

# Ein horizontales Konzept der Öffentlichkeit – Facetten aus dem europäischen Urheberrecht

Dr. Bernd Justin Jütte, LL.M.\*

<b>1. Einleitung</b> .....	354	3.1. Willensabhängige Marktzuführung .....	367
<b>2. Das Recht der öffentlichen Wiedergabe im europäischen Urheberrecht</b> .....	357	3.2. Unerschöpftheit bei digitaler Marktzuführung .....	368
2.1. Tendenzen in der EUGH-Rechtsprechung .....	361	<b>4. Horizontale Anknüpfungspunkte</b> .....	370
2.2. Die gewollte ‚Öffentlichkeit‘ der Wiedergabe .....	362	4.1. Der potenzielle Empfängerkreis .....	371
2.3. Ökonomische Motivation und technische Empfängerbeschränkung .....	363	4.2. Wirtschaftliches Ausschöpfungspotential .....	371
<b>3. Parallelen zur Erschöpfungslehre</b> .....	364	<b>5. Schlussbetrachtungen</b> .....	373

## Abstract

*Das Konzept der Öffentlichkeit tritt im harmonisierten europäischen Urheberrecht am prominentesten beim Recht der öffentlichen Wiedergabe auf. Jedoch nehmen auch andere Ausschließlichkeitsrechte und einige Schrankenbestimmungen Bezug auf einen Öffentlichkeitsbegriff als Element ihrer Tatbestände. Der Beitrag beleuchtet die Funktion des Konzepts der „Öffentlichkeit“ als wirtschaftliches Steuerungsinstrument anhand des Rechts der öffentlichen Wiedergabe und des Verbreitungsrechts. Diese Funktion, so wird abschließend argumentiert, spiegelt sich auch in den urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen und insbesondere im Drei-Stufen-Test wider.*

## 1. Einleitung

Der Begriff der Öffentlichkeit dient im europäischen Urheberrecht einmal dazu den Anwendungsbereich der Ausschließlichkeitsrechte zu bestimmen. Zudem dient er als Anknüpfungspunkt für das Eingreifen einiger Schrankenbestimmungen. Die Untersuchung der Funktion dieses Begriffes und welchen Beitrag dies zur Konstruktion eines weiteren und

\* Der Verf. ist Assistant Professor an der University of Nottingham und Senior Researcher an der Vytautas Magnus Universität. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 29. Juni 2018 anlässlich eines Symposiums zum „UFITA-Relaunch“ zum Generalthema „Die Bedeutung von Öffentlichkeit und Privatheit im Medien-/Urheberrecht und in der Medienforschung“ in München gehalten hat.

horizontalen Öffentlichkeitsbegriffes in einem digitalen Umfeld leisten könnte, ist Ziel dieses Aufsatzes.

Als Ausgangspunkt einer ersten, rein sprachlichen Analyse soll hier jedoch der Begriff der Veröffentlichung gelten, welcher zumindest den Wortstamm mit „Öffentlichkeit“ teilt. Dem normalen Sprachgebrauch folgend, gelangt ein Werk mit der Veröffentlichung an die Öffentlichkeit, kann somit von Mitgliedern derselbigen wahrgenommen und genutzt werden. Der Begriff der Veröffentlichung in Bezug auf das Urheberrecht hat auf europäischer Ebene noch keine Harmonisierung durch den Gesetzgeber erfahren, und wurde auch von den rechtsprechenden Organen bisher nicht gewürdigt. In Ermangelung einer Definition im Unionsrecht ist es daher angezeigt, Rückgriff auf die internationalen Quellen des Urheberrechts zu nehmen. Die Berner Übereinkunft zum Schutze von Werken der Literatur und Kunst<sup>1</sup> gesteht Autoren einen Schutz für ihre Werke zu, unbenommen dessen ob ein Werk veröffentlicht wurde oder nicht.<sup>2</sup> Veröffentlichte Werke werden als solche Werkstücke definiert, die mit der Zustimmung des Urhebers der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt worden sind. Die englische Sprachversion benutzt hier den Begriff 'copies' statt Werkstücken, die französische spricht von 'exemplaires'. Mithin muss es sich um individuell abgesonderte körperliche Kopien handeln. In diesem Sinne qualifiziert die Berner Verbandsübereinkunft den Begriff der Veröffentlichung dahingehend, dass die Aufführung von bestimmten Werkstypen und die Übertragung im Rundfunk von Werken der Literatur oder der Kunst keine Veröffentlichung darstellt. Eine Veröffentlichung im Sinne der Berner Verbandsübereinkunft meint demnach das physische Inverkehrbringen von Werkkopien.<sup>3</sup> Das Datum der Veröffentlichung gilt dann als Anknüpfungspunkt für das zeitliche und geographische Ausmaß des Schutzbereiches,<sup>4</sup> sowie als Bedingung für das Eingreifen bestimmter urheberrechtlicher Schrankenbestimmungen.<sup>5</sup>

An die Öffentlichkeit kann ein Werk, selbst in nicht-physischer Form, rechtlich wirksam jedoch nur mit Zustimmung des Urhebers gelangen. Die Motivation ein Werk physisch und unphysisch in die Öffentlichkeit zu bringen kann vielfältig sein; sie kann dazu dienen den informationellen Gehalt eines Werkes an die Öffentlichkeit zu bringen, jedoch können auch primär wirtschaftliche Interessen im Vordergrund stehen. In den meisten Fällen ist wohl eine Gemengelage von Motivationen anzunehmen. Einmal veröffentlicht, stehen dem Urheber oder sonstigen Rechteinhabern sodann eine Reihe von weiteren Ausschließlich-

1 Convention, B., Berne Convention for the Protection of Literary and Artistic Works, opened for signature 9 September 1886, 1161 UNTS 30 (entered into force 29 January 1970), (Berner Verbandsübereinkunft).

2 Artikel 2, Abs. 1 lit.a. Berner Verbandsübereinkunft.

3 Siehe z.B. Goldstein, P. & Hugenholtz, P. B., *International Copyright: Principles, Law, and Practice*, Oxford University Press, (Oxford, New York, etc., 2012), (164), WIPO, *Guide to the Berne convention for the protection of literary and artistic works (Paris act, 1971) (WIPO publication)*, (Geneva, 1978) WIPO, (28).

4 Artikel 3 Abs. 4, Artikel 5 Abs. 4, Artikel 7 Abs. 2 u. 3 Berner Verbandsübereinkunft.

5 So z.B. Artikel 10 Abs. 1.

keitsrechten zu,<sup>6</sup> mit denen die weitere Verbreitung und Nutzung eines Werkes gesteuert und damit auch insbesondere unterbunden werden kann. Der Urheber verliert somit nicht schon durch die einmalige physische Veröffentlichung von Werkstücken jegliche Kontrolle über sein Werk und über die mit seiner Zustimmung erstellten Werkstücke. Ebenso sichern die Ausschließlichkeitsrechte dem Urheber Kontrollmöglichkeiten zu, wenn er sein Werk digital oder sonstig unphysisch der Öffentlichkeit zugänglich gemacht hat.

Im Interesse eines gerechten Interessenausgleichs zwischen dem Urheber und der Öffentlichkeit sieht das Urheberrecht auch Regeln vor, die Nutzern von Werken oder Eigentümern von Werkkopien bestimmte Nutzungen ohne die vorherige Zustimmung des Rechteinhabers erlauben. Zwar ergibt sich aus den europäischen Regelungen keine Bedingung, dass eine Werknutzung im Rahmen einer urheberrechtlichen Schrankenbestimmung voraussetzt, dass das Werk vorher mit Zustimmung des Rechteinhabers veröffentlicht worden ist. So kann berechtigt angenommen werden, dass ein nicht physisch in Umlauf gebrachtes Werk trotzdem durch Dritte und unter bestimmten Umständen erlaubnisfrei genutzt werden kann. Bestimmte Jurisdiktionen machen manche Formen der erlaubnisfreien Werknutzung durch Dritte jedoch teilweise auch ausdrücklich davon abhängig, ob der Nutzung eine Veröffentlichung oder sonstige Zugänglichmachung mit Zustimmung des Rechteinhabers vorausgegangen ist.<sup>7</sup> Die explizite, oder auch implizite Zustimmung zur Nutzung durch Veröffentlichung im Rahmen einer Schrankenbestimmung ist zumindest in bestimmten Fällen abdingbar.

Ist ein Werk dann einmal veröffentlicht in dem Sinne, dass sein Informationsgehalt in konkreter Ausdrucksform der Allgemeinheit generell zugänglich ist, bleiben dem Rechteinhaber trotzdem weiterhin Möglichkeiten den Zugriff und die Weiterverbreitung, in unveränderter und veränderter Form, zu kontrollieren. Somit kann ein Rechteinhaber das Schick-

6 Diese sind auf europäischer Ebene insbesondere und horizontal in der Urheberrechtsrichtlinie (Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, OJ L 167, 22.6.2001, p. 10-19 (Urheberrechtsrichtlinie) geregelt, jedoch finden sich Ausschließlichkeitsrechte z.B. auch in der Softwarerichtlinie (Richtlinie 2009/24/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April 2009 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen (kodifizierte Fassung), OJ L 111, 5.5.2009, p. 16-22 (Softwarerichtlinie)) und der Richtlinie über Vermiet- und Verleihrechte (Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (kodifizierte Fassung), OJ L 372, 27.12.2006, p. 28-35.

7 So stellt dies einen Faktor in der ‚fair dealing‘ Analyse im britischen Urheberrecht unter ss. 30(1), 30A(1) und 32(1) Copyright, Designs and Patents Act 1988 dar, siehe hierzu auch Torremans, P., *Holyoak and Torremans Intellectual Property Law*, Oxford University Press, (Oxford, 2016), (288), Bently, L. & Sherman, B., *Intellectual Property Law*, Oxford University Press, (Oxford, 2014), (225-6). So auch unter der Zitatschranke im deutschen Urheberrechtsgesetz (§ 51 UrhG), wonach eine Veröffentlichung i.S.v. § 6 Abs. 1 UrhG zwingende Voraussetzung ist, Dreier in Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018 UrhG § 51 Rdnr. 2a.

sal des Werkes und auch einzelner Werkkopien in der Öffentlichkeit in verschiedenen Maßen weiterhin bestimmen.

Dieser Beitrag soll den Begriff der Öffentlichkeit über das allgegenwärtige Ausschließlichkeitsrecht der öffentlichen Wiedergabe beleuchten und dabei versuchen, horizontale Konzepte des Begriffes der Öffentlichkeit herauszuarbeiten. Als Ausgangspunkt der Analyse dient Artikel 3 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie,<sup>8</sup> welcher Urhebern und Inhabern verwandter Schutzrechte das „Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und Recht der öffentlichen Zugänglichmachung“ zubilligt. Dieses Ausschließlichkeitsrecht umfasst das Recht ein Werk drahtlos oder drahtgebunden öffentlich wiederzugeben, aber auch ein Werk dergestalt öffentlich zugänglich zu machen, dass es von Mitgliedern der Öffentlichkeit zu selbst gewählten Zeitpunkten an selbst gewählten Orten zugänglich ist. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung hat dem Gerichtshof der Europäischen Union (EUGH) seit 2000<sup>9</sup> eine wahre Flut an Vorabentscheidungsersuchen beschert.<sup>10</sup> Da die Entwicklung dieser Rechtsprechung schon an anderer Stelle dieser Ausgabe intensiv besprochen wird,<sup>11</sup> soll hier, nebst einer kurzen Einführung, insbesondere auf die Abgrenzung zum Verbreitungsrecht aus Artikel 4 der Urheberrechtsrichtlinie eingegangen werden. Zudem sollen auch kurz weitere Parallelen zur Funktionsweise der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen aus Artikel 5 der Urheberrechtsrichtlinie gezogen werden.

## 2. Das Recht der öffentlichen Wiedergabe im europäischen Urheberrecht

Die Begriffe der Öffentlichkeit und der öffentlichen Zugänglichmachung sind schon grammatikalisch unterschiedlich strukturiert. Steht die Öffentlichkeit beim ersteren noch im Mittelpunkt, wird im letzteren die Zugänglichmachung durch den Zusatz ‚öffentliche‘ lediglich qualifiziert. Betrachtet man jedoch den Begriff der öffentlichen Zugänglichmachung im Kontext seines Erscheinens, insbesondere in der Urheberrechtsrichtlinie, so tritt auch hier

8 RL 2001/29/EC.

9 Das erste Vorabentscheidungsersuchen zum Begriff der ‚öffentlichen Wiedergabe‘ erreichte den Gerichtshof in Bezug auf Artikel 1, Council Directive 93/83/EEC of 27 September 1993 on the coordination of certain rules concerning copyright and rights related to copyright applicable to satellite broadcasting and cable retransmission, OJ L 248, 6.10.1993, p. 15-21 (Satellite and Cable Directive), wobei das Gericht hier noch den Standpunkt vertrat, dass der Begriff der öffentlichen Wiedergabe nach nationalem Recht zu beurteilen sei, EUGH, Urteil v. 3.2.2000, *Egeda*, Case C-293/98, EU:C:2000:66, Rdnr. 29.

10 Eine komplette Übersicht der bisherigen Rechtsprechung zu Artikel 3 der Urheberrechtsrichtlinie findet sich z.B. bei Quintais, J. P., Untangling the hyperlinking web: In search of the online right of communication to the public, 21(5-6) *The Journal of World Intellectual Property* (2018), 385-420.

11 Siehe *Hofmann*, UFITA 2018, 331.

der Begriff der Öffentlichkeit regelmäßig auf.<sup>12</sup> Dies lässt zwar nicht die Schlussfolgerung zu, dass beide Begriffe inhaltlich gleich zu bewerten sind, jedoch lässt es zumindest die Vermutung zu, dass eine intensivere Betrachtung des Begriffes der öffentlichen Zugänglichmachung Aufschlüsse darüber geben kann, was eine (mediale) Öffentlichkeit charakterisiert. Schließlich handelt es sich bei einem Akt der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung um nichts anderes als die Kommunikation (urheberrechtlich geschützter) Informationen an einen Empfängerkreis. Wie dieser Empfängerkreis – die Öffentlichkeit – definiert ist und welche Auswirkungen dies für ein horizontales Konzept einer Öffentlichkeit haben könnte, soll Gegenstand der folgenden Betrachtungen und Untersuchungen sein.

Zunächst ist die Veröffentlichung, welche in der Berner Übereinkunft als auf rein physische Verbreitungsakte beschränkt auszulegen ist, vom Begriff der öffentlichen Wiedergabe abzugrenzen. Der Akt der Veröffentlichung wird in der Übereinkunft dahingehend qualifiziert, dass ein solcher u.a. die „Übertragung oder die Rundfunksendung“ ausschließt.<sup>13</sup> Die öffentliche Wiedergabe wird in Artikel 11*bis* geregelt, ohne dass der Begriff auch hier definiert wird. Eine sehr viel schlankere Formulierung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe findet sich in Artikel 8 des WIPO-Urheberrechtsvertrags.<sup>14</sup> Dieser war auch Grundlage für den Wortlaut, der letztendlich in die europäische Urheberrechtsrichtlinie Einzug gehalten hat.<sup>15</sup> Urhebern und Inhabern verwandter Schutzrechte steht gemäß Artikel 3 das Recht zu „die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten.“

Der Wortlaut des Artikel 3 bietet relativ wenig Ansatzpunkte, und so wurde der Tatbestand der öffentlichen Wiedergabe maßgeblich durch die Rechtsprechung des EUGH ausgestaltet. Die öffentliche Wiedergabe schließt zunächst auch die öffentliche Zugänglichmachung mit ein, wobei der Gesetzestext keine Anhaltspunkte dafür hergibt, dass die „Öffent-

12 So wird z.B. ein hohes Schutzniveau als Grundprinzip der Harmonisierung des Urheberrechts auf europäischer Ebene durch „die Erhaltung und Entwicklung kreativer Tätigkeit im Interesse [...] der breiten Öffentlichkeit sicherzustellen“ gerechtfertigt (Erwägungsgrund 9), die Erwägungsgründe 23-25 nutzen den Begriff der Öffentlichkeit dann in Bezug auf das Recht der öffentlichen Wiedergabe. Auch verweisen einige Bestimmungen zu den urheberrechtlichen Schranken unter Artikel 5 der Richtlinie auf eine Öffentlichkeit (Artikel Abs. 3 lit d u. n), hier hervorzuheben ist insb. die Zitatschranke, welche eine öffentliche Zugänglichmachung als Bedingung für das Eingreifen der Schranke vorsieht.

13 Artikel 3, Abs. 3, Berner Verbandsübereinkunft.

14 „Without prejudice to the provisions of Articles 11(1)(ii), 11*bis*(1)(i) and (ii), 11*ter*(1)(ii), 14(1)(ii) and 14*bis*(1) of the Berne Convention, authors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any communication to the public of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that members of the public may access these works from a place and at a time individually chosen by them.“

15 Siehe Erwägungsgrund 15 Urheberrechtsrichtlinie.

lichkeit‘ der Handlungen unterschiedlich zu bewerten sei. Die Interpretation des Tatbestands durch den EUGH, wie im Übrigen auch die der anderen Ausschließlichkeitsrechte, wurde zunächst durch die Erwägungsgründe der Urheberrechtsrichtlinie beeinflusst, welche als grundlegendes Prinzip des europäischen Urheberrechts die Wahrung eines hohen Schutzniveaus für Rechteinhaber voraussetzen.<sup>16</sup> Zwar stellt die Richtlinie klar, dass auch Interessen des Gemeinwohls eine tragende Rolle bei der Formulierung der gesetzlichen Vorschriften gespielt haben, jedoch werden im gleichen Satz auch eine Reihe anderer, vornehmlich eigentumsrechtlicher und wirtschaftlicher Interessen aufgeführt, die durch die konkrete Gesetzgebung verwirklicht werden sollten.<sup>17</sup> Generell hat der EUGH in seiner ständigen Rechtsprechung zu den urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechten ausgeführt, dass diese ihren Inhabern eine angemessene wirtschaftliche Verwertung garantieren sollen. Eine darüber hinausgehende Verwertungserwartung sei nicht vom spezifischen Gegenstand des geistigen Eigentums gedeckt.<sup>18</sup>

Der EUGH hat in Bezug auf Artikel 3 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie eine Reihe von Kriterien identifiziert und formuliert, die einen Akt der öffentlichen Widergabe charakterisieren.<sup>19</sup> Diese sollen hier nur in aller notwendigen Kürze und der Vollständigkeit halber dargestellt werden. Die Kriterien, die es zu überprüfen gilt, ob ein Akt der öffentlichen Wiedergabe vorliegt, hat das Gericht in *Stichting Brein g. Ziggo* zusammengefasst.<sup>20</sup> Ausgangspunkte sind die beiden kumulativen Tatbestandsmerkmale der ‚Handlung der Widergabe‘ und der ‚öffentlichen Widergabe‘.<sup>21</sup> Die einzelnen Kriterien, die diese Elemente ausmachen, sind „unselbständig und miteinander verflochten“,<sup>22</sup> keines kann also für sich alleine bestimmend sein. Zuerst hebt der Gerichtshof die zentrale Rolle des Nutzers hervor, ohne dessen vorsätzliches Eingreifen „in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens“ andere Nutzer das Werk nicht oder nur schwer empfangen könnten.<sup>23</sup> Die Öffentlichkeit wird in diesem Zusammenhang als eine unbestimmte Zahl von Empfängern definiert, die eine

16 Erwägungsgründe 4 u. 9 der Urheberrechtsrichtlinie.

17 Erwägungsgrund 3 der Urheberrechtsrichtlinie.

18 EUGH, Urteil v. 4.10.2011, *FAPL/Murphy*, Joined cases C-403/08 and C-429/08, EU:C:2011:631, Rdnr. 108.

19 Zusammenfassend und mit jeweils guten Überblicken über die verschiedenen Kriterien: Hugenholtz, P. B. & S. C. van Velze, *Communication to a New Public? Three reasons why EU copyright law can do without a ‘new public’*, 47(7) *International Review of Intellectual Property and Competition* (2016), 797-816; Quintais, *JWILP* (2018); Rosati, E., *GS Media and Its Implications for the Construction of the Right of Communication to the Public within EU Copyright Architecture*, 54(4) *Common Market Law Review* (2017), 1221-1242.

20 EUGH, Urteil v. 14.6.2017, *Ziggo*, Case C-610/15, EU:C:2017:456.

21 EUGH, C-610/15 *Ziggo*, Rdnr. 24.

22 EUGH, C-610/15 *Ziggo*, Rdnr. 25.

23 EUGH, C-610/15 *Ziggo*, Rdnr. 26.

Vielzahl an Personen umfassen muss.<sup>24</sup> Die Öffentlichkeit ist quantitativ zu bestimmen, sie hängt mithin also nicht vom subjektiven Willen des Nutzers ab.<sup>25</sup> Die Wiedergabe muss zudem ein neues Publikum erreichen, und zwar ein solches, welches der Rechteinhaber bei der ursprünglichen Werkkommunikation nicht in Betracht gezogen hatte; alternativ liegt auch eine neue Öffentlichkeit vor, wenn das betreffende Werk unter Verwendung eines anderen technischen Verfahrens kommuniziert wird, als dem, mit dem die ursprüngliche Wiedergabe durchgeführt wurde.<sup>26</sup> Letztlich hebt das Gericht auch hervor, dass es zumindest nicht unerheblich ist, ob die Wiedergabe zu Erwerbszwecken vorgenommen wird.<sup>27</sup> Die Anwendung dieser Kriterien in der Rechtsprechung des EUGH ist nicht immer konsistent, was von Teilen der Literatur stark kritisiert wurde, teilweise dahingehend, dass einzelne Kriterien gar gänzlich verworfen werden.<sup>28</sup>

Die Kriterien, die das Element der Öffentlichkeit definieren sollen, können jedoch gerade dabei helfen, die Konturen des Begriffs zumindest zu umreißen und seine Funktion im Urheberrecht zu beleuchten. Das Kriterium der Neuheit in Bezug auf die Öffentlichkeit dient so scheinbar dazu, mögliche Verwertungspotentiale abzugrenzen. Jede einzelne Verwertungsmöglichkeit zielt somit auf eine Teilöffentlichkeit ab, nämlich eine solche, auf welche der Rechteinhaber oder ein vom Rechteinhaber autorisierter Dritter bei keiner der vorherigen Werkkommunikationen abgezielt hatte. Die gesamte Öffentlichkeit, oder die Allgemeinheit, wird für das Recht der öffentlichen Wiedergabe in Teilöffentlichkeiten unterteilt, die wirtschaftlich jeweils ihre eigene Relevanz besitzen. Eine Gesamtöffentlichkeit scheint es somit nicht zu geben, es sei denn es ist vom Verwerter eines Werkes so gewollt und er wählt eine Kommunikationsmethode technischer Natur, welche es jedem Mitglied der so definierten Öffentlichkeit ermöglicht, diese Kommunikation zu empfangen.

- 24 EUGH, C-610/15 *Ziggo*, Rdnr. 27; siehe auch EUGH, Urteil v. 15.3.2012, *SCF*, Case C-135/10, EU:C:2012:140, Rdnr. 86, wonach zumindest kleine Gruppen oder unbedeutende Personenzahlen ausgeschlossen sind.
- 25 GA Campos Sánchez-Bordona, Schlussanträge v. 25.4.2018, *Renckhoff*, Case C-161/17, EU:C:2018:279, Rdnr. 93.
- 26 EUGH, C-610/15 *Ziggo*, Rdnr. 28.
- 27 EUGH, C-610/15 *Ziggo*, Rdnr. 29; der EUGH erwähnte dieses wirtschaftliche Kriterium zuerst in EUGH, Urteil v. 7.12.2006, *SGAE v Rafael Hoteles*, Case C-306/05, EU:C:2006:764, Rdnr. 44 und anschließend in EUGH, C-135/10 *SCF*, wobei er die Wiedergabe von Radiosendungen in einer Zahnarztpraxis (kein Erwerbszweck) von der Bereitstellung von Fernsehgeräten in Hotelzimmern (Erwerbszweck) abgrenzte.
- 28 Rosati, C.M.L. Rev. (2017), p. 1236, hier insb. zum Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht, welchem der EUGH teilweise eine zentrale Rolle, teils eine gewisse, aber nicht entscheidende Relevanz beimisst, und welches das Gericht auch zeitweise vollkommen ignoriert. Hugenholtz & van Velze, IIC (2016), die Autoren treten dafür ein, dass das Kriterium der ‚neuen‘ Öffentlichkeit aus historischen, konzeptuellen und wirtschaftlichen Gründen überflüssig ist, (808-811), s. hierzu auch Torremans, P., When the Court of Justice of the European Union sets about defining exclusive rights: copyright *quo vadis?*, in: P. Torremans, *Research Handbook on Copyright Law* (Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing Ltd, 2017), (94).

## 2.1. Tendenzen in der EUGH-Rechtsprechung

Der EUGH neigt dazu den Begriff der öffentlichen Wiedergabe weit auszulegen.<sup>29</sup> Zunächst ist hierbei auf den Begriff der Wiedergabe und der Zugänglichmachung einzugehen. Das Gericht fordert hier jedenfalls keinen Akt einer konkreten, aktiven Übertragung. Zwar stellt die reine Bereitstellung physischer Einrichtungen keinen solchen Akt dar,<sup>30</sup> allerdings wendet das Gericht eine Mehrzahl von jeweils unterschiedlich gewichteten Kriterien an.<sup>31</sup> *Quintais* unterscheidet in der Rechtsprechung zwischen linearen Kommunikationsakten, bei denen der EUGH eine irgendwie geartete Übertragung voraussetzt, und *on-demand*-Zugriffen, welche keiner Übertragung bedürfen.<sup>32</sup> Es kommt auch nicht darauf an, ob *de facto* ein Werkkonsum erfolgt, schon die Weiterleitung eines TV-Signals an Fernseher in Hotelzimmern genügt den relativ geringen Anforderungen des Gerichts.<sup>33</sup>

Ebenso hat das Gericht zur Bestimmung des Begriffs der Öffentlichkeit, und speziell in seiner Differenzierung der ‚neuen‘ Öffentlichkeit, eine Vielzahl an nicht immer eindeutig festzulegenden Kriterien ersonnen.<sup>34</sup> Insbesondere ist hier hervorzuheben, dass einige dieser Kriterien teils auf den subjektiven Eindruck desjenigen abstellen, der den Akt der Wiedergabe an eine potenziell neue Öffentlichkeit vornimmt.

Hierbei kommt es teilweise auch darauf an, ob dem Handeln eine wirtschaftliche Motivation zugrunde liegt.<sup>35</sup> Allerdings mangelt es derzeit noch an einer Ausformung des Kriteriums der wirtschaftlichen Betätigung. Dieses stellt, wie gleich noch besprochen wird, einen weiteren Scheidepunkt dar, und kann auch im Einzelfall stark subjektiv geprägt sein. Nationale Gerichte haben hier jedoch bisher relativ geringe Standards angesetzt.

Durch eine recht weite Auslegung des Ausschließlichkeitsrechtes der öffentlichen Wiedergabe, welches eine Vielzahl von Akten umfasst, hat der EUGH Rechteinhabern einen weiten Schutzbereich gesichert. Dieser ist wiederum in bewusst steuerbare Teilöffentlichkeiten unterteilt, welche parallele und abgestufte Verwertungsmöglichkeiten darstellen.

29 Generell, wieder mit Verweis auf das hohe Schutzniveau, tendiert der EUGH dazu die Schutzrechte einer weiten Auslegung zu unterziehen, siehe nur EUGH, C-610/15 *Ziggo*, Rdnr. 22, EUGH, Urteil v. 26.4.2017, *Stichting Brein*, Case C-527/15, EU:C:2017:300, Rdnr. 27, EUGH, Urteil v. 8.9.2016, *GS Media*, Case C-160/15, EU:C:2016:644, Rdnr. 30.

30 Siehe Erwägungsgrund 17 der Urheberrechtsrichtlinie.

31 Rosati, C.M.L. Rev. (2017), (1236).

32 *Quintais*, JWILP (2018), 387.

33 EUGH, Urteil v. 07.12.2006, *SGAE v Rafael Hoteles*, Case C-306/05, EU:C:2006:764, Rdnrn. 32-47, ebenso EUGH, Urteil v. 27.2.2014, *OSA*, Case C-351/12, EU:C:2014:110, Rdnr. 26; siehe auch für das Zeigen Fernsehübertragungen in Gaststätten EUGH, C-429/08 *FAPL/Murphy*, Rdnr. 198.

34 Vgl. auch nach *GS Media*, Rosati, C.M.L. Rev. (2017), (1223).

35 EUGH, C-160/15 *GS Media*, Rdnr. 51.

## 2.2. Die gewollte ‚Öffentlichkeit‘ der Wiedergabe

In einer faktisch recht klaren Abgrenzung zwischen legal und illegal im Internet bereitgestellten Bildern hat der EUGH in *GS Media* geurteilt, dass beim Verlinken von Werken ein positives Wissen um die originäre zustimmungslose Werkeinstellung im Internet einen Akt der öffentlichen Wiedergabe nach sich zieht.<sup>36</sup> Ein ahnungsloser Verlinker würde generell keinen solchen Akt ausführen. Aber es wird beizeiten recht schwierig sein festzustellen, ob ein Nutzer beim Einstellen eines Hyperlinks sich dessen bewusst gewesen ist, dass die verlinkten Inhalte ohne die Erlaubnis des Rechteinhabers eingestellt worden waren. Jedenfalls hat der EUGH bisher keine Standards formuliert, an denen man dies objektiv feststellen könnte. Es besteht seit *GS Media* nun lediglich eine Vermutung, dass ein kommerzieller Nutzer, der zu frei zugänglichen Werken linkt, die Rechtmäßigkeit der Quellwerkes zunächst verifiziert.<sup>37</sup>

Betrachtet man den Akt der öffentlichen Wiedergabe aus der Sicht des Rechteinhabers, und nicht aus der Perspektive eines potenziellen Rechtsverletzers, fungiert das Kriterium der Zustimmung als potentes Kontrollinstrument. Bei einem autorisierten Akt der öffentlichen Wiedergabe bestimmt gerade der Rechteinhaber selbst die Öffentlichkeit, der Umfang dieser ist somit dessen Willen unterworfen und wird maßgeblich von diesem geformt. Die Rechtsprechung zu Hyperlinks kann hierbei teilweise irreführend sein, was der besonderen ubiquitären Natur des Internet geschuldet ist. Hier ging der EUGH scheinbar davon aus, dass das freie Einstellen eines Werkes im Internet mit Zustimmung des Rechteinhabers so zu verstehen ist, dass dieser das Werk der gesamten Menschheit zugänglich machen möchte, zumindest dem Teil der Menschheit, der regelmäßig über Zugang zum Internet verfügt.

Abstrakt betrachtet ist die Öffentlichkeit für einen konkreten Kommunikationsakt der Personenkreis, den der rechtmäßig Verfügende bei der Kommunikation oder Zurverfügungstellung eines Werkes willentlich adressiert. Es handelt sich objektiv betrachtet um den Personenkreis, der praktisch die technischen Möglichkeiten besitzt die Kommunikation zu empfangen und ggf. wirtschaftlich dazu bereit und befähigt ist den einseitig vom Verfügenden bestimmten, nicht verhandelbaren Preis für den Zugang zu den Werken zu bezahlen. Die Konditionen des Zugriffs auf das Werk sind mithin dem Willen des Verfügenden unterworfen

Innerhalb eines so bestimmten Empfängerkreises, bzw. im beschränkten Kreis einer Teilöffentlichkeit, an die ein Werk kommuniziert worden ist, darf dann, so ist zumindest die Auslegung des EUGH zu interpretieren, das Werk mit den gleichen technischen Mitteln – also auch durch Verlinkung – weiterkommuniziert werden.<sup>38</sup> Wird zur weiteren Werkver-

36 EUGH, C-160/15 *GS Media*, Rdnr. 49.

37 Kritisch hierzu Rosati, C.M.L. Rev. (2017), (1232).

38 Dies ergibt sich im Umkehrschluss aus *ITV*. Obwohl sicher von wenig praktischer Relevanz, so kann jedoch in der gleichen Teilöffentlichkeit ein Werk mit den gleichen technischen Mitteln re-kommuniziert werden, da dadurch weder eine technische noch quantitative neue Öffentlichkeit erreicht würde.

breitung ein anderes technisches Mittel eingesetzt, also auch ein anderes Kommunikationsmedium genutzt, bedarf diese neue Verbreitung wiederum einer Erlaubnis. Durch einen neuen Kommunikationspfad wird aber nicht notwendig eine neue Öffentlichkeit angesprochen, jedoch stellt eine alternative technische Zugriffsmöglichkeit, und somit eine Zugänglichmachung, eine neue wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit dar.

Generalanwalt Sanchez Cármos-Bordona argumentierte in *Renckhoff*, dass ein neues Publikum dann nicht vorliegen kann, wenn ein Werk, welches frei zugänglich im Internet verfügbar ist und nicht durch technische Maßnahmen in seiner Verbreitung beschränkt ist, frei weiterverbreitet werden kann. Das Internet scheint hier intuitiv als globale und unbeschränkte Öffentlichkeit verstanden worden zu sein, im Sinne eines reinen Öffentlichkeitsbegriffes. Dies trägt der Rolle des Internets als grenzenlosem Informationspool oder Medienrepositorium Rechnung. Nutzer könnten in Abwesenheit verbreitungsbeschränkender Maßnahmen davon ausgehen, dass sie das Werke ohne vorherige Erlaubnis durch den Urheber weiter verbreiten dürfen.<sup>39</sup> Diese Begründung scheint aber auf die Nutzung von frei verfügbaren und ungekennzeichneten Werken beschränkt zu sein, da eine andere Auslegung, so der Generalanwalt, der Logik des Internets zuwiderlaufen würde.<sup>40</sup> Dieser Argumentation hat der EUGH jedoch explizit widersprochen. Die Öffentlichkeit eines im Internet veröffentlichten Werkes ist somit auf diejenigen Nutzer beschränkt, die üblicherweise eine bestimmte Webseite besuchen. Demnach kommt es gerade darauf an, das Ausmaß der Nutzung eines Werkes kontrollieren zu können, wenn notwendig durch den Entzug des Werkes aus der Öffentlichkeit.<sup>41</sup> Dies ermöglicht es einem Rechteinhaber auch beim Übertreten der quantitativen Schwelle zur Öffentlichkeit immer noch eine gezielte Marktsegmentierung zu verwirklichen, durch welche sich vielfache Verwertungsmöglichkeiten ergeben.

### 2.3. Ökonomische Motivation und technische Empfängerbeschränkung

Im Urheberrecht erfährt der Begriff der Öffentlichkeit eine Stückelung. Es existiert nicht nur eine Gesamtöffentlichkeit, vielmehr existieren Teilöffentlichkeiten, die jeweils ihre eigene wirtschaftliche Relevanz besitzen. Ein Werk, welches willensgesteuert in die segmentierten Teilöffentlichkeiten kommuniziert wird, eröffnet dem Rechteinhaber somit mehrere Verwertungsmöglichkeiten. Dieser hat demnach ein Interesse daran, die Teilöffentlichkeiten als voneinander abgeschottete Verwertungssphären zu erhalten. Je nach Verwertungsart in

39 GA Sánchez Cármos-Bordona, C-161/17 *Renckhoff*, Rdnr. 104.

40 GA Sánchez Cármos-Bordona, C-161/17 *Renckhoff*, Rdnr 106.

41 Mit Verweisen auf EUGH, C-429/08 *FAPL/Murphy*, Rdnr. 193; EUGH, Urteil v. 7.3.2013, *ITV Broadcasting*, Case C-607/11, EU:C:2013:147, Rdnrn. 28-30; EUGH, *Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním, o.s. (OSA) v Léčebné lázně Mariánské Lázně a. s.*, available at: accessed: 2014 27.02., Rdnr. 25; EUGH, Urteil v. 19.11.2015, *SBS Belgium*, Case C-325/14, EU:C:2015:764, Rdnr. 16; EUGH, Urteil v. 31.5.2015, *Reha Training*, Case C-117/15, EU:C:2016:379, Rdnrn. 37-39 für lineare Kommunikation und EUGH, C-527/15 *Stichting Brein*, Rdnr. 36 und EUGH, C-610/15 *Ziggo*, Rdnr. 31; Quintais, JWILP (2018), 390.

einer bestimmten Verwertungssphäre kann das wirtschaftliche Verwertungspotenzial unterschiedlich hoch sein. Jedoch erst durch eine Trennung der einzelnen Potenziale lässt sich der wirtschaftliche Wert eines Werkes ausreizen. Dies berechtigt einen Rechteinhaber zwar nicht seine Rechte gewinnmaximierend zu schützen. Jedoch muss der Schutz der Ausschließlichkeitsrechte, insbesondere auch des Rechtes der öffentlichen Wiedergabe, einem Rechteinhaber eine angemessene Vergütung für die Nutzung seiner Rechte garantieren.<sup>42</sup> Bei der Bestimmung dieser angemessenen Vergütung spielt das quantitative Element einer bestimmten Öffentlichkeit eine wesentlich Rolle.<sup>43</sup>

So besteht für Rechteinhaber der Anreiz die Teilöffentlichkeiten so zu strukturieren, dass möglichst viele verschiedene Verwertungspotenziale verwirklicht werden können. Zum effektiven Schutz der einzelnen Verwertungssphären kann hier einerseits die *ITV*-Rechtsprechung herangezogen werden, wonach jede technische Variante der Kommunikation eines Werkes einen eigenen Verwertungsakt darstellt.<sup>44</sup> Andererseits können auch im Sinne der Argumentation des EUGH in *Renckhoff* durch technische Schutzmaßnahmen oder Zugangsbeschränkungen dem Nutzer die Grenzen einer bestimmten Teilöffentlichkeit aufgezeigt werden. Es kann so signalisiert werden, dass einerseits ein Werk nicht weiterverbreitet werden darf, oder dass eine Person, die einer Teilöffentlichkeit nicht angehört, keinen rechtmäßigen Zugang zu einem Werk hat, auch wenn diese Zugang durch technische Mittel, oder die Umgehung solcher, erlangen könnte.

Insbesondere sind auch vom Rechteinhaber angewandte technische Schutzmaßnahmen durch die Vorschriften des Urheberrechts geschützt, sodass der Wille des Rechteinhabers nicht durch Umgehung dieser Maßnahmen überwunden werden kann.<sup>45</sup>

### 3. Parallelen zur Erschöpfungslehre

Ein positiv formuliertes Erschöpfungsgebot existiert für das Recht der öffentlichen Wiedergabe nicht, dieses wird sogar in Artikel 3 Abs. 3 der Urheberrechtsrichtlinie explizit ausgeschlossen.<sup>46</sup> Jedoch verleitet die Rechtsprechung des EUGH zum Hyperlinking durchaus

42 So z.B. Erwägungsgrund 10 der Urheberrechtsrichtlinie, siehe auch EUGH, C-429/08 *FAPL/Murphy*, Rdnr. 108-109.

43 EUGH, C-429/08 *FAPL/Murphy*, Rdnr. 109.

44 EUGH, C-607/11 *ITV Broadcasting*, Rdnr. 39.

45 So bietet Artikel 6 der Urheberrechtsrichtlinie Rechteinhabern Schutz gegen die Umgehung technischer Schutzmaßnahmen. Insb. Abs. 3, in welchem „technische Maßnahmen“ definiert werden, bestimmt, dass technische Maßnahmen gegen Umgehung geschützt sind, die sicherstellen sollen, dass Handlungen die keiner Genehmigung des Rechteinhabers unterliegen. Der EUGH hat die Vorschrift dahingehend ausgelegt, dass in bestimmten Fällen eine Umgehung solcher Maßnahmen gerechtfertigt ist, allerdings nur, wenn tatsächlich und mehrheitlich rechtmäßige Handlungen dadurch ermöglicht werden sollen, s. hierzu EUGH, of 23.1.2014, *Nintendo v PC Box*, Case C-355/12, EU:C:2014:25, Rdnr. 31.

46 Siehe auch die Diskussion in *Renckhoff* (Rdnrn. 32-34), gegensätzlich dazu GA Campus Sánchez-Bordona (Rdnr. 104). Der Generalanwalt argumentierte, dass eine – von ihm so nicht titulierte –

dazu, leichte Analogien zwischen den Effekten der Erschöpfung in Bezug auf Werkstücke und des Einstellens von anschließend frei zugänglichen urheberrechtlich geschützten Inhalten zu ziehen. So bezeichnet *Mezei* die Rechtsfolgen einer freien, unbeschränkten Zugänglichmachung von Werken im Internet, und somit in unkörperlicher Form, auch als „*next level exhaustion*“.<sup>47</sup>

Grundlegend sieht Artikel 4(2) der Urheberrechtsrichtlinie vor, dass Kopien geschützter Werke frei im europäischen Binnenmarkt zirkulieren können, wenn sie mit Zustimmung des Rechteinhabers erstmals in Umlauf gebracht worden sind.<sup>48</sup> Jedweder Eigentums- oder Besitzübergang, der dem erstmaligen Inverkehrbringen folgt, ist der Kontrolle des Rechteinhabers entzogen. Bringt dieser also willentlich eine bestimmte Werkkopie in Umlauf, kann er das weitere Schicksal des physischen Gegenstandes nicht weiter kontrollieren. Dies bedeutet jedoch nicht, dass basierend auf dem Werkstück weitere Kopien angefertigt werden können, wogegen systematisch schon allein die Existenz des allein stehenden Reproduktionsrechtes steht.

Die urheberrechtliche Erschöpfungslehre in ihrer Anwendung auf das Verbreitungsrecht bietet auch über die Voraussetzung der „Zustimmung“ zur Erstübertragung des Eigentums an einer Werkkopie einen terminologischen Anknüpfungspunkt.<sup>49</sup> Für beide Ausschließlichkeitsrechte ist der konkrete Wille des Rechteinhabers maßgeblich, je nach Ausformung des Willens können Nutzer mit dem (teilweise) freigegebenen Werk oder der Werkkopie weiter verfahren, insbesondere kann durch den Willen das quantitative Ausmaß des Empfängerkreises bestimmt werden. Zwar muss auch bei einer Verbreitungshandlung gem. Artikel 4 Abs. 1 eine Öffentlichkeit Ziel ebenjener Verbreitungshandlung sein, dieses Kriterium wurde in der Rechtsprechung in Bezug auf das Verbreitungsrecht jedoch bisher nicht problematisiert. Es ist jedoch davon auszugehen, dass ein Verkauf schon eines Einzelstücks<sup>50</sup> die Erschöpfung des Verbreitungsrechtes auslöst, solange dieser Verkauf nicht im unmittel-

Erschöpfungswirkung nur dann eintrete, wenn der Rechteinhaber sein Werk frei zugänglich und ohne weitere Schutzmaßnahmen oder Hinweise auf eine Webseite einstelle.

- 47 Mezei, P., *Copyright Exhaustion: Law and Policy in the United States and the European Union*, Cambridge University Press, (Cambridge, 2018), (141).
- 48 Artikel 4(2) Urheberrechtsrichtlinie kodifiziert die ständige Rechtsprechung des EUGH zur Erschöpfungslehre und ist ursprünglich auf die Urteile in EUGH, Urteil v. 8.06.1971, *Deutsche Grammophon*, Case 78/70, EU:C:1971:59 und EUGH, Urteil v. 20.1.1981, *Musik-Vertrieb*, Joined cases 55/80 und 57/80, EU:C:1981:10 zurückzuführen.
- 49 Wörtlich lautet Artikel 4, Abs. 2 der Urheberrechtsrichtlinie: „Das Verbreitungsrecht erschöpft sich in der Gemeinschaft in Bezug auf das Original oder auf Vervielfältigungsstücke eines Werks nur, wenn der Erstverkauf dieses Gegenstands oder eine andere erstmalige Eigentumsübertragung in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung erfolgt.“.
- 50 Vgl. den Wortlaut der Vorschrift: „dass den Urhebern in Bezug auf das Original ihrer Werke oder auf Vervielfältigungsstücke davon das ausschließliche Recht zusteht“ (Artikel 4, Abs. 1, Urheberrechtsrichtlinie).

baren Familien-, Bekannten-, oder Freundeskreis stattfindet.<sup>51</sup> Lediglich explizite vertragliche Beschränkungen würden somit einem Weiterverkauf eines Werkes oder einer Werkkopie entgegenstehen.

Dies lässt klare Parallelen zur Rechtsprechung des EUGH zum Hyperlinking erkennen. Der Unterschied bei physischen Werkkopien ist hier, dass sobald eine Kopie eines Werkes mit Zustimmung des Urhebers im europäischen Binnenmarkt in Umlauf gesetzt worden ist, die Weiterveräußerung dieser Kopie in unverändertem Zustand nicht durch den Rechteinhaber unterbunden werden kann. Wäre der EUGH in *Renckhoff* jedoch dem Generalanwalt Campos Sánchez-Bordona, gefolgt, wäre dies auch dann für digitale Werke bei nichtwirtschaftlichen Nutzungen möglich gewesen, wenn diese scheinbar frei im Internet verfügbar sind. So hätte ein Rechteinhaber nur durch die Anwendung technischer Maßnahmen, die das weitere Verbreiten von Werken erschweren, oder durch eine konkrete Willensäußerung deutlich machen können, dass das geschützte Werk gerade nicht zur Weiterverbreitung freigegeben ist.<sup>52</sup> Dieser Interpretation hat der EUGH eine deutliche Absage erteilt, mit explizitem Verweis auf die Funktionsweise und den Sinn und Zweck der Erschöpfungslehre.

Vergleicht man den Ansatz des Generalanwaltes in *Renckhoff* mit der bisher einzigen Anwendung des Erschöpfungslehre auf digitale Werkkopien in *UsedSoft*,<sup>53</sup> so finden sich dort ähnliche Argumentationsmuster.<sup>54</sup> In *UsedSoft* erlaubte der EUGH den Weiterverkauf digital in den Verkehr gebrachter Computerprogramme, allerdings nur in der Stückzahl und

- 51 Mit Verweis auf den Öffentlichkeitsbegriff unter Artikel 3 der Urheberrechtsrichtlinie s. Stamatoudi, I. & Torremans, P., *The Information Society Directive*, in: I. Stamatoudi & P. Torremans, *EU Copyright Law: A Commentary* (Cheltenham, Northampton: Edward Elgar Publishing, 2014), Rdnrn. 11.45. u. 11.31.
- 52 GA Campos-Bordona, C-161/17 *Renckhoff*, Rdnr. 74; der Generalanwalt erwähnt hier insbesondere auch, dass im Sinne eines gerechten Interessenausgleichs einem privaten Nutzer, der ohne Gewinnerzielungsabsicht handelt, keine Pflicht zur vorherigen Prüfung aufgelastet werden kann, die darauf abzielt festzustellen, ob ein frei im Internet verfügbares Werk auch tatsächlich urheberrechtlich geschützt ist und mit Zustimmung des Rechteinhabers öffentlich zugänglich gemacht worden ist. Im konkreten Fall schlägt der Generalanwalt vor, dass ein Nutzer davon ausgehen kann, dass ein Rechteinhaber einer Nutzung seines Werkes zu Unterrichts Zwecken generell zustimmt (Rdnr. 78).
- 53 EUGH, Urteil v. 3.7.2012, *UsedSoft*, Case C-128/11, EU:C:2012:407.
- 54 Jedoch ist anzumerken, dass die Entscheidung in *UsedSoft* (EUGH, C-128/11 *UsedSoft*) auf Basis der Softwarerichtlinie gefällt wurde, welche in ihrem Anwendungsbereich nicht zwischen dem Recht der öffentlichen Wiedergabe oder Zugänglichmachung und dem Verbreitungsrecht unterscheidet. Zudem sind für Computerprogramme andere Schranken vorgesehen, welche in diesem Fall wesentlich zum Tragen kamen. Für eine ausführliche Kommentierung des Falles siehe: Göbel, A., *The principle of exhaustion and the resale of downloaded software – The UsedSoft / Oracle case*, (9) *European Law Reporter* (2012), 228-234; Hartmann, T., *Weiterverkauf und „Verleih“ online vertriebener Inhalte*. Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 3. Juli 2012, Rs. C-128/11 – *UsedSoft*./ Oracle, 61(11) *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil* (2012), 980-989; Hoeren, T. & M. Försterling, *Onlinevertrieb „gebrauchter“ Software*. Hintergründe und Konsequenzen der EuGH-Entscheidung “UsedSoft”, 15(10) *MultiMedia und Recht* (2012), 642-647; Linklater, E., *UsedSoft and the Big Bang Theory: Is the e-Exhaustion Meteor about to Strike?*, 5(1) *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce*

unter den gleichen Bedingungen, denen der Rechteinhaber ursprünglich zugestimmt hatte. Auch hier verweist das Gericht darauf, dass der spezifische Gegenstand des Urheberrechts dem Rechteinhaber lediglich eine angemessene Vergütung zugestehet.<sup>55</sup> Eine weitere Kontrollmöglichkeit über den Erstverkauf hinaus sei somit nicht zu rechtfertigen.<sup>56</sup>

Die Erschöpfungslehre wurde auch gerade dazu entwickelt, um Sicherheit im Rechtsverkehr zu gewähren und die freie Zirkulation von rechtmäßigen Werkkopien zu ermöglichen. Hierzu wird die Verfügungsgewalt nach dem ersten Eigentumsübergang vom Rechteinhaber oder einer von diesem autorisierten Person auf den ersten Erwerber als erloschen angesehen. Der Empfänger und jeder weitere individuelle Empfänger können anschließend weiter nach ihrem Willen über die Werkkopie verfügen, ohne jedoch weitere Kopien zur Verbreitung des Werkes anfertigen zu dürfen. Der Ausgangspunkt ist jedoch die willensbasierte ‚Freilassung‘ der konkreten Werkkopie, wodurch das wirtschaftliche Potenzial in Bezug auf das konkrete Objekt realisiert wird.

### 3.1. Willensabhängige Marktzuführung

Das terminologische Äquivalent zur Öffentlichkeit in Bezug auf das Verbreitungsrecht lässt sich nicht so feinstrukturiert in ökonomische Einheiten unterteilen. Zwar bestehen auch bei der physischen Verbreitung von Werkträgern abgestufte Märkte. Jedoch einmal in den Verkehr gebracht, kann eine Werkkopie beliebig transferiert werden. Dies liegt auch daran, dass der Bezugspunkt der Erschöpfungslehre die Kopie eines Werkes, jedoch gerade nicht das Werk selbst ist. Die Kopie eines Werkes zeichnet sich durch ihre Knappheit aus, kann somit auch nur einmal originär verwertet werden. Jedoch kann das Marktpotenzial durch die

*Law* (2014), 12-22; Rognstad, O.-A., Legally Flawed but Politically Sound? Digital Exhaustion of Copyright in Europe after UsedSoft, 1(1) *Oslo Law Review* (2014), 1-19; Rubí Puig, A., Copyright Exhaustion Rationales and Used Software. A Law and Economics Approach to Oracle v. UsedSoft, 4(3) *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* (2013), 159-178; Savič, M., The legality of resale of digital content after UsedSoft in subsequent German and CJEU case law, 37(7) *European Intellectual Property Review* (2015), 414-429; Senftleben, M., Die Fortschreibung des urheberrechtlichen Erschöpfungsgrundsatzes im digitalen Umfeld. Die UsedSoft-Entscheidung des EuGH: Sündenfall oder Befreiungsschlag?, 65(40) *Neue Juristische Wochenschrift* (2014), 2924-2927; Targosz, T., The UsedSoft case – exhaustion online, (2012 25.04.), 10.1.2016, insbesondere und auch mit Hinblick auf die Anwendung der Erschöpfungslehre auf digitale Inhalte i.R.d. Urheberrechtsrichtlinie siehe: Apel, S., Keine Anwendung der »UsedSoft«-Rechtsprechung des EuGH jenseits von Computerprogrammen – Eine Bestandsaufnahme zur Erschöpfung bei »gebrauchten« digitalen Gütern, *Zeitschrift für Geistiges Eigentum/Intellectual Property Journal* (2015), 640-648; Mezei, P., Digital First Sale Doctrine Ante Portas. Exhaustion in the Online Environment, 6(1) *Journal of Intellectual Property, Information Technology and E-Commerce Law* (2015), 23-71; Mezei, *Copyright Exhaustion: Law and Policy in the United States and the European Union* (2018), Kapitel 4.1, Jütte, B. J., *Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market: Between Old Paradigms and Digital Challenges*, Nomos, (Baden-Baden, 2017), (168-193).

55 EUGH, C-128/11 *UsedSoft*, Rdnr 63.

56 Kritisch zur Argumentation, im Ergebnis jedoch zustimmend: Rognstad, OSLaw (2014).

Anzahl der Werkkopien, die gleichzeitig angeboten werden, gesteuert werden. So bleibt es dem Rechteinhaber überlassen, wie viele Erstkäufer zu einem bestimmten Zeitpunkt Zugriff auf eine der Werkkopien haben. So kann auch bei physischer Vermarktung eine insbesondere zahlenmäßig beschränkte Öffentlichkeit willentlich gesteuert werden. Auch ist es dem Rechteinhaber möglich, Werkkopien in verschiedenen Konfigurationen anzubieten. So bestehen für Bücher gesonderte Märkte für gebundene Bücher und Taschenbücher, die sich auch in ihrer Preisstruktur und der zeitlichen Staffelung unterscheiden.

Für die beschränkte Anwendung der digitalen Erschöpfung hat der EUGH auch bestimmte Regeln festgelegt. So kann per Download erworbene Computersoftware nur dann rechtmäßig weiterverkauft werden, wenn die ursprünglichen Lizenzbestimmungen auch für den Zweitkäufer gelten. So kann nach *UsedSoft* eine Softwarelizenz nur unter der Voraussetzung weiterveräußert werden, dass die Lizenz als Gesamtpaket, also so wie sie vom ursprünglichen Verkäufer vermarktet wurde, erworben wird.<sup>57</sup>

Bei der Kalkulation des Marktpreises kann der Rechteinhaber dann Verluste durch konkurrierende Zweit- und Drittverwertungen auf nachgeschalteten Märkten einkalkulieren. Somit ist der Wille, der die quantitative Dimension und die Art und Weise einer Marktzuführung von Werkkopien konkret ausformt, nicht unwesentlich durch wirtschaftliche Faktoren beeinflusst.

### 3.2. Unerschöpftheit bei digitaler Marktzuführung

Der spezifische Gegenstand von Geistigen Eigentumsrechten garantiert es den jeweiligen Rechteinhabern allerdings nicht, den höchstmöglichen Ertrag für die Verwertung ihrer Rechte verlangen zu können. Es wird ihnen lediglich zugestanden eine angemessene Vergütung für jede zustimmungspflichtige Nutzung ihrer Schutzgegenstände zu verlangen.<sup>58</sup> Dies ergibt sich aus dem fünften Erwägungsgrund der Richtlinie über verwandte Schutzrechte und dem zehnten Erwägungsgrund der Urheberrechtsrichtlinie, welche Rechteinhabern allgemein eine „angemessene Vergütung“ für die Nutzung Ihrer Werke zugestehen.<sup>59</sup> Nun ergeben sich für Werke in der Onlinenutzung eine Vielzahl von Verwertungsmöglichkeiten, bei denen ein Nutzer regelmäßig keine permanente Kopie des Werkes zurückbehält, sondern technisch oder vertraglich auf bestimmte Nutzungsformen beschränkt wird. Die Gesamtheit dieser parallelen Nutzungen stellt somit für ein Werk in digitaler Form das Vermarktungspotenzial dar.<sup>60</sup> Eine andere Preisstruktur der Einzelnutzungen über verschiedene Onlineverwertungen (z.B. Download und Streaming) rechtfertigt somit die Nichtanwendung der Erschöpfungslehre auf digitale Inhalte. Dieses Argument greift jedoch nicht unbe-

57 EUGH, C-128/11 *UsedSoft*, Rdnr. 69.

58 EUGH, C-429/08 *FAPL/Murphy*, Rdnrn. 108-110.

59 EUGH, C-128/11 *UsedSoft*, Rdnr. 63.

60 Zur Abgrenzung der einzelnen Vermarktungsformen siehe Jütte, B. J., Coexisting digital exploitation for creative content and the private use exception, 24(1) *International Journal of Law and Information Technology* (2016), 1-21.

dingt, wenn durch die einmalige digitale Verwertung und eine entsprechende technische Simulation der physischen Güternknappheit ein gleicher Zustand im digitalen wie auch im physischen Vertrieb hergestellt werden könnte.<sup>61</sup> Eine solche Knappheit kann durch die Anwendung technischer Schutzmaßnahmen durchaus gesteuert werden.<sup>62</sup> So könnte eine funktionale Äquivalenz zwischen digitalen und physischen Werkkopien hergestellt werden, auch dahingehend, dass eine bestimmte Öffentlichkeit nicht gegen den Willen des Rechteinhabers vergrößert wird. So hat der EUGH z.B. in *TU Darmstadt* argumentiert, dass digitalisierte Werke, die auf Basis physischer Werkkopien von einer Bibliothek erstellt worden sind, nur so vielen Personen gleichzeitig zugänglich gemacht werden dürfen, wie physische Werkkopien des Werkes in der Bibliothek vorhanden sind.<sup>63</sup> Auch hier lässt sich also die Öffentlichkeit nicht quantitativ erweitern.

Es lässt sich noch eine weitere interessante Parallele zwischen der Erschöpfungslehre und dem Recht der öffentlichen Wiedergabe ziehen. Das Recht der öffentlichen Wiedergabe ist nicht ‚erschöpft‘, wenn zur weiteren Werkverbreitung eine andere Übertragungstechnik verwendet wird.<sup>64</sup> Das originäre Transportmedium wird durch ein anderes substituiert und das Sendesignal wird in vielen Fällen auch anders genutzt. So lassen sich sicherlich gute Argumente konstruieren, warum die Weiterleitung eines terrestrischen TV-Signals über Satellit, oder die gleichzeitige Zurverfügungstellung als Live-Stream einer erneuten Zustimmung durch den Rechteinhaber bedürfen; eben weil sie jeweils eine eigene wirtschaftliche Funktion erfüllen und somit eine jeweils eigene Öffentlichkeit ansprechen.

Ein konzeptuell ähnlicher Sachverhalt lag dem Verfahren in *Art & Allposters International* zugrunde.<sup>65</sup> Hier wurde durch einen Dritten und ohne die Zustimmung des Rechteinhabers eine Werkkopie auf ein anderes Trägermedium transferiert. Der EUGH beschied, dass die Erschöpfungslehre nicht auf diesen Sachverhalt anzuwenden sei, da der Anknüpfungspunkt der individualisierten Kopie bei der weiteren Verbreitung des Werkes fehle.

61 So argumentiert z.B. Mezei, *Copyright Exhaustion: Law and Policy in the United States and the European Union* (2018), (148 ff).

62 So z.B. der EUGH in C-128/11 *UsedSoft*, Rdnr. 79. Siehe auch die Argumentation der niederländischen Gerichte in *Tom Kabinet* (The Netherlands, Gerichtshof Amsterdam 20 January 2015, NL:GHAMS:2015:66, Judgment *NL:GHAMS:2015:66* (Gerichtshof Amsterdam), 20 January 2015; The Netherlands, Rechtbank Amsterdam 21 July 2014, NL:RBAMS:2014:4360, Judgment *NL:RBAMS:2014:4360* (Rechtbank Amsterdam), 21 July 2014); hierzu Jütte, *Reconstructing European Copyright Law for the Digital Single Market: Between Old Paradigms and Digital Challenges* (2017), (175-182).

63 In diesem Fall definierte der EUGH die Öffentlichkeit als „[alle Mitglieder] der Öffentlichkeit, die in den Räumlichkeiten der Einrichtung zu Zwecken der Forschung und privater Studien eigens hierfür eingerichtete Terminals benutzen“ (EUGH, Urteil v. 11.9.2014, *TU Darmstadt*, Case C-117/13, EU:C:2014:2196, Rdnr. 42). Da eine öffentliche Bibliothek generell für jedermann zugänglich ist, ist in dieser Öffentlichkeit jedermann erfasst, jedoch ist durch die faktisch dingliche Beschränkung von physischen Buchexemplaren der Personenkreis, der gleichzeitig ein bestimmtes Werk einsehen kann, rein praktisch auf die Anzahl der verfügbaren Werkexemplare beschränkt.

64 EUGH, C-607/11 *ITV Broadcasting*, Rdnr. 39.

65 EUGH, Urteil v. 22.1.2015, *Art & Allposters International*, Case C-419/13, EU:C:2015:27.

Tragendes Argument war hier, dass durch den Austausch des Transportmediums eine neue Kopie erstellt worden war, und das Inverkehrbringen dieser neuen Kopie der Zustimmung des Rechteinhabers bedarf.<sup>66</sup> Diese Begründung wurde hier erneut durch ein wirtschaftliches Argument gestützt, welches schon in *FAPL/Murphy* und *Rafael Hoteles* ins Feld geführt wurde. Die Beschränkung der Verbreitung in veränderter körperlicher Form bedarf einer weiteren Zustimmung durch den Rechteinhaber, wenn durch die Weiterverbreitung in veränderter Form, somit auf einem anderen Medium, ein vorher nicht genutztes wirtschaftliches Potenzial ausgeschöpft wird.<sup>67</sup> An diesem muss der Rechteinhaber partizipieren dürfen, um ihm eine Vergütung zuzusichern, die in einem „vernünftigen Verhältnis zum wirtschaftlichen Wert der Verwertung des geschützten Gegenstands“ steht.<sup>68</sup>

Mit der Ausnahme von Computerprogrammen ist es somit zumindest fraglich, ob eine Anwendung der Erschöpfungslehre auf digitale Werkkopien rechtlich zulässig ist, bisher spricht viel dagegen. Dies stellt zweifelsohne ein Hindernis für einen direkten Vergleich der beiden Ausschließlichkeitsrechte dar, ändert jedoch nichts an der Vergleichbarkeit der dargelegten Argumente.

#### 4. Horizontale Anknüpfungspunkte

Für verkörperte Werkkopien ist die Veröffentlichung der wesentliche Anknüpfungspunkt für die wirtschaftliche Verwertung eines Werkes, hingegen stellt die öffentliche Wiedergabe das unkörperliche Äquivalent des physischen Inverkehrbringens dar. Während eine Veröffentlichung in Bezug auf eine konkrete Werkkopie nur einmal vorgenommen werden kann, kann ein Werk hingegen beliebig oft kommuniziert und somit verwertet werden. Durch technische Beschränkungen ist ein Werk, welches durch öffentliche Wiedergabe oder Zugänglichmachung verwertet wird, besser zu kontrollieren. Die Kontrolle wird durch konstruierte Öffentlichkeiten gesteuert.

Der Begriff der Öffentlichkeit, der hier durch das Begriffskonstrukt des potenziellen rechtmäßigen Empfängerkreises ersetzt werden kann, ist im Urheberrecht maßgeblich ökonomisch geprägt. Die Gründe hierfür sind tief in der Genese des europäischen Urheberrechts verankert, welche durch wirtschaftliche Überlegungen vor dem Hintergrund der Entwicklung des europäischen Binnenmarktes zu verstehen sind. Aber auch die fortschreitende Digitalisierung und die Veränderung des Konsumverhaltens in Bezug auf urheberrechtliche geschützte Werke haben einen bedeutenden Einfluss auf die rechtliche Konstruktion der Öffentlichkeit gehabt.

66 EUGH, C-419/13 *Art & Allposters International*, Rdnr. 45-46.

67 EUGH, C-419/13 *Art & Allposters International*, Rdnr. 48.

68 EUGH, C-419/13 *Art & Allposters International*, Rdnr. 48.

#### 4.1. Der potenzielle Empfängerkreis

Der Kreis der Personen, denen ein Werk physisch, drahtlos oder drahtgebunden zugänglich ist, ist jedenfalls quantitativ durch die Knappheit der Werkkopien und technische Zugangsvoraussetzungen bestimmt. Hinzu kommt beim Recht der öffentlichen Wiedergabe selbst bei praktisch freier Zugänglichkeit eine subjektive Beschränkung des Empfängerkreises.<sup>69</sup> Eine weitere Verbreitung eines Werkes, oder von Teilen davon, durch Reproduktion und Verbreitung durch öffentliche Wiedergabe, ist regelmäßig nicht erlaubt. Ausnahmsweise kann eine Schrankenbestimmung eingreifen, dergemäß eine zustimmungsfreie Nutzung erlaubt sein kann. Der Drei-Stufen-Test<sup>70</sup> allein kann schon darüber Aufschluss geben, welche Auswirkungen die Anwendung bestimmter Schrankenbestimmungen auf einen Öffentlichkeitsbegriff hat, ohne dass auf die einzelnen Schrankenbestimmungen individuell eingegangen werden müsste. So können Schrankenbestimmungen ganz generell den Empfängerkreis über den vom Rechteinhaber gewollten hinaus vergrößern, hierzu sind jedoch die konkreten Bestimmungen der einzelnen Urheberrechtschranken zu beachten, welche sich alle am Drei-Stufen-Test messen lassen müssen.<sup>71</sup> Im Rahmen dieser Bedingungen können zwar zweckgebunden neue Öffentlichkeiten erschlossen werden. Allerdings sind unter der zweiten Stufe des Tests wirtschaftlich konkurrierende Nutzungen ausgeschlossen, welche die normale Verwertung des Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes beeinträchtigen würden.<sup>72</sup> Somit ist der Empfängerkreis nicht absolut abgegrenzt und vollkommen durch den Rechteinhaber kontrollierbar, aber die wirtschaftlich relevante Öffentlichkeit kann von diesem weiterhin effektiv kontrolliert werden.

#### 4.2. Wirtschaftliches Ausschöpfungspotential

Ein so durch das Kriterium der Öffentlichkeit bestimmter Empfängerkreis, der die Existenz mehrerer Öffentlichkeiten nebeneinander ermöglicht, erlaubt es dem Rechteinhaber ver-

- 69 Besonders bei digitaler Werkverbreitung ergibt sich das Problem, dass die subjektive Empfängerbeschränkung für einen Nutzer nicht unbedingt erkennbar sein wird. Seit *Renckhoff* ist nun klar, dass das *Svensson*-Konzept einer Öffentlichkeit (alle Internetnutzer) auf Akte des Verlinkens beschränkt ist, und weitere Reproduktionsakte auf anderen als Webseiten einen weiteren Akt der öffentlichen Wiedergabe darstellen.
- 70 Artikel 5 Abs. 5 Urheberrechtsrichtlinie, der Wortlaut der Vorschrift ist: „Die in den Absätzen 1, 2, 3 und 4 genannten Ausnahmen und Beschränkungen dürfen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden.“.
- 71 Siehe GA *Cámpos-Bordona*, C-161/17 *Renckhoff*, Rdnr. 70, siehe auch zu den Adressaten des Tests: Arnold, R. & E. Rosati, Are national courts the addressees of the InfoSoc three-step test?, 10(10) *Journal of Intellectual Property Law & Practice* (2015), 741-749.
- 72 Ausführlich hierzu Senftleben, M., *Copyright, Limitations and the Three-Step Test: An Analysis of the Three-Step Test in International and EC Copyright Law*, Kluwer Law International, (The Hague, 2004), (168-209).

schiedene Märkte voneinander abzugrenzen. Diese Märkte können zeitlich oder technisch voneinander getrennt sein, oder sich in der Art und Qualität der Werknutzung oder des Werkkonsums unterscheiden.

Jeder Markt stellt somit ein individuelles Vermarktungspotenzial dar, welches jeweils auf eine bestimmte Empfängergruppe abzielt. Eine Zweitvermarktung, und somit ein Ansprechen einer weiteren Empfängergruppe ist hierbei lediglich auf physischen Zweitmärkten möglich, allerdings sind auch diese durch die ursprüngliche Anzahl von rechtmäßig in den Verkauf gebrachten Werkkopien in ihrem Volumen beschränkt.

Die Beschränkung der relativ ausufernden Interpretation des Kriteriums der ‚neuen Öffentlichkeit‘ auf Hyperlinks, welche im Rahmen eines gerechten Interessenausgleichs durchaus vertretbar ist, wurde in *Renckhoff* bestätigt. Das vielfach angeführte Argument zur Funktionalität des Internets stellt ein Gegengewicht zu den wirtschaftlichen Interessen der Rechteinhaber dar. Wenn dieses entfällt, gewinnen die letztgenannten Interessen relativ an Gewicht, und über das subjektive Element der neuen Öffentlichkeit wird das wirtschaftliche Potenzial eines urheberrechtlich geschützten Werkes weiter gewahrt.<sup>73</sup>

Hierbei ist auch die Aufweichung der Rolle des Werknutzers zu beachten.<sup>74</sup> Noch in *Reha Training* sprach der EUGH von der „zentralen Rolle“ des Nutzers,<sup>75</sup> und hielt auch bis *GS Media* an dieser Terminologie fest.<sup>76</sup> In den folgenden Fällen reicht dem EUGH eine Erleichterung des Zugriffs auf geschützte Werke, die ohne die Zustimmung des Rechteinhabers im Internet zugänglich gemacht worden sind.<sup>77</sup> Diese Abweichung in der Rechtsprechung kann nur damit erklärt werden, dass eine Erleichterung des Zugriffs auf rechtswidrig eingestellte Werke, welche jedoch schon vorher frei im Internet verfügbar waren, die wirtschaftlichen Interessen des Rechteinhabers beeinträchtigt. Die neue Öffentlichkeit, die durch eine solche Intervention erschlossen wird, weil sie vorher durch technische Unkenntnis oder sonstige psychologisch bedingte Antriebslosigkeit vom Zugriff auf die widerrechtlich zugänglich gemachten Werke abgehalten worden war, ist somit nicht neu im *Svensson*-Sinne, dahingehend, dass vorher absolut kein Zugriff auf die Werke möglich war. Jedoch

73 Vgl. Rosati, C.M.L. Rev. (2017), (1237), wonach die wirtschaftlichen Erwägungen bei *Svensson* eine entscheidende Rolle gespielt haben, und somit eine quasi-Erschöpfung für Hyperlinking etabliert haben, da durch zustimmungsgestützte Erstveröffentlichung das wirtschaftliche Potenzial eines Werks ausgeschöpft sei.

74 Siehe auch Rosati, C.M.L. Rev. (2017), (1242).

75 EUGH, C-117/15 *Reha Training*, Rdnr. 46.

76 EUGH, C-160/15 *GS Media*, Rdnr. 35; diese Terminologie ist schon in EUGH, C-306/05 *SGAE v Rafael Hoteles* (Rdnr. 42) und wörtlich in EUGH, C-135/10 *SCF* (Rdnr. 82) zu finden.

77 EUGH, C-527/15 *Stichting Brein*, Rdnr. 50, hier argumentierte das Gericht, dass die Ermöglichung des „kostenlos[en] und einfach[en]“ Zugriffs auf geschützte Werke in "voller Kenntnis des Umstands vorgenommen wurde, dass die Add-ons, die auf diesem Abspieler vorinstallierte Hyperlinks [zu diesen Werken] enthielten“. So argumentierte auch GA Wathelet (Schlussanträge v. 8.2.2017, *Ziggo*, Case C-610/15, EU:C:2017:99) in *The Pirate Bay* (Rdnr. 50), seine Argumente wurden explizit vom Gericht aufgegriffen (Rdnr. 36 des Urteils).

erhöht die Intervention den rechtswidrigen Zugriff auf die Werke und damit den möglichen Schaden bzw. eine Reduzierung des wirtschaftlichen Potenzials eines Werkes.

Der faktischen Annäherung der Interpretation des Rechts der öffentlichen Wiedergabe an die Erschöpfungslehre hat der EUGH in *Renckhoff* ein Ende gesetzt und damit die systematische Abgrenzung der beiden Ausschließlichkeitsrechte in Artikel 3 und 4 der Urheberrechtsrichtlinie klar hervorgehoben. Um diese Abgrenzung in einem digitalen Umfeld aufrechtzuerhalten, hat sich das Gericht bereits in den frühen Hyperlinking-Fällen (*Svensson* und *Bestwater*) einer weiten, ja ausufernden Interpretation des Öffentlichkeitsbegriffes bedient, welcher durch das Kriterium der ‚Neuheit‘ eine besondere Prägung erfahren hat. Um jedoch die wirtschaftlichen Interessen der Rechteinhaber nicht weiter zu beeinträchtigen, und dem europäischen Urheberrecht ein gewisses Gleichgewicht zu verleihen, wurde ebendiese ‚neue Öffentlichkeit‘ stark subjektiv aufgeladen und wird nunmehr durch eine Vielzahl, teils scheinbar willkürlich angewandter Faktoren bestimmt. Im Zentrum scheint hierbei immer die Frage zu stehen, welcher wirtschaftliche Schaden einem jeweiligen Rechteinhaber entstehen könnte, wenn ein Nutzer auf ein Werk verweist, oder es anderweitig anderen Nutzern zugänglich macht, sei es auch nur durch mehr oder minder offensichtliche Hilfestellungen.

## 5. Schlussbetrachtungen

Der EUGH tut sich mit der Definition des Begriffs der ‚Öffentlichkeit‘ recht schwer. Dies liegt im Rahmen von Artikel 3 der Urheberrechtsrichtlinie nicht zuletzt daran, dass, qualifiziert durch das Kriterium der ‚Neuheit‘, eine Öffentlichkeit durch eine Vielzahl von Faktoren zu bestimmen ist und diese Faktoren auch solche subjektiver Natur einschließen. Eine Ursache für diese überladen wirkende Interpretation ist die Anwendung einer recht simplen Vorschrift auf immer mehr und immer komplexere Sachverhalte und Verwertungsmodelle, in denen die Kläger meist ihre wirtschaftlichen Interessen zu schützen suchen.<sup>78</sup>

Bei allen konzeptuellen Ähnlichkeiten darf man jedoch die systematischen Unterschiede der Öffentlichkeitsbegriffe und der Öffentlichkeitsfunktionen im Urheberrecht im allgemeinen Sprachgebrauch nicht vergessen. Im Urheberrecht handelt es sich jedenfalls um ein Kriterium, welches den Anwendungsbereich eines Ausschließlichkeitsrechts definiert, somit bestimmt, für welche Handlungen ein Nutzer eines urheberrechtlich geschützten Werkes eine vorherige Zustimmung des Rechteinhabers einholen muss. Eine urheberrechtliche Öffentlichkeit ist somit gerade nicht synonym zu setzen mit freier und unbeschränkter Zugänglichkeit.

Die horizontalen Prinzipien überschneiden sich zweifelsohne, sind aber jedenfalls Ausdruck des wirtschaftlichen Einschlags des Urheberrechts. Anderen Funktionen des Urheber-

78 Vgl. Torremans, When the Court of Justice of the European Union sets about defining exclusive rights: *copyright quo vadis?* in: Torremans (2017), (91).

rechts wird damit in der konkreten Ausgestaltung des Öffentlichkeitsbegriffes nicht Rechnung getragen.

Nur in bestimmten Fällen muss daher das Interesse des Urhebers hinter Interessen des Allgemeinwohls, bestimmten Individualinteressen oder einfach im Sinne der Rechtssicherheit zurückstehen. In solchen Fällen werden dem Rechteinhaber die teils recht weitlaufenden Kontrollmöglichkeiten zu bestimmten Zwecken genommen. Jedoch gilt im Regelfall, dass ein Kontrollverlust in Maßen nur mit der Zustimmung des Rechteinhabers eintreten darf. Durch das Steuerungsinstrument der ‚Öffentlichkeit‘ kann dieser den Kontrollverlust teilweise recht genau kontrollieren.

Durch das explizit formulierte Gebot der Wahrung eines hohen Schutzniveaus für Rechteinhaber, welches durch die Rechtsprechung des EUGH nur leicht relativiert worden ist, erfährt das europäische Urheberrecht in seinem Normengefüge eine stark wirtschaftliche Prägung. Zwar haben die Luxemburger Richter, und insbesondere die Generalanwälte, eine Reihe von Denkanstößen gegeben. Allerdings verhindern systematische Defizite in der Formulierung insbesondere der urheberrechtlichen Schranken und der weiterhin ausbleibenden Harmonisierung der Urheberpersönlichkeitsrechte, wie sich, auch über den Begriff der Öffentlichkeit, ein besseres Gleichgewicht herstellen ließe.