



Stellungnahme

des Deutschen Anwaltvereins durch
den Ausschuss Geistiges Eigentum

**zum Vorschlag der Europäischen Kommission
für eine Verordnung des Europäischen
Parlaments und des Rates zur Gewährleistung
der grenzüberschreitenden Portabilität von
Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt
(COM(2015) 627 final v. 9.12.2015)**

Stellungnahme Nr.: 5/2016

Berlin, im Januar 2016

Mitglieder des Ausschusses

- Rechtsanwalt Prof. Dr. Winfried Tilmann, Düsseldorf (Vorsitzender und Berichterstatter)
- Rechtsanwalt Dr. Jochen Bühling, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Klaus Haft, Düsseldorf
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Paul-Wolfgang Hertin, Berlin
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Reinhard E. Ingerl, LL.M., München
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Rainer Jacobs, Köln
- Rechtsanwältin Dr. Andrea Jaeger-Lenz, Hamburg
- Rechtsanwalt Prof. Dr. Johannes Kreile, München
- Rechtsanwältin Dr. Ine-Marie Schulte-Franzheim, Köln
- Rechtsanwalt Dr. Arthur Waldenberger, LL.M., Berlin

Deutscher Anwaltverein
Littenstraße 11, 10179 Berlin
Tel.: +49 30 726152-0
Fax: +49 30 726152-190
E-Mail: dav@anwaltverein.de

Büro Brüssel
Rue Joseph II 40
1000 Brüssel, Belgien
Tel.: +32 2 28028-12
Fax: +32 2 28028-13
E-Mail: bruessel@eu.anwaltverein.de
Transparenz-Registernummer:
87980341522-66

www.anwaltverein.de

Zuständig in der DAV-Geschäftsführung

- Rechtsanwalt Franz Peter Altemeier

Verteiler

Deutschland

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz

Bundesministerium für Wirtschaft

Bundeskanzleramt

Deutscher Bundestag, Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz

Deutscher Bundestag, Ausschuss für Angelegenheiten der Europäischen Union

Justizministerien und Justizverwaltungen der Bundesländer der Bundesrepublik Deutschland

Europäische Kommission Vertretung in Deutschland

Bundesverband der Freien Berufe

Bundesrechtsanwaltskammer

Deutscher Steuerberaterverband

Deutscher Notarverein

Bundesnotarkammer

Deutscher Richterbund

Bundesverband der Deutschen Industrie (BDI)

Deutscher Industrie- und Handelskammertag (DIHK)

GRUR Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V.

Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Patent-, Urheber- und Wettbewerbsrecht

Bundesverband Musikindustrie e.V.

Deutscher Journalisten-Verband e.V.

Ver.di, Abteilung Richterinnen und Richter

Vorstand und Geschäftsführung des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Landesverbände des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Gesetzausschüsse des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende der Arbeitsgemeinschaften des Deutschen Anwaltvereins

Vorsitzende des Forums Junge Anwaltschaft des Deutschen Anwaltvereins

Ausschuss Geistiges Eigentum des Deutschen Anwaltvereins

Verteiler Europa

- Europäische Kommission
 - Generaldirektion Kommunikationsnetze, Inhalte und Technologien
- Europäisches Parlament
 - Ausschuss Recht

- Ausschuss Binnenmarkt und Verbraucherschutz
- Ausschuss Industrie, Forschung und Energie
- Rat der Europäischen Union
- Ständige Vertretung der Bundesrepublik Deutschland bei der EU
- Justizreferenten der Landesvertretungen
- Rat der Europäischen Anwaltschaften (CCBE)
- Vertreter der Freien Berufe in Brüssel

Presseverteiler:

Pressereferat des Deutschen Anwaltvereins

Redaktion Anwaltsblatt/AnwBl

Redaktion Neue Juristische Wochenschrift/NJW

Redaktion Monatsschrift für Deutsches Recht/MDR

Redaktion Zeitschrift für die anwaltliche Praxis/ZAP

Redaktion Juristenzeitung/JZ

Redaktion Bundesrechtsanwaltskammer-Mitteilungen/BRAK-Mitteilungen

Redaktion Legal Tribune Online

Redaktion Juve Rechtsmarkt

Zeitschrift „Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht“

Zeitschrift „Mitteilungen der deutschen Patentanwälte“

Zeitschrift „ZEuP“

Frankfurter Allgemeine Zeitung

Süddeutsche Zeitung

Die Welt

Verlag C.H. Beck

Zeitschrift für Datenschutz /ZD

Zeitschrift Multimedia und Recht/MMR

Der Deutsche Anwaltverein (DAV) ist der freiwillige Zusammenschluss der deutschen Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte. Der DAV mit derzeit rund 66.000 Mitgliedern vertritt die Interessen der deutschen Anwaltschaft auf nationaler, europäischer und internationaler Ebene.

Zusammenfassung

Der DAV begrüßt den Vorschlag der Kommission zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt. Er schlägt ergänzend eine Ausnahme zum Urheberrecht vor. Er schlägt weiter vor, die einseitige Anordnung an den Anbieter von Online-Inhaltediensten durch eine zwingende vertragsrechtliche Regelung zu ersetzen. Der DAV schlägt ferner vor, die zeitliche Begrenzung der Portabilität und die Gegen Ausnahme für Streaming-Dienste zu streichen.

I. Grundsätzliche Zustimmung

1. Der DAV begrüßt die Initiative der Kommission zur Beseitigung von Hindernissen für den Digitalen Binnenmarkt, wie er Gegenstand der Mitteilung der Kommission vom 9. Dezember 2015 (COM (2015) 626 final) ist. Der DAV teilt die Überzeugung der Kommission, dass die Union im Wettbewerb mit anderen großen Märkten, insbesondere den USA und China, nur mithalten kann, wenn ein Binnenmarkt nicht nur für Waren und Dienstleistungen, sondern auch im Bereich der digitalen Kommunikation verwirklicht wird.
2. Der Vorschlag zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt (COM(2015) 627 final v. 9.12.2015) stellt einen ersten Schritt für die im Rahmen der Initiative zu erwartenden Gesetzgebungsvorschläge der Kommission dar. Der DAV begrüßt diesen Vorschlag unabhängig von einer notwendigen Kritik an der Grundkonzeption und in einzelnen Punkten.

Die Portabilität digitaler Inhalte bedeutet einen spürbaren Fortschritt für den Verbraucher, der bei einem befristeten Aufenthalt außerhalb seines Sitzstaates (etwa im Urlaub) von den Möglichkeiten Gebrauch machen soll, die ihm im Sitz-Staat aufgrund seiner Vertragsbeziehung mit dem Anbieter von Online-Inhaltediensten zur

Verfügung stehen. Für den Anbieter von Online-Inhaltediensten ist die Zurverfügungstellung der Inhalte in dem anderen Mitgliedstaat in der Regel ohne besondere Kosten möglich. Dem oder den Urhebern und ihren Lizenznehmern entgehen kaum Marktchancen, da nicht damit zu rechnen ist, dass der Verbraucher bei einem kurzfristigen Aufenthalt in einem anderen Mitgliedstaat einen entsprechenden Vertrag mit dem dort zuständigen Online-Inhaltedienste-Anbieter abschließt (die Sorgen der Filmindustrie, wiedergegeben bei Schwarz, ZUM 2015, 950/951 ff., sind hier also nicht begründet). Der Vorschlag bringt daher auf der einen Seite (Abonnent, Verbraucher) Vorteile, auf der anderen Seite (Urheber, Lizenznehmer, Anbieter von Online-Inhaltediensten) keine wesentlichen Nachteile. Wirtschaftlich gesehen verfolgt der Vorschlag daher ein begrenztes und plausibles Ziel.

3. Vor dem Hintergrund der viel größer angelegten Initiative der Kommission zur Beseitigung von Hindernissen für den Digitalen Binnenmarkt kommt es jedoch darauf an, die Bedeutung des Vorschlags für das Rechtssystem (Vertragsrecht, Urheberrecht, Kartellrecht, Binnenmarktrecht) richtig einzuordnen und den Vorschlag systemkonform zu realisieren. In dieser Hinsicht ist der Vorschlag, abgesehen von einer Kritik im Detail (unten VI.), schon im Grundsatz verbesserungsbedürftig (II.-V.).

II. Gewählter Regelungsansatz

4. Der Vorschlag der Kommission setzt nicht beim Urheberrecht und seinen Schranken an, sondern in einer etwas gewaltsamen Weise beim Verhalten des Anbieters von Online-Inhaltediensten gegenüber dem Verbraucher/Abonnenten (Art. 3 Abs. 1) und bei den Vertragsbeziehungen zwischen Rechteinhabern und dem Anbieter von Online-Inhaltediensten (Art. 5 Abs. 1), wobei es sich bei den Vertragspartnern des Anbieters von Online-Inhaltediensten nur in seltenen Fällen um den Urheber handelt, vielmehr regelmäßig um Intermediäre (Lizenznehmer des Urhebers).
5. Der Vorschlag realisiert den Vorteil der Portabilität für den Abonnenten/Verbraucher durch einen einseitigen Eingriff in die Vertragsfreiheit des Anbieters von Online-Inhaltediensten in seinem Vertragsverhältnis zum Abonnenten/Verbraucher.

Nach Art. 3 Abs. 1 ist der Anbieter von Online-Inhaltediensten verpflichtet, dem Abonnenten, der sich vorübergehend in einem (anderen) Mitgliedstaat aufhält, zu erlauben, auf den Online-Inhaltedienst zuzugreifen und ihn zu nutzen (Art. 3 Abs. 1). Diese Verpflichtung wird nicht auf dem Wege einer gesetzlichen Vertragsklausel erzielt, sondern auf dem Wege eines Eingriffs in das Vertragsverhältnis zwischen dem Anbieter von Online-Inhaltediensten und dem Abonnenten. Es wird nicht dem Vertragsinhalt ein gesetzlicher Inhalt eingepflanzt. Vielmehr richtet sich die Verpflichtung einseitig gegen den Anbieter von Online-Inhaltediensten. Ihr kommt daher eine ähnliche Bedeutung zu wie anderen öffentlich-rechtlichen Verpflichtungen, denen Gewerbetreibende unterliegen. Während vertragsergänzende gesetzliche Regelungen von dem begünstigten Partner vertragsrechtlich durchgesetzt werden können, müssen einseitige Verpflichtungen eines Vertragspartners mit Sanktionen versehen werden (durch Ordnungswidrigkeits-Vorschriften oder Strafvorschriften). An solchen Sanktionen fehlt es im Vorschlag.

Die Kommission ist ersichtlich selbst der Auffassung, dass es solcher Sanktionen nicht bedarf, weil sich der Verbraucher auf die Verpflichtung des Anbieters von Online-Inhaltediensten nach Art. 3 Abs. 1 ohne weiteres vertragsrechtlich berufen kann. Damit bringt sie aber zum Ausdruck, dass der von ihr vorgesehene Eingriff besser im Bereich des Vertragsrechts aufgehoben wäre (wo er jedoch flankierend um eine Schrankenregelung betreffend das Urheberrecht ergänzt werden müsste (s.u. III. und IV)).

Der DAV empfiehlt daher, die Konstruktion von Art. 3 Abs. 1 dahin zu ändern, dass in Verträgen zwischen einem Anbieter von Online-Inhaltediensten und einem Abonnenten unabdingbar (AGB-Regelung) eine Regelung enthalten ist, die dem Abonnenten die Nutzung des Online-Inhaltedienstes für eine begrenzte Zeit auch in einem anderen Mitgliedstaat ermöglicht.

6. Im Verhältnis zwischen der Person, die dem Anbieter ein Lizenzrecht am Urheberrecht für die betreffenden Inhalte bezogen auf einen oder mehrere Mitgliedstaaten zur Verfügung stellt (der Urheber, meist aber ein Lizenznehmer des Urhebers), für die hier der Begriff „Rechtegewährer“ verwendet wird, und dem Anbieter von Online-Inhaltediensten schlägt Art. 5 Abs. 1 kein einseitiges Verbot oder Gebot (wie in Art. 3 Abs. 1) vor, sondern eine vertragsrechtliche Lösung.

Vertragsbestimmungen sollen "nicht durchsetzbar" sein, soweit sie gegen Art. 3 Abs. 1 (und Art. 4) verstoßen. Im Prinzip ist zu begrüßen, dass hier (anders als bei Art. 3 Abs. 1) nicht zu dem Mittel eines einseitig an einen Vertragspartner gerichteten Verbots oder Gebots gegriffen wird (dann würde sich ebenfalls die Frage einer Sanktion stellen), sondern zu einem vertragsrechtlichen Mittel (Nichtdurchsetzbarkeit).

Rechtssystematisch steht dieses vertragsrechtliche Mittel allerdings nicht zur Verfügung, weil sich das zu Grunde liegende Gebot oder Verbot nach Art. 3 Abs. 1 nur einseitig gegen den Anbieter des Online-Inhaltendienstes richtet. Eingriffe in die Wirksamkeit einer vertragsrechtlichen Beziehung als Folge eines Gebots oder Verbots stehen in der Rechtsordnung grundsätzlich nur dann zur Verfügung, wenn sich das Gebot oder Verbot an beide Vertragspartner richtet. Die Folge eines solchen beiderseitigen Verstoßes wäre rechtssystematisch auch nicht nur eine „Nichtdurchsetzbarkeit“, sondern eine Unwirksamkeit.

Die angeordnete Rechtsfolge der Nichtdurchsetzbarkeit setzt im Übrigen voraus, dass die vertragliche Verpflichtung als solche bestehen bleibt. Der Anbieter von Online-Inhaltendiensten handelt also, wenn dies in dem Vertrag mit dem Rechtsgewährer vertraglich ausgeschlossen ist, vertragswidrig, wenn er sich gemäß dem Gebot oder Verbot nach Art. 3 Abs. 1 verhält. Er kann von seinem Vertragspartner nur nicht auf Unterlassung, Schadensersatz oder Auskunft vor Gericht verklagt werden. Der Vertrag kann wohl auch nicht wegen des Vertragsverstoßes gekündigt werden, weil dies eine Sanktion zur Durchsetzung der vertraglichen Verpflichtung wäre; jedenfalls ist Art. 5 Abs. 1 in dem Sinne auszulegen, dass eine Kündigung des Vertragsverhältnisses deswegen, weil sich der Anbieter des Online-Inhaltendienstes gemäß Art. 3 Abs. 1 verhält, ausgeschlossen ist.

7. Rechtssystematisch fehlt daher eine hinreichende Begründung nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen dafür, warum Vertragsbestimmungen, die ein Verhalten nach Art. 3 Abs. 1 ausschließen, nicht durchsetzbar (und nur nicht durchsetzbar, nicht aber unwirksam) sein sollen.

III. Fehlende urheberrechtliche Begründung

8. Dies führt zu dem grundlegenden Mangel des Vorschlags, der für die weiteren Pläne der Kommission zur Herstellung des Digitalen Binnenmarkts von wesentlicher Bedeutung ist: Die urheberrechtliche Seite des Vorschlags ist zu kurz geraten. Sie ist einmal nicht hinreichend geregelt. Zum anderen lässt sie einen urheberrechtskonformen Grund für das Gebot oder Verbot in Art. 3 Abs. 1 und dessen Rückwirkungen auf das Vertragsverhältnis des Anbieters zum Rechtegewährer nicht erkennen.
9. Die Regelung in Art. 5 Abs. 1 ist deswegen zu kurz geraten, weil sie nur die schuldrechtliche Seite der Vertragsbeziehung zwischen dem Anbieter und dem Rechtegewährer regelt: Die vertragliche Verpflichtung soll nicht durchsetzbar sein. Neben der vertragsrechtlichen Rechtslage besteht aber die urheberrechtliche Rechtslage. Selbst bei einer Nichtdurchsetzbarkeit einer vertraglichen Regelung bleibt die urheberrechtliche (dingliche) Rechtslage bestehen. Bei einer Überschreitung des Lizenzvertrags steht der Person, die dem Anbieter die Lizenz gewährt hat, das Urheberrecht als absolutes Recht oder eine Lizenz hieran zur Verfügung, auf dessen Grundlage er auch bei einer Nichtdurchsetzbarkeit der vertraglichen Regelung gegen den Anbieter vorgehen könnte. Eine wirksame Regelung müsste daher auch die urheberrechtliche Beziehung zwischen dem Rechtegewährer und dem Anbieter erfassen. Möglicherweise hat die Kommission dies beabsichtigt. Geregelt hat sie es jedoch nicht.
10. Wesentlicher ist: Der Vorschlag kann nicht als reine Marktregelung durch einseitiges Gebot oder Verbot (Art. 3 Abs. 1) und nicht als Wegnahme der vertraglichen Durchsetzbarkeit (gerichtet an die Gerichte) gerechtfertigt werden, wenn er nicht die gesamte urheberrechtliche Kettenbeziehung zwischen (1) dem Urheber und dem meist von ihm zu unterscheidenden Rechtegewährer (Lizenznehmer), (2) dem Rechtegewährer und dem Anbieter von Online-Inhaltediensten (als Unterlizenznehmer) und (3) dem Anbieter von Online-Inhaltediensten und dem Abonnenten/Verbraucher behandeln kann (Kette: Urheber-Lizenznehmer-Anbieter-Verbraucher).

Der Urheber und der Inhaber verwandter Schutzrechte sind zwar in Art. 5 Abs. 1 erwähnt, die angeordnete Nichtdurchsetzbarkeit macht aber nur für den Fall Sinn,

dass diese Rechtegewährer Vertragspartner des Anbieters von Online-Inhaltediensten sind, weil sie nur dann in der Lage sind, den Anbieter daran zu hindern, der Verpflichtung nach Art. 3 Abs. 1 zu entsprechen. Regelmäßig sind der Urheber und die Inhaber von verwandten Schutzrechten aber nicht die Vertragspartner des Anbieters von Online-Inhaltediensten.

Die von dem Vorschlag möglicherweise angestrebte Ketten-Unwirksamkeit (Verbotsklauseln sind in der gesamten Kette nicht durchsetzbar) ist unverhältnismäßig und widerspricht den Grundsätzen des Vertragsrechts, weil die früheren Stufen der Kette an der Behinderung des Anbieters von Online-Inhaltediensten nicht unmittelbar mitwirken. Das Ziel lässt sich viel einfacher durch eine urheberrechtliche Schrankenregelung erreichen.

Soll sich die Nichtdurchsetzbarkeit dagegen nur (1) auf das Verhältnis zwischen dem Rechtegewährer des Anbieters und dem Anbieter von Online-Inhaltediensten und (2) auf das Verhältnis zwischen dem Anbieter von Online-Inhaltediensten und dem Abonnenten/Verbraucher beziehen, lässt die Regelung den Urheber und den Inhaber von verwandten Schutzrechten, die nicht Bestandteil dieser Unter-Kette zu sein brauchen (und regelmäßig auch nicht sind), außen vor.

11. Mit anderen Worten: Der Vorschlag der Kommission bedarf eines Ansatzes beim Urheberrecht selbst, der erforderlich ist, um zu systemkonformen Anordnungen zu gelangen.

IV. Urheberrechtliche Rechtfertigung

12. Für den Vorschlag der Kommission bedarf es daher einer urheberrechtlichen Rechtfertigung und einer entsprechenden Ausgestaltung.
13. Vorab: Eine wettbewerbsrechtliche (kartellrechtliche) Regelung (Art. 101, 102 AEUV) steht nicht zur Verfügung, (1) weil das urheberrechtliche Ausschließlichkeitsrecht, für sich betrachtet, nach der Rechtsprechung des EuGH (EuGH C-418/01 ECLI:EU:C:2004:257 – IMS/Health) keine marktbeherrschende Stellung verschafft und seine Ausübung grundsätzlich nicht missbräuchlich ist und (2) weil der Vorschlag

die Anbieter von Online-Inhaltendiensten auch dann erfassen will, wenn sie mit ihrem Repertoire nicht marktbeherrschend sind.

14. Der Vorschlag der Kommission greift in territorial begrenzte Lizenzen ein. Was rechtfertigt diesen Eingriff?
15. Für das Recht des Geistigen Eigentums ist, soweit es sich um Unionsrecht handelt, anerkannt, dass territorial begrenzte Lizenzen erteilt werden können, und zwar nicht nur bezogen auf die Grenzen der Mitgliedstaaten im Verhältnis zueinander, sondern auch für Teile von Mitgliedstaaten (Art. 22 Abs. 1 VO(EG) 207/2009 für die Gemeinschaftsmarke, Art. 3 Abs. 2 UA 3 VO (EU) 1257/2012 für das Unionspatent). Nichts anderes würde für ein (bisher nicht bestehendes) einheitliches Unions-Urheberrecht gelten.

Die Zulassung einer territorial begrenzten Lizenz beruht auf zahlreichen rechtfertigenden Gründen: Eine unionsweite Lizenz kann für den einzelnen Lizenznehmer aus Kostengründen zu kostspielig sein; der Urheber selbst kann ein Interesse daran haben, seine Rechte für einen bestimmten Bereich selbst auszuüben; für den Vertrieb kann es auf örtliche Kenntnisse (Sprachen, örtliche Verhältnisse, Verbrauchergewohnheiten) ankommen, die nur ein ortsnaher Lizenznehmer besitzt usw..

16. Damit stellt sich die urheberrechtliche Ausgangsfrage, welche Ausnahme von der grundsätzlichen Zulassung einer territorial begrenzten Lizenz nach ebenfalls allgemein geltenden Grundsätzen gerechtfertigt werden kann.
17. Innerhalb des jeweiligen territorialen Bereichs des nationalen Urheberrechtsschutzes ist es zwar anerkannt, dass eine räumliche, zeitliche oder inhaltliche Beschränkung der Nutzung nur schuldrechtlich, nicht aber dinglich möglich ist. Eine dingliche Aufspaltung des Nutzungsrechts ist nur dann möglich, wenn es sich um übliche, technisch und wirtschaftlich eigenständige und damit klar abgrenzbare Nutzungsformen handelt (BGH GRUR 2005,48 (49) – man spricht deutsch, m.w.Nachw). Dies mag auch für eine Marktaufspaltung im Bereich der sogenannten europäischen Satellitensendung gelten (Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27.9.1993, ABIEG Nr. L 248 vom 6. 10. 1993, S. 15; auf diese Richtlinie bezog sich die Bemerkung des BGH).

Dieser Gesichtspunkt (keine dingliche Spaltbarkeit eines einheitlichen Urheberrechtsgebiets) gilt aber nicht im Verhältnis zwischen verschiedenen nationalen Urheberrechten und ihren territorial beschränkten Wirkungen (dies erwägt Stieper, GRUR 2015, 1145/1147).

Damit scheidet, vorbehaltlich der nachstehenden Ausführungen zum urheberrechtsnahen Erschöpfungsgrundsatz, eine Begründung für den Vorschlag der Kommission aus, die sich auf Grundsätze des geltenden Urheberrechts stützen könnte.

18. Als urheberrechtlicher Ansatzpunkt für den Vorschlag der Kommission bleibt daher, dass es sich dabei um eine neue rechtsvereinheitlichende Schrankenregelung für die geltenden nationalen Urheberrechte handelt (Ohly, ZUM 2015, 942/949 bezeichnet dies als eine Alternative zur Lösung des Portability-Problems). Diese Schrankenregelung liegt durchaus nahe, und zwar nicht nur wegen ihrer vorteilhaften und nicht-nachteiligen wirtschaftlichen Folgen (oben I.). Die Schrankenregelung kann sich vielmehr an den Erschöpfungsgrundsatz des Unionsrechts anlehnen, wenn sie ihn auch nur punktuell und teilweise durchsetzt.
19. Werden die digitalen Inhalte auf einem körperlichen Gegenstand (CD, Stick) zur Verfügung gestellt, ist der körperliche Datenträger Bestandteil des freien Warenverkehrs, und mit ihm sind es die darin gespeicherten digitalen Inhalte. Dies ergibt sich aus dem Erschöpfungsgrundsatz bezogen auf den freien Warenverkehr. Die Verkörperung des digitalen Inhalts (als Gegenstand des Kaufs) gilt hier als Ware, für die die Erschöpfungsgrundsätze des freien Warenverkehrs gelten.
20. Bei der Abrufbarkeit von digitalen Inhalten handelt es sich indessen nicht um den Rechtsübergang in Bezug auf eine Ware, sondern um die Erbringung einer Dienstleistung, und der diesbezügliche Vertrag ist kein Kaufvertrag, sondern ein Dienstleistungsvertrag. Für den freien Dienstleistungsverkehr ist der Erschöpfungsgrundsatz vom EuGH noch nicht voll entwickelt (Wiebe, ZUM 2015,932/940).
21. Eine gesicherte Rechtsprechung für den Fall einer Dienstleistung besteht im Sonderbereich der Software-Programm-RL. Dort tritt nach der Rechtsprechung des EuGH eine Erschöpfung auch im Fall einer bloßen Abrufbarkeit der Inhalte und des

tatsächlichen Abrufs ein (EuGH C-128/11 ECLI:EU:C:2012:407 Rn. 60 ff. = GRUR 2012, 904 – UsedSoft; BGH GRUR 2015, 772 Rn. 32 ff. – UsedSoft III; BGH GRUR 2015, 1108 Rn. 39 ff.– Green IT jeweils m.w.Nachw.; Stieper, GRUR 2015, 1145/1146). Dies gilt dort ergänzend auch für digitale Inhalte, die zur Reparatur oder Wartung der im Datenträger vorhandenen digitalen Inhalte vertragsgemäß vorgesehen sind (EuGH UsedSoft Rn. 67); beides sind Dienstleistungen. Diese Rechtsprechung des EuGH beruht erkennbar auf der Nähe der Dienstleistung (Zurverfügungstellung digitaler Inhalte) zu Waren.

22. Es ist mit Recht die Frage aufgeworfen worden (GA Kokott C-403/08 und C-429/08 ECLI:EU:C:2011:43 Rn. 180 ff.; Stieper, aaO; Stieper, in: FS Köhler (2014), 729/738 f.), warum nicht generell für online zur Verfügung gestellte Dienste entsprechende Grundsätze gelten. Die Argumentation für den Vertrieb digitaler Inhalte online würde wie folgt lauten: Würden vertragsgemäß sämtliche Musikwerke oder Filme, über die der Anbieter von Online-Inhaltediensten verfügen kann, auf den Server des einzelnen Abonnenten übertragen, so käme eine Anwendung der Warenverkehrsfreiheit in Betracht. Bleiben diese Inhalte aber bei dem Anbieter gelagert und stehen sie nur auf Abruf zur Verfügung, soll etwas anderes gelten. Dies will nicht ohne weiteres einleuchten (Ohly, ZUM 2015, 942/949: schleichende Verschlechterung der Position des Verbrauchers; Wiebe, ZUM 2015, 932/940; Lehmann, in: Campus, Konferenzbericht Mailand, EuCML 2015, 270/271). Damit wird eine ähnliche Nähe der Dienstleistung zum Vertrieb von Waren angesprochen, wie sie bei den Software-Programmen gegeben ist.
23. Allerdings wäre eine vollständige Gleichbehandlung der zum Herunterladen angebotenen digitalen Inhalte mit Waren nicht sachgerecht. Im Urheberrecht bestehen verschiedene, rechtlich selbstständige Nutzungsbefugnisse. Unter Erschöpfungsgesichtspunkten muss jede einzelne Nutzungsbefugnis gesondert betrachtet werden (vgl. für Software-Programme: BGH Green IT Rn. 39 ff.: Weiterverkauf nur nach Unbrauchbarmachen beim Vorerwerber).
24. Die Nähe der beabsichtigten Portabilität-Regelung zu den für den freien Warenverkehr anerkannten Erschöpfungsfällen rechtfertigt es aber, eine begrenzte Regelung (Portabilität) auch im Bereich von Dienstleistungen zu schaffen.

Die Rechtsfolgen nach dem Kommission-Vorschlag sind nicht nur zeitlich beschränkt. Sie sind auch auf den jeweiligen Abonnenten beschränkt. Damit wird keine Marktfreiheit für die digitalen Inhalte geschaffen: Der Abonnent ist nicht berechtigt, die digitalen Inhalte zu vervielfältigen, zu verbreiten oder öffentlich zugänglich zu machen. Erweitert wird nur sein persönliches Nutzungsrecht. Dieses Nutzungsrecht besteht bereits in dem Sitz-Staat, für den es gewährt worden ist, unabhängig von dem tatsächlichen Sitz des Abonnenten/Verbrauchers. Diese Unabhängigkeit soll nun in andere Mitgliedstaaten ausgedehnt werden. Beispiel: Macht der deutsche Abonnent Urlaub in der Eifel, wird seine Nutzung vom Nutzungsrecht erfasst, macht er Urlaub in Luxemburg, darf er nach geltendem Recht die digitalen Inhalte auf seinem Gerät nicht nutzen.

25. Diese Überlegungen zeigen, dass eine dem Vorschlag der Kommission in der Sache entsprechende Schrankenregelung einen ersten, begrenzten und für alle Beteiligten hinnehmbaren Schritt in Richtung auf eine Erschöpfung des Urheberrechts im Bereich von Dienstleistungen darstellt, der sich an den gegenwärtigen Entwicklungsstand des Erschöpfungsgrundsatzes zur Warenverkehrsfreiheit anlehnen kann.

V. Vorschlag für eine systemkonforme Lösung

26. Die vorstehenden systematischen Überlegungen machen es nach Auffassung des DAV erforderlich, das Regelungssystem des Vorschlags zu überdenken. Im Mittelpunkt sollte eine Regelung stehen, nach der das Urheberrecht an bestimmten digitalen Inhalten (hier ist der Unions-Gesetzgeber frei, eine Auswahl zu treffen) dahin beschränkt wird, dass im Fall einer Nutzung des Urheberrechts zum Angebot von Online-Inhaltediensten der Abonnent berechtigt ist, wenn er sich vorübergehend in einem anderen Mitgliedstaat als seinem Sitzstaat aufhält, von den Inhalten Gebrauch zu machen, auf die er aufgrund des mit ihm geschlossenen Vertrags in seinem Sitzstaat zugreifen könnte.
27. Aus dieser Schrankenregelung, die sich auf die gesamte Kette vom Urheber über den Lizenznehmer und den Anbieter von Online-Inhaltediensten zum Abonnenten bezieht, ergeben sich die vertragsrechtlichen Konsequenzen, wie sie in Art. 3 Abs. 1

und Art. 5 Abs. 1 des Vorschlags beabsichtigt sind, ohne weiteres. Die vorgeschlagene Lösung ließe sich in einem kurzen Regelungstext verwirklichen. Beibehalten werden könnten die Regelungen in Art. 3 Abs. 2 und 3., Art. 4 könnte entfallen. Beibehalten werden könnte Art. 5 Abs. 2 umformuliert auf die neue Lösung (gemeint sind: Überprüfung der zeitlichen Begrenzung und eines möglichen Missbrauchs, s. aber unten VI.). Art. 6 und Art. 7 könnten sinngemäß beibehalten bleiben.

VI. Kritik an einzelnen Punkten des Vorschlags

28. Die Beschränkung des Nutzungsrechts auf einen „vorübergehenden Aufenthalt“ in Art. 1, 2 Buchst. d, Art. 3 Abs. 1 des Vorschlags sollte überdacht werden. Die zeitliche Begrenzung wird weder definiert, noch ist sie kontrollierbar. Wenn ein in Deutschland ansässiger Rentner den Winter über in Mallorca weilt, sollte er auf die Online-Inhalte nicht nur in den ersten drei Wochen (wenn dies die vorübergehende Zeit wäre) zugreifen können. Es sollte genügen, wenn der Abonnent im Mitgliedstaat A seinen Wohnsitz hat und sich im Mitgliedstaat B aufhält.
29. Die Gegenausnahme für Online-Dienste, die ohne Zahlung eines Geldbetrags und ohne Überprüfung des Abonnenten durch den Anbieter geleistet werden (Art. 2 Buchst. e Nr. 2) sollte entfallen. Es handelt sich um den zunehmend häufigen Fall eines streaming (digitale Verbreitung aktueller Vorgänge), die in manchen Mitgliedstaaten ohne Zahlung eines Geldbetrags zur Verfügung gestellt werden (Ohly, ZUM 2015, 942/944). Sollte Radio- und Fernsehanstalten ein solches streaming im Rahmen der Satelliten-Richtlinie erlaubt werden (Ohly, S. 948), die im gesamten Binnenmarkt empfangen werden können, wäre kein Grund dafür ersichtlich, den Abonnenten von privaten Online-Inhaltediensten von den Vorteilen der Verordnung (Portabilität) auszuschließen.
30. In Art. 3 Abs. 1 sollte eine vertragsergänzende Regulationsform gewählt werden, die sich bei dem urheberrechtlichen Ansatz, den der DAV empfiehlt, ohne weiteres ergibt. Auf die obigen Hinweise zu Art. 3 Abs. 1 wird Bezug genommen.
31. Sollte es bei dem Regelungsansatz des Art. 5 Abs. 1 verbleiben, sollte für die Vertragsbestimmungen die Rechtsfolge der Unwirksamkeit gewählt werden. Für das

Urheberrecht, das ergänzend geregelt werden müsste, würde dann die Rechtsfolge der Nichtdurchsetzbarkeit vorgesehen werden können.