

## Das subjektive Vervielfältigungsrecht – eine Lösung für den digitalen Werkgenuss?

Erstveröffentlichung in: Zeitschrift für Geistiges Eigentum 2017, S. 514-538

---

*Das moderne Urheberrecht steht vor der Herausforderung, die Rechte der Urheber effektiv durchzusetzen, gleichzeitig aber die offene Referenz- und Zugangskultur in digitalen Systemen zu ermöglichen. Dafür hat der EuGH den Tatbestand der öffentlichen Wiedergabe in ein bewegliches System von Einzelkriterien zerlegt und vor allem subjektiven Kriterien auf der Nutzerseite erhebliche Bedeutung zugemessen. Diese Rechtsprechung ist in Deutschland stark kritisiert worden. Dieser Beitrag analysiert die Rechtsprechung funktional und zeigt auf, dass der Ansatz des EuGH zu einem angemessenen Ausgleich zwischen Urheber- und Nutzerinteressen führen kann, wenn der zu beachtende Sorgfaltsmaßstab mit Augenmaß festgelegt wird. In der digitalen Welt kommt neben dem Recht der öffentlichen Wiedergabe vor allem auch dem Vervielfältigungsrecht eine große Bedeutung zu. Deswegen wird der methodische Ansatz des EuGH für die öffentliche Wiedergabe auf Vervielfältigungshandlungen übertragen und so ein subjektives Vervielfältigungsrecht entwickelt.*

### I. Die digitale Welt zwischen Zugangs- und Exklusivitätskultur

Um urheberrechtlich geschützte Inhalte in digitaler Form wahrnehmen oder kommunizieren zu können, müssen diese von elektronischen Geräten verarbeitet und zwischengespeichert werden. Diese technische Notwendigkeit hat den Anwendungsbereich des Urheberrechts erheblich ausgedehnt.<sup>1</sup> Jede Nutzung von digitalen Inhalten und elektronischen Geräten führt zu urheberrechtlich relevanten Vervielfältigungen.<sup>2</sup> Zudem wird die

---

\* Prof. Dr., Inhaber des Lehrstuhls für Zivilrecht, insbesondere Recht der Informationsgesellschaft und des Geistigen Eigentums, Universität Trier. Der Aufsatz basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser auf dem Symposium zu Ehren des 65. Geburtstags von Prof. Dr. *Haimo Schack* an der Universität zu Köln gehalten hat. Er ist ihm mit herzlichen Glückwünschen gewidmet!

\* Prof. Dr., Inhaber des Lehrstuhls für Zivilrecht, insbesondere Recht der Informationsgesellschaft und des Geistigen Eigentums, Universität Trier. Der Aufsatz basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser auf dem Symposium zu Ehren des 65. Geburtstags von Prof. Dr. *Haimo Schack* an der Universität zu Köln gehalten hat. Er ist ihm mit herzlichen Glückwünschen gewidmet!

<sup>1</sup> *F. Hofmann*, Grundsatz der Technikneutralität im Urheberrecht? Zugleich Gedanken zu einem *more technological approach*, ZGE 2016, 482, 498; *M. Becker*, Ein modernes Urheberrecht. Von der Nutzungshandlung zum digitalen Lebensbereich, ZGE 2016, 239, 273 („explosionsartige Zunahme“); *Raue*, Besprechung von: Reinhard Sucker, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, ZGE 2014, 387, 389.

<sup>2</sup> § 16 UrhG/Art. 2 InfoSoc-RL. Zur bewusst weiten Formulierung der Norm vgl. etwa EuGH, Rs. C-5/08, ECLI:EU:C:2009:465 = GRUR 2009, 1041 Rn. 41 ff. – Infopaq I; EuGH, Rs. C-403/08 und 429/08, ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2012, 156 Rn. 157 – FAPL u. Murphy; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 8. Aufl.,

Online-Kommunikation durch ein umfassendes Recht der öffentlichen Wiedergabe reguliert.<sup>3</sup> Damit fällt ein Großteil unserer heutigen Information und Kommunikation in den Anwendungsbereich des Urheberrechts. Das Urheberrecht ist somit Alltagsrecht geworden.

Die große Herausforderung ist also, die Eigentumsinteressen der Urheber und Verwerter mit dem Allgemeininteresse auf freie Information und Kommunikation in Ausgleich zu bringen.<sup>4</sup> *Peukert* hat dies anschaulich als Konflikt zwischen einer Zugangs- und einer Exklusivitätskultur bezeichnet, die beide vom Urheberrecht ermöglicht werden müssen.<sup>5</sup> Der Urheber soll die Nutzung seines Werkes weitgehend kontrollieren können. Er soll außerdem an dessen wirtschaftlicher Verwertung beteiligt werden. Sobald der Urheber sein Werk aber veröffentlicht hat, ist es Teil des gesellschaftlichen Kommunikationsprozesses. Um diesen nicht unangemessen einzuschränken, muss auch der Urheber Einschränkungen seines Herrschaftsanspruchs hinnehmen.

Die Werknutzung ist stärker denn je ein sozialer Vorgang.<sup>6</sup> Die schematische, technische Anwendung von Regeln der analogen Welt darf nicht dazu führen, dass sozialadäquate Kommunikationsvorgänge nur noch mit kalkulierten Rechtsbrüchen verwirklicht werden können oder weitgehend eingestellt werden müssen. Das Urheberrecht muss daher situationsgebunden ausgelegt werden.<sup>7</sup> Für die urheberrechtliche Einordnung sollte es maßgeblich auf den sozialen und wirtschaftlichen Sinngehalt einer Handlung ankommen, nicht auf dessen technische Ausgestaltung.<sup>8</sup>

---

Tübingen 2017, Rn. 419; *Stieper*, Rezeptiver Werkgenuss als rechtmäßige Nutzung – Urheberrechtliche Bewertung des Streaming vor dem Hintergrund des EuGH-Urteils in Sachen FAPL/Murphy, MMR 2012, 12, 13; *K. Wagner*, Streaming aus der Sicht des Endnutzers – noch Graubereich oder bereits tiefschwarz?, GRUR 2016, 874, 876; *Grünberger*, Zugangsregeln bei Verlinkungen auf rechtswidrig zugänglich gemachte Werke, ZUM 2016, 905, 907.

<sup>3</sup> § 15 Abs. 2 UrhG/Art. 3 InfoSoc-RL. Vgl. zur weiten Auslegung der öffentlichen Wiedergabe, Erwgr. 23 S. 2 InfoSoc-RL; EuGH, Rs. C-325/14, ECLI:EU:C:2015:764 = GRUR 2016, 60 Rn. 14 – SBS/SABAM; EuGH, Rs. C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 = GRUR 2014, 473 Rn. 23 – OSA.

<sup>4</sup> Vgl. etwa EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 31 – GS Media/Sanoma; EuGH, Rs. C-360/13, ECLI:EU:C:2014:1195 = GRUR 2014, 654 Rn. 24 – PRCA/NLA; EuGH, Rs. C-403/08 und 429/08, ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2012, 156 Rn. 164 – FAPL u. Murphy; *Schack*, Urheberrecht, Rn. 9.

<sup>5</sup> *Peukert*, Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Beilage 2014, 77 ff.

<sup>6</sup> Vgl. v. *Ungern-Sternberg*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl., München 2017, § 15 Rn. 15, 20, 222; *M. Becker*, ZGE 2016, 239, 273 f.

<sup>7</sup> Vgl. *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 911; *Ohly*, Anmerkung zu EuGH, Rs. C-160/15 – GS Media/Sanoma, GRUR 2016, 1155, 1156; v. *Ungern-Sternberg*, in: Schricker/Loewenheim, § 15 Rn. 15, 25, 222; *ders.*, Die Rechtsprechung des EuGH und des BGH zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten im Jahr 2016, GRUR 2017, 217, 220.

<sup>8</sup> *F. Hofmann*, ZGE 2016, 482, 502; *M. Becker*, ZGE 2016, 239, 267 und passim; *Marly*, Bildschirmkopien, Cache-Kopien und Streaming als urheberrechtliche Herausforderungen, EuZW 2014, 616, 619.

Dennoch sind Exklusivitäts- und Zugangskultur grundsätzlich gleichwertig und gleichberechtigt.<sup>9</sup> Im Interesse der kulturellen Vielfalt darf keine der beiden Kommunikationskulturen die andere in ihrem Bestand bedrohen. Deswegen müssen Haftungsregeln, die ein wirksames Vorgehen gegen rechtswidrige Geschäftsmodelle im Internet ermöglichen, durch Zugangsregeln ergänzt werden, die dennoch sozialadäquate Kommunikation und Informationsbeschaffung ermöglichen.

Momentan wird auf europäischer Ebene der angemessene Ausgleich zwischen dem Schutz von geistigem Eigentum und dessen Zugang neu ausgehandelt. Der EuGH hat in einer Serie von Urteilen ein eigenes Haftungs- und Zugangsmodell für die öffentliche Wiedergabe entwickelt, das in Deutschland<sup>10</sup> stark kritisiert worden ist. Es ist flexibler als das bewährte deutsche Modell (dazu II.) und stellt jedenfalls für die Referenzierung im Netz klare und weitgehend handhabbare Regeln bereit (dazu III.). Ein entscheidendes Kriterium für den EuGH ist dabei die Kenntnis bzw. die vorwerfbare Unkenntnis von fremden Urheberrechtsverletzungen.<sup>11</sup> Dieser Beitrag soll zeigen, dass eine solche Versubjektivierung des Haftungstatbestands *ein* wichtiger Baustein sein kann, um Zugangs- und Exklusivitätskultur miteinander zu versöhnen. Dafür müssen aber die Sorgfaltsanforderungen mit Augenmaß behandelt werden. Anschließend werden die Wertungen auf Vervielfältigungshandlungen übertragen, die für den digitalen Werkgenuss erforderlich sind (dazu IV.). So wird ein subjektiver Vervielfältigungsbegriff entwickelt.

## II. Das klassische deutsche Haftungsmodell

Die klassische deutsche Antwort auf den geschilderten Interessenkonflikt zwischen Individual- und Allgemeininteressen ist eine im Grundsatz klar strukturierte Urheberrechtsdogmatik, deren große Stärke Vorhersehbarkeit und damit Rechtssicherheit ist.

Dem Urheber werden subjektive, umfassende und absolut geltende Verwertungsrechte zugewiesen. Der objektive Tatbestand eines Verwertungsrechts besteht aus klar definierten Merkmalen, bei deren Vorliegen der Rechteinhaber gegen den Handelnden einen Unterlassungsanspruch hat. Die subjektive Vorwerfbarkeit spielt erst auf der Sekundärebene eine

---

<sup>9</sup> Peukert, GRUR Beilage 2014, 77, 92 f.; Grünberger, ZUM 2016, 905, 908.

<sup>10</sup> Vgl. etwa Schack, Urheberrecht, Rn. 460, 773; Ohly, GRUR 2016, 1155 ff.; Specht, Der Verkauf technischer Gerätschaften zur Ermöglichung des Streamings – Eine Urheberrechtsverletzung? ZUM 2017, 582, 586; F. Hofmann, Der Linksetzer auf urheberrechtswidrige Inhalte als Urheberrechtsverletzer – oder doch besser als Störer? Zugleich Kommentar zu EuGH, Urt. v. 8.9.2016 – C-160/15, K&R 2016, 706 f.; Rauer/Ettig, Der EuGH zur Öffentlichen Wiedergabe, WRP 2016, 1319, 1321; Wiebe, NJW 2016, 813; Dietrich, Die Zulässigkeit von Hyperlinks, NJ 2017, 1, 5.

<sup>11</sup> Dazu unten Fn. 36-38.

Rolle bei der Frage, ob der Rechteinhaber einen Anspruch auf Schadensersatz hat. Dem Handelnden steht nur eine begrenzte Anzahl von rechtfertigenden Schranken zur Verfügung, die ebenfalls klar formuliert und im Grundsatz abschließend sind.<sup>12</sup>

Die Haftung tritt im Grundsatz nur gegenüber demjenigen ein, der in eigener Person die Merkmale des objektiven Tatbestands verwirklicht oder dem entsprechende fremde Handlungen zugerechnet werden. Personen, die kausal zur Urheberrechtsverletzung beitragen, aber die im Tatbestand beschriebene Handlung nicht selbst vornehmen, haften nur unter zusätzlichen, einschränkenden Zurechnungsvoraussetzungen. Wer die Urheberrechtsverletzung des Handelnden vorsätzlich fördert, haftet als Mittäter oder Beteiligter auf Unterlassung und Schadensersatz (vgl. § 830 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 BGB).<sup>13</sup> Unwissentliche, mittelbare Tatbeiträge führen nur dann zur Haftung, wenn der Handelnde Verkehrs- oder Prüfpflichten verletzt.<sup>14</sup> Die Haftung ist im Immaterialgüterrecht zudem auf Unterlassungsansprüche beschränkt.<sup>15</sup> Insoweit weicht das immaterialgüterrechtliche Haftungssystem von der allgemeinen Deliktshaftung ab, bei der ein Einheits-tätermodell verfolgt wird, und auch mittelbar Verantwortliche auf Schadensersatz haften.<sup>16</sup>

Dieses Haftungssystem ist klar strukturiert, aber wenig flexibel. Es kann nur sehr schwerfällig auf die schnelle technologische Entwicklung reagieren.<sup>17</sup> Im Wesentlichen ist immer ein Eingreifen des Gesetzgebers erforderlich. Dieses ohnehin schwerfällige Modell wird aus zwei Gründen weiter verlangsamt. Zum einen müssen sowohl der europäische als auch der deutsche Gesetzgeber reagieren, um das Urheberrecht zu reformieren.<sup>18</sup>

---

<sup>12</sup> Erwgr. 32 InfoSoc-RL; *Stieper*, in: Schricker/Loewenheim, Vor §§ 44a ff. Rn. 36; *Dreier*, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 5. Aufl., München 2015, Vor § 44a Rn. 7.

<sup>13</sup> *Schack*, Täter und Störer: Zur Erweiterung und Begrenzung der Verantwortlichkeit durch Verkehrspflichten im Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht, in: Michael Martinek u.a. (Hrsg.), Festschrift für Dieter Reuter zum 70. Geburtstag am 16. Oktober 2010, Berlin 2010, 1167, 1168 f.

<sup>14</sup> BGHZ 185, 330 Rn. 19 mwN = GRUR 2010, 633 – Sommer unseres Lebens.

<sup>15</sup> BGHZ 185, 330 Rn. 17 = GRUR 2010, 633 – Sommer unseres Lebens; *Schack*, FS Reuter, 1167, 1168 f.; *Dreier/Specht*, in: Dreier/Schulze, § 97 Rn. 33. Kritisch zur Beschränkung der Störerhaftung auf Schadensersatz hingegen *Spindler*, Präzisierungen der Störerhaftung im Internet – Besprechung des BGH-Urteils „Kinderhochstühle im Internet“, GRUR 2011, 101, 102 f.; *Leistner*, in: Schricker/Loewenheim, § 97 Rn. 54 mwN.

<sup>16</sup> Vgl. nur *Sprau*, in Palandt, Bürgerliches Gesetzbuch, 76. Aufl., München 2017, § 823 Rn. 26, 45, 76; *F. Hofmann*, Mittelbare Verantwortlichkeit im Internet – Eine Einführung in die Intermediärhaftung, JuS 2017, 713, 714 mwN.

<sup>17</sup> Vgl. die entsprechende Analyse für die Bildungs- und Wissenschaftsschranke bei *Schack*, Urheberrechtliche Schranken für Bildung und Wissenschaft, ZUM 2016, 266, 271.

<sup>18</sup> *Schack*, Europäische Urheberrechts-Verordnung: erwünscht oder unvermeidlich?, ZGE 2009, 275, 289 („Gefahr der Versteinerung der Rechtsakte“).

Zum anderen verfolgen die unterschiedlichen *Stakeholder* ihre verschiedenen, oft gegenläufigen Interessen mit großer Vehemenz, was politische Lösungen erschwert. Als große Urheberrechtsreformen angekündigte Gesetzesinitiativen enden meist als Stückwerk.<sup>19</sup> Der oft herbeigeschriebene Ruf nach dem Gesetzgeber „verhüllt schließlich viel zu oft“.<sup>20</sup>

Anders liegt es bei der geschilderten Intermediärhaftung für mittelbare Tatbeiträge.<sup>21</sup> Für diese Haftung kommt es entscheidend auf die Ausgestaltung der Verkehrspflichten an. Bei ihnen kann in einem System beweglicher Kriterien berücksichtigt werden, in welchem Ausmaß das Verhalten des Intermediärs sozial erwünscht und wie viel Aufwand für ihn zumutbar ist, um die Rechtsverletzungen der unmittelbaren Täter zu verhindern.<sup>22</sup>

### III. Das neue bewegliche System des EuGH bei der öffentlichen Wiedergabe

Auch das Unionsurheberrecht folgt im Grundsatz dem Schema aus objektiven Tatbeständen und festen Schranken. Anders als die Verwertungsrechte des UrhG, die dem Urheber ausschließliche Rechte zuweisen, stellt die InfoSoc-RL die Nutzerhandlungen in den Vordergrund, die der Urheber verbieten kann.<sup>23</sup> Dogmatisch handelt es sich um zwei Seiten derselben Medaille. Der EuGH nimmt dies aber zum Anlass, die Nutzerperspektive bei der Auslegung von Verwertungsrechten und Schranken stärker zu berücksichtigen.<sup>24</sup>

Zudem hat der EuGH den Begriff der öffentlichen Wiedergabe in Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL nach und nach flexibilisiert und erheblich erweitert.<sup>25</sup> Er hat

---

<sup>19</sup> Schack, Einheitliches Urheberrecht in der EU, in: Dreier/Hilty (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre UrhG, München 2015, 277, 279 f.; Jotzo, Der EuGH als Interimsnormgeber im digitalen Urheberrecht, ZGE 2017, 449, 449 f.

<sup>20</sup> F. Hofmann, ZGE 2016, 482, 500.

<sup>21</sup> Schack, FS Reuter, 1167, 1174 f.

<sup>22</sup> Vgl. BGH, GRUR 2009, 841 Rn. 19 f. – Cybersky; BGH, GRUR 2008, 702 Rn. 50 – Internet-Versteigerung III; Schack, FS Reuter, 1167, 1178 ff.; ders., Urheberrecht, Rn. 767; Leistner, Störerhaftung und mittelbare Schutzrechtsverletzung, GRUR Beilage 2010, 1, 8; Specht, Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht, ZUM 2017, 114, 116; F. Hofmann, JuS 2017, 713, 714.

<sup>23</sup> v. Ungern-Sternberg, Urheberrechtlicher Werknutzer, Täter und Störer im Lichte des Unionsrechts – Zugleich Besprechung zu EuGH, Urt. v. 15.3.2012 – C-162/10 – Phonographic Performance (Ireland), und Urt. v. 15.3.2012 – C-135/10 – SCF, GRUR 2012, 576, 579 f.

<sup>24</sup> Zur „zentralen Rolle des Nutzers“: EuGH, Rs. C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 = GRUR 2017, 790 Rn. 26 – Pirate Bay; EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 31 – Filmspeler; EuGH, Rs. C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379 = GRUR 2016, 684 Rn. 46 – Reha Training/GEMA; EuGH, Rs. C-403/08 und 429/08, ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2012, 156 Rn. 170 – FAPL u. Murphy; v. Ungern-Sternberg, in: Schricker/Loewenheim, § 15 Rn. 14 ff.; Ohly, GRUR 2016, 1155, 1157; Leistner, Die „Pirate Bay“-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber, GRUR 2017, 755, 758.

<sup>25</sup> Dietrich, NJ 2017, 1, 6: „der Gerichtshof [ist] auf dem Weg eine fair-use Betrachtung einzuführen“.

sich von dem System klarer Tatbestandsvoraussetzungen verabschiedet und es durch ein bewegliches System mit verschiedenen Kriterien ersetzt.<sup>26</sup> Diese gewichtet er im Einzelfall unterschiedlich stark und richtet sie an den Zielen der Richtlinie aus.<sup>27</sup>

Die einzelnen Kriterien der öffentlichen Wiedergaben und deren Zusammenspiel sind an anderer Stelle bereits ausführlich analysiert und gewürdigt worden.<sup>28</sup> Im Mittelpunkt der Kritik standen vor allem der Verlust an dogmatischer Stringenz und Vorhersehbarkeit.<sup>29</sup> Diese dogmatische Kritik am Vorgehen des EuGH ist berechtigt. Allerdings wird bislang zu wenig gewürdigt, dass der EuGH das starre dogmatische Korsett vor allem deswegen aufgebrochen hat, um die skizzierten widerstreitenden Interessen angesichts der neuen technologischen Entwicklungen angemessen ausgleichen zu können.<sup>30</sup> Deswegen soll dessen Rechtsprechung im Folgenden vor allem funktional analysiert werden.

### 1. Reaktion auf strukturelle Schwächen des Unionsurheberrechts

Um die EuGH-Rechtsprechung besser einordnen zu können, müssen zwei strukturelle Schwächen des Unionsurheberrechts beachtet werden.

#### a) Intermediärhaftung

Zum einen ist das Unionsurheberrecht zu eng, weil dessen Intermediärhaftung nur rudimentär ausgeprägt ist.<sup>31</sup> Deswegen müssen die Rechteinhaber in einigen Mitgliedstaaten ohnmächtig mitansehen, wie offensichtliche Urheberrechtsverletzungen erhebliche ökonomische Auswirkungen auf die Verwertung ihrer Rechte haben, ohne dagegen vorgehen zu können. Die Intermediärhaftung hat gerade bei Internetsachverhalten erhebliche Bedeutung. Insoweit schwächt das Unionsurheberrecht die Exklusivitätskultur.

---

<sup>26</sup> EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 34 mwN – GS Media/Sanoma; EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 30 mwN – Filmspeler; *Ohly*, GRUR 2016, 1155, 1156; *Specht*, ZUM 2017, 582, 584; *Leistner*, ZUM 2016, 980, 981.

<sup>27</sup> EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 26, 28, 30 – Filmspeler.

<sup>28</sup> BGH GRUR 2016, 278 Rn. 29 ff. – Hintergrundmusik in Zahnarztpraxen; v. *Ungern-Sternberg*, in: Schricker/Loewenheim, § 15 Rn. 77 ff.; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 909 f.; *Specht*, ZUM 2017, 582, 584 f.; *Jotzo*, ZGE 2017, 447, 459 ff.

<sup>29</sup> *F. Hofmann*, K&R 2016, 706, 707; *Specht*, ZUM 2017, 582, 586; *Ohly*, GRUR 2016, 1155, 1157; *Dietrich*, NJ 2017, 1, 5 f.; *Rauer/Ettig*, WRP 2016, 1319, 1322.

<sup>30</sup> Vgl. jedoch *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 908 f.; *Leistner*, ZUM 2016, 980, 981; *Jani/Leenen*, Paradigmenwechsel bei Links und Framings, NJW 2016, 3135 ff.; *Jotzo*, ZGE 447, 462 ff.

<sup>31</sup> *Leistner*, GRUR 2017, 755, 756; *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308, 309 ff. mwN.

Als Reaktion darauf hat der EuGH den Anwendungsbereich der öffentlichen Wiedergabe stark erweitert.<sup>32</sup> Er hat typische Unterstützungshandlungen zu unmittelbaren, täterschaftlichen Eingriffen in das Verwertungsrecht aufgewertet, etwa das Verlinken, das Verkaufen und Bewerben von Abspielgeräten oder das Bereitstellen einer Plattform mit Index und Suchfunktion. Damit hat der Gerichtshof den Unterschied zwischen der eigentlichen Tathandlung und Unterstützungshandlungen eingeebnet und den im deutschen Haftungskonzept wichtigen Unterschied zwischen unmittelbaren und mittelbaren Urheberrechtsverletzungen beseitigt.<sup>33</sup>

Der Preis ist ein erheblicher Verlust an dogmatischer Klarheit. Der EuGH erhält dafür aber auch eine Gegenleistung. Ihm steht nun ein Instrument mit unionsweiter Geltung zur Verfügung, das dem Rechteinhabern ermöglicht, gegen Unterstützer von offensichtlichen und teilweise demonstrativen Rechtsverletzungen vorzugehen (dazu unten 2.a).

#### b) Abschließender Katalog von Einzelschranken

Als zweite strukturelle Schwäche des Unionsrechts fehlt ein Instrument, um entgegenstehende Allgemeininteressen berücksichtigen zu können. Der Gesetzgeber hat den Rechtsanwendern mit dem Drei-Stufen-Test (Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL) ein wertungsoffenes Notfallventil zur Verfügung gestellt, das allerdings nur zugunsten der Rechteinhaber wirkt.<sup>34</sup> Es fehlt an vielen Stellen das entsprechende dogmatische Einfallstor für die entgegenstehenden Allgemeininteressen. Diese können nur im Rahmen der einzelfallbezogenen, abschließenden und – auf Unionsebene – weitgehend fakultativen Schranken berücksichtigt werden. Das bestehende Urheberrechtssystem begünstigt daher strukturell die Exklusivitätskultur und lässt wenig Raum für eine sich verändernde Zugangskultur.

Das ist vor allem deswegen problematisch, weil der Anwendungsbereich der Verbotrechte nun so umfassend ausgestaltet ist. Als notwendigen Ausgleich<sup>35</sup> hat der EuGH daher die Verwertungshandlung der öffentlichen Wiedergabe subjektiviert.<sup>36</sup> Das Eingreifen des Verbotrechts steht nun teilweise unter dem Vorbehalt, dass die Nutzer „in voller Kenntnis der Umstände“<sup>37</sup> handeln oder „wussten

---

<sup>32</sup> EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 27 – Filmspeler; EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 30 – GS Media/Sanoma; *Leistner*, GRUR 2017, 755, 757; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 908; *Jotzo*, ZGE 2017, 447, 459 f.

<sup>33</sup> *Ohly*, GRUR 2016, 1155, 1156; *Leistner*, GRUR 2017, 755, 759; *ders.*, Reformbedarf im materiellen Urheberrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren, ZUM 2016, 580, 583; *Jaworski/Nordemann*, Gehilfenhaftung von Intermediären bei Rechtsverletzungen im Internet, GRUR 2017, 567, 571 f.; *Specht*, ZUM 2017, 582, 584, 586; *Spindler*, Das Ende der Links: Framing und Hyperlinks auf rechtswidrige Inhalte als eigenständige Veröffentlichung?, GRUR 2016, 157, 158.

<sup>34</sup> EuGH, Rs. C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 = GRUR 2014, 473 Rn. 40 – OSA.

<sup>35</sup> *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 908 f.

<sup>36</sup> *F. Hofmann*, K&R 2016, 706, 707; *Jani/Leenen*, NJW 2016, 3135, 3136, 3138.

<sup>37</sup> EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 50 – Filmspeler; EuGH, Rs. C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 = GRUR 2017, 790 Rn. 34, 36 – Pirate Bay. Der EuGH nutzt das Merkmal ferner, um bloß zufällige, unbeabsichtigter-Vermittlungshandlungen aus dem Tatbestand auszuschneiden, Rs. C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379 = GRUR 2016, 684 Rn. 46 mwN – Reha Training/GEMA.

oder hätten wissen müssen“<sup>38</sup>, dass der referenzierte Gegenstand unbefugt im Internet veröffentlicht wurde.

Zudem nimmt der EuGH bei der Interessenabwägung neuerdings unmittelbaren Rückgriff auf die kollidierenden Grundrechte.<sup>39</sup> Die Unionsgrundrechte gewährleisten den Schutz geistigen Eigentums (Art. 17 Abs. 2 GRCh). Allerdings dürfen auch die Grundrechte auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit (Art. 11 Abs. 2 S. 2 GRCh) sowie auf freie Berichterstattung (Art. 11 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 GRCh) nur unter Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eingeschränkt werden.<sup>40</sup> Die Grundrechte verpflichten das Urheberrecht also zu einem angemessenen Ausgleich zwischen Exklusivitäts- und Nutzungsinteressen.<sup>41</sup>

Beides ist geleitet von der Notwendigkeit, sozialadäquate und gesellschaftlich erwünschte Nutzungshandlungen weiter ermöglichen zu können (dazu 2.b).

## 2. Versöhnung von Exklusivitäts- und Zugangskultur

Am Beispiel der Referenzierung durch Verlinken und Framen wird im Folgenden gezeigt, warum mit dieser Subjektivierung ein gelungener Kompromiss zwischen Exklusivitäts- und Zugangskultur bei digitalen Nutzungshandlungen erreicht werden kann.<sup>42</sup>

Der EuGH stellt Internetreferenzen frei, solange die verknüpften Objekte mit Zustimmung des Rechteinhabers im Netz verfügbar sind<sup>43</sup> und dieser keine technischen Schutzmaßnahmen ergriffen hat<sup>44</sup>. Um die sozialadäquate Kulturtechnik des Verlinkens und Framens nicht faktisch unmöglich zu machen, dürfen Nutzer auf die Rechtmäßigkeit ihrer Referenz solange vertrauen, wie sie keine Kenntnis

---

<sup>38</sup> EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 49 – GS Media/Sanoma; EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 49 – Filmspeler.

<sup>39</sup> EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 31 – GS Media/Sanoma; EuGH, Rs. C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 = GRUR 2016, 1146 Rn. 81-83 – McFadden; EuGH, Rs. C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 = GRUR 2014, 468 Rn. 47 – UPC Telekabel. Vgl. ferner EuGH, Rs. C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 = GRUR 2012, 265 Rn. 43 ff. – Scarlet/SABAM; EuGH, Rs. C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 = GRUR 2008, 241 Rn. 62 ff. – Promusicae.

<sup>40</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 = GRUR 2008, 241 Rn. 68 – Promusicae; BGH GRUR 2011, 513 Rn. 20 mwN – AnyDVD; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 906. Zum Verhältnis von deutschen und europäischen Grundrechten im Urheberrecht, *Raue*, Die Verdrängung deutscher durch europäische Grundrechte im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR Int. 2012, 402.

<sup>41</sup> EuGH, Rs. C-484/14, ECLI:EU:C:2016:689 = GRUR 2016, 1146 Rn. 83 – McFadden; EuGH, Rs. C-275/06, ECLI:EU:C:2008:54 = GRUR 2008, 241 Rn. 68 – Promusicae; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 906 f.

<sup>42</sup> Für Links im Ergebnis mit anderer dogmatischer Begründung bereits *Schack*, Urheberrechtliche Gestaltung von Webseiten unter Einsatz von Links und Frames, MMR 2001, 9, 16.

<sup>43</sup> EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 42 – GS Media/Sanoma; EuGH, Rs. C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Rn. 24 ff. – Svensson; EuGH, Rs. C-348/13, ECLI:EU:C:2014:2315 = GRUR 2014, 1196 Rn. 16 – Bestwater.

<sup>44</sup> EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 50 – GS Media/Sanoma; EuGH, Rs. C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Rn. 31 – Svensson; ebenso BGH GRUR 2011, 56 – Session-ID.

vom Gegenteil haben oder sich die Kenntnis mit zumutbarem Aufwand nicht beschaffen können. Verboten sind demnach nur Referenzen auf Inhalte, die erkennbar rechtswidrig sind. Dafür reicht im Regelfall ein Hinweis des Rechteinhabers aus.<sup>45</sup>

a) *Erschwerung und Ächtung offensichtlicher Urheberrechtsverletzungen*

Mit dieser *notice-and-take-down* Regelung gibt der Gerichtshof den Rechteinhabern ein wirksames Instrument an die Hand, damit diese offensichtliche Urheberrechtsverletzungen nicht tatenlos dulden müssen. Zwar ist die Beobachtung richtig: *hard cases make bad law*.<sup>46</sup> Dennoch hat der EuGH in den Urteilen *GS Media*, *Filmspeler* und *Pirate Bay* ein wichtiges Symbol für starke Urheberrechte gesetzt und einer weiteren Erosion des Ansehens von Urheberrechten vorgebeugt.<sup>47</sup> Es schwächt die Normgeltung, wenn Rechteinhaber die Werbung für Abspielgeräte hinnehmen müssen, die auf Knopfdruck einfachen Zugang zu illegalen Streamingseiten im Netz versprechen.<sup>48</sup> Auch das demonstrative Verlinken auf offensichtlich rechtswidrig gehostete Bilder oder das Bereitstellen einer Plattform wie *The Pirate Bay* muss ein Rechteinhaber verbieten können.

Beides war im deutschen Recht mit dem Instrument der Störerhaftung bereits vorher möglich. Der BGH hat eine Werbung für „kostenloses Pay-TV“ im Fall *Cybersky* gestützt auf die Störerhaftung verboten.<sup>49</sup> Auch eine Verlinkung auf offensichtlich rechtswidrige Inhalte konnte mit dem Instrument der Störerhaftung verboten werden, wenn auf Seiten des Linksetzers keine berechtigten Interessen stritten.<sup>50</sup> Der EuGH konnte eine solch grundlegende Frage nicht der Willkür der Mitgliedstaaten überlassen.<sup>51</sup> Er wollte mit harmonisierten Regeln das Ziel der InfoSoc-RL gewährleisten, den Kampf gegen Piraterie und Raubkopierer zu stärken (Erwgr. 22 InfoSoc-RL) und ein hohes Schutzniveau für Urheber zu etablieren (Erwgr. 4 InfoSoc-RL).<sup>52</sup>

Das Ergebnis ist interessengerecht. Mit Augenmaß angewendet schränkt es die Nutzer nicht spürbar ein, wenn sie keinen Zugang zu konkreten, offensichtlich

---

<sup>45</sup> EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 49 – *GS Media/Sanoma*.

<sup>46</sup> *Ohly*, GRUR 2016, 1155; *F. Hofmann*, K&R 2016, 706.

<sup>47</sup> EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 42 – *GS Media/Sanoma*; EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 50 – *Filmspeler*; EuGH, Rs. C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 = GRUR 2017, 790 Rn. 34, 36 – *Pirate Bay*.

<sup>48</sup> So der Sachverhalt in EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 50 – *Filmspeler*.

<sup>49</sup> BGH GRUR 2009, 841 Rn. 16 ff. – *Cybersky*.

<sup>50</sup> Vgl. BGH GRUR 2016, 209 Rn. 25 – Haftung für Hyperlinks (zu lauterkeitsrechtlichen Verkehrspflichten); BGH GRUR 2011, 513 Rn. 29 – *AnyDVD*.

<sup>51</sup> Vgl. die Analyse bei *Leistner*, GRUR 2017, 755, 756.

<sup>52</sup> Vgl. *Leistner*, GRUR 2017, 755, 756 mwN. Das hohe Schutzniveau betont der EuGH immer wieder, vgl. nur EuGH, Rs. C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764 = GRUR 2007, 225 Rn. 36 – *SGAE/Raphael*; EuGH, Rs. C-277/10, ECLI:EU:C:2012:65 = GRUR 2012, 489 Rn. 66 – *Luksan*; EuGH, Rs. C-607/11, ECLI:EU:C:2013:147 = GRUR 2013, 500 Rn. 20 – *ITV Broadcasting*; v. *Ungern-Sternberg*, in: Schricker/Loewenheim, § 15 Rn. 6.

rechtswidrig angebotenen Inhalten vermitteln dürfen oder den Zugang nach Hinweis des Rechteinhabers wieder sperren müssen.<sup>53</sup> Bei verletzungsgeneigten Geschäftsmodellen kann auch die Kenntnis ausreichen, dass Zugang zu einer großen Anzahl von rechtswidrig veröffentlichten Inhalten vermittelt wird.<sup>54</sup>

Eine ähnliche Interessenabwägung findet auch in anderen Bereichen unserer Rechtsordnung statt: Die neutrale Beihilfe durch berufstypische Handlungen, die Straftaten Dritter fördert, ist nur straflos, solange sich der Berufsträger branchenangemessen verhält und keine Kenntnis von den geplanten konkreten Straftaten hat.<sup>55</sup> Auch die e-commerce-RL stellt in Art. 14 (= § 10 TMG) Host-Provider so lange frei, bis sie tatsächliche Kenntnis von rechtswidrigen Tätigkeiten haben. Daher dürfen Abspiegelgeräte verkauft werden, die *auch* zur Nutzung rechtswidriger Inhalte genutzt werden können.<sup>56</sup> Sie dürfen aber nicht mit Links zu offensichtlich rechtswidrigen Angeboten versehen und beworben werden.<sup>57</sup>

Bei der weiteren Interpretation der Urteile *GS Media*-, *Filmspeler* und *Pirate Bay* muss jedoch deren Sondersituation berücksichtigt werden: Der EuGH wollte ein Vorgehen gegen die demonstrative Unterstützung von Urheberrechtsverletzungen ermöglichen, für die keine schützenswerte Interessen gestritten haben.<sup>58</sup> Er wollte sozialadäquate Internethandlungen aber nicht faktisch unmöglich machen.<sup>59</sup>

#### b) Ermöglichung sozialadäquater Kommunikation und Informationsbeschaffung

Der Gerichtshof bemüht sich erkennbar, auch der Zugangskultur gerecht zu werden und sozial anerkannte Kommunikation und Interaktion weiter zu ermöglichen.<sup>60</sup> Der Nutzer darf alle im Netz zugänglichen Informationen in seine Kommunikation einbinden, solange er drei Voraussetzungen beachtet: (1) Er darf

---

<sup>53</sup> Etwas anderes kann im öffentlichen Meinungsbildungsprozess gelten, vgl. unten Fn. 63.

<sup>54</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 = GRUR 2017, 790 Rn. 36, 45 – Pirate Bay; EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 50 – Filmspeler. Dazu *Leistner*, GRUR 2017, 755, 757.

<sup>55</sup> Vgl. etwa BGHSt 46, 107; BGH wistra 2014, 176 Rn. 26 ff.; *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, 29. Aufl., München 2014, § 27 Rn. 9 ff. mwN. Diese Rechtsprechung hat der BGH auch auf die zivilrechtliche Gehilfenhaftung übertragen, BGH NJW-RR 2011, 197 Rn. 47; BGH NJW-RR 2011, 551 Rn. 48; BGH NJW 2012, 3177 Rn. 27; *Jaworski/Nordemann*, GRUR 2017, 567, 570 mwN.

<sup>56</sup> *Schack*, Urheberrecht, Rn. 768.

<sup>57</sup> *Specht*, ZUM 2017, 582, 585 f.

<sup>58</sup> Vgl. *Leistner*, GRUR 2017, 755, 757.

<sup>59</sup> Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 45 – *GS Media/Sanoma*, ferner EuGH, Rs. C-403/08 und 429/08, ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2012, 156 Rn. 164, 179 – *FAPL u. Murphy*; EuGH, Rs. C-360/13, ECLI:EU:C:2014:1195 = GRUR 2014, 654 Rn. 24 – *PRCA/NLA* (letztere beide zu Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL). Ferner *Leistner*, GRUR 2017, 755, 756 („die in ‚GS Media‘ ersichtlich beabsichtigten *balances*“).

<sup>60</sup> Vgl. insbesondere EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 45 – *GS Media/Sanoma*; EuGH, Rs. C-403/08 und 429/08, ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2012, 156 Rn. 164, 179 – *FAPL u. Murphy*; EuGH, Rs. C-360/13, ECLI:EU:C:2014:1195 = GRUR 2014, 654 Rn. 24 – *PRCA/NLA* (letztere beide zu Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL).

keine Kenntnis von der unbefugten Veröffentlichung haben.<sup>61</sup> (2) Er darf keine technischen Sperren überwinden.<sup>62</sup> (3) Er darf nicht selbst den Zugang kontrollieren. Das ist eine klare, handhabbare und damit zumutbare Zugangsregel.<sup>63</sup>

Die Ratio für die Zugangsregel unterscheidet sich danach, ob das Werk mit oder ohne Zustimmung des Rechteinhabers zugänglich gemacht wird.

#### aa) Zugang mit Zustimmung des Rechteinhabers

Nach dem EuGH dürfen Werke in jeder Form frei referenziert werden, wenn sie mit Zustimmung des Rechteinhabers im Netz zugänglich sind und er keine technischen Zugangssperren errichtet hat.<sup>64</sup> Dogmatisch kann man dies als gesetzliche Erlaubnis mit Widerrufsvorbehalt einstufen, die sozialadäquate Handlungen auch praktisch ermöglichen soll.<sup>65</sup>

Der EuGH legt mit dieser Zugangsregel den Urhebern eine Kooperationslast auf.<sup>66</sup> Wenn sie urheberrechtlich geschützte Inhalte frei verfügbar ins Internet stellen, profitieren sie von den Vorteilen des einfachen Zugangs. Sie müssen dann die Spielregeln des Mediums einhalten und durch technisch erkennbare Maßnahmen deutlich machen, dass sie nicht verlinkt, geframed oder bei Suchmaschinen indiziert werden wollen.<sup>67</sup>

Der Rechteinhaber muss keine Maßnahmen einsetzen, die wirksam iSv. § 95a UrhG sind.<sup>68</sup> Sie müssen aber maschinenlesbar sein.<sup>69</sup> Im Internet findet eine digitalisierte Kommunikation statt, die durch die Technik bedingt, geformt und reguliert ist.<sup>70</sup> Die technischen Gegebenheiten prägen daher die Erwartungshaltung

---

<sup>61</sup> EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 49 – GS Media/Sanoma; EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 49 – Filmspeler.

<sup>62</sup> EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 50 – GS Media/Sanoma; EuGH, Rs. C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Rn. 31 – Svensson; ebenso BGH GRUR 2011, 56 – Session-ID.

<sup>63</sup> Sie wird ergänzt durch eine Interessenabwägung, wonach bei einem überwiegenden, berechtigten Interesse an der Linksetzung auch rechtswidrig zugänglich gemachte Werke referenziert werden dürfen, vgl. BGH GRUR 2011, 513 Rn. 25 ff. mwN – AnyDVD. Die Vereinbarkeit einer solchen freien Interessenabwägung mit dem Unionsrecht ist Gegenstand der Vorlage BGH GRUR 2017, 901 – Afghanistan Papiere.

<sup>64</sup> EuGH, Rs. C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Rn. 31 – Svensson; EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 50, 52 – GS Media/Sanoma; EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 48 – Filmspeler.

<sup>65</sup> Zu der Rechtsfigur *Ohly*, „Volenti non fit iniuria“ – die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002, S. 218.

<sup>66</sup> *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 910, 912; sehr kritisch zu solchen Handlungslasten *Schack*, Urheberrecht, Rn. 417a (zur Google-Bildersuche). Zum Begriff: *Wielsch*, Die Zugangsregeln der Intermediäre: Prozeduralisierung von Schutzrechten, GRUR 2011, 665, 670 f.

<sup>67</sup> *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 910 f. Kritisch *Schack*, Urheberrecht, Rn. 417a; *ders.*, Anmerkung zu OLG Jena, Urteil vom. 27.2.2008, 2 U 319/07, MMR 2008, 414, 415 f.

<sup>68</sup> BGH GRUR 2011, 56 Rn. 27 f. – Session ID.

<sup>69</sup> *Spindler*, GRUR 2016, 157, 159 f.; *Conrad*, Kuck' mal, wer da spricht: Zum Nutzer des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung anlässlich von Links und Frames, CR 2013, 305, 316; aA BGH GRUR 2016, 171 Rn. 35 – Die Realität II (obiter).

<sup>70</sup> *Peukert*, GRUR Beilage 2014, 77, 79; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 910.

des Verkehrs.<sup>71</sup> Ein bloßer verbaler Vorbehalt kann daher jedenfalls für solche Sachverhalte nicht ausreichen, in denen das Netz mithilfe von automatisierten Algorithmen verwaltet wird.<sup>72</sup>

Solch eine Einschränkung individueller Freiheiten zugunsten von Verkehrsinteressen ist dem Zivilrecht nicht fremd. So muss die individuelle negative Vertragsfreiheit dem Vertrauen des Verkehrs weichen, dass Willenserklärungen so gemeint sind, wie sie vom Verkehr aufgefasst werden (§§ 133, 157 BGB). Ansonsten müssen deutliche Vorbehalte erklärt werden, die der Verkehr typischerweise auch wahrnimmt.

Die technisch mögliche Beschränkung der Anschlussnutzung ist dem Urheber zumutbar, weil sie im Regelfall nur einen geringen Aufwand verursacht,<sup>73</sup> umgekehrt aber die Netzkommunikation erheblich vereinfacht. Bei ökonomischer Betrachtung ist der Urheber *cheapest cost avoider*.<sup>74</sup>

Als Alternative zu dieser *opt-out*-Variante könnte man ein *opt-in*-Modell etablieren, wonach nur verlinkt und geframed werden darf, wenn der Rechteinhaber ausdrücklich zugestimmt hat.<sup>75</sup> Diese Variante halte ich für gesellschaftlich nicht sinnvoll: Denn so würde die Nichtreferenzierung und damit die Nichtkommunikation zur Grundeinstellung des Internets. Das widerspricht zum einen der sozialen Erwartungshaltung und dem gesellschaftlichen Grundkonsens im Netz.<sup>76</sup> Zum anderen fördert die Vernetzung und Indexierung die Nutzung des vorhandenen und steigert das verfügbare Wissen.<sup>77</sup> Hyperlinks sind essentiell für den Meinungs- und Informationsaustausch und damit für ein funktionsfähiges Internet.<sup>78</sup>

---

<sup>71</sup> Grünberger, Bedarf es einer Harmonisierung der Verwertungsrechte und Schranken?, ZUM 2015, 273, 275; F. Hofmann, ZGE 2016, 482, 486.

<sup>72</sup> Spindler, GRUR 2016, 157, 159; Grünberger, ZUM 2016, 905, 910; aA BGH GRUR 2016, 171 Rn. 35 – Die Realität II (obiter), wonach der Rechteinhaber „seine Zustimmung durch entsprechende Hinweise auf diese öffentliche Wiedergabe beschränken kann“.

<sup>73</sup> Das ist durch ein entsprechendes Zugriffsmanagement des Servers oder durch sog. Framekiller oder -buster möglich, zu letzteren en.wikipedia.org, # framekiller (abgerufen am 29.8.2017), dazu und zu anderen technischen Möglichkeiten Conrad, CR 2013, 305, 307 f. Leistner, ZUM 2016, 580, 582 weist zutreffend daraufhin, dass das Urheberrecht damit einen Anreiz für die Etablierung technischer Zugangsbeschränkungen im Netz setzen würde. Das halte ich aber für sinnvoller als eine entsprechende Haftungsregel. Die technische Sperre signalisiert die Nutzungsbeschränkung und reduziert so die Komplexität für die Nutzer.

<sup>74</sup> Grünberger, ZUM 2015, 273, 279; Raue, in: Specht/Lauber-Rönsberg/Becker, Medienrecht im Medienumbruch, Baden-Baden 2017, 129, 135 f.

<sup>75</sup> Leistner, ZUM 2016, 580, 581 Fn. 17 (allerdings beschränkt auf das Framing).

<sup>76</sup> Grünberger, ZUM 2016, 905, 911.

<sup>77</sup> Wegen der anfallenden Transaktionskosten bei der Wissensermittlung gibt es einen großen Unterschied zwischen theoretisch verfügbarem und tatsächlich genutztem Wissen, vgl. nur Fleischer, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht, München 2001, S. 112 ff. mwN.

<sup>78</sup> Dieser allgemeinen Auffassung hat sich ausdrücklich auch der EuGH angeschlossen, EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 45 – GS Media/Sanoma.

Außerdem ist eine solche Forderung widersprüchlich: Der Rechteinhaber stellt sein Werk frei verfügbar ins Internet. Er entscheidet sich damit gegen ein geschlossenes<sup>79</sup> und für ein frei nutzbares System. In diesem sind die schnelle Auffindbarkeit, gegenseitige Referenzierung und Einbindung das Standardmodell. Gerade diese Funktionsweise sorgt für die gewünschte Verbreitung und Aufmerksamkeit. Wer die Vorteile eines solchen freien Systems in Anspruch nimmt, kann nicht verlangen, das System grundlegend zu ändern, insbesondere wenn er seine Präferenzen der Nichtkommunikation einfach äußern kann.<sup>80</sup>

### *bb) Zugang ohne Zustimmung des Rechteinhabers*

Diese *Ratio* gilt natürlich nicht, wenn das Werk *ohne* Zustimmung des Rechteinhabers ins Netz gestellt wird.<sup>81</sup> Nach dem EuGH kommt es deswegen entscheidend auf dessen Zustimmung zum freien Angebot im Internet an.<sup>82</sup> So stärkt der Gerichtshof die Position des Rechteinhabers und damit die Exklusivitätskultur.<sup>83</sup>

Beließe man es jedoch bei dieser Haftungsregel, würde man dem Verlinkenden eine Einschätzungslast auferlegen, der er realistischere nicht nachkommen kann.<sup>84</sup> Das wird zum Teil mit dem Argument begrüßt, dass sich derjenige, der fremde, geschützte Leistungen nutze, vergewissern müsse, ob er dies auch dürfe.<sup>85</sup>

Dass eine solche Haftungsregel nicht sinnvoll ist, zeigt eine Folgenabschätzung, bei der zwei Szenarien denkbar sind:<sup>86</sup> Im ersten Szenario werden die rationalen, gesetzestreuen Internetnutzer wegen des kaum erfüllbaren Aufwands weitgehend auf externe Links verzichten.<sup>87</sup> Das Internet würde statischer und schlechter geordnet.<sup>88</sup> Das ist ein zu hoher Preis für eine geringfügige Stärkung des Urheberrechts und daher nicht im gesellschaftlichen Interesse. Eine solche Haf-

---

<sup>79</sup> Die technischen Barrieren dürfen nicht mit Links oder Frames überwunden werden, EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 50 – GS Media/Sanoma; EuGH, Rs. C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Rn. 31 – Svensson; BGH GRUR 2011, 56 – Session-ID.

<sup>80</sup> Ähnlich *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 912 („ihm können die medienspezifischen Kommunikationsformen zugemutet werden“).

<sup>81</sup> *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 912.

<sup>82</sup> EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 47 – Filmspeler; EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 43 – GS Media/Sanoma.

<sup>83</sup> *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 912, 914.

<sup>84</sup> Darüber herrscht Grundkonsens, vgl. etwa EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 46 – GS Media/Sanoma; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 915; *F. Hofmann*, K&R 2016, 706, 708 („prohibitiv hohe Transaktionskosten“); *Raue*, in: Specht/Lauber-Rönsberg/Becker, 129, 134.

<sup>85</sup> *Haberstumpf*, Anbieten fremder geschützter Inhalte im Internet, GRUR 2016, 763, 770 (für das Framen); *Dietrich*, NJ 2017, 1, 6.

<sup>86</sup> Dazu bereits *Raue*, in: Specht/Lauber-Rönsberg/Becker, 129, 134.

<sup>87</sup> *Leistner*, ZUM 2016, 580, 582 („nicht unerhebliche Chilling Effects“); *F. Hofmann*, K&R 2016, 706, 707 f.; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 913.

<sup>88</sup> *F. Hofmann*, K&R 2016, 706, 708 mwN.

tungsregel würde das angestrebte Ziel der EU schwächen, zu einer Informationsgesellschaft zu werden.<sup>89</sup> Sie würde zudem in unverhältnismäßiger Weise in die Meinungs- und Informationsfreiheit eingreifen.<sup>90</sup>

Im zweiten denkbaren Szenario ignorieren die Nutzer die unpraktikablen urheberrechtlichen Wertungen, bis sie in Einzelfällen – aus ihrer Sicht weitgehend aus heiterem Himmel – abgemahnt werden. Die Abmahnkosten würden als Bestrafung eines sozialadäquaten Verhaltens angesehen. Das würde das Urheberrecht noch stärker als bei den Tauschbörsen in Verruf bringen. Bei letzteren war zumindest im Grundsatz anerkannt, dass es sich um eine unerlaubte Tätigkeit handelt. Die gesellschaftliche Akzeptanz von Abmahnungen gegen Verlinkungen, deren Rechtswidrigkeit ein durchschnittlicher Nutzer kaum erkennen kann, dürfte gegen Null gehen. Für die Urheber wäre also wenig gewonnen. Der zu zahlende Preis wäre (zu) hoch.

Deswegen ist es sinnvoll, die Haftungsregel mit einem subjektiven Element einzuschränken. Indem der EuGH für eine öffentliche Wiedergabe zusätzlich die Kenntnis bzw. vorwerfbare Unkenntnis der unbefugten Veröffentlichung fordert, erkennt der Gerichtshof die Bedeutung der freien Referenzierung und damit die Koexistenz von Exklusivitäts- und Zugangskultur an.<sup>91</sup> Dadurch legt der Gerichtshof die *primäre* Verantwortung für die Rechtsverletzung (und die Entschädigungslast) demjenigen auf, der die Kontrolle über die Zugänglichmachung hat. Die Inanspruchnahme des gutgläubigen Referenzierenden als bloß mittelbaren, sekundären Verantwortlichen dient als Notfallventil, falls der primär Verantwortliche nicht greifbar ist. Den Verlinkenden muss man bei seiner sozial erwünschten Tätigkeit entlasten. Er darf daher aufgrund der freien Veröffentlichung im Netz auf die rechtmäßige Zugänglichmachung vertrauen. Erst nach einem Hinweis des Rechteinhabers oder aufgrund anderer deutlicher Umstände muss er seine Berechtigung prüfen.<sup>92</sup>

Eine solch klare Aufteilung von Verantwortungsbereichen macht das Verlinken und Framen – mithin grundlegende Kulturtechniken des Netzes – rechtssicher möglich. Allerdings dürfen an die Prüfpflichten des Linksetzers keine unerfüllbaren Anforderungen gestellt werden.<sup>93</sup>

### cc) Sorgfaltsmaßstab

Der EuGH hat wenige Vorgaben gemacht, ab wann sich der Verlinkende seine Unkenntnis vorwerfen lassen muss. Es ist also Aufgabe der nationalen Gerichte, die

---

<sup>89</sup> So auch GA *Wathelet*, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:221 Rn. 77 – GS Media/Sanoma.

<sup>90</sup> *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 913, 915; *ders.*, ZUM 2015, 273, 281 f.

<sup>91</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 45, 49 – GS Media/Sanoma.

<sup>92</sup> Zum Vertrauensgedanken im Urheberrecht *Wiebe*, Vertrauensschutz und geistiges Eigentum am Beispiel der Suchmaschinen, GRUR 2011, 888, 890 ff.

<sup>93</sup> Vgl. BGH GRUR 2016, 209 Rn. 24 – Haftung für Hyperlinks (zu lauterkeitsrechtlichen Verkehrspflichten); *Schack*, Urheberrecht, Rn. 772c; *Ohly*, GRUR 2016, 1155, 1157; v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2017, 217, 221; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 919; *Leistner*, Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8. September 2016 –C-160/15, ZUM 2016, 980, 983.

Sorgfaltsanforderungen vor dem geschilderten Hintergrund zu präzisieren.<sup>94</sup> Wie bei den im deutschen Recht bekannten Verkehrspflichten müssen sie dabei die Interessen des Rechteinhabers mit denen des Linksetzers und der Allgemeinheit in Einklang bringen. Der Rechteinhaber soll keine offensichtlichen Rechtsverletzungen erdulden müssen, die sozialadäquate Tätigkeit des Linksetzers dadurch aber nicht unnötig eingeschränkt werden.

Einzelpersonen *ohne* Gewinnerzielungsabsicht haben nach dem EuGH bis zu einem entsprechenden Hinweis des Rechteinhabers grundsätzlich kein Wissen und auch keine vorwerfbare Unkenntnis von der Rechtsverletzung.<sup>95</sup> Allerdings haften auch privat Handelnde für die Verlinkung auf solche Webseiten, der die Urheberrechtswidrigkeit auf der Stirn geschrieben steht.

Wer auf einer Webseite Links setzt und dabei mit Gewinnerzielungsabsicht handelt, muss sich „vergewissern“, ob das verlinkte Werk mit Zustimmung des Rechteinhabers veröffentlicht wurde und dies in einem eventuellen Prozess auch darlegen und beweisen.<sup>96</sup> Allerdings lassen sich weder dem *GS Media*- noch dem *Filmspeler*-Urteil entnehmen, dass ohne näheren Anlass Nachfragen beim Seitenbetreiber oder eine Überprüfung der Rechtekette erforderlich sind.<sup>97</sup> Beiden Urteilen lagen Konstellationen zu Grunde, bei denen die Rechtswidrigkeit der verlinkten Seiten mit Händen zu greifen waren. In einem solchen Fall darf ein gewerblicher Webseitenbetreiber erst verlinken, wenn er sich einer intakten Rechtekette versichert hat. Das ist zumutbar, um die Rechte der Urheber zu wahren.

In allen anderen Fällen gilt auch für gewerbliche Linksetzer die realistische Erkenntnis des EuGH,<sup>98</sup> dass eine Rechtekette nur mit großem Aufwand und selten rechtssicher ermittelt werden kann.<sup>99</sup> Der Gerichtshof hebt zudem die Bedeutung der Linksetzung für die Meinungs- und Informationsfreiheit hervor, die durch Art. 11 GRCh vor unverhältnismäßigen Eingriffen geschützt wird.<sup>100</sup> Es ist nicht zu erwarten, dass er gewerblichen Linksetzern Nachforschungspflichten auferlegen wird, denen sie in der Praxis nicht nachkommen können. Damit wäre für die Rechteinhaber nichts gewonnen, dem Meinungs- und Informationsaustausch im Netz aber schwerer Schaden zugefügt. Der EuGH wollte mit den subjektiven Kri-

---

<sup>94</sup> So nun BGH, Urt. vom 21.09.2017 - I ZR 11/16 – Vorschaubilder III.

<sup>95</sup> EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 47, 49, 53 – GS Media/Sanoma.

<sup>96</sup> EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 51 – GS Media/Sanoma.

<sup>97</sup> Im Ergebnis auch BGH, Urt. vom 21.09.2017 - I ZR 11/16 – Vorschaubilder III (für Suchmaschinenbetreiber, zitiert nach der Pressemitteilung); *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 918; aA LG Hamburg GRUR-RR 2017, 216 Rn. 24 ff. – Architekturfotos.

<sup>98</sup> EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 46 – GS Media/Sanoma.

<sup>99</sup> BGH GRUR 2016, 209 Rn. 24 f. – Haftung für Hyperlinks (zu lauterkeitsrechtlichen Verkehrspflichten); *Ohly*, GRUR 2016, 1155, 1157; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 917; *Rauer/Ettig*, WRP 2016, 1319, 1321.

<sup>100</sup> EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 45 – GS Media/Sanoma; ebenso BGH GRUR 2011, 513 Rn. 24 mwN – AnyDVD; BGH GRUR 2016, 209 Rn. 25 – Haftung für Hyperlinks (zu lauterkeitsrechtlichen Verkehrspflichten).

terien den Rechteinhabern ein Vorgehen gegen offensichtliche Rechtsverletzungen ermöglichen.<sup>101</sup> Damit sich die Verletzer nicht hinter schwer nachweisbaren subjektiven Elementen verstecken können, hat er ihnen die Beweislast auferlegt. Er wollte aber nicht die Funktionsfähigkeit des Internets beeinträchtigen.<sup>102</sup>

Bei der Ausgestaltung der zumutbaren Sorgfaltspflichten sind daher die Sozialadäquanz der Linksetzung und der andernfalls zu befürchtende *chilling effect* angemessen zu berücksichtigen.<sup>103</sup> Echte Nachforschungspflichten sollten gewerblichen Linksetzern nur bei erkennbar rechtswidrigen Inhalten oder bei auf Rechtsverletzungen angelegten Geschäftsmodellen auferlegt werden.<sup>104</sup> Erkennbar rechtswidrig ist ein Angebot dann, wenn für einen durchschnittlichen Nutzer ohne Schwierigkeiten erkennbar ist, dass die Vorlage rechtswidrig hergestellt oder öffentlich zugänglich gemacht wurde. Hier sollten die Wertungen übertragen werden, die bei der Auslegung von § 53 Abs. 1 UrhG angelegt werden.<sup>105</sup> Anderes kann in Fällen gelten, in denen es eine unmittelbare Verknüpfung zwischen den Einnahmen des Rechteinhabers und dem referenzierten Gegenstand gibt.<sup>106</sup>

### 3. Zusammenfassung

Solange der Nutzer keine Kenntnis (oder vorwerfbare Unkenntnis) von der fehlenden Nutzungsberechtigung hat und keine technischen Sperren umgeht, begeht er keine Urheberrechtsverletzung. Umgekehrt gilt aber auch: Er darf keine technischen Sperren umgehen und keine rechtswidrig zur Verfügung gestellten Inhalte nutzen, wenn es dafür keine gesetzliche Berechtigung gibt.<sup>107</sup> Das schützt die berechtigte Erwartungshaltung der Nutzer digitaler Gegenstände und belässt dem Rechteinhaber Steuerungsmöglichkeiten.

---

<sup>101</sup> Dazu oben a).

<sup>102</sup> Vgl. zu letzterem EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 45 – GS Media/Sanoma.

<sup>103</sup> *Spindler*, GRUR 2016, 157, 159; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 917.

<sup>104</sup> Vgl. BGH GRUR 2016, 209 Rn. 25 f. – Haftung für Hyperlinks (zu lauterkeitsrechtlichen Verkehrspflichten); v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2017, 217, 221; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 918.

<sup>105</sup> Ebenso *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 916, 918 (für private Nutzer und im Ergebnis weitgehend ähnlich für gewerbliche); *ders.*, ZUM 2015, 273, 281; *Leistner*, ZUM 2016, 980, 983; ähnlich v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2017, 217, 221 („besonders leichtsinnig oder gleichgültig gehandelt hat“). Vgl. auch *Ohly*, GRUR 2016, 1155, 1157. Allerdings ist bei § 53 Abs. 1 UrhG umstritten, ob ein objektiver oder subjektiver Sorgfaltsmaßstab angelegt werden soll, vgl. *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 53 Rn. 19; *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 4. Aufl., München 2014, § 53 Rn. 17.

<sup>106</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 51 – Filmspieler: „das Bereitstellen des multimedialen Medienabspielers mit *Gewinnerzielungsabsicht* erfolgte, da der für diesen multimedialen Medienabspieler *gezahlte Preis insbesondere gezahlt wurde*, um einen direkten Zugang zu den geschützten Werken zu erhalten, die auf den Streamingseiten ohne Erlaubnis der Urheberrechtsinhaber zugänglich sind“ (Hervorhebung hinzugefügt); vgl. auch v. *Ungern-Sternberg*, GRUR 2017, 217, 221.

<sup>107</sup> Letzteres hebt der EuGH hervor, EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 53 – GS Media/Sanoma. Die Berechtigung kann sich auch aus einem überwiegenden Informationsinteresse ergeben, vgl. BGH GRUR 2011, 513 Rn. 26 mwN – AnyDVD.

## IV. Konsequenzen für das Vervielfältigungsrecht

### 1. Grundlegende Wertungen

Diese Wertungen können auf Vervielfältigungshandlungen übertragen werden, die bei dem Umgang mit digitalen Inhalten anfallen. Auch hier muss wiederum der soziale und wirtschaftliche Sinngehalt der Werkverwertung im Wege einer funktionsbezogenen Auslegung berücksichtigt werden.<sup>108</sup> Die berechtigten Interessen des Urhebers werden im Internet dadurch sichergestellt, dass er die öffentliche Zugänglichmachung seines Werks steuern kann.<sup>109</sup> Nach der unter III. skizzierten Interessenabwägung sollte also in erster Linie derjenige haften, der den Zugang zu geschützten Inhalten über das Internet oder sonstige Plattformen kontrolliert.<sup>110</sup> Es ist nicht sinnvoll, dass der Urheber jede Vervielfältigungshandlung kontrollieren darf, die für den digitalen Werkgenuss erforderlich ist.

#### a) Erkennbar rechtswidrige Inhalte

Die Anbieter digitaler Angebote sind jedoch oft nicht greifbar. Es erschwert die normale Verwertung von Werken in digitaler Form, wenn Nutzer offensichtlich rechtswidrig zur Verfügung gestellte Werke nutzen dürfen.<sup>111</sup> Dem steht im Regelfall kein legitimes Bedürfnis der Nutzer gegenüber, solche Inhalte zu konsumieren.<sup>112</sup>

Eine Freistellung des Konsums rechtswidrig zugänglich gemachter Werke könnte daher nur aus übergeordneten Gesichtspunkten erfolgen, etwa weil für die Rechtsverfolgung zu starke Eingriffe in die Privatsphäre der Nutzer erforderlich sind.<sup>113</sup> Dafür spricht, dass auch die Inanspruchnahme der Nutzer keinen wirksamen Schutz verspricht, weil diese im Regelfall nicht ermittelbar sind.<sup>114</sup> Jedoch ist zu befürchten, dass die Nutzer die pragmatische Freistellung des

---

<sup>108</sup> Oben Fn. 7 f.

<sup>109</sup> Vgl. EuGH, Rs. C-360/13, ECLI:EU:C:2014:1195 = GRUR 2014, 654 Rn. 56 f., 61 – PRCA/NLA; *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 907; *F. Hofmann*, ZGE 2016, 482, 493 f., 504 (mittelbare Erfassung des Werkkonsums); *Schulz*, in: BeckOK-UrhR, 17. Ed., München 2017, § 44a Rn. 13; *Marly*, EuZW 2014, 616, 619.

<sup>110</sup> *Stieper*, MMR 2012, 12, 15 f.; *F. Hofmann*, ZGE 2016, 482, 493 f., 504.

<sup>111</sup> EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 70 – Filmspeler; *Specht*, ZUM 2017, 582, 585; *Busch*, Zur urheberrechtlichen Einordnung der Nutzung von Streamingangeboten, GRUR 2011, 496, 503; *K. Wagner*, GRUR 2016, 874, 875, 880 f.; vgl. auch EuGH, Rs. C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 = GRUR 2014, 546 Rn. 31, 39 f. – ACI Adam.

<sup>112</sup> Ähnlich *Specht*, ZUM 2017, 582, 586.

<sup>113</sup> So ist etwa die Freiheit der Privatkopie begründet worden, BT-Drs. IV/270, S. 71: „Ein Verbot der privaten Vervielfältigung kann in der Praxis nicht durchgesetzt werden. Eine wirksame Überprüfung könnte nur dann durchgeführt werden, wenn den Kontrolleuren der privaten Verwertungsgesellschaften gestattet werden würde, die Wohnung jedes einzelnen Staatsbürgers daraufhin zu überprüfen, ob er ein Magnettongerät besitzt, mit diesem urheberrechtlich geschützte Werke aufnimmt und hierfür eine Genehmigung des Urhebers bzw. der Verwertungsgesellschaft nachweisen kann.“

<sup>114</sup> So etwa *M. Becker*, ZGE 2016, 239, 276.

Streamings aus rechtswidrigen Quellen als dessen Legitimierung auffassen.<sup>115</sup> Ein fehlendes Verbot würde den Normgeltungsanspruch des Urheberrechts schwächen. Daher kommt dem Verbot der Nutzung von offensichtlich rechtswidrigen Angeboten eine wichtige symbolische Bedeutung zu.<sup>116</sup>

Allerdings muss man auch hier Ausnahmen zulassen: Das Betrachten von rechtswidrig zugänglich gemachten Dokumente kann etwa zur Aufdeckung von Missständen, bei der investigativen Recherche von Journalisten<sup>117</sup> oder für die wissenschaftliche Forschung<sup>118</sup> notwendig sein. Früher wurden Dokumente aus Papier geleakt, deren Informationen ohne eine urheberrechtlich relevante Handlung wahrgenommen werden konnten. Heute stellen Whistleblower umfangreiche Dateien zur Verfügung, die nur durch temporäre Vervielfältigungen wahrgenommen werden können.<sup>119</sup> Es ist nicht Aufgabe des Urheberrechts, die Abwägung zwischen dem individuellen Geheimhaltungsinteresse von Informationen und dem öffentlichen Aufklärungsinteresse anhand technischer Zufälligkeiten zu determinieren.

#### b) *Rechtmäßige und nicht erkennbar rechtswidrige Inhalte*

Umgekehrt sollte der digitale Werkgenuss, also das Aufrufen von Webseiten, das Betrachten digitaler Dokumente, das Streamen von Musik und Videos und alle übrigen digitalen Kommunikations- und Informationshandlungen so lange erlaubt sein, wie der Nutzer legitimerweise davon ausgehen kann, dass er rechtmäßigen Zugang zu diesen Werken hat.<sup>120</sup> Wer auf Webseiten von Online-Zeitungen surft, sollte keine Urheberrechtsverletzung begehen, wenn die Redaktion vergessen hat, die Lizenz für ein Bild einzuholen, die Lizenzkette unterbrochen wurde oder sie die Reichweite von Schranken falsch eingeschätzt hat.<sup>121</sup>

Dasselbe gilt für alle anderen Webseiten mit im Grundsatz rechtmäßigem Angebot sowie für alle sozialadäquaten digitalen Nutzungshandlungen, etwa das Streamen von Musik und Videos oder das Nutzen von Smartdevices. Es sollte den Nutzer legaler Geschäftsmodelle nicht interessieren müssen, ob die Webseite oder andere Inhalteanbieter tatsächlich alle Lizenzen eingeholt haben und ob die

---

<sup>115</sup> M. Becker, ZGE 2016, 239, 277.

<sup>116</sup> Vgl. zur mittelbaren Verhaltenswirkung solcher Normen, Baer, Komplizierte Effekte. Zur Wirkung von Recht, in: Matthias Mahlmann (Hrsg.), Festschrift für Hubert Rottleuthner, Baden-Baden 2011, 245, 254 mwN.

<sup>117</sup> Hier ist insbesondere auch erforderlich, dass umfangreiche Dokumente mit Hilfe von Text und Data Mining-Tools analysiert werden können, dazu Raue, CR 2017, 656, 657.

<sup>118</sup> Der neue § 60c Abs. 2, 3 UrhG hilft nur eingeschränkt, weil er nur das Vervielfältigen von Werken geringen Umfangs bzw. 75 % eines umfangreicheren Werkes erlaubt. Hier zeigt sich erneut der Nachteil starrer Schranken ohne Öffnungsklausel, vgl. Schack, ZUM 2016, 266, 274, 279; de la Durantaye, Neues Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft – eine kritische Würdigung des Gesetzentwurfs, GRUR 2017, 558, 560 f.

<sup>119</sup> Dazu Raue, CR 2017, 656, 657.

<sup>120</sup> Vgl. zur Nutzung von Webseiten, die Inhalte mit Zustimmung der Rechteinhaber anbieten, EuGH, Rs. C-360/13, ECLI:EU:C:2014:1195 = GRUR 2014, 654 Rn. 56 f., 61 – PRCA/NLA.

<sup>121</sup> Busch, GRUR 2011, 496, 502. Vgl. zur komplexen Rechteeinholung für alle Elemente einer Webseite bereits Schack, MMR 2001, 9 ff.

Rechtekette intakt ist. Jede andere Haftungsregel würde den Zugang zu digitalen Informationen unangemessen beschränken und zudem das falsche Signal aussenden, dass für ein sozial angemessenes Verhalten konstant Rechtsbrüche erforderlich sind.<sup>122</sup> Kein Nutzer ist in der Lage, die Rechtesituation aller oder auch nur einzelner Elemente einer Webseite zutreffend einzuschätzen.<sup>123</sup> Dasselbe gilt für nahezu alle anderen digital zur Verfügung gestellten Inhalte. Die Transaktionskosten der digitalen Nutzung würden prohibitiv hoch.<sup>124</sup> Ein Nutzer, der sich rechtstreu verhalten möchte, dürfte nur noch analoge Medien nutzen.

Eine Zugangsregel, die die Rechtmäßigkeit des technisch notwendigen Zwischenspeicherns allein von der Zustimmung des Rechteinhabers bzw. des Eingreifens von Schrankenbestimmungen abhängig machte, würde also ein sozial anerkanntes und erwünschtes Verhalten massenhaft in die Illegalität verrücken, ohne dass die Rechtsposition der Urheber spürbar gestärkt würde.

## 2. Dogmatische Umsetzung

Das skizzierte Konzept hat der deutsche Gesetzgeber für eine angemessene Interessenabwägung gehalten und private Vervielfältigungen über § 53 Abs. 1 UrhG (gestützt auf Art. 5 Abs. 2 lit. b InfoSoc-RL) freigestellt, wenn sie nicht von einer offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder zugänglich gemachten Vorlage stammen.<sup>125</sup> Allerdings erfasst die Norm damit bei weitem nicht alle digitalen Vervielfältigungen. Schon das Surfen von Studenten, Wissenschaftlern oder Angestellten im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit fällt aus dem Anwendungsbereich der Norm.<sup>126</sup> Eine kategoriale Differenzierung zwischen privatem und geschäftlichem digitalen Werkkonsum ist nicht sinnvoll, weil die aufzuwendenden Transaktionskosten für die Informationsbeschaffung unterschiedslos zu hoch wären. Es ist nicht im Sinne einer Informationsgesellschaft, die Transaktionskosten für die Beschaffung frei verfügbarer Informationen zu erhöhen, insbesondere wenn die Rechteinhaber davon nicht im selben Maße profitieren.

### a) Sukzessive Vervielfältigungen

---

<sup>122</sup> Busch, GRUR 2011, 496, 502.

<sup>123</sup> Vgl. BT-Drs. 15/38, S. 39; Dreier, in Dreier/Schulze, § 53 Rn. 12a; Leistner, ZUM 2016, 580, 582; Hildebrand, Die Bedeutung der EuGH-Urteile „ACI Adam“ und „GS Media“ für die deutsche Privatkopieschranke, ZUM 2017, 16, 21 f.

<sup>124</sup> Diese Einschätzung für das Verlinken (EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 47 – GS Media/Sanoma; Grünberger, ZUM 2016, 905, 915) hat erst recht Gültigkeit bei der Nutzung von Inhalten, F. Hofmann, ZGE 2016, 482, 504.

<sup>125</sup> Vgl. BT-Drs. 15/38, S. 39, der zu dem Kompromiss des Vermittlungsausschlusses führte (BT-Drs. 15/1353).

<sup>126</sup> Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim, § 53 Rn. 24 mwN; Busch, GRUR 2011, 496, 502; Raue, ZGE 2014, 387, 390. Bei Wissenschaftlern und Studenten kommt jedoch eine Freistellung nach § 53 Abs. 2 UrhG bzw. ab dem 1.3.2018 nach §§ 60a, 60c UrhG in Betracht.

Zunächst sollte der digitale Werkgenuss durch Vervielfältigung unabhängig von der eingesetzten Technik in den Anwendungsbereich des Urheberrechts fallen. Deswegen sollte das Streamen von Werken als sukzessive Vervielfältigung iSv. § 16 UrhG/Art. 2 InfoSoc-RL angesehen werden, unabhängig davon, ob die zu einem bestimmten Zeitpunkt gespeicherten Elemente bereits die Voraussetzungen an eine Teilvervielfältigung erfüllen.<sup>127</sup> Der EuGH sieht das anders.<sup>128</sup> Allerdings kam es in den von ihm entschiedenen Fällen darauf nicht wesentlich an; zudem lässt er bei der öffentlichen Wiedergabe eine sukzessive Öffentlichkeit ausreichen.<sup>129</sup> Daher ist zu erwarten, dass er seine Einschätzung revidieren und das Vervielfältigungsrecht auf sukzessive Vervielfältigungen von schutzunfähigen Werkteilen erstrecken wird, deren Abfolge schutzfähig ist.

#### b) Vorübergehende Vervielfältigungen

Ein Großteil der digitalen Nutzungshandlungen sollte dann aber über § 44a UrhG/Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL freigestellt werden. Für die Freistellung der vorübergehenden digitalen Nutzungshandlungen kommt es maßgeblich auf die Auslegung der „rechtmäßigen Nutzung“ in § 44a Nr. 2 UrhG/Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL an.<sup>130</sup> Die Nutzung ist jedenfalls dann rechtmäßig, wenn sie auf eine andere Schranke gestützt werden kann oder der Rechteinhaber der Nutzung zugestimmt hat.<sup>131</sup> Sollte sich die Schranke jedoch darauf beschränken, wäre sie weitgehend überflüssig.<sup>132</sup> Im *Murphy*-Urteil hat der EuGH für die Rechtmäßigkeit der Handlung daher entscheidend auf die Nutzerperspektive und den sozialen Sinngehalt

---

<sup>127</sup> Ebenso *F. Hofmann*, ZGE 2016, 482, 506 f.; *Busch*, GRUR 2011, 496, 499 f.; vgl. auch *Stieper*, MMR 2012, 12, 13 f.

<sup>128</sup> EuGH, Rs. C-403/08 und 429/08, ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2012, 156 Rn. 157, 159 – FAPL u. Murphy; ihm folgend: *Stieper*, MMR 2012, 12, 14; *K. Wagner*, GRUR 2016, 874, 876 f.

<sup>129</sup> Vgl. nur EuGH, Rs. C-117/15, ECLI:EU:C:2016:379 = GRUR 2016, 684 Rn. 44 – Reha Training/GEMA; EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 44 – Filmspieler; EuGH, Rs. C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 = GRUR 2017, 790 Rn. 41 – Pirate Bay.

<sup>130</sup> *F. Hofmann*, ZGE 2016, 482, 506.

<sup>131</sup> *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 44a Rn. 8; *Stieper*, MMR 2012, 12, 15; *Schack*, Urheberrecht, Rn. 420.

<sup>132</sup> *Metzger*, Der Einfluss des EuGH auf die gegenwärtige Entwicklung des Urheberrechts, GRUR 2012, 118, 124; *Busch*, GRUR 2011, 496, 502; *Ensthaler*, Streaming und Urheberrechtsverletzung, NJW 2014, 1553, 1555; *Fangerow/Schulz*, Die Nutzung von Angeboten auf www.kino.to. Eine urheberrechtliche Analyse des Film-Streamings im Internet, GRUR 2010, 677, 681; *Lauber/Schwipps*, Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, GRUR 2004, 293, 295 f. Sie würde weitgehend zur „Hilfsschranke“, die weitere technische, von der eigentlichen Schranke nicht erfasste Vervielfältigungshandlungen freistellt, (*Stieper*, MMR 2012, 12, 15; v. *Welser*, in: *Wandtke/Bullinger*, § 44a Rn. 20) oder in den etwas konstruierten Fällen, in denen der Rechteinhaber zwar die öffentliche Zugänglichmachung, nicht aber die vorübergehenden Vervielfältigungen der nachfolgenden Nutzung freistellen möchte, vgl. EuGH, Rs. C-360/13, ECLI:EU:C:2014:1195 = GRUR 2014, 654 Rn. 59 – PRCA/NLA; *Sucker*, Der digitale Werkgenuss im Urheberrecht, Tübingen 2014, S. 178.

der Handlung abgestellt, die durch die vorübergehende Vervielfältigung ermöglicht wurde.<sup>133</sup> Man kann insofern von einer subjektiv-teleologischen Auslegung sprechen.<sup>134</sup> Der Empfang und die Anzeige einer Fernsehsendung ist nicht durch Gesetze beschränkt und damit rechtmäßig im Sinne von Art. 5 Abs. 1 lit. b InfoSoc-RL/§ 44a Nr. 2 UrhG. Dasselbe gilt für das inhaltliche Erfassen und Zusammenfassen von Zeitungsartikeln.<sup>135</sup> Verallgemeinert wird der digitale Werkgenuss „nicht durch Gesetze beschränkt“ (Erwgr. 33 InfoSoc-RL), wenn er keinen Öffentlichkeitsbezug aufweist.

In der *Filmspeler*-Entscheidung hat der EuGH einen weiteren Aspekt hinzugefügt und die Ermöglichung des „Zugangs“ zu geschützten Werken in die Gesamtbetrachtung einbezogen.<sup>136</sup> Er beschränkt den digitalen Werkgenuss in Fällen, in denen sich der Betrachter „freiwillig [*absichtlich*]<sup>137</sup> und *in Kenntnis der Sachlage* zu einem kostenlosen und nicht zugelassenen Angebot geschützter Werke *Zugang verschafft*“ hat.<sup>138</sup> Wie beim Verlinken muss dem Handelnden der geschützte Gegenstand daher grundsätzlich mit Zustimmung des Rechteinhabers oder aufgrund einer Schrankenbestimmung zugänglich gemacht worden sein.<sup>139</sup> Rechtswidrig wird die Nutzungshandlung aber erst, wenn sie der Nutzer in Kenntnis (bzw. vorwerfbarer Unkenntnis) der fehlenden Zugangsberechtigung vornimmt.

Digitale Nutzungshandlungen sind daher analog zum Verlinken und Framen solange „rechtmäßig“ iSd. Vorschrift, wie der Nutzer berechtigterweise davon ausgeht, dass er rechtmäßigen Zugang zu den Inhalten hat.<sup>140</sup>

---

<sup>133</sup> EuGH, Rs. C-403/08 und 429/08, ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2012, 156 Rn. 170 – FAPL u. Murphy: „Aus der Sicht der Fernsehzuschauer ermöglichen sie den Empfang der Sendung“ (Hervorhebung hinzugefügt); ferner *Specht*, ZUM 2017, 582, 585; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, § 44a Rn. 8. Allgemein zur erheblichen Bedeutung der Nutzerperspektive im europäischen Urheberrecht, v. *Ungern-Sternberg*, in: *Schricker/Loewenheim*, § 15 Rn. 10, 78 ff., 215 f.

<sup>134</sup> *Specht*, ZUM 2017, 582, 586.

<sup>135</sup> EuGH, RS. C-302/10, ECLI:EU:C:2012:16 = GRUR Int 2012, 336 Rn. 44 – Infopaq II.

<sup>136</sup> EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 69 – *Filmspeler*.  
<sup>137</sup> Vgl. die niederländische Originalfassung des Urteils „opzettelijk“ sowie die französische Fassung „déliérée“.

<sup>138</sup> EuGH, Rs. C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Rn. 69 – *Filmspeler*.  
<sup>139</sup> Vgl. auch zur Privatkopierschranke EuGH, Rs. C-435/12, ECLI:EU:C:2014:254 = GRUR 2014, 546 Rn. 31, 39 f. – *ACI Adam*; EuGH, Rs. C-463/12, ECLI:EU:C:2015:144 = GRUR 2015, 478 Rn. 75 f. – *Copydan Båndkopi*; EuGH, Rs. C-572/13, ECLI:EU:C:2015:750 = GRUR 2016, 55 Rn. 57-59 – *Hewlett-Packard/Reprobel*.

<sup>140</sup> Im Ergebnis ebenso LG Köln, GRUR-RR 2014, 114, 115; LG Hamburg, ZUM 2014, 434, 435; *Schulz*, in: *BeckOK-UrhR*, § 44a Rn. 13; *Busch* GRUR 2011, 496, 502 f.; *Marly*, EuZW 2014, 616, 619; aA *Specht*, ZUM 2017, 582, 586. *K. Wagner*, GRUR 2016, 874, 881 f. will beim Streaming lediglich kurze Auszüge von Werken freistellen.

Er darf aber weder technische Sperren umgehen<sup>141</sup> noch offensichtlich illegale Angebote aufrufen.<sup>142</sup> Wenn sich die Erkenntnis erst bei der Nutzung ergibt, muss er den digitalen Werkgenuss einstellen.

Aus dem Wortlaut ergibt sich diese Auslegung nicht direkt.<sup>143</sup> Eine solche Auslegung führt aber die Linie des EuGH bei der öffentlichen Wiedergabe fort und gewährleistet einen angemessenen Ausgleich zwischen Exklusivitäts- und Nutzerinteressen. Er ist eine notwendige Reaktion auf den sehr weit gefassten Vervielfältigungsbegriff der InfoSoc-RL und des UrhG. Auch nach dem EuGH darf das Urheberrecht nicht „eine effektive Verbreitung und einen effektiven Beitrag neuer Technologien beeinträchtigen [oder] sogar lähmen“<sup>144</sup>.

### c) Dauerhafte Vervielfältigungen

Darüber hinaus sollte nachgedacht werden, ob das System der Zulässigkeit gutgläubiger Vervielfältigungshandlungen auch auf sonstige, nicht vorübergehende Vervielfältigungshandlungen ausgedehnt werden sollte, die den digitalen Werkgenuss ermöglichen.<sup>145</sup> Wenn ein Internetnutzer Informationen wahrnehmen möchte, die in einem PDF- oder Worddokument abgespeichert sind, werden diese von Browsern automatisch heruntergeladen. Das sind dann keine vorübergehenden Nutzungshandlungen iSv. § 44a UrhG/Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL, weil sie nicht automatisch wieder gelöscht werden.<sup>146</sup> Dasselbe gilt für Video- oder Musikdateien, die für die Offline-Nutzung gespeichert werden, und für viele weitere sozialadäquate Nutzungshandlungen. Solange für den Nutzer nicht erkennbar war, dass diese Dateien mangels Zustimmung des Rechteinhabers nicht genutzt werden durften, ist es nicht sinnvoll, sozial anerkannte Nutzungshandlungen mit dem Stigma der (Urheber-)Rechtswidrigkeit zu versehen.<sup>147</sup>

Die Interessen des Urhebers werden dadurch geschützt, dass seine Inhalte nicht mehr genutzt werden dürfen, sobald der Nutzer weiß (oder wissen muss), dass ihm die Dateien nicht mit Zustimmung des Urhebers zur Verfügung gestellt wurden und er die Nutzung auch nicht auf eine Schranke

---

<sup>141</sup> Das ergibt auch eine Parallele zur öffentlichen Wiedergabe, vgl. EuGH, Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Rn. 50 – GS Media/Sanoma; EuGH, Rs. C-466/12, ECLI:EU:C:2014:76 = GRUR 2014, 360 Rn. 31 – Svensson; ferner *Stieper*, MMR 2012, 12, 16; v. *Welser*, in: Wandtke/Bullinger, § 44a Rn. 19; *Schulz*, in: BeckOK-UrhR, § 44a Rn. 13.

<sup>142</sup> *AA Stieper*, MMR 2012, 12, 15 f.; *F. Hofmann*, ZGE 2016, 482, 507.

<sup>143</sup> *Specht*, ZUM 2017, 582, 585.

<sup>144</sup> EuGH, Rs. C-403/08 und 429/08, ECLI:EU:C:2011:631 = GRUR 2012, 156 Rn. 179 – FAPL u. Murphy.

<sup>145</sup> Ähnlich *Metzger*, GRUR 2012, 118, 124: teleologische Reduktion von Art. 2 InfoSoc-RL bei reinem Werkgenuss.

<sup>146</sup> *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, § 44a Rn. 20; v. *Lewinski/Walter*, in: *Walter/v. Lewinski*, European Copyright Law, Oxford 2010, Rn. 11.5.22.

<sup>147</sup> *AA Schack*, FS Reuter, 1167, 1179, der durch eine solche einschränkende Auslegung von Urheberrechten eine Aushöhlung der Urheberrechte sieht.

stützen kann. Denn jede folgende Nutzung stellt dann eine jedenfalls vorübergehende Vervielfältigung iSv. § 16 UrhG/Art. 2 InfoSoc-RL dar, die der Nutzer im Bewusstsein der Rechtswidrigkeit vornimmt. Sie wird daher nicht mehr von §§ 44a UrhG/Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-RL freigestellt.

Der Unterschied zum klassischen deutschen Haftungskonzept liegt darin, dass der Rechteinhaber auf eine nicht erkennbare Nutzung ohne seine Zustimmung erst hinweisen muss, bevor er negatorische Ansprüche geltend machen kann.<sup>148</sup> Der EuGH hat bei der Linksetzung die *notice-and-take-down*-Regel bereits auf die Täterhaftung ausgedehnt.<sup>149</sup> Aus dieser Rechtsprechung würde für das Vervielfältigungsrecht eine *notice-and-refrain-from-using*-Regel. Das höhlt den Urheberschutz nicht aus und ist zur Förderung einer Informationsgesellschaft zumutbarer als flächendeckende Rechtsverstöße, die ohnehin nicht verfolgt werden können.<sup>150</sup>

## V. Fazit

Der EuGH hat die etablierte Dogmatik des Urheberrechts durch seine Rechtsprechung zu der öffentlichen Wiedergabe durcheinandergewirbelt (oben III.). Er hat die Unterscheidung zwischen unmittelbaren und mittelbaren Verletzern eingeebnet. Sein bewegliches System von im Einzelfall unterschiedlich gewichteten Kriterien erweitert den Anwendungsbereich der InfoSoc-RL erheblich und schafft für eine Übergangszeit viel Rechtsunsicherheit.

Bei aller (berechtigter) dogmatischer Kritik an dem Vorgehen des EuGH sind die positiven Aspekte und das Bemühen des EuGH um einen angemessenen Interessenausgleich angesichts der neuen technologischen Entwicklungen bislang wenig gewürdigt worden.<sup>151</sup> Denn der Gerichtshof gibt den Rechteinhabern so ein Instrument in die Hand, um im gesamten Binnenmarkt gegen Unterstützer von offensichtlich rechtswidrig zugänglich gemachten Inhalten vorgehen zu können (oben III.2.a). Umgekehrt will der EuGH sozialadäquate Nutzungshandlungen weiter ermöglichen (oben III.2.b). Deswegen hat er beim Verlinken und Framen das Recht der öffentlichen Wiedergabe in solchen Fällen eingeschränkt, in denen der Nutzer es weder wusste noch wissen musste, dass er den Zugang zu rechtswidrig zugänglich gemachten Inhalten erleichtert (oben III.2.a)bb). Es ist nun Aufgabe der nationalen Gerichte, die Vorgaben mit Augenmaß und in der vom EuGH verfolgten Intention weiterzuentwickeln und einen angemessenen Ausgleich zwischen Exklusivitäts- und Zugangskultur zu schaffen.

---

<sup>148</sup> Vgl. für die öffentliche Wiedergabe *Jani/Leenen*, NJW 2016, 3135, 3138.

<sup>149</sup> *Specht*, ZUM 2017, 582, 586; vgl. auch *Ohly*, GRUR 2016, 1155, 1157.

<sup>150</sup> *AA Schack*, FS Reuter, 1167, 1179.

<sup>151</sup> Vgl. jedoch *Grünberger*, ZUM 2016, 905, 908 f.; *Leistner*, ZUM 2016, 980, 981; *Jani/Leenen*, NJW 2016, 3135 ff.

Das gilt insbesondere bei der Ausgestaltung des Sorgfaltsmaßstabs, den die Linksetzer beachten müssen (oben III.2.a)cc).

Diese Abgrenzung zwischen Urheber- und Allgemeininteressen sollte auch auf urheberrechtliche Verwertungshandlungen übertragen werden, die den digitalen Werkgenuss ermöglichen (oben IV.1.). Solange der Nutzer berechtigterweise davon ausgehen kann, dass ihm rechtmäßig Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken verschafft wird, darf er technisch notwendige Vervielfältigungshandlungen vornehmen (oben IV.1.b). Sie werden dann von § 44a UrhG freigestellt (oben IV.2.b). Diese Wertungen sollten auch auf dauerhafte Downloads in vermutetem Einverständnis des Rechteinhabers angewendet werden (oben IV.2.c). Weiß der Nutzer aber, dass ihm die Inhalte rechtswidrig zugänglich gemacht worden sind, streitet im Regelfall kein schützenswertes Interesse für den Werkkonsum (oben IV.1.a). Dieser ist dann als Urheberrechtsverletzung anzusehen. Etwas anderes kann aber in Fällen von überwiegendem öffentlichem Informationsinteresse gelten, etwa bei der journalistischen Recherche.

Abschließen möchte ich den Beitrag mit einem Zitat *Haimo Schacks*, der in einem Beitrag in dieser Zeitschrift bereits 2009 die intensive Umgestaltung des deutschen Urheberrechts vorhergesehen hat, auch wenn er sich ein Tätigwerden des europäischen Gesetzgebers gewünscht hatte:<sup>152</sup>

*„Unvermeidliche Folge einer jeden Rechtsvereinheitlichung ist, dass die Mitgliedstaaten Abschied von liebgewonnenen Eigenarten ihres nationalen Rechts nehmen müssen. [...] Eine Verteidigungsblockade unter dem Banner der nationalen Kultur führt nur zu noch größeren Verlusten. [...]*

*[Der Rechtsvereinheitlichung] werden wir auch unser in vieler Hinsicht vorbildliches deutsches Urheberrechtsgesetz opfern müssen. Das mögen sich manche (noch) nicht vorstellen können, doch schließlich trauert heute auch niemand mehr den kleinstaatlichen Urheberrechtsprivilegien der Landesfürsten nach. Eine Uniformisierung des Urheberrechts auf der nächsthöheren europäischen Ebene ist unvermeidlich, sie zu beklagen sinnlos.“*

**Summary** *The challenge of modern copyright is to balance the effective enforcement of the author's rights while – at the same time – enabling an open reference and access culture in open digital systems. To this end, the European Court of Justice (ECJ) has transformed the right of communication into a flexible system of individual criteria. In particular, the knowledge of the user has become increasingly important whether the referenced object has been made available without the consent of the right holder. The decisions*

---

<sup>152</sup> Schack, ZGE 2009, 275, 281 und 290.

*of the ECJ have been heavily criticized in Germany. This article concentrates on a functional analysis of the ECJ's jurisprudence and aims to show that his approach can lead to an adequate balance between copyright and user interests – provided that the standard of care which the users have to observe when setting an internet reference can be met in day-to-day life. In addition to the right to public reproduction, the right to reproduce is of great importance in the digital world. For this reason, the ECJ's methodological approach to the right of communication to the public is adapted to the reproduction right, thus developing a subjective right of reproduction.*