

---

**GRUR Junge Wissenschaft**

---

**Bonn 2022**

---

Bernzen | Grisse | Kaesling [Hrsg.]

# **Immateriale Güter und Medien im Binnenmarkt**

**Europäisierung des Rechts und ihre Grenzen**

---

**GRUR Junge Wissenschaft**

---

**Bonn 2022**

---

Anna K. Bernzen | Karina Grisse  
Katharina Kaesling [Hrsg.]

# **Immateriälgüter und Medien im Binnenmarkt**

**Europäisierung des Rechts und ihre Grenzen**



**Nomos**

Die Zeichen GRUR und die grüne Farbe sind eingetragene Marken der GRUR-Vereinigung. GRUR – der grüne Verein. Verwendung mit freundlicher Genehmigung der GRUR-Vereinigung.

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8487-8857-6 (Print)

ISBN 978-3-7489-3423-3 (ePDF)



Onlineversion  
Nomos eLibrary

1. Auflage 2022

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2022. Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Das deutsche Recht wird auch im „grünen Bereich“ zunehmend durch harmonisierendes Unionsrecht und andere europäische Rechtsakte geprägt. Besonders sichtbar ist dieser Einfluss auf explizit europarechtlich ausgestaltete Materien wie etwa große Teile des Immaterialgüterrechts, des Datenschutzrechts und des Wettbewerbsrechts. Immer stärker beeinflussen europäische Vorgaben und Entwicklungen aber auch Rechtsgebiete wie bspw. das Medienrecht, die primär der Regelungskompetenz des mitgliedstaatlichen Rechts überlassen sind. Daher nahm die 7. Tagung GRUR Junge Wissenschaft 2022 in Bonn unter dem Generalthema *Immaterialgüter und Medien im Binnenmarkt* die Europäisierung dieser Rechtsgebiete und ihre Grenzen in den Blick. Nachgegangen wurde insbesondere den Fragen, wo Harmonisierung oder Vereinheitlichung gelungen und wo sie gescheitert sind, wo nationale Unterschiede überwunden werden sollten und wo sie fortbestehen.

Die Beiträge zur Tagung, die in diesem Band abgedruckt sind, befassten sich mit europäischen Einflüssen ganz unterschiedlicher Ausprägung und Intensität: Mit dem Datenschutzrecht und dem Datenrecht untersuchten sie zwei Rechtsbereiche, auf denen unionsweit einheitliche Regelungen entweder bereits existieren oder im Rahmen der Europäischen Datenstrategie konkret geplant sind. Die Beiträge zum Immaterialgüterrecht und zum Lauterkeitsrecht, aber auch zum neuen Vertragsrecht für digitale Produkte, behandeln Materien, welche die EU mithilfe eines – teils schon umfangreichen, teils gerade wachsenden – Korpus an Richtlinien harmonisieren will. In den Beiträgen zum Medienrecht wurde aufgezeigt, wie auch diese eigentlich nationale Materie durch europäische Rechtsakte wie insbesondere den Digital Services Act, die Datenschutz-Grundverordnung und die Grundrechtecharta beeinflusst wird – und andersherum, inwiefern die nationalen Regelungen Auswirkungen auf die europäische Ebene haben.

*Vorwort*

Wir danken herzlich der Deutschen Vereinigung für Gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (GRUR), der Kanzlei Simmons & Simmons und dem Nomos Verlag für ihre Unterstützung für Tagung und Tagungsband. Ebenso danken wir der Kanzlei Osborne Clarke für ihre Unterstützung der Abendveranstaltung.

Oktober 2022

Anna K. Bernzen  
Karina Grisse  
Katharina Kaesling

## Inhalt

Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in Internetsachverhalten und die Dienstleistungsfreiheit	9
<i>Fabian Brandt</i>	
<i>Memes – eine zulässige Kulturtechnik des Social Web?</i>	33
<i>Tabea Bauermeister</i>	
Der Pastiche. Gefangen zwischen Kunstfreiheit und nutzergeneriertem Inhalt	55
<i>Jost Schmidt</i>	
What Digital Content Consumers (Should) Want Concretising the Conformity Requirements in the Digital Content Directive — A Tentative Suggestion	65
<i>Simon Geiregat</i>	
Der Datenzugang im Data Act: Fortschritt oder Rückschritt?	89
<i>Sebastian Schwamberger</i>	
Datenschutz als Persönlichkeitsschutz und die Umsetzung des Art. 85 Abs. 2 DSGVO am Beispiel des deutschen und italienischen Medienäußerungsrechts – In (Grundrechts)-Vielfalt vereint?	113
<i>Caroline Schmitt-Mücke</i>	
Ein Jahr vor dem Jubiläum der Biopatentrichtlinie: Ist eine Vereinheitlichung des <i>Ordre Public</i> -Vorbehalts in Europa gelungen?	133
<i>Mihail Dishev</i>	
Regulierung von Hate Speech in sozialen Netzwerken auf nationaler und europäischer Ebene	155
<i>Julia Mroz</i>	

*Inhalt*

Desinformation in Messenger-Diensten und Hybrid-Medien – Sind NetzDG und MStV geeignete Blaupausen für die EU? <i>Tabireh Setz</i>	175
Fake News, Faktenchecks und das UWG <i>Alexander Wimmer</i>	199
Rechtsrisiken bei Faktenchecks Problemfelder und Entwicklungen <i>Hanna Püschel und Niklas E. Kastor</i>	219

# Das Recht der öffentlichen Wiedergabe in Internetsachverhalten und die Dienstleistungsfreiheit

*Fabian Brandt\**

Da Geoblocking unstreitig ein Hindernis für einen digitalen Binnenmarkt darstellt,<sup>1</sup> liegt es nahe, nicht nur den Einsatz von Geoblocking an sich in den Blick zu fassen, sondern sich darüber hinaus mit der Frage zu beschäftigen, warum Geoblocking in der EU überhaupt eingesetzt wird.<sup>2</sup> Zwar

---

\* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter an der Professur für Bürgerliches Recht und Wirtschaftsrecht mit Schwerpunkt im internationalen Immaterialgüterrecht von Prof. Dr. Alexander Peukert an der Goethe Universität Frankfurt am Main. Alle Internetquellen wurden zuletzt am 18.08.2022 abgerufen.

1 Anekdotisch sei hier nur auf den Satz des damaligen Vizepräsidenten der Europäischen Kommission, Andrus Ansip, hingewiesen: „There are two logics – [The] logic of Geoblocking and [the] logic of [the] internal market. [...] Those two, they cannot coexist.“, siehe Erklärung auf der Pressekonferenz anlässlich der „Digital Single Market Strategy“ bzw. das anschließende Q&A (Europäische Kommission, 25.03.2015) <<https://audiovisual.ec.europa.eu/en/video/I-100955>> bzw. <<https://audiovisual.ec.europa.eu/en/video/I-101027>>.

2 Vgl. in diesem Zusammenhang etwa die legislative Herangehensweise der Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG (GeoblockingVO) gegenüber der Verordnung (EU) 2017/1128 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltendiensten im Binnenmarkt (PortabilitätsVO) bzw. der Richtlinie (EU) 2019/789 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 mit Vorschriften für die Ausübung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Sendunternehmen und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen und zur Änderung der Richtlinie 93/83/EWG des Rates (OnlineSatKabRL). So zielt die GeoblockingVO direkt auf den Einsatz von Geoblocking ab. Dagegen setzen die PortabilitätsVO und OnlineSatKabRL beim Grund für den Einsatz von Geoblocking in der EU an – nämlich mangelnden Rechten zur Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte in allen Mitgliedstaaten der EU. Diesem setzen sie, in ausgewählten Konstellationen bzw. für ausgewählte Inhalte, das sog. Ursprungslandprinzip entgegen, siehe Art. 4 PortabilitätsVO bzw. Art. 3 Abs. 1 OnlineSatKabRL.

werden Gründe identifiziert,<sup>3</sup> allerdings findet die Frage, inwiefern diese Gründe ihrerseits mit dem EU-Recht vereinbar sind, kaum Beachtung.

Der vorliegende Beitrag befasst sich zunächst kurz mit den Fragen, inwiefern das Recht der öffentlichen Wiedergabe einen Grund darstellen kann, Geoblocking in der EU einzusetzen (A.) und wieso dies die Dienstleistungsfreiheit gem. Art. 56 AEUV beschränkt (B.). Danach fokussiert sich der Beitrag auf die Untersuchung, inwieweit diese Beschränkung zum Schutz von Rechten des geistigen Eigentums gerechtfertigt ist (C.).

### A. Geoblocking zur Vermeidung von Urheberrechtsverletzungen

Das Wiedergeben von Inhalten über das Internet führt zu einer nahezu weltweiten Verfügbarkeit der Inhalte. Da Urheberrechte und verwandte Schutzrechte dem Territorialitätsprinzip unterliegen, werfen Internetsachverhalte regelmäßig Fragen auf. Die Wiedergabe eines urheberrechtlich geschützten Inhalts über das Internet greift potenziell in jedem Staat in urheberrechtliche Verwertungsrechte ein. Content-Provider haben zwar regelmäßig entsprechende Nutzungsrechte für das Gebiet einiger Staaten erworben. Um aber auszuschließen, dass in den Staaten, für die keine Nutzungsrechte bestehen, widerrechtlich in das jeweils nationale Recht der öffentlichen Wiedergabe – in der EU basierend auf Art. 3 InfoSocRL<sup>4</sup> – eingegriffen wird, kann die Verfügbarkeit der geschützten Inhalte mittels Geoblocking auf ausgewählte Staaten beschränkt werden.<sup>5</sup>

---

3 Siehe z.B. Europäische Kommission, Final report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD(2017) 154 final, Rn. 784 ff.

4 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 (InfoSocRL).

5 In diesem Beitrag wird vom Recht der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 InfoSocRL gesprochen. Für die hier relevante Problematik bei Internetsachverhalten – die potentiell weltweite Verfügbarkeit von Inhalten – spielt dabei keine Rolle, ob Inhalte linear oder non-linear wiedergegeben werden, d.h. ob es sich um Wiedergaben i.S.e. öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG oder Sendung gem. § 20 UrhG handelt, siehe Schrickler/Loewenheim/v. Ungern-Sternberg, Urheberrecht, 6. Aufl. 2020, UrhG § 19a Rn. 37 und Vor §§ 20 ff. Rn. 73. Es geht ausschließlich darum, inwiefern durch das Bereitstellen von urheberrechtlich geschützten Inhalten über das Internet in den Staaten, für die keine entsprechenden Nutzungsrechte bestehen, in die nationalen Verwertungsrechte eingegriffen wird. Das Vervielfältigungsrecht nach Art. 2 InfoSocRL (bzw. § 17 UrhG) bleibt hier außen vor, da Content-Provider regelmäßig in dem Staat, in dem sie die Bereitstellung der Inhalte über das Internet initiieren und dafür technisch erforderliche Ver-

Ob allein durch die nahezu weltweite technische Verfügbarkeit der Inhalte über das Internet Urheberrechte verletzt werden können, hängt von der Auslegung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe in Internetsachverhalten ab. Nach h.M. ist die technische Verfügbarkeit von Inhalten über das Internet in einem Staat notwendiges, aber nicht hinreichendes Kriterium für einen Eingriff in das deutsche Recht der öffentlichen Wiedergabe bei Internetsachverhalten. Von den Gerichten wird darüber hinaus etwa ein „besonderer Inlandsbezug“<sup>6</sup> oder ein „gezieltes Ansprechen“<sup>7</sup> der Endnutzer in einem Staat gefordert. Es liegt nahe, dass Art. 3 InfoSocRL und damit entsprechende nationale Regelungen in anderen Mitgliedstaaten entsprechend auszulegen sind.<sup>8</sup> Beurteilt wird der Inlandsbezug bzw. das gezielte Ansprechen nach den Umständen des Einzelfalls anhand verschie-

---

vielfältigungen erstellen, entsprechende Nutzungsrechte erworben haben. In den anderen Staaten werden allein durch das Bereitstellen regelmäßig keine Handlungen vorgenommen, die unter das Vervielfältigungsrecht fallen oder nicht zumindest von entsprechenden Schranken, insb. Art. 5 Abs. 1 InfoSocRL (bzw. § 44a UrhG), gedeckt sind. Sofern Inhalte für die Bereitstellung bestimmungsgemäß auf Servern in anderen Staaten dauerhaft gespeichert werden, sind dafür erforderliche Vervielfältigungen regelmäßig schon von entsprechenden Nutzungsrechten gedeckt.

- 6 LG Hamburg ZUM 2016, 887 (889); „ausreichender Inlandsbezug“ bei LG Köln ZUM-RD 2021, 521 Rn. 38; in der nächsten Instanz dann allerdings anders, wenn auch ohne jegliche Begründung OLG Köln ZUM-RD 2022, 98 Rn. 7, dazu zu Recht überaus kritisch *Grünberger*, ZUM 2022, 321 (363).
- 7 Stammt aus EuGH GRUR 2012, 1245 Rn. 39 – *Football Dataco*; übernommen von LG Hamburg ZUM 2016, 887 (890).
- 8 Siehe dazu EuGH GRUR 2012, 1245 – *Football Dataco*. Dort musste der EuGH zur Lokalisierung einer „Weiterverwendung“ gem. Art. 7 der Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken (DatenbankRL) über das Internet Stellung nehmen. Zwar erfolgten die Ausführungen im Kontext der Beurteilung der gerichtlichen Zuständigkeit und des anwendbaren Rechts. Aufgrund der funktionalen Ähnlichkeit der „Weiterverwendung“ gem. Art. 7 DatenbankRL und der „öffentlichen Wiedergabe“ gem. Art. 3 InfoSocRL liegt es allerdings nicht fern, die Ausführungen des EuGH auch zur Lokalisierung einer öffentlichen Wiedergabe heranzuziehen, was sich dann wiederum auf die Frage auswirkt, ob durch die Bereitstellung von geschützten Inhalten über das Internet in einem Mitgliedstaat in ebendieses Verwertungsrecht eingegriffen wird. Eine derartige Auslegung von Art. 3 InfoSocRL in Internetsachverhalten würde sich durch unionsrechtskonforme Auslegung weiter auf die mitgliedstaatlichen Rechte der öffentlichen Wiedergabe auswirken, dazu insb. LG Hamburg ZUM 2016, 887 (890).

dener Kriterien. Gängig ist das Kriterium der Sprachfassung.<sup>9</sup> Erweitert wird etwa darauf abgestellt, ob die Inhalte für Endnutzer in einem Staat von Interesse sind.<sup>10</sup> Genannt werden weiterhin „Zahlungsmethoden, Werbeinhalte, die auf das Land abzielen“ und sogar, ob und ggfs. wie viele Endnutzer in einem Staat auf die Inhalte tatsächlich zugreifen.<sup>11</sup> Demnach müsste ein besonderer Inlandsbezug bzw. gezieltes Ansprechen also schon durch entsprechende Anpassung des Online-Angebots anhand dieser Kriterien ausgeschlossen werden können, ohne dass es dafür Geoblocking und dadurch einer Einschränkung der Verfügbarkeit der Inhalt bedürfte.

Da die Kriterien aber keineswegs abschließend sind und sich ihre Gewichtung je nach Sachverhalt unterscheiden kann, besteht für Content-Provider eine erhebliche Rechtsunsicherheit, wenn sie geschützte Inhalte über das Internet ohne Geoblocking weltweit öffentlich wiedergeben.<sup>12</sup> Insbesondere kommerziell und in mehreren Staaten agierenden Content-Providern dürfte nahezu immer der Vorwurf drohen, in den Staaten, für die sie keine entsprechenden Nutzungsrechte haben, widerrechtlich in das nationale Recht der öffentlichen Wiedergabe einzugreifen. Denn im Regelfall geben diese Provider urheberrechtlich geschützte Inhalte wieder, die für Endnutzer in mehreren Staaten, oder gar weltweit, von Interesse sind. Je nach Art der Inhalte sind diese mehrsprachig oder in englischer Sprache verfügbar. Darüber hinaus bieten solche Content-Provider regelmäßig internationale Zahlungsmethoden an. Um durch die Wiedergabe über das Internet nicht zahlreiche Urheberrechtsverletzungen zu begehen oder zumindest zu riskieren, bleibt diesen Content-Providern praktisch keine andere Wahl, als Geoblocking einzusetzen und so die Verfügbarkeit der Inhalte auf Staaten zu begrenzen, für die sie Nutzungsrechte haben.<sup>13</sup> Mit fortschreitender Technik und Branchenüblichkeit von Geoblocking wird vermehrt vorgeschlagen, dass insbesondere bei diesen größeren Content-Providern gerade aus dem Nicht-Einsatz von Geoblocking ein Inlands-

---

9 LG Köln ZUM-RD 2021, 521 Rn. 38; LG Frankfurt ZUM-RD 2018, 585 (589); LG Hamburg ZUM 2016, 887 (890). Vgl. zudem EuGH GRUR 2012, 1245 Rn. 42 – *Football Dataco*.

10 LG Köln ZUM-RD 2021, 521 Rn. 38; EuGH GRUR 2012, 1245 Rn. 40 – *Football Dataco*.

11 LG Hamburg ZUM 2016, 887 (890), ausführlich zu den Kriterien insgesamt.

12 Vgl. *Vesala*, Geoblocking Requirements in Online Distribution of Copyright-Protected Content: Implications of Copyright Issues on Application of EU Antitrust Law, *Michigan State International Law Review* 2017, 595 (604).

13 Gerade bei international tätigen Content-Providern führt das zu Katalogen, deren Inhalte von Staat abweichen können, Europäische Kommission, Final report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD(2017) 154 final, Rn. 791 ff.

bezug bzw. gezieltes Ausrichten hergeleitet werden kann.<sup>14</sup> Insofern kann die dargestellte Auslegung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 InfoSocRL in Internetsachverhalten den Einsatz von Geoblocking erforderlich machen.

*B. Recht der öffentlichen Wiedergabe als Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit*

Das öffentliche Wiedergeben von urheberrechtlich geschützten Inhalten über das Internet gegen Entgelt stellt eine grenzüberschreitende Dienstleistung i.S.d. Art. 56, 57 AEUV dar.<sup>15</sup> Wie das Recht der öffentlichen Wiedergabe die grenzüberschreitende Erbringung dieser Dienstleistung beschränkt, ist schon im vorherigen Abschnitt angelegt. Das Recht steht den Urhebern bzw. Inhabern verwandter Schutzrechte ausschließlich zu. Sie können jede Handlung untersagen, die vom Verwertungsrecht erfasst ist und der sie nicht zugestimmt haben, sofern sie nicht einer Schranke unterfällt.<sup>16</sup> Aufgrund des Territorialitätsprinzips haben Rechteinhaber nicht ein Welt- bzw. EU-Urheberrecht, sondern ein Bündel an jeweils nationalen Urheberrechten bzw. verwandten Schutzrechten.<sup>17</sup> Dadurch haben die

---

14 In diese Richtung Schrickler/Loewenheim/Katzenberger/Metzger, Urheberrecht, UrhG Vor §§ 120 ff. Rn. 146; Fromm/Nordemann/Nordemann-Schiffel, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, UrhG Vor §§ 120 Rn. 79. Diese Möglichkeit wirft Trimble, Copyright and Geoblocking: The Consequences of Eliminating Geoblocking, Boston University Journal of Science and Technology Law 2019, 476 (494) ebenfalls auf. Die Erforderlichkeit, Geoblocking einzusetzen, um schon die Verfügbarkeit der Inhalte in einem Staat auszuschließen, besteht erst recht nach den Autoren, die nicht der oben dargestellten h.M. folgen und bereits aufgrund der technischen Verfügbarkeit von geschützten Inhalten über das Internet in einem Land einen Eingriff in das Recht der öffentlichen Wiedergabe bejahen, mit Blick auf Geoblocking deutlich Loewenheim/Walter, Hdb. des Urheberrechts, 3. Aufl. 2021, § 64 Rn. 142–145, weiterhin wohl auch Schack, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 10. Aufl. 2021, Rn. 1169 und Wandtke/Bullinger/v. Welsler, Urheberrecht, 6. Aufl. 2022, UrhG Vor §§ 120 Rn. 19.

15 Ratjen/Langer, Die räumliche Aufspaltung von Filmlicenzen am Beispiel der Vergabe der Medienrechte der Deutschen Fußball Liga, ZUM 2012, 299 (303); Loewenheim/J. B. Nordemann, Hdb. des Urheberrechts, § 61 Rn. 10.

16 Rehbinder/Peukert, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, 18. Aufl. 2018, Rn. 350.

17 Schrickler/Loewenheim/Katzenberger/Metzger, Urheberrecht, UrhG Vor §§ 120 ff. Rn. 109; siehe zudem Dreier/Schulze/Dreier, Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl. 2022, UrhG Einl. Rn. 49 und Peifer, Das Territorialitätsprinzip im Europäischen Ge-

Rechteinhaber in jedem Mitgliedstaat ein separates Untersagungsrecht und können Nutzungen für jeden Mitgliedstaat separat erlauben. Praktisch werden Nutzungsrechte für unterschiedliche Mitgliedstaaten regelmäßig unterschiedlichen Content-Providern eingeräumt.<sup>18</sup>

Konkret bedeutet das: Einem Content-Provider, dem nur für einen Mitgliedstaat das Recht zur öffentlichen Wiedergabe geschützter Inhalte über das Internet eingeräumt wurde, kann eine Wiedergabe über das Internet in allen anderen Mitgliedstaaten untersagt werden, soweit dort in die Verwertungsrechte eingegriffen würde. Ob in einem Mitgliedstaat ein Eingriff in das Recht der öffentlichen Wiedergabe vorliegt, hängt – wie zuvor beschrieben – von einem besonderen Inlandsbezug bzw. gezielten Ansprechen ab, was sich nach den dargestellten Kriterien im Einzelfall richtet.<sup>19</sup> Für Content-Provider heißt das, für alle Mitgliedstaaten, in denen sie keine entsprechenden Nutzungsrechte haben, müssen sie ihre angebotene Dienstleistung – die Wiedergabe der geschützten Inhalte – entsprechend der Kriterien so gestalten, dass Eingriffe in das Recht der öffentlichen Wiedergabe ausscheiden. Schon dadurch wird die Freiheit der Content-Provider eingeschränkt, ihre Dienstleistungen über das Internet anzubieten. Besonders stark wird die Dienstleistungsfreiheit aber für internationale Content-Provider mit EU-weit interessantem Angebot beschränkt. Denn, wie schon beschrieben, können sie ihr Angebot nicht anhand der genannten Kriterien so gestalten, dass ein Inlandsbezug bzw. gezieltes Ansprechen und so ein widerrechtlicher Eingriff ausscheiden. Stattdessen bleibt ihnen nur, die Verfügbarkeit ihres Angebots über das Internet durch Geoblocking in Mitgliedstaaten auszuschließen, für die sie keine Nutzungsrechte haben. Die Möglichkeit, ihre Dienstleistung grenzüberschreitend zu erbringen, wird also insofern ausgeschlossen.

Je nach Anwendung der Kriterien im Einzelfall kann das Recht der öffentlichen Wiedergabe aber auch für andere Content-Provider, die z.B. nur national agieren oder an deren Angebot EU-weit weniger Interesse besteht, dazu führen, dass sie ihr Angebot auf ausgewählte Mitgliedstaaten begrenzen müssen. So kann sich beispielsweise die Art und Weise, wie

---

meinschaftsrecht vor dem Hintergrund der technischen Entwicklungen, ZUM 2006, 1.

18 Siehe dazu Europäische Kommission, Final report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD(2017) 154 final, Rn. 756 ff.; *Colomo*, Copyright Licensing and the EU Digital Single Market Strategy, in: Blair/Sokol (Hrsg.), Antitrust, Intellectual Property, and High Tech, Cambridge 2017, S. 339 (340).

19 Zuvor unter A.

Zahlungsmethoden berücksichtigt werden, erheblich auswirken.<sup>20</sup> Wenn etwa als entscheidendes Kriterium für einen Inlandsbezug herangezogen wird, ob Content-Provider die Möglichkeit bieten, mit international gängigen Zahlungsmitteln (Kreditkarte, PayPal etc.) zu zahlen, ohne dabei zu kontrollieren, aus welchem Mitgliedstaat die Zahlung stammt, bleiben ihnen nur zwei Möglichkeiten: 1. sie schränken – soweit das praktisch möglich ist – ihre Zahlungsoptionen so ein, dass Zahlungen nur noch aus den Mitgliedstaaten möglich sind, für die sie entsprechende Nutzungsrechte haben, oder 2. sie schließen schon die Verfügbarkeit ihres Angebots mittels Geoblocking aus. Beides würde grenzüberschreitende Dienstleistungen praktisch völlig ausschließen.

Zwar gehen einige der Kriterien zur Beurteilung, ob Nutzer in einem Mitgliedstaat gezielt angesprochen werden, auf eine Entscheidung des EuGH zurück.<sup>21</sup> Da aber die Gerichte in den unterschiedlichen Mitgliedstaaten ggfs. im Detail unterschiedlich beurteilen, ob im Einzelfall ein Inlandsbezug bzw. gezieltes Ansprechen vorliegt, wird die Unsicherheit, die für Content-Provider aus der Einzelfallanwendung entsteht, noch akzentuiert. Allein um diese Rechtsunsicherheit zu vermeiden, werden Content-Provider im Zweifel mittels Geoblocking sicherstellen, dass ihr Internetangebot nur in den Staaten verfügbar ist, für die sie entsprechende Nutzungsrechte haben.

Dabei liegt die hier relevante Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit aber explizit nicht darin, dass einer öffentlichen Wiedergabe über das Internet überhaupt, d.h. in irgendeinem Mitgliedstaat, zugestimmt werden muss – alles andere liefe auf eine Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe hinaus.<sup>22</sup> Vielmehr liegt die Beschränkung spezifisch darin, dass die Auslegung des Rechts in Internetkonstellationen dazu führt, dass Content-Provider ihre Dienstleistung, d.h. das öffentliche Weitergeben von urheberrechtlich geschützten Inhalten über das Internet, nicht grenzüberschreitend und EU-weit erbringen dürfen, obwohl sie zumindest

---

20 Zahlungsmethoden als ein Kriterium finden sich etwa bei LG Hamburg ZUM 2016, 887 (890).

21 EuGH GRUR 2012, 1245 – *Football Dataco*; näher dazu schon Fn. 8.

22 Schon in EuGH GRUR Int. 1980, 602 Rn. 12–14 – *Coditel I* schloss der EuGH eine Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe explizit aus, da sie mit dem wesentlichen bzw. spezifischen Gegenstand des Urheberrechts nicht vereinbar wäre, näher dazu sogleich unter C.I. Heute regelt Art. 3 Abs. 3 InfoSocRL zudem explizit, dass eine solche Erschöpfung nicht in Betracht kommt. Vielmehr geht aus der Rechtsprechung des EuGH und inzwischen aus Art. 4 Abs. 2 InfoSocRL hervor, dass eine Erschöpfung nur für das Verbreitungsrecht in Betracht kommt.

in einem Mitgliedstaat entsprechende Nutzungsrechte erworben haben.<sup>23</sup> Eine solche Beschränkung läge dann nicht vor, wenn man das Recht der öffentlichen Wiedergabe in (naturgemäß grenzüberschreitenden) Internetkonstellationen so auslegen würde, dass die Einräumung von Nutzungsrechten für einen Mitgliedstaat eine Untersagung dieser Wiedergabe in anderen Mitgliedstaaten ausschließen würde – praktisch eine Art de facto Ursprungslandprinzip für diese Konstellationen.<sup>24</sup>

### C. Rechtfertigung zum Schutz von Rechten des geistigen Eigentums

Zu untersuchen ist demnach, ob diese Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit zum Schutz von Rechten des geistigen Eigentums gerechtfertigt werden kann. Das kommt nach der Rechtsprechung des EuGH nur für solche Beschränkungen in Betracht, die erforderlich sind, um den spezifischen Gegenstand des geistigen Eigentums zu wahren.<sup>25</sup> Spezifischer Gegenstand des Urheberrechts ist, den Rechteinhabern die Möglichkeit zu sichern, durch die Verwertung ihrer Schutzgegenstände eine angemessene Vergütung zu erzielen.<sup>26</sup> Eine Rechtfertigung kommt also nur in Betracht, wenn die Beschränkung erforderlich ist, um den Rechteinhabern diese Möglichkeit zu sichern.

#### I. Beurteilung der Angemessenheit der Vergütung

Da die Angemessenheit der Vergütung insofern als Grenze der Erforderlichkeit dient, wirft das unmittelbar die Frage auf, wie zu bestimmen ist, was eine angemessene Vergütung ist. Dafür stellt der EuGH darauf

---

23 Siehe generell *Heinemann*, Immaterialgüterschutz in der Wettbewerbsordnung, Tübingen 2002, S. 280.

24 Vgl. dazu *Engels*, Die Vereinbarkeit der territorialen Aufspaltung von Verwertungsrechten mit den europäischen Binnenmarktregeln, Baden-Baden 2016, S. 159 f. und die entsprechenden Regelungen in Art. 3 Abs. 1 der OnlineSatKabRL und Art. 1 Abs. 2 b) der Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung (SatKabRL).

25 Rechtsprechung geht zurück auf EuGH GRUR Int. 1971, 450 (454) – *Deutsche Grammophon*.

26 Zuerst EuGH GRUR Int. 1980, 602 Rn. 14 – *Coditel I*; siehe zudem m.w.N. EuGH GRUR 2012, 156 Rn. 107 – *Murphy*.

ab, ob die „Vergütung in einem vernünftigen Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung“ steht.<sup>27</sup> Für die sich anschließende Frage, wie der wirtschaftliche Wert von urheberrechtlichen Schutzgegenständen zu ermitteln ist, stellt der EuGH auf die Anzahl der Personen ab, die tatsächlich oder potentiell in den Genuss der Schutzgegenstände kommen oder kommen wollen.<sup>28</sup> Um zu bestimmen, welchen wirtschaftlichen Wert urheberrechtlich geschützte Inhalte haben, die in der EU über das Internet öffentlich wiedergegeben werden, liegt es damit nahe, auf die Zahl der Endnutzer in der EU abzustellen, die auf die Inhalte zugreifen bzw. zugreifen wollen.

Durch ein Abstellen allein auf die Nutzerzahlen in der EU würde allerdings eine Rechtfertigung der unter B. dargestellten Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit schon an dieser Stelle scheitern. Denn um die Vergütung derart an der Zahl der nachfragenden Nutzer in der EU ausrichten zu können, ist für die Rechteinhaber nur erforderlich, jede öffentliche Wiedergabe, der sie nicht zugestimmt haben, untersagen zu können.<sup>29</sup> Schon aus diesem generellen Untersagungsrecht erwächst die Möglichkeit, Nutzungsrechte gegen Zahlung einer Vergütung einräumen zu können – wenn auch mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten. Die Höhe der Vergütung können die Rechteinhaber dann unschwer an der Nachfrage in der ganzen EU ausrichten, welche sich gerade im Internet durch Trackingtechnologien recht präzise bestimmen lässt.<sup>30</sup> Die Dienstleistungsfreiheit weiter zu beschränken, ist dafür nicht erforderlich.

Allerdings würde bei einer solchen Beurteilung des wirtschaftlichen Werts außen vor bleiben, dass eine territorial differenzierte Verwertung in der EU, d.h. eine Vermarktung der Inhalte mit unterschiedlichen Zugangsvoraussetzungen in den Mitgliedstaaten, wirtschaftliche Vorteile für

---

27 EuGH GRUR 2012, 156 Rn. 109 – *Murphy*.

28 Ebd. mit Verweis auf EuGH GRUR Int. 1998, 878 Rn. 15 – *FDV*. Auf die tatsächliche oder wahrscheinliche Zahl der Personen, die in den Genuss der Schutzgegenstände kommen, stellte schon EuGH GRUR Int. 1980, 602 Rn. 13 – *Coditel I* ab. Entsprechend verfährt der EuGH in anderem Kontext bei der Beurteilung der Angemessenheit einer Vergütung, etwa bei gesetzlichen Vergütungsansprüchen, EuGH GRUR Int. 2005, 819 Rn. 50 ff. – *Lagardère*.

29 EuGH GRUR Int. 1980, 602 Rn. 14 – *Coditel I*.

30 EuG, Urt. v. 12.12.2018 – T-873/16 – *Canal+* Rn. 55; *Vesala*, Geoblocking Requirements in Online Distribution of Copyright-Protected Content: Implications of Copyright Issues on Application of EU Antitrust Law, Michigan State International Law Review 2017, 595 (614).

Rechteinhaber und Verwerter haben kann.<sup>31</sup> Anders als Nutzungsrechte nur mit Wirkung für alle Mitgliedstaaten einräumen zu können, eröffnet die Befugnis, Nutzungsrechte mit Wirkung nur für bestimmte Mitgliedstaaten einräumen zu können, u.a. die Möglichkeit der Vermarktung der geschützten Inhalte mit unterschiedlichen Zugangsvoraussetzungen – etwa unterschiedlichen Preisen – und der Gewährung von territorialer Exklusivität.<sup>32</sup> Der wirtschaftliche Mehrwert dieser Option der territorial differenzierten Verwertung der Schutzgegenstände wurzelt in unterschiedlichen Verwertungsbedingungen auf den mitgliedstaatlichen Märkten – so unterscheiden sich das Interesse an bestimmten Inhalten, die Kaufkraft und nicht zuletzt die Landessprache zwischen den Mitgliedstaaten.<sup>33</sup> Damit lässt sich durch die Einräumung von Nutzungsrechten mit je territorial begrenzter Wirkung zu unterschiedlichen Bedingungen je nach Mitgliedstaat im Aggregat ein höherer Gewinn erzielen als durch die Vergabe von Nutzungsrechten mit EU-weiter Wirkung.<sup>34</sup> Um den Rechteinhabern zu ermöglichen, diese Vorteile durch Verwertung ihrer Schutzgegenstände erzielen zu können, ist die unter B. dargestellte Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit erforderlich. Eine territorial differenzierte Verwertung von geschützten Inhalten über das Internet kann nur dann erfolgen, wenn die Rechteinhaber befugt sind, die öffentliche Wiedergabe über das Internet in jedem Staat separat zu untersagen, selbst wenn für andere Mitgliedstaaten entsprechende Nutzungsrechte bestehen.

---

31 Ein starkes Indiz dafür ist schon die vorherrschende territoriale Verwertungsstruktur insb. bei audiovisuellen Inhalten – sofern diese nach Mitgliedstaaten differenzierte Verwertungspraxis nicht von Vorteil wäre, läge es v.a. in den Händen der Rechteinhaber, sie zu ihrem Vorteil anzupassen; bezogen auf Sportinhalte, *Brost*, Der lange Schatten von »Murphy« – droht das Ende der Exklusivität nationaler Urheberrechtslizenzen?, ZUM 2016, 689 (694 ff.).

32 Siehe dazu etwa *Oxera and O&O*, The impact of crossborder access to audiovisual content on EU consumers (Mai 2016) <<https://www.oxera.com/wp-content/uploads/2018/07/Cross-border-report-final-1.pdf-1.pdf>> S. 24 ff.; *Langus/Neven/Poukens*, Economic Analysis of the Territoriality of the Making Available Right in the EU (Publications Office of the EU, 11.04.2014) <<https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/f14cb34a-0792-4006-9193-7e0628f3ebfc>> Rn. 316 ff.

33 Ebd.; zudem *Fuchs*, Geoblocking bei audiovisuellen Diensten im Spannungsfeld von Urheber- und Kartellrecht, in: Haesner/Kreile/Schulze (Hrsg.), Festschrift für Mathias Schwarz zum 65. Geburtstag, München 2017, S. 351 (355).

34 Europäische Kommission, Final report on the E-commerce Sector Inquiry, SWD(2017) 154 final, Rn. 801 ff. Ebenfalls *Fangmann*, Geoblocking ist tot, es lebe Geoblocking?! – Zur Zulässigkeit territorialer Beschränkungen im Filmbereich, ZUM 2021, 220 (221).

Auch der EuGH erkennt ein Interesse der Rechteinhaber an einer territorial differenzierten Verwertung an.<sup>35</sup> Allerdings stellt er für die Beurteilung des wirtschaftlichen Werts der urheberrechtlichen Schutzgegenstände nicht ausschließlich darauf ab, welche Vergütung die Rechteinhaber durch eine Verwertung ihrer Wahl erzielen könnten. Andernfalls könnten Grundfreiheiten auf Grundlage jeder zusätzlichen Vergütungschance immer weiter beschränkt werden, um den Rechteinhabern die Erzielung dieser zusätzlichen Vergütung zu ermöglichen. Das liefe auf einen generellen Vorrang des Urheberrechtsschutzes gegenüber den Grundfreiheiten hinaus, der mit dem AEUV nicht vereinbar ist.<sup>36</sup> Die Verwirklichung des Binnenmarkts, auf die die Grundfreiheiten abzielen,<sup>37</sup> wäre dadurch erheblich erschwert bzw. ganz ausgeschlossen.<sup>38</sup> Um deshalb einen Rechtfertigungsautomatismus – Beschränkung zur Sicherung jeder zusätzlichen Vergütungschance führt zur Rechtfertigung – zu verhindern, wird die Rechtfertigungsmöglichkeit auf den spezifischen Gegenstand des Urheberrechts begrenzt. Es reicht eben nicht jede Vergütungschance aus, um eine Beschränkung zu rechtfertigen. Stattdessen muss die Beschränkung erforderlich sein, um den Rechteinhabern die Möglichkeit zu sichern, durch Verwertung ihrer Schutzgegenstände eine angemessene Vergütung zu erzielen. Da die Angemessenheit der Vergütung ausfüllungsbedürftig ist, entsteht statt einem Rechtfertigungsautomatismus ein Entscheidungsspielraum. In diesem Rahmen können Vergütungsinteresse der Rechteinhaber und Binnenmarktinteresse abgewogen werden.<sup>39</sup> Dabei steht außer Frage, dass Rechteinhaber grundsätzlich Rechte haben müssen, um ihre Schutzgegenstände am Markt verwerten zu können. Allerdings zieht der

---

35 EuGH GRUR 2012, 156 Rn. 114 – *Murphy*.

36 Siehe EuGH GRUR Int. 1994, 53 Rn. 22 f. – *Phil Collins*; vgl. auch EuGH GRUR 2012, 156 Rn. 115 – *Murphy*. Weiterhin EuGH GRUR Int. 1994, 227 Rn. 18 – *Kommission/Vereinigtes Königreich*, in Zusammenhang mit dem Patentschutz.

37 Dauses/Ludwigs/Ludwigs, Hdb. des EU-Wirtschaftsrechts, 56. EL April 2022, Bd. 1, E.I. Rn. 1; von der Groeben/Schwarze/Hatje/Müller-Graff, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Bd. 1, AEUV Art. 34 Rn. 3.

38 EuGH GRUR Int. 1971, 450 (454) – *Deutsche Grammophon*, fortgeführt u.a. in EuGH GRUR Int. 1981, 229 Rn. 14 – *Musik-Vertrieb membran*.

39 In diese Richtung schon *Schubmacher*, Marktaufteilung und Urheberrecht im EG-Kartellrecht, GRUR Int. 2004, 487 (491). Siehe zudem EuGH GRUR Int. 1980, 602 Rn. 12 – *Coditel I* („...Verhältnisses zwischen der Beachtung des Urheberrechts und den Erfordernissen des Vertrags...“), übernommen in EuGH GRUR Int. 1990, 622 Rn. 12 – *Ministère public*. Vgl. zudem im Zusammenhang von Warenverkehrsfreiheit und Markenrecht EuGH GRUR Int. 2004, 39 Rn. 23 – *Riogglass und Transremar*.

EuGH dem Vergütungsinteresse der Rechteinhaber dort eine rote Linie, wo durch die Verwertungsrechte die Verwirklichung des Binnenmarkts erheblich erschwert bzw. gänzlich ausgeschlossen würde.<sup>40</sup>

Eine ökonomische Kosten-Nutzen-Analyse findet dabei nicht statt. Teils wird das unter Berufung auf vermeintliche positive Wohlfahrtseffekte einer strikt territorial differenzierten Verwertung, d.h. einer Verwertung, die mit der völligen Abschottung eines mitgliedstaatlichen Markts einhergeht, kritisiert.<sup>41</sup> Insbesondere für den Zugang zu und die Produktion von bestimmten audiovisuellen Inhalten in der EU – v.a. Filmen – wird die Option der strikt territorial differenzierten Verwertung weitgehend positiv bewertet.<sup>42</sup> Allerdings ist eine derartige Kosten-Nutzen-Analyse für den EuGH impraktikabel.<sup>43</sup> So sind insbesondere die Kosten einer strikt territorial differenzierten Verwertung, wie z.B. kein EU-weiter Wettbewerb, der Verlust an kulturellem Austausch, oder übergeordnet, das Nichterreichen des Binnenmarktziels, kaum quantifizierbar. Noch wichtiger ist aber, dass eine Kosten-Nutzen-Betrachtung im Rahmen der Prüfung der Rechtfertigung von Beschränkungen zum Schutz von Urheberrechten nicht angezeigt erscheint. Spezifischer Gegenstand des Urheberrechts ist nur die Sicherung der Möglichkeit, durch Verwertung der Schutzgegenstände am Markt eine angemessene Vergütung erzielen zu können.<sup>44</sup> Darüber

---

40 EuGH GRUR 2012, 156 Rn. 115 – *Murphy*. So zur Erschöpfung des Verbreitungsrechts EuGH GRUR Int. 2012, 759 Rn. 62 – *UsedSoft*. Außerdem *Engels*, Die Vereinbarkeit der territorialen Aufspaltung von Verwertungsrechten mit den europäischen Binnenmarktregeln, Baden-Baden 2016, S. 120 f., 158 f.

41 *Engels*, Die Vereinbarkeit der territorialen Aufspaltung von Verwertungsrechten mit den europäischen Binnenmarktregeln, Baden-Baden 2016, S. 39 ff., 165 f.

42 Unter anderem *Oxera and O&O*, The impact of crossborder access to audiovisual content on EU consumers (Mai 2016) <<https://www.oxera.com/wp-content/uploads/2018/07/Cross-border-report-final-1.pdf-1.pdf>> S. 2 ff.; *Schwarz*, Geoblocking und Portability aus urheber- und europarechtlicher Sicht, ZUM 2015, 950 (952 f.). Siehe auch *Hugenholtz/Poort*, Film financing in the digital single market: challenges to territoriality, International Review of Intellectual Property and Competition Law 2020, 167 (171 ff.).

43 Das gesteht auch *Engels*, Die Vereinbarkeit der territorialen Aufspaltung von Verwertungsrechten mit den europäischen Binnenmarktregeln, Baden-Baden 2016, S. 165 f.

44 Spezifischer Gegenstände ist gerade nicht die Sicherung einer angemessenen Vergütung, sondern nur die Möglichkeit, eine angemessene Vergütung zu erzielen. Ob tatsächlich eine Vergütung erzielt wird bzw. wie hoch die Vergütung konkret ausfällt, ist nicht vom spezifischen Gegenstand des Urheberrechts umfasst, dazu ebd., S. 114 f.; EuGH GRUR Int. 1990, 622 Rn. 14 – *Ministère public*. Vielmehr sollen den Rechteinhabern durch die Verwertungsrechte nur Mittel an die Hand ge-

hinausgehende Ziele – etwa kultureller Art, in Form der Förderung von Produktion und Verbreitung bestimmter audiovisueller Inhalte – sind vom spezifischen Gegenstand des Urheberrechts nicht umfasst.<sup>45</sup> Sie können ihrerseits einen zwingenden Grund des Allgemeininteresses darstellen und so eine Beschränkung der Grundfreiheiten rechtfertigen.<sup>46</sup> Allerdings erlaubt nur eine klare Zuordnung der Beschränkung zu den dadurch zu erreichenden Zielen die Prüfung, ob die Beschränkung zur Erreichung dieser Ziele erforderlich und damit gerechtfertigt ist. Aus diesem Grund und wegen des Regel-Ausnahme-Verhältnisses bei der Rechtfertigung von Beschränkungen der Grundfreiheiten<sup>47</sup> ist es wichtig, die unterschiedlichen Ziele des zwingenden Allgemeininteresses nicht zu vermischen. Durch die klare Zuordnung der beschränkenden Maßnahme zum zu erreichenden Ziel wird eine abstrakte Kosten-Nutzen-Analyse obsolet. Vielmehr tritt an ihre Stelle eine Prüfung der konkreten Zweck-Mittel-Erforderlichkeit-Relation. Für das Ziel des Schutzes von Urheberrechten hat der EuGH diese Relation dahin konkretisiert, dass Beschränkungen nur dann gerechtfertigt werden können, wenn sie erforderlich sind, den spezifischen Gegenstand des Urheberrechts zu wahren. Hierbei hängt der EuGH dann das Binnenmarktinteresse über das Interesse der Rechteinhaber an einer strikt territorial differenzierten Verwertung, wenn eine Beschränkung die Verwirklichung des Binnenmarkts praktisch ausschließen würde.<sup>48</sup>

## *II. Künstliche Marktabschottung als Grenze der Rechtfertigung*

Konkret äußert sich das darin, dass der EuGH der Rechtfertigung eine rote Linie zieht, wenn Beschränkungen zu künstlichen Marktabschottungen führen. Das bedeutet, wenn eine Beschränkung der Grundfreiheiten dazu

---

geben werden, mit denen sie ihre nicht-rivalisierenden Schutzgegenstände am Markt wirtschaftlich verwerten können.

45 Dass der EuGH das Ziel der Kulturförderung vom Ziel des Schutzes von Rechten des geistigen Eigentums trennt, kommt etwa in EuGH GRUR 1998, 596 Rn. 23 – *Metronome Musik* zum Ausdruck.

46 Zur Übersicht von Gründen des zwingenden Allgemeininteresses nach dem EuGH siehe etwa Streinz/Müller-Graff, EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, AEUV Art. 56 Rn. 107 m.w.N.

47 So ist nach dem EuGH „bei allen Abweichungen von einem Grundprinzip des EG-Vertrages [...] eine enge Auslegung geboten“ EuGH EuZW 2000, 344 Rn. 28 – *Kommission/Belgien* m.w.N.

48 EuGH GRUR 2012, 156 Rn. 115 – *Murphy*; EuGH GRUR Int. 1981, 229 Rn. 13 f. – *Musik-Vertrieb membran*.

führt, dass mitgliedstaatliche Märkte durch die Beschränkung künstlich abgeschottet werden, scheidet eine Rechtfertigung zum Schutz von Urheberrechten aus.<sup>49</sup> Das führt dazu, dass eine strikt territorial differenzierte Verwertung von Seiten der Rechteinhaber durch einerseits die Erteilung von Nutzungsrechten für ausgewählte Mitgliedstaaten, aber andererseits die Untersagung der öffentlichen Wiedergabe über das Internet in den anderen Mitgliedstaaten nicht zulässig ist. Etwas anderes gilt nur, wenn die Abschottung durch andere Faktoren als die relevante Beschränkung bedingt und damit nicht künstlich ist. Diese Beschränkung auf *künstliche* Marktabschottungen erklärt sich dadurch, dass es keinen Sinn ergibt, eine Maßnahme, die zur Abschottung mitgliedstaatlicher Märkte führt, zu untersagen, wenn die Märkte selbst ohne die Maßnahme im gleichen Maße abgeschottet wären.

#### 1. *Künstliche Marktabschottung durch das Recht der öffentlichen Wiedergabe bei Internetkonstellationen*

Demnach ist zu untersuchen, inwiefern die Auslegung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe dahingehend, dass durch die Wiedergabe von geschützten Inhalten über das Internet in einem Mitgliedstaat Urheberrechte verletzt werden können, obwohl einem Content-Provider für die Wiedergabe in einem anderen Mitgliedstaat von den Rechteinhabern Nutzungsrechte eingeräumt wurden, zu einer künstlichen Marktabschottung führt.

---

49 Terminologisch ist der EuGH nicht einheitlich und auch das Element der Künstlichkeit lässt sich nicht durchgängig finden, siehe nur auswahlweise: EuGH GRUR 2012, 156 Rn. 115 – *Murphy* („Marktabschottung und [...] daraus folgender künstlicher Preisunterschied“); EuGH GRUR Int. 1989, 319 Rn. 8 – *EMI Electrola* („künstliche Abschottungen innerhalb des Gemeinsamen Marktes“); EuGH GRUR Int. 1981, 229 Rn. 18 – *Musik-Vertrieb membran* („Abschottung innerhalb des Gemeinsamen Marktes“); weiterhin EuGH GRUR 2012, 817 Rn. 35 – *Donner* („künstlichen Abschottung der Märkte“); früher EuGH GRUR Int. 1971, 450 (454) – *Deutsche Grammophon* („Isolierung der nationalen Märkte“); zudem *Engels*, Die Vereinbarkeit der territorialen Aufspaltung von Verwertungsrechten mit den europäischen Binnenmarktregeln, Baden-Baden 2016, S. 157 ff.

a) Marktabschottung

Wie oben dargestellt, kann diese Auslegung in Internetkonstellationen dazu führen, dass Content-Provider ihre Dienste nur in den Mitgliedstaaten anbieten können, für welche sie von den Rechteinhabern entsprechende Nutzungsrechte erworben haben.<sup>50</sup> Im Regelfall setzen Content-Provider zu diesem Zweck Geoblocking-Maßnahmen ein. Das schließt grenzüberschreitenden Dienstleistungsverkehr über das Internet zwischen den Mitgliedstaaten praktisch völlig aus und führt damit zu einer Abschottung der mitgliedstaatlichen Märkte.<sup>51</sup>

b) Künstlich oder natürlich vorgegeben

Fraglich ist, ob diese Abschottung künstlich durch die Auslegung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe in Internetkonstellationen erzeugt oder natürlich vorgegeben ist. Natürlich vorgegeben wäre die Abschottung, wenn die territorial unbeschränkte Wiedergabe von geschützten Inhalten über das Internet in der EU schon aufgrund anderer Umstände, d.h. auch ohne die beschriebene Beschränkung, praktisch völlig ausgeschlossen wäre.

aa) Technologie

Ein starkes Indiz für die Künstlichkeit der Abschottung ergibt sich schon aus dem Zusammenhang von normaler Wiedergabe über das Internet und

---

<sup>50</sup> Dazu unter B.

<sup>51</sup> Ein Gegenargument könnte an den bestehenden Methoden zur Umgehung von Geoblocking, wie etwa Virtual Private Networks (VPNs), anknüpfen. So könnte man sagen, dass eine Abschottung nicht vorliegt, da zumindest von Nutzerseite auf Angebote aus anderen Mitgliedstaaten faktisch zugegriffen werden kann. Zunächst steht dem EuGH GRUR 2012, 156 Rn. 126 f. – *Murphy* entgegen. So lehnt der EuGH in der Entscheidung eine künstliche Abschottung nicht aufgrund von faktischer Umgehung dieser Abschottungsmaßnahmen (Angabe falscher Adressen, um Decoder aus anderen Mitgliedstaaten zu beziehen) ab. Weiterhin zielt dieses Argument nur auf die negative Dienstleistungsfreiheit der Endnutzer, nicht aber die positive Dienstleistungsfreiheit der Content-Provider ab. Denn für diese wäre die Wiedergabe in anderen Mitgliedstaaten weiter unzulässig. Insofern würden selbst faktische Umgehungsmöglichkeiten die abschottenden Wirkungen nicht ausräumen.