unbeschränkten Ausschließlichkeitsrecht notwendig.⁴⁴³ Besteht dagegen eine Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht und der Nutzer hat lediglich einen finanziellen gerechten Ausgleich zu leisten, ist Art. 16 VG-RL nicht anwendbar, da es gerade keiner vertraglichen Lizenz für die privilegierte Nutzung bedarf.

II. Aufteilung des Aufkommens

Im Hinblick auf den gerechten Ausgleich kann – neben den Organisationsvorschriften in Art. 4 ff. VG-RL – insbesondere Art. 11 Abs. 4 VG-RL eine Einschränkung für die Dispositionsmöglichkeiten bedeuten, wonach die Einnahmen aus den Rechten nur an die Rechtsinhaber verteilt werden dürfen. Rechtsinhaber ist gemäß Art. 2 lit. c) VG-RL „jede natürliche oder juristische Person mit Ausnahme von Organisationen für die kollektive Rechtswahrnehmung, die Inhaber eines Urheber- oder sonstigen verwandten Schutzrechts ist oder die aufgrund eines Rechteverwertungsvertrags oder gesetzlich Anspruch auf einen Anteil an den Einnahmen aus den Rechten hat“. Die Richtlinie geht damit davon aus, dass die Einnahmen aus einem Recht dann zwischen verschiedenen Personen aufgeteilt werden können, wenn dies gesetzlich oder in einem „Rechteverwertungsvertrag“ vorgesehen ist. Damit besteht jedenfalls aus Perspektive der VG-RL bei bestehendem Ausschließlichkeitsrecht die Möglichkeit, die Einnahmen aus den Rechten zwischen originärem und derivativem Rechtsinhaber anteilig zu verteilen. Soweit das materielle Urheberrecht dem nicht entgegensteht, muss das gleiche auch bei einem beschränkten Ausschließlichkeitsrecht gelten, da die VG-RL insoweit nicht differenziert.

Fraglich ist jedoch, ob auch bei einer Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht ein Rechteverwertungsvertrag die anteilige Verteilung ermögli-

443 Das materielle Recht kann aber auf die Wahrnehmung dort durchschlagen, wo beispielsweise bei einem beschränkten Ausschließlichkeitsrecht die Verhandlungsmaßstäbe für den Nutzer günstiger ausgestaltet sind als nach Art. 16 VG-RL bei einem unbeschränkten Ausschließlichkeitsrecht.

chen kann. Dagegen mag sprechen, dass ein Rechteverwertungsvertrag in einem engen Verständnis nur die Verwertung bei bestehendem Ausschließlichkeitsrecht betrifft. Andererseits macht die Richtlinie gerade keine Aussage zum materiellen Urheberrecht. Das würde dafür sprechen, den Rechteverwertungsvertrag weit zu verstehen und die Verwertung des Werkes im Rahmen des bestehenden Urheberrechts zu erfassen, unabhängig von der nationalen Gestaltung der Ausnahmen und Beschränkungen. Dies würde auch in Einklang mit dem weiten Verständnis des Urheberrechts bei Art. 1 VG-RL stehen. Daher ist aus Sicht der VG-Richtlinie die anteilige Verteilung von Einnahmen an originäre und derivative Rechtsinhaber durch Verwertungsgesellschaften möglich, sowohl bei bestehendem Ausschließlichkeitsrecht als auch hinsichtlich des gerechten Ausgleichs bei einer Ausnahme vom Ausschließlichkeitsrecht. Die Maßstäbe, die bei der Übertragung des gerechten Ausgleichs zwingend zur Anwendung kommen⁴⁴⁴, bleiben hiervon aber unberührt.

D. Grundfreiheiten

Aus den Grundfreiheiten ergeben sich keine weiteren Maßstäbe für die Ausgestaltung des gerechten Ausgleichs, solange es um den individuell erhobenen gerechten Ausgleich geht.⁴⁴⁵ Auch wenn die Mitgliedstaaten unterschiedliche Vergütungssysteme etablieren, soll dies nach den Erwägungsgründen 37 und 38 InfoSocRL keine wesentlichen Auswirkungen auf den Binnenmarkt haben – jedenfalls soweit es um analoge Vervielfältigungen geht.⁴⁴⁶

444 Siehe hierzu oben Kapitel 3, B.VII.2.

445 Problematisch mag dies im Zusammenhang mit der nicht harmonisierten Höhe des gerechten Ausgleichs (zumindest bei der Geräteabgabe) sein, wenn die unterschiedliche Ausgestaltung den Handel zwischen den Mitgliedstaaten behindert, vgl. *Schack*, ZGE/IPJ 2009, 275, 278; a.A. wohl Dreier/Hughenholz/*Bechtold*, Art. 5 Information Society Directive S. 460.

446 *Reinbothe*, in: Riesenhuber (Hrsg.), S. 153; a.A. aber allgemein *Reinbothe*, ZGE/IPJ 2015, 145, 163.

E. Zwischenergebnis

Der gerechte Ausgleich beinhaltet Zielvorgaben, die bei der ausgleichspflichtigen Umsetzung von Ausnahmen oder Beschränkungen ins nationale Urheberrecht zu beachten sind. Sein Inhalt ist aus Perspektive des relativierten Ausschließlichkeitsrechts zu ermitteln. Hierbei gibt es zahlreiche gemeinsame Prinzipien, die für Ausnahmen und Beschränkungen gelten. Da Ausnahmen und Beschränkungen das Ausschließlichkeitsrecht in unterschiedlicher Weise berühren, sind Differenzierungen im Einzelfall erforderlich. Es gilt jeweils den normativen Schaden auszugleichen, den die nationale Schrankenregelung beim Rechtsinhaber verursacht.

Die Rechtspositionen, die dem Urheber im Rahmen des gerechten Ausgleichs eingeräumt werden, müssen jedenfalls so ausgestaltet werden, dass sie dem Urheber eine starke und in der Rechtspraxis durchsetzbare Stellung verschaffen. Zugleich darf der Urheber nicht zu sehr in seiner Vertragsfreiheit eingeschränkt werden. Daher sind Verträge über den gerechten Ausgleich im Ausgangspunkt zulässig, Einschränkungen sind aber insofern erforderlich, als sie notwendig sind, damit der gerechte Ausgleich seine Surrogatsfunktion i.R.d. Art. 17 GRCh erfüllen kann. Daher ist beispielsweise eine Vorausabtretung des gerechten Ausgleichs nur bei gleichzeitiger Einräumung eines angemessenen Gegenanspruchs, der die Partizipation des Urhebers an den Erträgen aus dem gerechten Ausgleich sicherstellt, zulässig.