

z.d.A. EB2-511001/2

**Bost, Axel, EB2**

---

**Von:** Bost, Axel, EB2  
**Gesendet:** Freitag, 22. Februar 2013 15:25  
**An:** Heß, Markus, EB2  
**Betreff:** WG: Gutachten Verfassungsrecht und LSR-Notifizierungserfordernis  
**Anlagen:** (final) Kurzmemorandum zur Pflicht nach Art. 8 Richtlinie 98\_34\_EG Final - 2013-02-20.doc

Herr Heß,

das ist wohl das Gutachten, auf das wir gewartet haben.  
Klingt gut, dem kann man sich sicherlich anschließen.

Gruß  
Axel Bost

-----Ursprüngliche Nachricht-----

**Von:** Altmeppen, Stefan, VIB4  
**Gesendet:** Freitag, 22. Februar 2013 15:11  
**An:** Bost, Axel, EB2  
**Cc:** Maass, Sabine, VIB4  
**Betreff:** WG: Gutachten Verfassungsrecht und LSR-Notifizierungserfordernis

Hallo Axel,

kennst Du dieses Gutachten ? Danach wäre das LSR notifizierungspflichtig.

Grüße,

Stefan

Stefan Altmeppen, LL.M.

Medienrecht; Medienwirtschaft; Neue Dienste (VIB4)  
Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie  
Scharnhorststr. 34-37, 10115 Berlin  
Telefon: 030-18615-6165  
Fax.: 030-18615-7071  
E-Mail: [stefan.altmeppen@bmwi.bund.de](mailto:stefan.altmeppen@bmwi.bund.de)  
Internet: <http://www.bmwi.de>

-----Ursprüngliche Nachricht-----

**Von:** Maass, Sabine, VIB4  
**Gesendet:** Freitag, 22. Februar 2013 10:36  
**An:** Altmeppen, Stefan, VIB4  
**Betreff:** WG: Gutachten Verfassungsrecht und LSR-Notifizierungserfordernis

z.K.

Gruß Maass

-----Ursprüngliche Nachricht-----

**Von:** Kahlen, Christine, Dr., LB2  
**Gesendet:** Freitag, 22. Februar 2013 08:57  
**An:** Maass, Sabine, VIB4; Hohensee, Gisela, ZR  
**Betreff:** WG: Gutachten Verfassungsrecht und LSR-Notifizierungserfordernis

z. Kt., falls Sie diese Stellungnahmen noch nicht kennen sollten.

Viele Grüße

Christine Kahlen

-----Ursprüngliche Nachricht-----

**Von:** Dr. Arnd Haller [<mailto:haller@google.com>]

**Gesendet:** Donnerstag, 21. Februar 2013 19:39

**An:** Kahlen, Christine, Dr., LB2

**Betreff:** Gutachten Verfassungsrecht und LSR-Notifizierungserfordernis

Liebe Frau Kahlen,

ich hatten Ihnen noch die beiden Paper versprochen. Anbei finden Sie ein Gutachten zur Verfassungswidrigkeit des geplanten Leistungsschutzrechtes von Prof. Blankenagel und Prof. Spoerr (beide Humboldt-Universität Berlin). Das Gutachten ist vom eco und von Google beauftragt worden.

Ich füge zudem ein Memo bei, aus dem hervorgeht, dass das LSR vor Verabschiedung zwingend bei der europäischen Kommission zu notifizieren wäre. Herrn Hess haben wir es geschickt. Er sagte übrigens, dass er zwar notifiziere, aber nicht die Notifizierung beantragen - das müsse das für das Gesetz zuständige Referat machen - in diesem Fall wohl das BMJ.

Beste Grüße,  
Arnd Haller

Dr. Arnd Haller  
- Leiter Recht -  
Director, Legal, North and Central Europe

Tel: +49-40-808179239 (Ass. Fr. Wagner)  
Fax: +49-40-49219006  
E-Mail: [haller@google.com](mailto:haller@google.com)

Google Germany GmbH, ABC - Strasse 19, 20354 Hamburg

AG Hamburg, HRB 86891  
Sitz der Gesellschaft: Hamburg  
Geschäftsführer: Graham Law, Katherine Stephens

-----  
Diese E-Mail ist vertraulich. Wenn Sie nicht der richtige Adressat sind, leiten Sie diese bitte nicht weiter, informieren den Absender und löschen Sie die E-Mail und alle Anhänge. Vielen Dank.

This email is confidential. If you are not the right addressee please do not forward it, please inform the sender, and please erase this e-mail including any attachments. Thanks.

## Memorandum

Von: Jörg Wimmers  
An: Dr. Georg Nolte, Google Germany GmbH  
Datum 20. Februar 2013

Dok.-Nr.: 16667761

### **Kurzmemorandum zur Notifizierungspflicht der Bundesrepublik Deutschland nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 98/34/EG betreffend den Gesetzentwurf zur Einführung eines Leistungsschutzrechtes für Presseverlage**

---

#### Zusammenfassung

1. Der Gesetzentwurf zur Einführung eines neuen Leistungsschutzrechts für Presseverlage führt ein ausschließliches Recht der öffentlichen Zugänglichmachung von Presseerzeugnissen ein. Dieses Recht soll bereits kleinste Teile von Presseerzeugnissen schützen. Der Entwurf erlaubt die öffentliche Zugänglichmachung von Presseerzeugnissen (oder Teilen davon), soweit sie nicht durch gewerbliche Anbieter von Suchmaschinen oder gewerbliche Anbieter von Diensten erfolgt, die Inhalte entsprechend aufbereiten.
2. Der vorliegende Gesetzentwurf unterfällt der Notifizierungspflicht aus Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 98/34/EG. Danach ist *jeder Entwurf einer technischen Vorschrift* unverzüglich der EU-Kommission zu übermitteln. Unter solche technischen Vorschriften fallen insbesondere solche Bestimmungen, die nach ihrer Begründung und ihrem Wortlaut ausdrücklich und gezielt auf die Regelung von *Diensten der Informationsgesellschaft* abzielen.
3. Suchmaschinen sind Dienste der Informationsgesellschaft. Der Entwurf des Leistungsschutzrechts für Presseverlage findet ausdrücklich nur auf Suchmaschinen (und ähnliche Dienste) Anwendung und zielt damit speziell auf Dienste der Informationsgesellschaft. Bei dem Gesetzentwurf handelt es sich daher um Vorschriften, die der deutsche Gesetzgeber unverzüglich an die EU-Kommission zu übermitteln hat. Zugleich ist die Verabschiedung des Gesetzes für einen Zeitraum von drei Monaten ab dem Datum des Eingangs des zu übermittelnden Gesetzentwurfs bei der EU-Kommission auszusetzen.
4. Der Entwurf eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage steht aber auch mit weiteren europarechtlichen Vorschriften in Konflikt:
  - a. Suchmaschinen fallen in den Anwendungsbereich der Haftungsfreistellungen der Richtlinie 2000/31/EG, da sie Handlungen rein technischer, automatischer und passiver Art vornehmen. Der Entwurf eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage hebt diese Haftungsfreistellung für einen kleinen Bereich von Informationen, die im Internet verfügbar sind, in unzulässiger Weise auf.
  - b. Der Gesetzentwurf gestaltet das neue Leistungsschutzrecht als ausschließliches Recht, das neben das Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers tritt. Dies führt dazu,

dass zwei ausschließliche Rechteinhaber in Bezug auf den gleichen Gegenstand bestehen, nämlich der Autor eines Textes als dessen Urheber und der Presseverlag in Bezug auf den gleichen Text als Presseerzeugnis. Dies verletzt den von der Richtlinie 2001/29/EG in Art. 2 lit. a), Art. 3 Abs. 1 vorgesehenen Mindestschutz des Autors.

- c. Mit der Einführung eines neuen, zusätzlichen ausschließlichen Rechts für Presseverlage würde ein Recht gewährt, das über die abschließend aufgezählten Urheberrechte und verwandten Schutzrechte in Art. 2, 3 der Richtlinie 2001/29/EG hinausgeht, und verstieße gegen den von der Richtlinie gewährten Maximalschutz.
- d. Der Entwurf konterkariert Ziele und Zwecke der Richtlinie 2001/29/EG; er fördert rechtliche Inkohärenzen dadurch, dass in einem Mitgliedsstaat ein neues Ausschließlichkeitsrecht eingeführt würde, das in keinem anderen Mitgliedsstaat bestünde. Der Gesetzentwurf führte zu einer Zersplitterung des Binnenmarktes, da Dienste der Informationsgesellschaft im Binnenmarkt beim Vorhandensein eines solchen Leistungsschutzrechts Anreize hätten, ihre Dienste nicht mehr in Deutschland zu erbringen. Damit würden nicht nur Marktzutrittsschranken für solche Dienste begründet, sondern auch die Bürger von neuen Möglichkeiten der Übermittlung und des Empfangs von Informationen über Landesgrenzen hinweg abgehalten werden.
- e. Indem der Entwurf eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage bereits die Nutzung kleinster Teile von Presseerzeugnissen durch Suchmaschinen verbietet, würde die Zitatregelung des Art. 10 der Revidierten Berner Übereinkunft („RBÜ“) verletzt, die ausdrücklich das Zitat aus Zeitungs- oder Zeitschriftenartikeln in Form von Presseübersichten gestattet.
- f. Die Einführung eines ausschließlichen Rechts für Presseverlage in Bezug auf Presseerzeugnisse würde zudem die Dienstleistungsfreiheit einschränken (Art. 56ff. AEUV). Gleichsam würde die Bundesrepublik Deutschland ihre Pflichten in Bezug auf die Grundsätze der legalen Zusammenarbeit verletzen (Art. 4 EUV).

## **A. Gegenstand und Regelungsbereich des Gesetzentwurfs zur Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage**

Der Entwurf eines Siebenten Gesetzes zur Änderung des Urheberrechtsgesetzes<sup>1</sup> (im Folgenden „RegE-LSR“) zur Einführung eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage besteht aus drei neuen Regelungen (§§ 87f, 87d und 87h), die dem Urheberrechtsgesetz (UrhG) hinzugefügt werden sollen. Danach soll Presseverlagen das ausschließliche Recht eingeräumt werden, Presseerzeugnisse zu gewerblichen Zwecken im Internet öffentlich zugänglich zu machen.

Nach der Begründung zum Gesetzentwurf ist ein „Schutz nur vor systematischen Zugriffen auf die verlegerische Leistung durch die Anbieter von Suchmaschinen und Anbieter von solchen Diensten im Netz geboten, die Inhalte entsprechend einer Suchmaschine aufbereiten.“ Daher soll die öffentliche Zugänglichmachung von Presseerzeugnissen oder Teilen hiervon zulässig sein, soweit sie nicht durch gewerbliche Anbieter von Suchmaschinen (oder ähnliche Dienste) erfolgt.

Nach der Gesetzesbegründung schützt das Ausschließlichkeitsrecht bereits kleine Teile des Presseerzeugnisses und verweist dazu auf die Entscheidung „Metall auf Metall“ (BGH, Urteil vom 20.11.2008, Az. I ZR 112/06). Nicht das Presseerzeugnis selbst sei Schutzgegenstand, sondern die zur Festlegung des Presseerzeugnisses erforderliche wirtschaftliche, organisatorische und technische Leistung des Presseverlegers, die jeden Teil des Presseerzeugnisses umfasst. Im Ergebnis führt dies dazu, dass selbst die Nutzung kleinster Teile des Presseerzeugnisses in das Leistungsschutzrecht eingreift.

## **B. Notifizierungspflicht nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 98/34/EG**

Nach Art. 8 Abs. 1 der Richtlinie 98/48/EG sind die Mitgliedsstaaten verpflichtet, der Kommission unverzüglich jeden Entwurf einer technischen Vorschrift zu übermitteln (im Folgenden auch „Notifizierungspflicht“). Diese Notifizierungspflicht findet auf den RegE-LSR Anwendung:

### **I. Direkte Anwendbarkeit und Zwecke der Richtlinien 98/34/EG und 98/48/EG**

Die Frist zur Umsetzung der Richtlinie 98/48/EG ist am 5. August 1999 abgelaufen; eine Umsetzung ist nicht erfolgt. Da die Regelungen der Richtlinie unbedingt und hinreichend bestimmt sind, ist die Richtlinie direkt anwendbar.<sup>2</sup>

Im Hinblick auf das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes sollen die Richtlinien 98/34/EG<sup>3</sup> und 98/48/EG<sup>4</sup> ein möglichst hohes Maß an Transparenz für zukünftige nationale Regelungen und Gesetze in Bezug auf *Dienste der Informationsgesellschaft* sicherstellen. Der Binnenmarkt als Raum ohne Binnengrenzen ermöglicht den Erbringern dieser Dienste die Entwicklung grenzüberschreitender Aktivitäten, wodurch sich ihre Wettbewerbsfähigkeit erhöht; zugleich entstehen daraus für den Bürger neue Möglichkeiten der Übermittlung und des Empfangs von Informationen über die Landesgrenzen hinweg. Daher besteht die Notwendigkeit, auf Gemeinschaftsebene einen klaren und stabilen Rechtsrahmen zu schaffen, der der Entwicklung der Informationsgesellschaft förderlich ist. Ohne Koordinierung auf Gemeinschaftsebene würden sich

<sup>1</sup> Abrufbar unter: [http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE\\_LSR.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](http://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/RegE_LSR.pdf?__blob=publicationFile)

<sup>2</sup> vgl. EuGH, Rechtssache C-9/70 (Grad / Finanzamt Traunstein); Callies/Ruffert, EUV – EGV, Art. 249 EGV (Art. 288 AEUV) Rn. 84; Kotzur in Geiger/Kahn/Kotzur, EUV – AEUV, Art. 288 Rn. 17 mit weiteren Hinweisen auf Entscheidungen des EuGH.

<sup>3</sup> Abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CONSLEG:1998L0034:20070101:DE:PDF>.

<sup>4</sup> Abrufbar unter: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31998L0048:DE:HTML> sowie als konsolidierte Fassung unter [http://ec.europa.eu/enterprise/tris/consolidated/index\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/enterprise/tris/consolidated/index_en.pdf)

Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs ergeben, die zu einer Zersplitterung des Binnenmarktes, zu einer Überreglementierung und zu rechtlichen Inkohärenzen führten.<sup>5</sup>

## II. Unverzögliche Übermittlung jedes Entwurfes einer technischen Vorschrift

Gegenstand der Notifizierungspflicht sind *Entwürfe einer technischen Vorschrift*. Nach Art. 1 Nr. 11 der Richtlinie 98/34/EG fallen unter den Begriff der *technischen Vorschrift* technische Spezifikationen oder sonstige Vorschriften oder *Vorschriften betreffend Dienste*, deren Beachtung rechtlich oder de facto für das Inverkehrbringen, die Erbringung des Dienstes, die Niederlassung eines Erbringers von Diensten oder die Verwendung in einem Mitgliedstaat verbindlich ist.

Art. 1 Nr. 5 der Richtlinie 98/48/EG definiert die *Vorschrift betreffend Dienste* als eine allgemein gehaltene Vorschrift über den Zugang zu Diensten und über deren Betrieb, insbesondere Bestimmungen über den Erbringer von Diensten, die Dienste und den Empfänger von Diensten. *Dienste* im Sinne der Richtlinie werden durch Art. 1 Nr. 2 als *Dienstleistung der Informationsgesellschaft* definiert, d.h., jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung.

Nach Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 98/48/EG fallen Bestimmungen, die speziell auf *Dienste der Informationsgesellschaft* abzielen, selbst dann unter „Vorschriften für den Zugang zu den Diensten und über deren Betrieb“, wenn sie Teil einer allgemeinen Regelung sind. Nach Art. 1 Nr. 5 der Richtlinie 98/34/EG ist eine Vorschrift als speziell auf Dienste der Informationsgesellschaft abzielend, wenn sie nach ihrer Begründung und ihrem Wortlaut insgesamt oder in Form einzelner Bestimmungen ausdrücklich und gezielt auf die Regelung dieser Dienste abstellt. Das Merkmal „in der Regel gegen Entgelt erbracht“ fehlt bei solchen Tätigkeiten, die ein Staat ohne wirtschaftliche Gegenleistung im Rahmen seiner Aufgaben, insbesondere in den Bereichen Soziales, Kultur, Bildung und Justiz ausübt.<sup>6</sup>

Gewerbliche Anbieter von Suchmaschinen (und ähnliche Dienste i.S.d. RegE-LSR) sind Dienste der Informationsgesellschaft in diesem Sinne. Denn darunter fallen nicht nur Dienste, bei denen Onlineverträge geschlossen werden können, sondern auch solche als wirtschaftliche Tätigkeit erbrachte Dienste, die nicht von denjenigen vergütet werden, die sie empfangen, darunter insbesondere auch Instrumente zur Datensuche.<sup>7</sup>

Auch der Generalanwalt hat in seinen Schlussanträgen in den verbundenen Rechtssachen C-236/08 bis C-238/08 klargestellt, dass es keine Anhaltspunkte gibt, Suchmaschinen nicht als Dienste der Informationsgesellschaft anzusehen. Denn Suchmaschinen erbringen ihre Dienstleistung elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers, sodass alle Vo-

---

<sup>5</sup> vgl. Erwägungsgründe 1, 3, 6 and 8 der Richtlinie 98/48/EG.

<sup>6</sup> Dementsprechend legt der EuGH den Begriff weit aus; vgl. EuGH, Rechtssache C-109/92 (Wirth), wonach es nicht erforderlich für das Kriterium „gegen Entgelt erbracht“ ist, dass ein Dienst von demjenigen vergütet wird, zu dessen Gunsten der Dienst erbracht wird. Von dem Vorliegen eines „Entgelts“ ist damit unabhängig von direkten oder indirekten Finanzierungen des jeweiligen Dienstes auszugehen. Nach der Rechtsprechung des EuGH in der Rechtssache C-352/85 (Bond van Adverteerders) gelten auch solche Dienste „gegen Entgelt erbracht“, die vollständig durch Werbung finanziert werden.

<sup>7</sup> vgl. Erwägungsgrund 18 der Richtlinie 2000/31/EG. Die EU-Kommission selbst hat in ihrem ersten Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2000/31/EG (COM(2003) 702 final) auf Gerichtsentscheidungen in den Mitgliedstaaten verwiesen, die die Bedeutung von Suchmaschinen für das Funktionieren des Internets herausstellen. Zudem führte die EU-Kommission aus, dass diese Rechtsprechung den Vorgaben des Binnenmarktes und dem Ziel der Sicherung des Angebots grundsätzlicher Vermittlungsdienste, die die Entwicklung des Internets und E-Commerce fördern, entspricht.

raussetzungen erfüllt sind, um sie als *Dienste der Informationsgesellschaft* ansehen zu können.<sup>8</sup> In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des EuGH stellt der Generalanwalt weiter fest, dass das Merkmal „in der Regel gegen Entgelt“ jedenfalls in dem Fall erfüllt ist, wenn eine kostenlose Bereitstellung der Suchmaschine in der Erwartung erfolgt, mit Werbeprogrammen im Umfeld der Suchmaschinenfunktion Einnahmen zu erzielen. Dieses Merkmal wird zudem vorliegend schon dadurch erfüllt sein, dass der RegE-LSR die Anwendbarkeit des Leistungsschutzrechts für Preserverlage auf das öffentliche Zugänglichmachen durch *gewerbliche* Anbieter von Suchmaschinen (und *gewerbliche* Anbieter ähnlicher Dienste) beschränkt.

Darüber hinaus nennt Erwägungsgrund 19 der Richtlinie 98/48/EG exemplarisch Dienste, die nicht in den Anwendungsbereich dieser Richtlinie fallen, da sie in der Regel nicht gegen Entgelt erbracht werden. Alle dort aufgeführten Dienste sind solche Dienste, die vom Staat ohne wirtschaftliche Gegenleistung im Rahmen seiner Aufgaben erbracht werden; nur solche Dienste sollten folglich von der Anwendung der Richtlinie ausgenommen sein.

Bei den Regelungen des RegE-LSR handelt es sich auch um *Vorschriften betreffend Dienste* im Sinne des Art. 8 Abs. 1, Art. 1 Nr. 5, 11 der Richtlinie 98/34/EG. Denn § 87g Abs. 4 RegE-LSR zielt ausdrücklich auf gewerbliche Anbieter von Suchmaschinen (und ähnliche Dienste) und damit speziell auf *Dienste der Informationsgesellschaft* ab. Es handelt sich daher bei dem RegE-LSR um *Entwürfe einer technischen Vorschrift* und *Vorschriften betreffend Dienste* im Sinne des Art. 8 Abs. 1 der Richtlinien 98/34/EG und 98/48/EG, die der EU-Kommission unverzüglich zu übermitteln sind.

Die Regelungen des RegE-LSR fallen auch nicht unter eine der Ausnahmen von der Unterrichtungspflicht nach Art. 10 der Richtlinie 98/34/EG. Der deutsche Gesetzgeber muss daher seinen Verpflichtung aus Art. 8, 9 der Richtlinien 98/34/EG und 98/48/EG nachkommen: Er muss den Gesetzentwurf unverzüglich der Kommission vorlegen (Art. 8 Abs. 1) und die Verabschiedung des Gesetzentwurfs für zumindest drei Monate ab dem Datum der Einreichung der Unterlagen bei der EU-Kommission aussetzen (Art. 9 Abs. 1). Bemerkungen der Kommission oder anderer Mitgliedsstaaten sind soweit wie möglich zu berücksichtigen. Eine Verletzung dieser Verpflichtung aus den Richtlinien würde zu der Möglichkeit der Einleitung eines Vertragsverletzungsverfahrens gegen die Bundesrepublik Deutschland nach Art. 258 AEUV führen.

### C. Widerspruch des RegE-LSR mit dem Recht der Europäischen Union

Wie in dem Abschnitt über die Erwägungen und Zwecke der Richtlinien 98/34/EG und 98/48/EG ausgeführt, dient die Notifizierungspflicht nicht nur zur Gewährleistung von mehr Transparenz für zukünftige nationalstaatliche Regelungen, sondern insbesondere auch der Weiterentwicklung und Förderung von Diensten der Informationsgesellschaft in einem Binnenmarkt ohne Handelshemmnisse. Zudem sollen explizit eine Zersplitterung des Binnenmarktes und das Entstehen regulatorischer Inkohärenz verhindert werden. Alle diese Ziele werden durch den RegE-LSR gefährdet. Der RegE-LSR steht in klarem Widerspruch zu europarechtlichen Vorgaben; dies im Folgenden in Grundzügen angerissen werden. Eine detailliertere Ausführung zu diesen Fragen findet sich in unserem ausführlichen Memorandum zur Notifizierungsüpflicht.

---

<sup>8</sup> Schlussanträge des Generalanwalts POIARES MADURO, vom 22 September 2009, in den verbundenen Rechtssachen C-236/08 to C-238/08, Rn. 131.

## I. Widerspruch zu den Vorschriften über die Verantwortlichkeit von Vermittlern nach der Richtlinie 2000/31/EG

Abschnitt 4 der Richtlinie 2000/31/EG, überschrieben mit „Verantwortlichkeit der Vermittler“, begrenzt die Verantwortlichkeit von Diensten der Informationsgesellschaft und legt fest, dass eine Verantwortlichkeit der Dienste der Informationsgesellschaft in gewissen Situationen vollständig ausscheidet.<sup>9</sup> Dafür begründen die Artikel 12 bis 14 der Richtlinie ein System der Verantwortlichkeit von Vermittlern mit unterschiedlichen Haftungsprivilegierungen für unterschiedliche Dienste. So sind Dienste zur „reinen Durchleitung“ oder „Caching“ unter den Ausnahmeregelungen der Artt. 12 und 13 für Informationen nicht verantwortlich, soweit sie in keiner Weise mit den übermittelten Informationen in Verbindung stehen. Sog. Hosting-Anbieter sind nach Art. 14 verpflichtet, unverzüglich tätig werden, sobald ihnen rechtswidrige Tätigkeiten bekannt werden, und die betreffende Information entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren.<sup>10</sup>

Suchmaschinen sind Dienste der Informationsgesellschaft im Anwendungsbereich der Richtlinie 2000/31/EG<sup>11</sup> und sind unter deren Abschnitt 4 von der Haftung freizustellen, denn sie erbringen neutrale Dienste in Bezug auf die Informationen, die sie übermitteln.<sup>12</sup> Namentlich kommt entweder eine Einordnung der von Suchmaschinen angebotenen Dienste unter Art. 12<sup>13</sup> (reine Durchleitung) oder unter Art. 13 der Richtlinie 2000/31/EG in Betracht.<sup>14</sup>

Im Gegensatz zu der danach anwendbaren Haftungsfreistellung ordnet nun der RegE-LSR eine unmittelbare Haftung der Suchmaschinen für das öffentliche Zugänglichmachen (in Suchergebnissen) von (Teilen) von „Presseerzeugnissen“ an.

## II. Widerspruch zur Richtlinie 2001/29/EG

Ein durch den deutschen Gesetzgeber geschaffenes neues, zusätzliches ausschließliches Recht greift zudem in den Regelungsbereich der Richtlinie 2001/29/EG<sup>15</sup> und verletzt das dort aufgestellte, zwingende Schutzrechtsniveau. Die Richtlinie 2001/29/EG gewährt und fordert einerseits einen Minimalschutz für die in ihr geregelten Rechte, den nationale Regelungen nicht unterscheiden dürfen; andererseits enthält die Richtlinie 2001/29/EG aber auch bindende Vorschriften im Sinne eines Maximalschutzes, den nationale Regelungen nicht überschreiten dürfen.<sup>16</sup>

Art. 3 der Richtlinie 2001/29/EG verpflichtet die Mitgliedstaaten, einen Rechtsrahmen zu schaffen, nach dem dem Urheber und bestimmten Inhabern verwandter Schutzrechte, die einzeln in dieser Vorschrift aufgezählt sind, das ausschließliche Rechte zusteht, die öffentliche Widergabe ihrer Werke einschließlich des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung zu erlauben oder zu

<sup>9</sup> EuGH, Urteil vom 23. März 2010, in den verbundenen Rechtssachen C-236/08 bis C-238/08 – Google und Google France, Rn. 107.

<sup>10</sup> vgl. Erwägungsgründe 43 und 46 der Richtlinie 2000/31/EG.

<sup>11</sup> vgl. die Ausführungen zuvor unter B III.

<sup>12</sup> vgl. Schlussanträge des Generalanwalts POIARES MADURO, vom 22 September 2009, in den verbundenen Rechtssachen C-236/08 to C-238/08, Rn. 144.

<sup>13</sup> So in analoger Anwendung der Art. 12 entsprechenden Vorschrift des § 8 TMG *Jandt*, in: Roßnagel, Recht der Telemediendienste, § 10 TMG, Rn. 51; *Wimmers*, CR 2012, 663, 667 f.; gleichsam ordnet § 14 des österreichischen Gesetzes zu elektronischen Geschäftsverkehr an, das seine ausdrückliche Ausnahme der Verantwortlichkeit für Suchmaschinen Anwendung findet, was die Voraussetzungen von Artikel 12 der Richtlinie 2000/31/EG widerspiegelt.

<sup>14</sup> Für eine solche Einordnung ausdrücklich: Schlussanträge des Generalanwalts POIARES MADURO, vom 22 September 2009, in den verbundenen Rechtssachen C-236/08 to C-238/08, Rn. 144, Fußnote 72.

<sup>15</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 22 Januar 2009, I ZR 247/03 – Le Corbusier-Möbel II, NJW 2009, 2960, 2961, Rz. 19.

verbieten. Zunächst sind Presseverleger hier nicht aufgeführt. Dazu wird das geplante Leistungsschutzrecht für Presseverleger als ein von den Rechten des Urhebers unabhängiges, „eigenes“ Recht eingeräumt, das „neben“ das Recht des Urhebers tritt. Dies führte im Ergebnis dazu, dass zwei ausschließliche Rechteinhaber in Bezug auf den gleichen „Gegenstand“ existierten, nämlich der Autor des Textes als Werk und damit als Urheber einerseits und der Presseverleger in Bezug auf den gleichen Text als ein „Presseerzeugnis“ andererseits. Im Widerspruch zu den Vorgaben der Richtlinie entstünde dadurch ein weiteres ausschließliches Recht, das den garantierten Mindestschutz nach der Richtlinie 2001/29/EG unterliefe.<sup>17</sup>

Aber auch der Maximalschutz, den die Richtlinie vorsieht, würde durch die Einführung eines ausschließlichen Rechts für Presseverleger verletzt, denn die Ausweitung von Rechten nach der Richtlinie 2001/29/EG ist nach der Rechtsprechung des EuGH ausdrücklich Sache des Gemeinschaftsgesetzgebers.<sup>18</sup>

Das Leistungsschutzrecht würde zudem zu Inkonsistenzen zwischen den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten führen, wenn ein Mitgliedsstaat ein solches neues, ausschließliches Recht vorsehe, das in allen anderen Mitgliedsstaaten nicht besteht. Gleichsam bewirkte der RegE-LSR eine Zersplitterung des Binnenmarktes, da Dienste der Informationsgesellschaft im Binnenmarkt bei Bestehen eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger signifikante Anreize hätten, ihre Dienste nicht in Deutschland anzubieten. Damit würden entgegen den Zwecken der Richtlinie 2001/29/EG nicht nur Barrieren für den Markteintritt solcher Dienste in Deutschland geschaffen, sondern darüber hinaus auch die Bürger von „neuen Möglichkeiten der Übermittlung und des Empfangs von Informationen über Landesgrenzen hinweg abgehalten“.<sup>19</sup>

### III. Widerspruch zu Vorschriften internationaler Übereinkommen

Darüber hinaus steht der RegE-LSR im Widerspruch zu dem von der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ) gewährten Zitatrecht, da die Nutzung sogar kleinster Teile von Presseerzeugnissen durch Suchmaschinen (und ähnliche Dienste) verboten wäre. Damit ließe der RegE-LSR letztlich die Regelung des Art. 10 der RBÜ leerlaufen, der bestimmt:

*„Zitate aus einem der Öffentlichkeit bereits erlaubterweise zugänglich gemachten Werk sind zulässig, sofern sie anständigen Gepflogenheiten entsprechen und in ihrem Umfang durch den Zweck gerechtfertigt sind, einschließlich der Zitate aus Zeitungs- und Zeitschriftenartikeln in Form von Presseübersichten.“*

Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift lässt sich besser durch die bindende französische Sprachversion von Art. 10 Abs. 1 der RBÜ<sup>20</sup> bestimmen, die den Begriff „revue de presse“ anstelle des deutschen „Presseübersichten“ verwendet. „Revue de Presse“ ist hierbei nicht als die Zusammenfassung eines bestimmten Artikels zu verstehen, sondern meint eine Sammlung von Zitaten aus diversen Zeitungs- und Zeitschriftenartikeln in Bezug auf ein bestimmtes Thema.<sup>21</sup> Zweck einer „revue de presse“ im Sinne der RBÜ ist es, die unterschiedlichen Arten der Presse-

<sup>17</sup> So ausdrücklich der EuGH, Urt. v. 13. Juli 2006, Rechtssache C-61/05, Kommission/Portugal, Rz. 22 und 23, der feststellte, dass das dort nachträglich durch einen Gesetzgeber geschaffene Recht die ursprünglich und originär durch die Richtlinie 2001/29/EG gewährten Rechte verletzt.

<sup>18</sup> EuGH, Urt. v. 17. April 2008, Rechtssache C-456/06, Peek & Cloppenburg KG / Cassina SpA, Rz. 38.

<sup>19</sup> vgl. Erwägungsgrund 3 der Richtlinie 98/48/EG.

<sup>20</sup> Die französische Formulierung lautet: „Sont licites les citations tirées d'une œuvre, déjà rendue licitement accessible au public, à condition qu'elles soient conformes aux bons usages et dans la mesure justifiée par le but à atteindre, y compris les citations d'articles de journaux et recueils périodiques sous forme de revues de presse.“

<sup>21</sup> Ricketson/Ginsburg, Berne Convention and beyond: International Copyright and neighboring rights, § 13.41.

berichterstattung und/oder Meinungsäußerung zu einem bestimmten Thema zu dokumentieren. Der Begriff „revue de presse“ beschreibt somit eine Dokumentations- bzw. Nachweisfunktion durch Hinweise auf andere Quellen zu dem betreffenden Thema. Der Nachweis von Quellen zu Informationen, nämlich Hyperlinks in Suchergebnissen, ist gerade Funktion und Zweck von Suchmaschinen, deren Tätigkeit sich daher unter Art. 10 Abs. 1 RBÜ subsumieren lassen.<sup>22</sup>

#### **IV. Marktzutrittsschranken, Verletzung der Dienstleistungsfreiheit sowie des Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit**

Nach den Artikeln 56 ff. AEUV sind Beschränkungen des freien Dienstleistungsverkehrs innerhalb der Union für Angehörige der Mitgliedstaaten, die in einem anderen Mitgliedstaat, als demjenigen des Leistungsempfängers ansässig sind, verboten. Es ist anerkannt, dass im Grundsatz auch die Einführung oder die Anwendung von Rechten des geistigen Eigentums die Dienstleistungsfreiheit einschränken können.<sup>23</sup>

Die Einführung des geplanten Leistungsschutzrechts begründete Marktzutrittsschranken für nicht in Deutschland ansässige, europäische gewerbliche Anbieter von Suchmaschinen (bzw. ähnlichen Diensten i.S.d. RegE-LSR), die sich wegen des hier dann bestehenden Verbotsrechts bzw. einer Lizenzierungspflicht z.B. unter Einsatz von Geolokalisationsmitteln entscheiden könnten, ihre Dienste nicht mehr auf dem deutschen Markt anzubieten.

Das neue Recht schafft damit signifikante Anreize, das Anbieten von Diensten in Deutschland von anderen Mitgliedsstaaten aus zu unterlassen. Die darin liegende Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs ist durch übergeordnete Gründe des öffentlichen Interesses nicht gerechtfertigt (vgl. Art. 56 AEUV). Eine „notwendige“ angemessene Vergütung für Presseverleger als übergeordneten Grund anzuführen, setzte voraus, dass ein Recht auf eine solche Vergütung existiert.<sup>24</sup> Das ist aber gerade nicht der Fall, denn insbesondere im Bereich des Urheberrechts hat die Europäische Union etliche Schritte unternommen, um die nationalstaatlichen Regelungen der Mitgliedstaaten zu harmonisieren und anzupassen. Ziel dieser Harmonisierung ist die Schaffung und Förderung eines Binnenmarktes und die Beseitigung rechtlicher Marktzutrittsschranken.<sup>25</sup> Da der europäische Gesetzgeber wie dargestellt nicht nur einen Mindest- sondern auch einen Maximalschutz im Bereich des Urheberrechts geschaffen hat, können nationale Gesetzgeber keine Rechte gewähren, die über die abschließend in der Richtlinie 2001/29/EG aufgezählten Urheberrechte und verwandten Schutzrechte hinausgehen.

Darüber hinaus würde Deutschland durch Verabschiedung des RegE-LSR auch gegen den Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit verstoßen. Nach Art. 4 Abs. 3 EUV unterstützen die Mitgliedstaaten die Union bei der Erfüllung ihrer Aufgaben und unterlassen alle Maßnahmen, die die Verwirklichung der Ziele der Union gefährden können.

gez. Jörg Wimmers  
Hamburg, 20. Februar 2013

---

<sup>22</sup> Auch der Bundesgerichtshof stellte in seiner Entscheidung „Paperboy“ fest, dass Nachrichtensuchdienste eine solche Nachweisfunktion erfüllen und erkannte, dass dies den Vorgaben der Richtlinie 2001/29/EG entspricht, BGH, Urteil vom 17. Juli 2003, I ZR 259/00 – Paperboy, GRUR 2009, 2003, 958, 962f.

<sup>23</sup> EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, verbundene Rechtssachen C-403/08 und C-429/08 – Football Association Premier League Ltd. / Karen Murphy, Rz. 85ff..

<sup>24</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 4. Oktober 2011, verbundene Rechtssachen C-403/08 und C-429/08 – Football Association Premier League Ltd. / Karen Murphy, Rz. 90.

<sup>25</sup> Vgl. Erwägungsgründe 3, 6 und 7 der Richtlinie 2001/29/EG.