

**Michael Ströbel**

Eschengasse 4  
95643 Bindlach

Michael.Stroeel@web.de

**Matrikelnummer: 1092473**

6. Fachsemester

**Universität Bayreuth**

**Seminararbeit zum Sportrecht**

**Vorabentscheidungsersuchen des High Court of Justice**

**vom 17.9.2008 (Rs. C-403/08)**

**und vom 29.9.2008 (Rs. C-429/08)**

**– Auswirkungen auf die europaweite Vermarktung von TV-Rechten an Fußballspielen**

**bei Prof. Dr. Peter W. Heermann**

**Sommersemester 2009**

## INHALTSVERZEICHNIS

A. Einführung in die verbundene Rechtssache C-403/08 und C-429/08.....	1
I. Die Rechtssache Karen Murphy v. Media Protection Services Ltd.....	2
II. Die Rechtssache Football Association Premier League Ltd. u.a. v QC Richardson u.a.....	3
B. Auslegung der Richtlinie 98/84/EG – Die Zugangskontrollrichtlinie.....	4
I. Anwendungsbereich.....	4
II. Tatbestand der zu verbietenden Handlungen.....	4
1. Gerät oder Computerprogramm.....	5
2. Zugang zu einem geschützten Dienst.....	5
a. Reichweite des Verweises.....	5
b. Fernsehsendung.....	6
c. Gegen Entgelt nach Zugangskontrolle/Zwischenergebnis.....	7
3. In verständlicher Form ermöglicht.....	7
4. Dazu bestimmt oder entsprechend angepasst .....	7
5. Ohne die Erlaubnis des Diensteanbieters.....	8
a. Umwidmung der Voraussetzung „dazu bestimmt oder entsprechend angepasst.“ .....	9
b. „Illegale Vorrichtung“ .....	10
c. Stellungnahme.....	13
6. Zwischenergebnis.....	13
III. Ergebnis.....	14
C. Auslegung der RL 2001/29/EG – Informationsgesellschaftsrichtlinie.....	15
I. Anwendungsbereich.....	15
II. Mögliche Ansprüche aus der RL.....	16
1. Anspruchsinhaber.....	16
2. Art. 2, das Vervielfältigungsrecht.....	16
a. „Vervielfältigung“ .....	16

b. Die Schranke des Art. 5 I.....	18
c. Die Ausnahmeeinschränkung des Art. 5 V.....	21
3. Art. 3, „drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe“.....	23
a. Öffentliche Wiedergabe.....	24
b. Gewinnerzielungsabsicht.....	25
c. Erschöpfung.....	25
d. Zwischenergebnis.....	25
III. Ergebnis für die RL 2001/29/EG.....	26
D. Auslegung der Richtlinie 93/83/EWG.....	27
I. Anwendungsbereich.....	27
II. Territorial begrenzte Ausstrahlungsrechte im Kontext der 93/83/EWG.....	28
III. Ergebnis.....	29
E. Auslegung des Vertrages: Die Dienstleistungsfreiheit, Art. 49ff. EGV.....	30
I. Schutzbereich.....	30
1. Abgrenzung zur Warenverkehrsfreiheit.....	30
a. Argumente für die Warenverkehrsfreiheit.....	31
b. Argumente für die Dienstleistungsfreiheit.....	31
c. Stellungnahme.....	32
2. Weitere Punkte des Schutzbereichs.....	32
II. Beeinträchtigung.....	32
1. Handeln eines Adressaten.....	32
2. Beschränkungsverbot.....	34
a. Errichtete Beschränkung.....	34
b. Versteckte Diskriminierung.....	35
III. Rechtfertigung.....	35
1. Die Schranke des Art. 55 i.V.m. Art. 46 I EGV.....	35
2. Immanente Schranken.....	35
a. Legitimes Ziel/Geeignetheit.....	36

b. Erforderlichkeit.....	36
c. Verhältnismäßigkeit.....	36
3. Sonstiges Primär- oder Sekundärrecht.....	37
IV. Ergebnis.....	37
F. Art. 81 EGV.....	38
I. Die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung.....	38
II. Anwendung.....	38
G. Fazit.....	40

## LITERATURVERZEICHNIS

- Classen,**  
Claus Dieter  
**Die Grundfreiheiten im Spannungsfeld von europäischer Marktfreiheit und mitgliedstaatlichen Gestaltungskompetenzen**  
*In: Europarecht 2004, S. 416 – 438*
- Dauses (Hrsg.),**  
Manfred A.  
**Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts**  
23. Ergänzungslieferung 2008  
*Zitiert: Dauses/Autor, Gliederungspunkt, Rn.*
- Dreier (Hrsg.),**  
Thomas  
**Urheberrechtsgesetz**  
München, 3. Auflage 2008  
*Zitiert: Dreier/Schulze/Autor, § Rn.*
- Schulze (Hrsg.),**  
Gernot
- Dudenredaktion (Hrsg.)**  
**Duden Band 1 - Die deutsche Rechtschreibung**  
Mannheim, 24. Auflage 2006  
*Zitiert: Duden, Stichwort*
- Flume,**  
Werner  
**Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts**  
**- Band II – Das Rechtsgeschäft**  
Berlin (u.a.), 4. Auflage 1994
- Frenz,**  
Walter  
**Handbuch Europarecht**  
**- Band 1, Europäische Grundfreiheiten**  
Berlin, 3. Auflage 2004  
*Zitiert: Frenz, Rn.*
- Geiger,**  
Rudolf  
**EUV, EGV - Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft**  
München, 4. Auflage 2004

- Haltern,**  
Ulrich  
**Europarecht**  
**- Dogmatik im Kontext**  
Tübingen, 2. Auflage 2007
- Herdegen,**  
Matthias  
**Europarecht**  
München, 11. Auflage 2009
- Holz Müller,**  
Tobias  
**Die Premier-League-Entscheidungen des High Court of Justice: Der  
Anfang vom Ende des Territorialitätsprinzips bei Sportrechten?**  
*In: GRUR Int. 2009, S. 195-201*
- Lichtenegger,**  
Moritz  
*In: GRUR Int. 2009, S. 195-201*
- Jorna/Martin-Prat**  
**New Rules in European Copyright**  
*In: European Intellectual Property Review 1994, p. 145 ff.*  
*Zitiert: Jorna/Martin-Prat, E.I.P.R. [1994], p.*
- Kainer,**  
Friedmann  
**Grundfreiheiten und staatliche Schutzpflichten, EuGH NJW 1998, 1931**  
*In: Juristische Schulung 2000, S. 431 – 436*
- Kern**  
**The EG-Common Position on Copyright Applicable to Satellite  
Broadcasting and Cable Retransmission**  
*In: European Intellectual Property Review 1993, p. 276 ff.*  
*Zitiert: Kern, E.I.P.R. [1993], p.*
- Klass,**  
Nadine  
**Die geplante Schutzfristenverlängerung für ausübende Künstler und  
Tonträgerhersteller: Der falsche Ansatz für das richtige Ziel**  
*In: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht 2008, S. 663 – 673*
- Kluth,**  
Winfried  
**Die Bindung privater Wirtschaftsteilnehmer an die Grundfreiheiten des  
EG-Vertrages**  
*In: Archiv des öffentlichen Rechts 122, S. 557 – 582*

- Köhler (Hrsg.),** **Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb**  
Helmut - *Kommentar*  
**Piper (Hrsg.),** München, 3. Auflage 2002  
Henning *Zitiert: Köhler/Piper/Autor, § Rn.*
- Masouyé,** **Kommentar zur Berner Übereinkunft**  
Claude München/Köln, 1981
- Riesenhuber (Hrsg.),** **Systembildung im Europäischen Urheberrecht**  
Karl - *INTERGU Tagung 2006*  
**von Lewinski,** **Beitrag: Urhebervertragsrecht und Verwertungsgesellschaftenrecht**  
Silke Berlin 2007  
*In der Reihe: Schriften zum europäischen Urheberrecht*  
*Zitiert: Riesenhuber/v. Lewinski, S.*
- Röthel,** **Grundfreiheiten und private Normgebung**  
Anne *In: Europarecht 2001, S. 908 – 921*
- Schricker (Hrsg.),** **Urheberrecht**  
Gerhard München, 3. Auflage 2006  
*Zitiert: Schricker/Autor, § Rn.*
- Streinz,** **Europarecht**  
Rudolf Heidelberg (u.a.), 8. Auflage 2008
- Tritton,** **Intellectual Property in Europe**  
Guy London, 3<sup>rd</sup> Edition 2008  
*Zitiert: Tritton, Rn.*

**von der Groeben  
(Hrsg.),**

Hans

**Schwarze (Hrsg.),**

Jürgen

**Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur  
Gründung der Europäischen Gemeinschaft**

Baden-Baden, 6. Auflage 2003

*Zitiert: von der Groeben/Schwarze/Autor, Art. Rn.*

**Walter (Hrsg.),**

Michel M.

**von Lewinski (Verf.),**

Silke

**Europäisches Urheberrecht**

Wien (u.a.), 2001

*Zitiert: Walter, Richtlinie, Rn.*

## **A. EINFÜHRUNG IN DIE VERBUNDENE RECHTSSACHE C-403/08 UND C-429/08**

**April/Mai 2006:** *In der durch die EG erzwungenen Versteigerung der Übertragungsrechte für 3 Premier League Seasons (2007/2008 bis 2009/2010) bezahlt der britische PayTV-Sender BSkyB<sup>1</sup> £ 1.3 Milliarden für 4 von 6 versteigerten Paketen. Die restlichen 2 Pakete gehen für £ 392 Millionen an Setana, einen irischen PayTV-Anbieter.<sup>2</sup> Der Gesamtwert der versteigerten Übertragungsrechte entspricht damit insgesamt etwa 2,48 Milliarden Euro.<sup>3</sup>*

*Ein Wert, bei dem jeder, trotz Erfahrungen mit den Finanzmärkten, davon ausgehen würde, dass er nicht einfach in gutem Glauben investiert wird, dass folglich die Rechte an diesen Übertragungen gesichert, die Verträge wasserfest und durchsetzbar sind. Doch ganz so klar stellt sich dies weder im Mutterland des Fußballs noch in der EG allgemein dar – ganz abgesehen von den Streitigkeiten um die tatsächliche Natur der Übertragungsrechte in Deutschland.*

*Besondere Bedeutung erlangt in diesem Zusammenhang das Verwertungssystem der Branche. Wird mithilfe exklusiver und territorial begrenzter Lizenzen ein einheitlicher europäischer audiovisueller Raum als Ausprägung des Binnenmarkts umgangen, sind dann gleichzeitig aber europarechtliche Ansprüche auf Grundlage des „europäischen Urheberrechts“ bei Verstößen gegen das Lizenzierungssystem denkbar?<sup>4</sup> Und verstoßen die Lizenzen selbst gegen europäisches Recht?*

Diese Fragen bilden den Kern der – im Zuge der Bearbeitung zusammengeführten<sup>5</sup> – Rechtssache C-403 u. C-429/08 vor dem EuGH, die in dieser Seminararbeit beleuchtet werden soll.

Hinter dem Kürzel verbirgt sich ein noch nicht abgeschlossenes Vorlageverfahren nach Art. 234 II, I lit. b EGV, das die Fragen zweier Divisions des britischen High

---

1 British Sky Broadcasting.

2 <<http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/4975632.stm>>, Stand 18.06.2009.

3 Berechnet mit <<http://www.oanda.com/convert/classic>> zum Stand des 05.05.2006 am 18.06.2009.

4 Vgl. nur Einleitung Holz Müller/Lichtenegger, GRUR Int. 2009, 195.

5 Beschluss des Gerichtshofs vom 03.12.2008.

Courts<sup>6</sup> aus dem Jahr 2008 behandelt.<sup>7</sup>

Im Folgenden soll zunächst ein kurzer Überblick über die Ausgangsverfahren gegeben werden, bevor mit der vertieften Behandlung der Rechtslage aus europäischer Sicht begonnen wird.

### **I. Die Rechtssache Karen Murphy v. Media Protection Services Ltd.**

Gegenstand des ersten Falles ist die Berufung einer Barbesitzerin vor dem Administrative Court des High Court of Justice<sup>8</sup> gegen die Verurteilung durch den Crown Court at Portsmouth aufgrund eines Verstoßes gegen s.297(1) des CDPA.<sup>9</sup>

Karen Murphy hatte in ihrer Bar „The Red, White & Blue“ im Sommer 2006 Spiele der englischen Premier League live gezeigt, dabei aber keinen Vertrag mit dem für Großbritannien exklusiv lizenzierten<sup>10</sup> Sender BSkyB abgeschlossen. Stattdessen liefen bei ihr die Übertragungen des griechischen Senders NOVA, dessen Angebot insbesondere dadurch interessant wird, dass sowohl englische als auch griechische Kommentare gesendet werden. NOVA besitzt allerdings lediglich die Lizenz für das Senden der Spiele in Griechenland und ist aufgrund der Lizenzverträge dazu verpflichtet, die Dekoder zur Entschlüsselung des eigenen Programms nur an in Griechenland beziehende Verbraucher weiterzuverkaufen. Deshalb gab sie zum Abschluss eines Vertrages einen falschen Wohnort an, zahlte jedoch regulär die von NOVA für private Benutzung erhobenen Gebühren.

Das vorliegende Gericht möchte nun wissen, ob nationale Vorschriften, die die Dekodierung von lediglich für das Ausland lizenzierten Sendungen verbieten, generell mit Europarecht vereinbar sind und welche Modalitäten des Vertrags mit dem Sender europarechtlich zu überprüfen bzw. zu beanstanden sind.

---

6 C-403/08 durch den High Court of Justice of England and Wales, Chancery Division bzw. C-429/08 durch dessen Queen's Bench Division (Administrative Court) vorgelegt.

7 Vorgelegt am 17. September 2008 (C-403/08) und am 29. September 2008 (C-429/08).

8 [2007] EWHC 3091 (Admin), das die Vorlage C-429/08 begründete.

9 Copyright, Designs and Patents Act 1988

10 Inhaberin der Rechte ist die Liga Football Association Premier League Ltd.

## **II. Die Rechtssache Football Association Premier League Ltd.<sup>11</sup> u.a. v QC Richardson u.a.**

Im zweiten Fall<sup>12</sup> geht es zunächst um eine gleich gelagerte Benutzung von Dekoderkarten außerhalb der vertraglich festgelegten Nutzungserlaubnis in englischen Pubs.<sup>13</sup> Neben NOVA wurde hier auch der in Saudi-Arabien ansässige<sup>14</sup> Sender ART<sup>15</sup> genutzt.

Betroffen sind aber auch Händler von Dekoderkarten, die außerhalb des vertraglich zwischen der FAPL und deren Lizenznehmern festgelegten Sendegebiets verkauft und benutzt wurden.

Damit stellt sich neben der bereits angesprochenen Frage auch die nach der Vereinbarkeit der Verkaufstätigkeit mit europäischen Regelungen.

---

11 FAPL.

12 [2008] EWHC 1411 (Ch), hieraus resultierte das Vorlageverfahren C-403/08.

13 „The Madden action“, HC07C01749 aus [2008] EWHC 1411 (Ch) Rz. 12.

14 Sitz der betroffenen juristischen Person: Italien [2008] EWHC 1411 (Ch) Rz. 249.

15 <[http://en.wikipedia.org/wiki/Arab\\_Radio\\_and\\_Television\\_Network](http://en.wikipedia.org/wiki/Arab_Radio_and_Television_Network)> Stand 13.06.2009.

## **B. AUSLEGUNG DER RICHTLINIE 98/84/EG<sup>16</sup> – DIE ZUGANGSKONTROLLRICHTLINIE**

Bei Betrachtung des Sachverhalts ist zunächst ein Verstoß gegen Europarecht in Form der RL 98/84/EG auf Seiten der Verkäufer und Benutzer denkbar.

Dies wäre möglich, wenn die Dekoder als illegale Vorrichtung einzustufen wären und damit der Verbotstatbestand des Art. 4 eröffnet wäre. Die getroffenen vertraglichen Regelungen (u.a. die territoriale Begrenzung) wären dann europarechtlich nicht nur erlaubt, sondern auch geschützt.

### **I. Anwendungsbereich**

Der Zugangskontrollrichtlinie liegt generell das Ziel zugrunde, einen europäischen Standard für die Behandlung von illegalen Vorrichtungen zu schaffen, die den unerlaubten Zugang zu geschützten Diensten ermöglichen.<sup>17</sup> Den Erwägungsgründen folgend steht neben dem Schutz der Verbraucher<sup>18</sup> gerade der der Anbieter von geschützten Diensten<sup>19</sup> im Fokus der RL.

Anwendung sollen sie und die auf ihr basierende Regelungen also primär dort finden, wo Umgehungsversuche die wirtschaftliche Basis des Anbieters angreifen<sup>20</sup> und ihn um seinen Gewinn bringen.<sup>21</sup>

Daneben sollen die RL und die ihr folgende Umsetzung aber auch den Wettbewerb und den Binnenmarkt<sup>22</sup> schützen und die Meinungsfreiheit<sup>23</sup> fördern.

Die sich ergebenden Spannungen sollen deshalb im weiteren eingehender erörtert werden.

### **II. Tatbestand der zu verbietenden Handlungen**

Art. 4 der RL gibt den Mitgliedstaaten vor, bestimmte Handlungen einheitlich zu

---

16 RL 98/84/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 1998 über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten

17 RL 98/84/EG, Art. 1.

18 Erwägungsgrund (ErwG) 15.

19 ErwG 4, 5, 6.

20 ErwG 1, 2, 3, 11 u. 12; Art. 47 II, 55, 95, 14 EGV.

21 ErwG 3 bis 6 u. 13.

22 ErwG 3, 4.

23 ErwG 2, 3.

behandeln. Den Handlungsvarianten gemeinsam ist dabei, dass es sich bei dem zur Erfüllung des Tatbestandes nötigen Gerät um eine „illegale Vorrichtung“ handeln muss.<sup>24</sup> Diese wird in Art. 2 lit. e als „jedes Gerät oder Computerprogramm, das dazu bestimmt oder entsprechend angepasst ist, um den Zugang zu einem geschützten Dienst in verständlicher Form ohne Erlaubnis des Diensteanbieters zu ermöglichen“ legaldefiniert.

Fraglich ist also, ob die Verwendung der Dekoder diese Merkmal erfüllt und es sich um eine illegale Vorrichtung handelt.<sup>25</sup>

## **1. Gerät oder Computerprogramm**

Als Apparat zur Umwandlung von Satellitensignalen in Bild- und Tonausgaben entspricht der Dekoder schon der wörtlichen Bedeutung des Begriffs „Gerät“,<sup>26</sup> womit die erste Voraussetzung einer illegalen Vorrichtung erfüllt ist.

## **2. Zugang zu einem geschützten Dienst**

Durch den Dekoder müsste daneben der Zugang zu einem geschützten Dienst erfolgen. „Geschützter Dienst“ ist nach der Legaldefinition des Art. 2 lit. a der RL 98/84/EG eine Fernsehsendung nach Art. 1 lit. a der RL 89/552/EWG,<sup>27</sup> soweit sie gegen Entgelt erbracht wird und einer Zugangskontrolle unterliegt. Diese Fernsehsendung wiederum wird definiert als „die [...] durch Satelliten vermittelte, [...] verschlüsselte Erstsending von Fernsehprogrammen, die zum Empfang durch die Allgemeinheit bestimmt sind. Nicht [...] Kommunikationsdienste, die auf individuellen Abruf Informationen oder andere Inhalte vermitteln [...]“<sup>28</sup>

### **a. Reichweite des Verweises**

Problematisch ist allerdings, inwieweit durch den Verweis auf den Art. 1 lit. a auch die damit zusammenhängende Interpretation der Frage nach dem „Fernseh-

---

24 RL 98/84/EG , jeweils in Art. 4 lit. a bis c.

25 C-403/08 Frage 1. a); C-429/08, Frage 1.

26 Duden, Stichwort: Gerät

27 Anwendung findet hier die RL 89/552/EWG in der durch die RL 97/36/EG geänderten Fassung, auf die durch die RL 98/84/EG verwiesen wurde. Die Änderung der RL 89/552/EWG durch die RL 2007/65/EG konnte in der Verweisung noch keine Rolle spielen und ist damit nach teleologischer und historischer Auslegung nicht zu berücksichtigen.

28 Gekürzt um nicht relevante Varianten der Norm.

veranstalter“ eine Rolle spielen kann.<sup>29</sup>

Ziel der RL 89/552/EWG ist die Regulierung von Fernsehsendungen auf dem europäischen Markt. Zentraler Bestandteil ist dabei das Herkunftslandprinzip,<sup>30</sup> das an der Person des Fernsehveranstalters ansetzt, um eine Überschneidung oder ein Wechseln der Verantwortung für das gesendete Programm innerhalb der EG zu vermeiden und einen einheitlichen Rechtsraum auch faktisch gewähren zu können.<sup>31</sup> Darauf aufbauend wird vertreten, nur wenn die Voraussetzung eines Fernsehveranstalters vorliegt, kann auch eine Fernsehsendung vorliegen.<sup>32</sup>

Auf der anderen Seite erstreckt sich der Verweis ausdrücklich lediglich auf Art. 1 lit. a der RL 89/552/EWG und kann nicht einfach entgegen dem Wortlaut auf weitere Buchstaben ausgedehnt werden. Auch liegt das Ziel der RL 98/84/EG auf einer anderen Ebene – beschäftigt sie sich nämlich gerade nicht mit der Frage, was für Inhalte Sender verbreiten dürfen. Dies zeigt ein Vergleich mit dem 2. Spiegelstrich des Art. 2 lit. a,<sup>33</sup> der Radiosendungen, die wie in der deutschen Dogmatik aufgrund ihrer Beeinflussungsmöglichkeit<sup>34</sup> differenziert zu betrachten wären, mit den Fernsehsendungen gleichstellt.

Im Zentrum der RL steht vielmehr die Finanzierung der Medienanbieter, was auch die Gleichbehandlung von Radio und Fernsehen erklärt. Somit ist nur auf die Frage einzugehen, ob es sich um eine Fernsehsendung im Sinne des Art. 1 lit. a 89/552/EWG handelt.<sup>35</sup>

### **b. Fernsehsendung**

Die empfangene PayTV-Sendung ist auf den ersten Blick als „Erstsendung“ unproblematisch eine Fernsehsendung i.S.d. RL. Die Sendung wird aber gerade nicht durch die PayTV-Sender, sondern durch IMG Media Limited<sup>36</sup> hergestellt und als

---

29 C-403/08 Frage A. 2. b).

30 RL 89/552/EWG ErwG 12; RL 2007/65/EG, ErwG 27, der klarstellt, dass dieses Element der RL 89/552/EWG weiterbesteht.

31 RL 2007/65/EG, ErwG 27.; [2008] EWHC 1411 (Ch), Rz. 128.

32 So das Verteidigungsvorbringen der Beklagten in [2008] EWHC 1411 (Ch), Rz. 128.

33 [2008] EWHC 1411 (Ch), Rz. 129.

34 „Die Suggestivkraft der Bilder“

35 C-403/08 Frage A. 2.

36 Dieses Unternehmen übernimmt die Produktion der ins Ausland gesendeten Programminhalte, die die FAPL an PayTV-Sender versteigert hat im Auftrag der FAPL: <[http://www.imgworld.com/media/production/traditional\\_media.sps](http://www.imgworld.com/media/production/traditional_media.sps)> Stand 18.06.2009.

sogenannter „World Feed“<sup>37</sup> zum ersten Mal an die Lizenznehmer der FAPL gesendet, die lediglich die Logos austauschen und einen eigenen Kommentar hinzufügen.<sup>38</sup> Für die englischsprachigen Kunden entfällt sogar die Notwendigkeit, einen eigenen Kommentar beizufügen. Damit wird vertreten, es würde lediglich eine Zweitsendung vorliegen; die ursprünglich von IMG gefertigte „Sendung“ sei bereits in dieser Form verwendbar und die von den Lizenznehmern ausgestrahlte Sendung keine Fernsehsendung im Sinne der RL. Da die von der IMG produzierte „Sendung“ aber nicht zur Sendung an die Allgemeinheit bestimmt ist, würde auch Art. 1 lit. a nicht einschlägig sein und damit keine Fernsehsendung vorliegen.

Dem ist entgegen zu halten, dass für eine Fernsehsendung kein direkter Kontakt mit dem Zuschauer erwartet wird – die Vermittlung der Sendung zur Weiterverbreitung an die Allgemeinheit reicht aus.<sup>39</sup> Damit ist Art. 1 lit. a erfüllt, selbst wenn man dem PayTV-Sender abspricht, die Sendung selbst zu gestalten.

### ***c. Gegen Entgelt nach Zugangskontrolle/Zwischenergebnis***

Da es PayTV-Sendungen immanent ist, nur gegen Geldzahlung durch Dekoder empfangen und entschlüsselt werden zu können, ist auch die letzte Voraussetzung an den Zugang zu einem geschützten Dienst gegeben.

### **3. In verständlicher Form ermöglicht**

Daneben müssten die Inhalte des verschlüsselten Dienstes in verständlicher, also in für den menschlichen Rezipienten erfassbarer, Form dargestellt werden. Da durch den Dekoder die Sendung entschlüsselt und so wahrnehmbar gemacht wird, liegt auch ein Zugang in verständlicher Form vor.

### **4. Dazu bestimmt oder entsprechend angepasst<sup>40</sup>**

Problematisch ist dagegen, das Merkmal „dazu bestimmt oder entsprechend angepasst“ zu bestimmen. Es wird sowohl in der Definition für die „illegale

---

37 [2008] EWHC 1411 (Ch), Rz. 25.

38 [2008] EWHC 1411 (Ch), Rz. 25 iv).

39 RL 89/552/EWG, Art. 1 lit. a Satz 2.

40 C-403/08 Frage A. 1. b. u. 2.

Vorrichtung<sup>41</sup> als auch für die zu schützende „Zugangskontrollvorrichtung“<sup>42</sup> verwendet. Der Unterschied zwischen beiden Vorrichtungen ergibt sich erst im Zusammenhang mit der Frage nach der Erlaubnis des erfolgten Zugangs – der Abgrenzung zur „normalen“ Zugangskontrolle dient dem Wortlaut folgend letztlich nur die Formulierung „ohne Erlaubnis des Diensteanbieters“.<sup>43</sup>

Damit ist die Bedingung zunächst wertneutral und objektiv zu verstehen und setzt nur die Ermöglichung *eines* Zugangs voraus.

Der von den Beklagten benutzte bzw. verkaufte Dekoder mitsamt der zugehörigen Dekoderkarte ist generell dazu bestimmt, den Zugang zu einem geschützten Dienst zu ermöglichen, und war gerade bei Inverkehrbringen durch den Sender oder durch von ihm autorisierte Verkäufer dazu bestimmt, die Signale des Senders zu entschlüsseln. Nur hierdurch wird das Programm für den Zuschauer erkennbar und das Angebot kann „genutzt“ werden. Der Dekoder ist also dazu bestimmt Zugang zu einem geschützten Dienst zu gewähren.

#### **5. Ohne die Erlaubnis des Diensteanbieters<sup>44</sup>**

Nachdem damit festgestellt wurde, dass alle grundsätzlichen Voraussetzungen für eine Zugangskontrollvorrichtung vorliegen, ist nun noch prüfen, ob es sich aufgrund fehlender Erlaubnis des Diensteanbieters in Abgrenzung dazu um eine „illegale Vorrichtung“ im Sinne des Art. 2 lit. e handelt.

Problematisch ist dabei, dass die Dekoder, wie soeben dargestellt, mit Erlaubnis des PayTV-Senders in Umlauf gekommen waren. Sie wurden aber unter Vorspiegelung falscher Tatsachen erworben oder bereits in einen nicht vom vertraglich festgelegten und lizenzierten Markt exportiert. Damit stellt sich die Frage, ob gebräuchliche Zugangskontrollvorrichtungen dadurch zu „illegalen Vorrichtungen“ werden können, dass sie nach dem Inverkehrbringen anders als vertraglich vorgeschrieben benutzt werden, ob dadurch also die ursprüngliche Erlaubnis wegfällt und die Vorrichtung nunmehr „ohne Erlaubnis“ benutzt wird.

---

41 RL 98/84/EG, Art. 2 lit. e.

42 RL 98/84/EG, Art. 2 lit. c.

43 [2008] EWHC 1411 (Ch), Rz. 76, 82.

44 C-429/08 Frage 2. i) bis iii).

**a. Umwidmung der Voraussetzung „dazu bestimmt oder entsprechend angepasst.“**

Zum Teil wird zur Beantwortung dieser Frage schon an der Voraussetzung „dazu bestimmt oder entsprechend angepasst“ angesetzt. In Verbindung mit der Bedingung „ohne Erlaubnis“ ist dabei nämlich fraglich, ob das Gerät von vorneherein dazu bestimmt sein muss, illegalen Zugang zu gewähren, oder ob eine nachträgliche „Zweckbestimmung“ aus einem eigentlich zum vertragsgemäßen Gebrauch bestimmten Gerät eine illegale Vorrichtung machen kann.

Auf der einen Seite wird vertreten, der Wortlaut des Art. 4 gebe eine subjektive Seite bei der Interpretation des „Bestimmens/Anpassens“ nach der ursprünglichen Herstellung nicht her. Vielmehr würde dieser nahelegen, dass mit dem fertigen Gegenstand gehandelt bzw. verfahren, nicht aber der Zweck des Gegenstands bestimmt wird.<sup>45</sup> Eine Änderung der Zweckbestimmung sei damit nicht mehr nachträglich möglich und das Gerät damit entweder von Anfang an dazu bestimmt, Zugang ohne Erlaubnis zu gewähren, oder nicht dazu bestimmt.

Auch die Formulierung „entsprechend angepasst ist“ des Art. 2 lit. e spreche nur auf den ersten Blick für eine stets veränderliche Eigenart des Geräts. Vielmehr deute das „ist“ auf eine endgültige Festlegung hin.<sup>46</sup>

Auf der anderen Seite ist zu berücksichtigen, dass es sich beim Merkmal des „Bestimmens/Anpassens“ um ein der illegalen Vorrichtung immanentes Merkmal handelt. Art. 4 setzt die illegale Vorrichtung voraus, bestimmt aber nicht, was darunter zu verstehen ist. Dies ist stattdessen anhand Art. 2 lit. e zu bemessen, so dass eine Argumentation mit Art. 4 nicht schlüssig erscheint.

Auch die Berücksichtigung der Möglichkeit eines „Anpassens“ spricht nicht dafür, dass es sich um ein statisches Merkmal handelt. Die Bezeichnung „entsprechend angepasst ist“ stellt lediglich klar, dass das Gerät aus dem Blickwinkel des in Frage stehenden Verhaltens in der Vergangenheit die Bestimmung erhalten haben muss und sie nicht erst in der Zukunft erhalten soll.

---

45 [2008] EWHC 1411 (Ch), Rz. 83.

46 Gleiches legt die englische Version mit der Vergangenheitsform des Verbs „adapted“ nahe.

## **b. „Illegale Vorrichtung“**

Nachdem somit festgestellt wurde, dass andere Punkte als die Frage nach der Erlaubnis keine – auch keine indirekte – Auswirkung auf die Unterscheidung zwischen „normaler“ Zugangskontrollvorrichtung und „illegaler“ Vorrichtung haben, ist nun zu klären, was die Erlaubnis ausmacht. Wie bereits angedeutet,<sup>47</sup> kommt dabei der Frage, wie die einzelnen Aufgaben der RL, die in den Erwägungsgründen angesprochen werden, gewichtet und aufgefasst werden, elementare Bedeutung zu.

**aa. Gründe für eine Bejahung der „illegalen Vorrichtung“.** In der Diskussion vor der Chancery Division des High Court<sup>48</sup> nimmt deshalb der Erwägungsgrund 13 der RL eine besondere Stellung ein. Durch ihn wird klargestellt, dass der *unautorisierte* Zugang zu Diensten verboten sein darf und unter Umständen auch sein muss, um den Anbieter wirtschaftlich zu schützen, so dass er seinen rechtmäßigen Gewinn erlangen kann.<sup>49</sup> Von den Interessenvertretern der Diensteanbieter wird hieraus eine starke Betonung jeglicher Vergütungsinteressen der Anbieter entnommen. Primäres Ziel der gesamten RL ist demnach das Vorgehen gegen den durch die Umgehung von Sicherheitseinrichtungen entstehenden Schaden – damit sollen nicht nur die Umgehung selbst, sondern auch deren Effekt verfolgt werden. Auch der Wortlaut des Art. 2 lit. e macht deutlich, dass der *Zugang zum Dienst* verhindert werden soll, während die Verbote des Art. 4 nur Mittel zum Zweck darstellen. Wiederum wird vor dem Effekt geschützt, nicht vor der Umgehung selbst.

Hier ist auf der einen Seite ein Schaden auf Seiten der Lizenznehmer zu konstatieren: Sollte die Verwendung der Dekoder europarechtlich erlaubt sein, stehen die Sender in Konkurrenz zu ausländischen Sendern. Man muss davon ausgehen, dass dadurch speziell Sender mit grundsätzlich kleinem Einzugsbereich – zum Beispiel sprachlich bedingt – nicht mehr in der Lage sein werden, die dann neu europaweit zu vergebenden Lizenzen zu erlangen. Die durch die Verknüpfung von Fußballübertragungsrechten mit dem jeweiligen Programm des Senders mögliche

---

47 Vgl. oben B. I.

48 [2008] EWHC 1411 (Ch).

49 Oben B. I.; RL 98/84/EG ErwG 3-6, 13.

Kompensation hoher Lizenzgebühren wird aufgrund unterschiedlicher nationaler Präferenzen der Fernsehzuschauer ebenfalls aufgehoben werden. Die Sender insgesamt werden damit, sei es durch die Programmgestaltung oder die Sprache, weniger interessant für den Zuschauer und die Gewinne der PayTV-Sender sinken. Dadurch sind nur geringere Lizenzgebühren amortisierbar und es sinken auch die Erträge der FAPL.

Dem gegenüber steht der nach Erwägungsgrund 13 geforderte unmittelbare oder mittelbare Gewinn des „Umgehenden.“ Dieser ist zur effektiven Umsetzung des Erwägungsgrunds weit zu interpretieren und umfasst sowohl eine Attraktivitätssteigerung der Pubs bei nun neu angebotenen Übertragungen oder geringere Kosten für die Übertragungsrechte.

Soll die Richtlinie damit die Diensteanbieter vor Schaden bewahren, ist die Einordnung als „illegale Vorrichtung“ notwendig.

Abgesehen davon wird grundsätzlich vorgebracht, dass weder von der FAPL noch von BSKyB oder NOVA eine ausdrückliche oder konkludente Erlaubnis für die legitime Benutzung im Vereinigten Königreich vorliege. Eine Erlaubnis einfach zu konstruieren oder eine „illegale Vorrichtung“ abzulehnen, würde in diesem Zusammenhang zu Problemen mit der Vertragsfreiheit führen. Das gesamte Lizenzsystem der Rechteinhaber und Sender basiert auf vertraglichen Vereinbarungen, die natürlich zunächst frei sein müssen und so auch territoriale Begrenzungen vorsehen können. Diese Freiheit kann nur aufgrund besonderer Bedingungen eingeschränkt werden.<sup>50</sup>

Eine daneben im englischen Gerichtsverfahren aufgekommene Frage nach der wörtlichen Auslegung des „ergriffen werden, um“ liegt für mich aber nicht nahe. Eine Intention kann nach dem Wortlaut durchaus als Voraussetzung verstanden werden.

**bb.** Gründe gegen eine „illegale“ Vorrichtung. Auf der anderen Seite muss der Begriff „illegale Vorrichtung“ genauer betrachtet werden. Ist für die *illegale* Vorrichtung alleine die fehlende Erlaubnis ausschlaggebend, könnte man auch schlicht von einer „Umgehungsvorrichtung“ sprechen. Der Begriff „illegal“ hätte

---

50 Hierzu detaillierter E.

also neben der fehlenden Erlaubnis keine eigenständige inhaltliche Bedeutung. Isoliert ist dieser Gedanke kaum eine tragfähige Begründung, in Verbindung mit anderen Gesichtspunkten ist er aber wohl von Bedeutung.

Zu diesen Gesichtspunkten zählt, dass die RL ausdrücklich gegen solche Umgehungsversuche der zugangsgeschützten Dienste vorzugehen sucht, die einen *kostenlosen* Zugang ermöglichen.<sup>51</sup> Bei der Nutzung eines regulär erworbenen Geräts außerhalb des lizenzierten Bereichs wird aber gerade kein kostenfreier Zugang ermöglicht – für die Nutzung wird vielmehr ein Entgelt entrichtet.

Da die RL sich an europäischem Recht orientiert und somit die Grundfreiheit respektieren muss,<sup>52</sup> bleibt zu berücksichtigen, dass gleichzeitig Dienstleistungs- und Warenverkehrsfreiheitshemmnisse abgebaut werden sollen.<sup>53</sup> Dies wird besonders deutlich anhand des Erwägungsgrunds 4 der RL. In ihm wird das Grünbuch „Der rechtliche Schutz verschlüsselter Dienste im Binnenmarkt“<sup>54</sup> erwähnt, das die Begrenzung der Grundfreiheiten durch territoriale Beschränkungen explizit aufführt.<sup>55</sup> Es macht dabei klar, dass zwar der Schutz der „Verschlüssler“ gegen Hersteller und Vertreiber von unautorisierten Dekoderkarten Ziel der RL ist. Dabei wird aber *ausdrücklich* zwischen Piraterie, die nach Ansicht der Kommission den nötigen Gehalt der „illegalen“ Vorrichtung ausmacht,<sup>56</sup> und den Benutzungsformen außerhalb der vertraglichen Nutzungsbedingungen unterschieden.<sup>57</sup>

Darüber hinaus betont die Kommission, dass die Angemessenheitsprüfung nicht dahinstehen kann. Trotz allem muss weiterhin eine unangemessene Binnenmarktbehinderung vermieden werden. Als Beispiel für eine solche unangemessene Behinderung bietet das Grünbuch dann – in Fußnote 34 – den vorliegenden Fall. Sollte es um zunächst mit Zustimmung des Herstellers hergestellte oder vertriebene Dekoder gehen, ist eine Behandlung als „illegale Vorrichtung“ im Sinne der RL auch bei territorial begrenzter Lizenz abzulehnen, um keine

---

51 RL 98/84/EG, ErwG 1, 2, 3, 6, 11 u. 12; Art. 47 II, 55, 95, 14 EGV.

52 C-47/90 Rz. 26 – *Delhaize*; Köhler/Piper/Köhler, Einführung Rn. 81.

53 RL 98/84/EG, ErwG 1, 2, 3, 11.

54 KOM(96), 76.

55 KOM(96), 76, S. 11.

56 ErwG 13, 15.

57 KOM(96), 76, S. 17-19.

Schranken für einen europäischen Markt aufzubauen.

Dafür spricht auch, dass das Phänomen allgemein als „Grauer Markt“ umschrieben wird.<sup>58</sup> Eigenart eines „grauen“ Marktes ist aber gerade die nicht ausdrückliche „Illegalität.“

Zwar handelt es sich beim Grünbuch nur um einen Anstoß der Kommission zur Gesetzgebung<sup>59</sup> – nach Umsetzung ist die Kommission aber bei inhaltlichen Änderungen verpflichtet nochmals Stellung zu nehmen.<sup>60</sup> Da dies hier unterlassen worden ist und die Richtlinie in ausdrücklicher Bezugnahme auf das Grünbuch erlassen wurde<sup>61</sup>, muss davon ausgegangen werden, dass es zu keinen inhaltlichen Veränderungen kam. Dafür spricht daneben auch die Entstehungsgeschichte des Erwägungsgrunds 13.<sup>62</sup> Er sollte Piraterieprodukte betreffen, nicht jedoch Parallelimporte von Dekodern und Dekoderkarten.

### **c.      *Stellungnahme***

Gerade auch in Anbetracht des Wortlauts des Art. 3 II der RL ist die Annahme, die hier verwendeten Dekoder und Dekoderkarten nicht als „illegale Vorrichtung“ anzusehen, überzeugend. Art. 3 II stellt klar, dass der grenzüberschreitende Verkehr generell nicht eingeschränkt werden soll. Unter eine „illegale Vorrichtung“ sollte bereits im Grünbuch der Kommission ein Parallelimport nicht gefasst werden können – Erwägungsgrund 13, der *eine* Vergütung sicherstellen soll, steht dem auch nicht entgegen. Sowohl der Inhaber der Fußballrechte als auch die Lizenznehmer sind bereits bezahlt worden. Es mag dem entgegengehalten werden, dass die Höhe der Vergütung nicht dem entspricht, was an Gewinn hätte erzielt werden können. Die Höhe der Vergütung (solange sie eine tatsächliche Aufwandsentschädigung darstellen kann) ist aber nicht Inhalt der Regelungen der RL.

## **6.      *Zwischenergebnis***

Eine „illegale Vorrichtung“ liegt also nicht vor. Dieser Umstand macht die Anwen-

---

58 KOM(2008), 598 2.2.

59 <[http://de.wikipedia.org/wiki/Grünbuch\\_\(Europäische\\_Kommission\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Grünbuch_(Europäische_Kommission))> Stand 18.06.2009.

60 [2008] EWHC 1411 (CH) Rz. 97; Haltern, Rn. 162.

61 ErWG 4 f.

62 [2008] EWHC 1411 (Ch), Rz. 98f.

dung der Bestimmungen der RL 98/84/EG unmöglich.

### **III. Ergebnis**

Zwar bleibt verständlich, dass die FAPL eine Anwendung der RL aus Gründen der einfacheren Rechtsdurchsetzung erwünscht. Dagegen sprechen aber, wie dargestellt, sowohl der Wortlaut, als auch die Intention der Gesetzgeber.

Für das System der Rechteverwertung bleibt damit im Hinblick auf die Benutzung der Dekoder selbst „nur“ die Einhaltung der vertraglichen Bedingungen privatrechtlich zu überwachen, soweit diese im Folgenden als zulässige Klauseln angesehen werden können.

## C. AUSLEGUNG DER RL 2001/29/EG<sup>63</sup> – INFORMATIONSGESELLSCHAFTSRICHTLINIE

Europarechtliche Ansprüche für die Rechtsinhaber der Übertragungsrechte und ihre Lizenznehmer könnten sich aber auch aus der RL 2001/29/EG ergeben.

### I. Anwendungsbereich<sup>64</sup>

Diese bietet dazu zwei Ansatzpunkte. Zum einen unterliegt die Erlaubnis oder das Verbot von Vervielfältigungen der eigenen Werke nach Art. 2 lit. a den Urhebern bzw. nach lit. e über die eigenen Sendungen den Sendeunternehmen. Zum anderen gilt Gleiches nach Art. 3 I und II lit. d für die öffentliche Wiedergabe.

Jeweils muss also durch die Nationalstaaten sichergestellt sein, dass das endgültige Recht, über die Nutzung zu entscheiden, den Urhebern und Sendeunternehmen vorbehalten bleibt. Dabei dient die RL der Vereinheitlichung der Rechtsvorschriften zur Schaffung eines Binnenmarktes<sup>65</sup> und versucht die Grundfreiheiten und die „tragenden Grundsätze des Rechts“ – insbesondere das (geistige) Eigentum, die Meinungsäußerung und das Gemeinwohl – zu vereinbaren.

Die RL wird zwar als erster Schritt hin zu einem gesamteuropäischen Recht des „geistigen Eigentums“ gesehen,<sup>66</sup> kann aber noch nicht als ein eigenständiges System bezeichnet werden.<sup>67</sup> Durch sie wird nationalen Regelungen ein Rahmen gesetzt,<sup>68</sup> während gleichzeitig gemeinschaftsrechtliche Begriffe eingeführt werden, die innerhalb der Gemeinschaft einheitlich und autonom auszulegen sind.<sup>69</sup>

---

63 RL 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.

64 C-403/08 Frage B. 4. i), ii) a).

65 ErwG 1.

66 Tritton, 4-111.

67 von Lewinski, S. 239.

68 [2008] EWHC 1411 (Ch).

69 C-357/98 Rz. 26 – *Yiadam*; C-245/00 Rz. 23 – *SENA*; C-306/05 Rz. 31 – *SGAE*.

## II. Mögliche Ansprüche aus der RL

### 1. Anspruchsinhaber

Wie bereits in der Einleitung dargestellt, hat das Recht jeweils der Urheber beziehungsweise das Sendeunternehmen bezüglich der eigenen Sendungen. Das Sendeunternehmen wird in der Richtlinie nicht definiert, ist aber in Verbindung mit Art. 1 II lit. c der Richtlinie im Einklang mit dem Begriff des Fernsehveranstalters zu sehen.<sup>70</sup> Damit ist hier je nach Auslegung der Lizenzgeber direkt betroffen, weil „seine“ Sendung verwendet wird oder aber zumindest mittelbar nach Art. 2 lit. a und Art. 3 I als Urheber des „World Feed“ in der Sendung, die außerhalb der Lizenzregelung gebraucht wird.

In jedem Fall ist somit der primär an einer Verfolgung interessierte Lizenzgeber Anspruchsinhaber.

### 2. Art. 2, das Vervielfältigungsrecht

Möglich wäre ein Verstoß gegen die RL 2001/29/EG zunächst aufgrund einer Vervielfältigung der Sendung „im“ Dekoder oder auf dem Bildschirm im Zuge des Fernsehens.

#### a. „Vervielfältigung“<sup>71</sup>

**aa. Definition.** Wie gerade festgestellt, handelt es sich um einen europarechtlichen, unabhängigen Begriff.<sup>72</sup> Nach *wörtlicher* Auslegung ist darunter eine Kopie, also im vorliegenden Fall die Handhabbarmachung einer Fernsehsendung durch Sicherung zu verstehen. „Jede Weise“ umfasst dabei sowohl eine zeitliche und modale Komponente als auch mittelbare Handlungen – und damit auch digitale Vervielfältigungen.<sup>73</sup> Zu beachtende völkerrechtliche Vorläuferverträge der RL stehen dieser Auslegung auch nicht entgegen.<sup>74</sup>

Nach *systematischer* Auslegung kann auch die auf der RL beruhende und europarechtlich nicht beanstandete deutsche Dogmatik Hinweise zur Auslegung liefern.

---

70 B. II. 2. b.

71 C-403/08 Frage B. 4. b).

72 Tritton, 4-114.

73 Schricker/Loewenheim, § 16 Rn. 16f.; Walter, Info-RL, Rn. 55f.

74 Art. 1 IV WCT; Art. 7, 11, 16 WPPT.

Nach dieser ist „jede körperliche Festlegung eines Werkes, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen“,<sup>75</sup> eine Vervielfältigung.

*Teleologisch* betrachtet sollen durch die RL schließlich die Urheberrechte bezüglich der Weiterverwertung der Rechte geschützt werden, so dass die Vergütung – und damit nach der Anreiztheorie<sup>76</sup> die Motivation der Rechteinhaber – gesichert ist.<sup>77</sup> Auch dies spricht für eine denkbar weite Auslegung der „Vervielfältigung“.

Damit ist unter einer Vervielfältigung eine Sicherung eines Schutzgegenstandes der RL aufzufassen, die unabhängig davon, auf welche Weise sie entstanden ist,<sup>78</sup> eine durch den Benutzer wieder wahrnehmbare Darstellung hervorruft.

**bb.** „*Zeitliche Reichweite der Vervielfältigung*“. Durch die technische Gestaltung der PayTV-Sendungen stellt sich jedoch die Frage nach einer Mindestbestandsdauer für Vervielfältigungen.<sup>79</sup> Im Laufe der Fußballübertragung wird die Sendung durch den Dekoder dekodiert und auf dem Bildschirm wiedergegeben. Um ein verzögerungsfreies Abspielen zu gewährleisten, werden sowohl die Ton- als auch die Videospur auf dem Dekoder zwischengespeichert. So befinden sich zu jedem Zeitpunkt ca. 160 Millisekunden Ton- und Videospur – in etwa 4 Bilder<sup>80</sup> – im Datenpuffer für die Übertragung.

Auch eine solche extrem kurze Speicherung ist aber vom Wortlaut der RL in Art. 2 als vorübergehende Vervielfältigung erfasst. Hierfür spricht die richtlinienkonforme Auslegung des § 16 UrhG,<sup>81</sup> welche die Dauer der Vervielfältigung als unerheblich ansieht.<sup>82</sup> Diese Deutung wird durch Art. 5 und Erwägungsgrund 33 der RL unterstützt. Darin sind bestimmte kurzzeitige Vervielfältigungen explizit ausgenommen, so dass von einer grundsätzlichen Einbeziehung auch kurzzeitiger „Kopien“ ausgegangen werden muss.<sup>83</sup> Eine Erschöpfung durch die Sendung tritt

---

75 Schricker/Loewenheim, § 16 Rn. 5

76 Klass, ZUM 2008, 663 (667f.).

77 ErWG 31, 10, 23.

78 u.a. ErWG 21.

79 C-403/08 Frage B. 4. b. Teil 1.

80 [2008] EWHC 1411 (Ch) Rz. 217.

81 KG ZUM 2002, 828 (830); a.A. OLG Hamburg, ZUM 2001, 512 (514).

82 Schricker/Loewenheim, § 16 Rn. 6 und Rn. 13.

83 Tritton, 4-114, 4-111; ErWG 5; Schricker/Loewenheim, § 16 Rn. 21.

ebensowenig ein,<sup>84</sup> so dass auch dieser Aspekt keine Probleme aufwirft.

Gegen eine Vervielfältigung auf dem Dekoder würde sprechen, dass es sich nicht um eine beständige Sicherung, sondern lediglich eine technische Hilfsmaßnahme zur einmaligen und direkten Wiedergabe handelt. Im vorliegenden Fall spielt für das Ausgangsverfahren auch die britische Rechtslage eine Rolle, die einen „substantial part“<sup>85</sup> und eine „material form“ zur Bejahung der Vervielfältigung voraussetzt.

Da zum einen aber die britische Gesetzgebung sich im Rahmen dessen zu halten hat, was europarechtlich vorgegeben wird, und zum anderen auch eine nur kurzzeitige Vervielfältigung eine Vervielfältigung bleibt – unabhängig von ihrem technischen Hintergrund –, ist eine zeitliche Komponente in der Frage nach der Vervielfältigung abzulehnen.

**cc.** *Anwendung auf den Fall.* Hier wurden zwar zeitlich begrenzte Vervielfältigungen hergestellt – nichtsdestotrotz dienen sie dem Wahrnehmbarmachen von urheberrechtlich geschützten Inhalten. Die Löschung der Kopie nach der Wiedergabe kann daran nichts ändern. Es liegt also eine Vervielfältigung vor.

**dd.** *Vervielfältigung durch Darstellung der Bilder auf dem Bildschirm?*<sup>86</sup> Möglich wäre auch eine Vervielfältigung in Form der Reproduktion des Originals auf dem Schirm, die dem Betrachter erkennbar ist. Dies ist aber nur dann logisch anzunehmen, wenn der gespeicherte Teil nicht schon die Vervielfältigung darstellt, da diese lediglich auf die Fläche Bildschirm projiziert wird.<sup>87</sup>

#### **b. Die Schranke des Art. 5 I**

Diesem Ergebnis könnte aber die Ausnahme des Art. 5 I entgegenstehen, die folgende Voraussetzungen kumulativ erfordert:

**aa.** Zunächst dürfte es sich nur um eine *flüchtige oder begleitende vorübergehende Vervielfältigung* handeln. Dies ist in Form von digitalen Daten hier der Fall, da sie lediglich 160 Millisekunden Wiedergabe entsprechen und direkt nach der Weiterleitung an das Ausgabegerät gelöscht werden.

84 BGH GRUR 2005, 940 (942).

85 Spelling Goldberg Productions v. BPC Publishing Ltd [1981] RPC 283.

86 C-403/08 Frage B. 4. c).

87 Europarechtskonforme Auslegung d. § 16, Schricker/Loewenheim Rn. 5, 19 m.w.N.

**bb.** Die Vervielfältigung müsste daneben *integraler und wesentlicher Teil eines technischen Verfahrens* sein. Weil nur durch die vorübergehenden Vervielfältigungen ein verzögerungsfreies Fernsehen ermöglicht werden kann und dabei gleichzeitig die Zugangskontrolle gestellt wird, ist auch diese Voraussetzung erfüllt.

**cc. Rechtmäßige Nutzung.** Daneben müsste der Dekoder in der vorgesehenen und vom Verkäufer des Dekoders erlaubten Weise zur Darstellung des gesendeten Signals auf einem Ausgabegerät benutzt werden. Hier stellt sich das Problem, dass die territoriale Nutzungsbegrenzung dem widerspricht.

Damit handelt es sich im Grunde wie oben um die Frage nach der Erlaubnis des Käufers oder Benutzers zur konkreten Handlung.<sup>88</sup> Eine andere Einordnung bezüglich der territorialen Begrenzung würde den festgestellten Zielen und der allgemeinen Betrachtung zuwiderlaufen. Eine rechtmäßige Nutzung ist anzunehmen, solange nicht andere Vorgaben – so zum Beispiel die Frage nach der gewerblichen Nutzung eines „privaten“ Abonnements<sup>89</sup> – dem entgegenstehen. Zum Teil wird eine digitale Nutzung sogar grundsätzlich als rechtmäßig anerkannt.<sup>90</sup>

**dd. Keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung der Vervielfältigung.**<sup>91</sup> Nach dem *Wortlaut* ist diese zusätzliche Bedingung so zu verstehen, dass die Vervielfältigung als solche keinen wirtschaftlichen Wert aufweisen, also keine Einleitung eines neuen Wertschöpfungsprozesses bedeuten darf. Auch dem *telos* der Norm nach sollen gerade solche Handlungen, die eine Vergütung begründen, also Tätigkeiten mit oder am Schutzgegenstand, die einen positiven wirtschaftlichen Wert haben, Sache des ursprünglichen Rechteinhabers bleiben.<sup>92</sup> Um dies zu gewährleisten, ist ein wirtschaftlicher Wert weit zu fassen und kann sich aus allem ergeben, solange er einen Bezug zur Vervielfältigung aufweist. Die Ausnahme ist damit eng auszulegen.

Hier haben jedoch nicht die Vervielfältigungen als solche einen Wert, sondern lediglich die Rechte, die sich aus der Vervielfältigung für die FAPL im Prozess

---

88 B. II. 5. b.

89 [2007] EWHC 3091 (Admin).

90 Walter, Info-RL, Rn. 109.

91 C-403/08 Frage B. 5. a), b).

92 ErwG 3, 4, 5, 10, 33.

möglicherweise ergeben könnten. Zwar sind die Vervielfältigungen dazu nötig, um den Wert des Programms erlangen zu können; sie selbst stellen aber nur einen integralen Teil des Vorgangs der Fernsehübertragung und keine Wertschöpfung dar. Vielmehr sind sie in einen technischen Prozess eingebunden, für dessen Durchführung zusätzlich bereits eine Vergütung bezahlt wurde.<sup>93</sup> Ähnlich dem Caching<sup>94</sup> eines Browsers wird dadurch keine eigenständige Bedeutung<sup>95</sup> für das vervielfältigte Bild- oder Tonmaterial begründet.<sup>96</sup>

Eine Überkompensation aufgrund regionaler Beschränkungen<sup>97</sup> würde außerdem dem einheitlichen Binnenmarkt und dem Ziel des Schrankenabbaus<sup>98</sup> auf dieser Ebene zuwiderlaufen. Damit ist ein eigenständiger wirtschaftlicher Wert der Vervielfältigungen abzulehnen. Eine Sondermeinung<sup>99</sup> vertritt sogar die Ansicht, der „eigenständige Wert“ müsse nur auf die Vervielfältigungshandlung selbst bezogen werden, nicht auf das Ergebnis derselben – was bei einem Durchleiten von Daten dabei nicht begründet werden kann.

**ee. Sonderfrage nach der Gesamtbetrachtung von Werken/anderen Schutzgegenständen.**<sup>100</sup> Im Ausgangsverfahren wurde darüber hinaus die Frage aufgeworfen, inwieweit teilweise frei zugängliche Werke im Bezug auf die Ausnahme des Art. 5 I anders behandelt werden müssten als vollständig geschützte Werke. Der Wortlaut gibt dafür aber keinen Hinweis. Eine Vervielfältigung bleibt, auch wenn nur „wenig“ geschütztes Material enthalten ist, als solche integraler und wesentlicher Teil des technischen Verfahrens, da im vorliegenden Fall nicht erst nachträglich das geschützte Material „extra“ aufgespielt wird. Zusätzlich werden vom Dekoder auch nur einheitliche Bild- und Tonspuren empfangen, so dass die Betrachtung nicht angebracht erscheint. Schließlich ist auch eine bloß teilweise Vervielfältigung von der Regelung des Art. 2 bereits betroffen und somit der

---

93 Dreier/Schulze/Dreier, § 44a Rn.6 für das deutsche Recht ebenso.

94 ErWG 33.

95 Dreier/Schulze/Dreier, § 44a Rn. 9.

96 Vgl. Zahnrad im Getriebe, das auch nicht das gesamte Getriebe an Wert ausmacht, dadurch dass es integraler Teil der Apparatur ist.

97 ErWG 1, 6, 7.

98 ErWG 6.

99 Walter, Info-RL, Rn. 107.

100 C-403/08 Frage B. 5. b. ii).

Ausnahmeregelung nach Art. 5 I zugänglich.<sup>101</sup>

**ff. Zwischenergebnis.** Damit sind die Voraussetzungen der Ausnahmeregelung grundsätzlich erfüllt.

**c. Die Ausnahmeeinschränkung des Art. 5 V**

Möglich wäre aber, eine Ausnahme von der Ausnahme nach Art. 5 V: 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 Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes *nicht beeinträchtigt* wird und die *berechtigten Interessen* des Rechteinhabers *nicht ungebührlich verletzt* werden.

Diese Voraussetzungen entsprechen dem *Drei-Stufen-Test*,<sup>102</sup> der aus den Bestimmungen der Art. 13 TRIPS und Art. 9 II RBÜ entwickelt wurde.<sup>103</sup> Die Stufen sind dabei absteigend immer enger zu beurteilen, was dazu führen kann, dass eine angemessene Verwertung die „Zumutbarkeit“ begründen kann.<sup>104</sup> Die Gewährung von Vergütungs- und Ausgleichsansprüchen soll dabei die Härten der Ausnahme ausgleichen.<sup>105</sup>

**aa. Sonderfall.** Zunächst müsste ein Sonderfall gegeben sein: Die Tatsache, dass Art. 5 V sich auf den ersten Absatz und damit auf das Vervielfältigungsrecht bezieht, spricht dafür, den Begriff eng an das spezifische Nutzungsrecht zu binden. Dabei stellt der Fall einer Vervielfältigung zur Nutzung des Dekoders zwar einen ständig auftretenden Fall dar – die spezielle Art der Vervielfältigung hebt sich aber als Sonderfall aus dem Bereich der Vervielfältigungen hervor. Ein Sonderfall ist also anzunehmen.

**bb. Normale Verwertung des Rechts beeinträchtigt?**<sup>106</sup> Bezogen auf die Übertragungsrechte der Fußballspiele wird der Gewinn primär durch die Lizenzierung an Fernsehanstalten im In-/Ausland erzielt. Diese ist auch dann noch möglich, wenn die Vervielfältigung ausnahmsweise zulässig ist, da die Vervielfältigung von der Verwendung durch den PayTV-Sender, der bezahlt wurde, abhängig ist und nur

101 Walter, Info-RL, Rn. 54.

102 Dreier/Schulze/Dreier, Vor §§ 44a ff.; Schricker/Melichar, Vor §§ 44a ff. Rn. 11a f.

103 Walter, Info-RL, Rn. 94.

104 WTO-Panelentscheidung vom 15.06.2000, Dok. WT/DS160/R.

105 Walter, Info-RL, Rn. 97.

106 C-403/08 Frage B. 5. b. iii).

durch diese Verwendung einen Sinn erhält.

Problematisch ist aber, dass, ausgehend von einer Zulässigkeit der Vervielfältigungen, dem Urheberrechtsinhaber und seinen Lizenznehmern keine europarechtliche Handhabe gegen Verstöße gegen das vertragliche Territorialitätsprinzip zur Verfügung stehen würden. Demzufolge würde sich die Nachfrage nach Sendern mit geringen Gebühren erhöhen, so dass im Ausland höhere Lizenzgebühren erreicht werden könnten. Gleichzeitig würde aber bei der Verwertung der Ertrag durch die Lizenzgebühren insgesamt sinken, da die Exklusivität der Rechte für einen Markt nicht mehr gewährleistet werden könnte, die gerade für PayTV-Sender eine besondere Stellung begründet.<sup>107</sup>

All dies würde aber nicht die Verwertung der Rechte selbst beeinträchtigt, sondern lediglich die Höhe der realisierten Gewinne beeinflussen – nach wie vor würde für den Empfang gezahlt und damit würden auch die Lizenzgebühren erhoben.

Zusätzlich muss noch beachtet werden, dass der „gerechten Vergütung“ in den Erwägungsgründen<sup>108</sup> eine besondere Stellung zukommt und damit hohe Anforderungen an die zweite Stufe der Prüfung zu stellen sind. Jedoch wird schon in Erwägungsgrund 35 betont, dass bei bereits erfolgter Zahlung der Lizenzgebühr eine gerechte Vergütung angenommen werden kann. Die am „freien“, nationalen Markt, auf dem die Lizenzen angeboten wurden, orientierte Lizenzgebühr wurde aber bereits gezahlt. Damit ist von einer gerechten Vergütung auszugehen und festzustellen, dass eine normale Verwertung der Rechte nicht verhindert wird.

**cc.** Schließlich dürften auch *keine unzumutbaren Beeinträchtigungen berechtigter Interessen* entstanden sein. Hier ist zunächst das Interesse der FAPL zu nennen, als Inhaberin der Übertragungsrechte die Vermarktung des eigenen geistigen Eigentums betreiben zu können. Gleichzeitig versucht sie, die internationale Konkurrenzfähigkeit des eigenen Produkts „Premier League“ zu erhalten. Diese ist nur dadurch zu sichern, dass die eigenen Rechte einen möglichst hohen Ertrag abwerfen. Dieser wird dann wiederum genutzt, um Anreize für Fußballspieler

---

107 S.o. B. II. 5. b. aa.

108 ErwG 35, 10.

und Trainer zu erhöhen, und vermittelt durch diese eine höhere Attraktivität für Fans und sichert schlussendlich auch den Nachwuchs.

Dem wiederum steht gegenüber, dass Ligen nur schwer substituierbar sind, was vor allem die Bindung der Fans an die Clubs angeht, die wiederum der Liga verbunden sind. Es könnte lediglich auf dem vorgelagerten Markt der Spieler, Trainer und Sponsoren direkte Auswirkungen geben. Da es sich aber um eine europaweite Regelung handelt, die alle wichtigen europäischen Ligen gleich treffen würde, kommt es auch hier nicht zu Verschiebungen. Damit würde die Vermarktung weiterhin möglich sein, wenn auch wohl auf niedrigerem Niveau. Eine Konkurrenz für den europäischen Markt aufgrund ausländischer Ligen, die in Europa dann stattdessen verfolgt werden würden, oder eine Abwanderung europäischer Topspieler in andere außereuropäische Länder ist nicht als nahe liegend anzusehen.

Damit würden auch weiterhin ein ausreichender Anreiz gegeben und letztlich nur noch das Argument der Verfügungsmacht über eigenes Eigentum als berechtigtes Interesse zu berücksichtigen sein. Doch auch hier lässt sich sagen, dass die Vermarktung des Eigentums sich nur in den rechtlichen Rahmenbedingungen frei entfalten kann. Ein berechtigtes Interesse kann nicht darauf gestützt werden, dass ein höherer Gewinn durch die Umgehung von gesetzlichen Regelungen und Grundgedanken erreicht werden kann. Dies wäre aber hier gerade der Fall, wenn über eine Hintertür versucht werden würde, die Wertung des 98/84/EG durch die Anwendung des Art. 5 V zu umgehen.

Damit steht der Anwendung des Art. 5 I nichts im Wege und die Vervielfältigung auf dem Dekoder ist zulässig.

### **3. Art. 3, „drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe“<sup>109</sup>**

Dies schließt aber noch nicht die gesamte RL für die gegebenen Sachverhalte aus. Art. 3 ordnet die Erlaubnis, über „drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke [...]“ zu bestimmen, den dort aufgeführten Personengruppen zu.

---

109 C-403/08 Frage B. 6. a).

Unter der Zugänglichmachung sind allerdings nur Onlineangebote zu verstehen.

### **a. Öffentliche Wiedergabe**

Für die Betreiber verbleibt die öffentliche Wiedergabe in den Pubs damit als mögliche Verletzungsform.

Grundvoraussetzung ist zunächst die *Wiedergabe*. Sie stellt im Grunde aber nicht mehr als ein den menschlichen Sinnen – auch nur mittelbar – Erkennbarmachen dar.<sup>110</sup> Dies ist dem Grundgedanken eines möglichst weitreichenden Schutzes durch die RL<sup>111</sup> geschuldet.

Die wirkliche Eingrenzung des Art. 3 erfolgt über den Begriff der „*Öffentlichkeit*.“ Früher wurde vertreten, die Öffentlichkeit könne nur durch den Mitgliedstaat bei Ausführung der RL innerhalb der Grenzen derselben definiert werden.<sup>112</sup> Diese wiederum würde Art. 11bis I Nr. 2, nicht aber Nr. 3 der RBÜ umsetzen und damit lediglich die Öffentlichkeit, die am Ort des Ursprungs der Wiedergabe nicht anwesend ist,<sup>113</sup> betreffen. Dies würde sowohl dem Wortlaut des Erwägungsgrund 23 als auch Art. 8 der WCT entsprechen. Im Rahmen der RBÜ wird zusätzlich die Einschränkung auf ein „gewolltes“ Publikum vertreten.<sup>114</sup>

Die heute herrschende Ansicht vertritt aber mit dem EuGH wie bei der Vervielfältigung eine eigenständige und an den Erwägungsgründen 9 und 10 orientierte, weite Auslegung des Begriffs.<sup>115</sup>

Für eine weite Auslegung spricht neben dem Wortlaut des Art. 3 I, der das Recht nicht einschränkt, auch eine in anderen RL konsequente Unterscheidung zwischen eingeschränktem und weitem Öffentlichkeitsbegriff.<sup>116</sup> Fehlt diese, wird eine weite Auslegung bevorzugt.<sup>117</sup> Auch die Umsetzung der einschlägigen völkerrechtlichen Verträge macht einen weiten Begriff nötig.<sup>118</sup> Schließlich spricht auch die Systematik für eine weite Auslegung: bei einer engen Auslegung würde

---

110 Schulze/Dreier/Dreier, § 15 Rn. 29, richtlinienkonform.

111 ErWG 9, 10.

112 Walter, Info-RL, Rn. 86.

113 C-403/08 Frage B. 6. b) iii), c).

114 Masouyé, S. 76.

115 C-306/05 Ls. 1 u. Rz. 31, 34ff. – SGAE; C-156/98 Rz. 50; C-53/05 Rz. 20.

116 u.a. RL 92/100/EWG Art. 8

117 Art. 2 lit. g WPPT u. RL 93/98/EWG Art. 3.

118 Tritton, 4-115; C-341/95, Rz. 20 – Bettati; Schricker/Loewenheim, § 15 Rn. 45.

Art. 5 III eine weite Auslegung des Begriffs in der Datenbankrichtlinie verhindern und zum Beispiel Art. 5 III lit. g, der gerade auf die Anwesenheit des Publikums am Ort der Vorführung ausgelegt zu sein scheint, hinfällig werden.

Nach der Rechtsprechung umfasst der weite Öffentlichkeitsbegriff jede nicht näher bestimmbare und abgrenzbare Anzahl an Empfängern.<sup>119</sup> Eine Einschränkung auf ein nicht zahlendes Publikum nach nationalem Recht<sup>120</sup> ist damit genauso wie die deutsche Einschränkung auf fehlende persönliche Beziehungen im Kontext des Art. 3 und den Erwägungsgründe 9 f. nicht europarechtlich determiniert und deshalb keine Voraussetzung.

Hier werden zwar „nur“ die Besucher des Pubs in die Lage versetzt, die Sendung zu sehen, dabei ist aber keine Eingangskontrolle oder eine Begrenzung des Personenkreises gegeben. Damit handelt es sich auch um eine öffentliche Wiedergabe.

#### **b. Gewinnerzielungsabsicht**

In der Rechtsprechung wird zusätzlich die Gewinnerzielungsabsicht des Wiedergebenden thematisiert.<sup>121</sup> Da durch die Sendung die Attraktivität des Pubs gesteigert wird und die Benutzung eines billigeren Senders die Kosten reduziert, ist diese hier gegeben.

Davon abgesehen kann diese Voraussetzung allerdings nicht überzeugen: Eine Abgrenzung anhand der Intention des Wiedergebenden zusätzlich zur tatsächlichen Beeinträchtigung des Rechteinhabers ist ohne Anhaltspunkt in der Vorschrift nicht erklärbar.

#### **c. Erschöpfung<sup>122</sup>**

Möglich wäre schließlich die Einwendung der Erschöpfung, die aber durch Art. 3 III ausgeschlossen ist.<sup>123</sup>

#### **d. Zwischenergebnis**

Damit handelt es sich um eine öffentliche Wiedergabe der Inhalte der Sendung,

---

119 Tritton, 4-115; unklarer C-306/05 Rz. 38 - SGAE.

120 C-403/08 Frage B. 6. b) ii).

121 C-306/05 Rz. 44 - SGAE.

122 C-403/08 Frage B. 6. b) i).

123 Tritton, 4-116, C-479/04 - Laserdisken u. T-198/98 – Micro Leader Business.

die nach Art. 3 der RL der Disposition des Rechteinhabers unterstehen.

Die FAPL bzw. ihre Lizenznehmer haben also die Möglichkeit diese zu verbieten.

### **III. Ergebnis für die RL 2001/29/EG**

Die RL 2001/29/EG findet damit bezüglich der Vervielfältigungen aufgrund der Ausnahmeregelung des Art. 5 I keine Anwendung.

Die öffentliche Wiedergabe dagegen kann durch den Lizenzgeber FAPL nach Art. 3 I oder II verboten werden. Damit ist auch die Vorlagefrage bezüglich einer Sonderbehandlung der Hymne beantwortet<sup>124</sup> – eine öffentliche Wiedergabe muss bereits durch die RL 2001/29/EG der Verfügungsgewalt des Rechteinhabers unterstellt werden und kann nicht durch nationale Regelungen abweichend gehandhabt werden.

---

124 C-429/08 Frage 7.

## D. AUSLEGUNG DER RICHTLINIE 93/83/EWG<sup>125</sup>

Die öffentliche Wiedergabe ist daneben aber auch Gegenstand der RL 93/83/EWG: Sie wird als „Handlung, mit der unter der Kontrolle des Sendeunternehmens und auf dessen Verantwortung die programmtragenden Signale, die für den öffentlichen Empfang bestimmt sind, in eine ununterbrochene Kommunikationskette, die zum Satelliten und zurück zur Erde führt, eingegeben werden“<sup>126</sup> definiert und soll sich zur Vereinfachung und zur Unterstützung der Rechtssicherheit<sup>127</sup> innerhalb der EG nur am nationalen Recht des Sendestaats auszurichten haben.<sup>128</sup> In einem Ausgangsverfahren<sup>129</sup> wird deshalb versucht, durch die Regelungen der 93/83/EWG eine Einschränkung der Anwendung von nationalen britischen Vorschriften, die auf der RL 2001/29/EG beruhen, zu konstruieren.

### I. Anwendungsbereich<sup>130</sup>

Dabei stellt sich aber zunächst die Frage nach dem generellen Anwendungsbereich der RL 93/83/EWG. Durch die RL wird nämlich kein konkretes Recht zum Empfang, der Vervielfältigung oder der Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Gegenständen konstituiert oder bestimmt.<sup>131</sup> Vielmehr sind nur die Rechte zwischen dem Sendeunternehmen und dem Lizenzgeber unter der „öffentlichen Wiedergabe“ zusammengefasst.

Insbesondere ist weder aus Art. 1 II lit. a noch aus Art. 3 eine Definition der Begriffe „öffentlich“ oder „öffentliche Wiedergabe“ abzuleiten.<sup>132</sup> Nach Art. 5 und Erwägungsgrund 26 bleiben die Rechte der Urheber auch nach der Ausstrahlung noch erhalten, selbst wenn die Sendeanstalten nicht mehr betroffen sind.

---

125 RL 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung.

126 RL 93/83/EWG, Art. 1 II lit. a.

127 ErwG 5, 7, 14f.

128 RL 93/83/EWG, Art. 2 u. ErwG 14 f.; KOM(2002), 430 endgültig.

129 C-403/08; [2008] EWHC 1411 (Ch) Rz. 283.

130 C-403/08 Frage C. 7.

131 Tritton, 4-078; C-293/98 – *Egeda*; [2008] EWHC 1411 (Ch) Rz. 290, 295.

132 C-293/98 Rz. 13 – *Egeda*; Tritton, 4-078.

Der Anwendungsbereich der RL umfasst also nur die Aussendung des Signals, soweit dieses überhaupt empfangen werden kann.<sup>133</sup> Eine nationale Regelung über die Behandlung von Empfang und Vervielfältigungen oder Wiedergabe nach dem Empfang kann nicht gegen diese RL verstoßen.

Problematisch ist dies insoweit, als dass die RL gerade die Rechtsunsicherheit aufgrund unterschiedlicher Behandlung von Sachverhalten im Zusammenhang mit der Satellitenübertragungen in den Mitgliedstaaten beseitigen will.

Der Empfang, die Vervielfältigung und die öffentliche Wiedergabe im Sinne der RL 2001/29/EG sind zwar *unabhängig* vom Sendestaatprinzip der RL 93/83/EWG zu betrachten<sup>134</sup> – sie sind aber durch die RL 2001/29/EG vereinheitlicht worden, so dass eine ausreichende Vereinheitlichung und Handhabe der Verhaltensweisen also sichergestellt sind.

Eine durch die RL 93/83/EWG beschränkte Anwendung der RL 2001/29/EG im Hinblick auf die „öffentliche Wiedergabe“ ist also nicht gegeben.

## **II. Territorial begrenzte Ausstrahlungsrechte im Kontext der 93/83/EWG**

Ein ganz anderer Aspekt spielt im Zusammenhang mit der RL 93/83/EWG aber eine Rolle: Widersprechen vertraglich vereinbarte territorial begrenzte Ausstrahlungsrechte per se der RL?<sup>135</sup>

Im Ausgangspunkt muss nach Coditel I und II<sup>136</sup> davon ausgegangen werden, dass die Begrenzung der Ausstrahlungsrechte auf gewisse Territorien zumindest dem Vertrag von Rom entspricht.

Mit Einführung der RL 93/83/EWG ist jedoch zu berücksichtigen, dass nach Erwägungsgrund 13 eine Minimumübereinstimmung in allen Mitgliedstaaten gewollt ist, die die *freie und ununterbrochene grenzüberschreitende* Programmverbreitung herstellen und garantieren soll. Daneben spricht Art. 7 III der RL dem Halter von exklusiven Verwertungsrechten für eine spezifische Region innerhalb der EG die Rechte zur Verwertung in der gesamten EG zu, solange es sich um Verträge ab

---

133 Vorschlag der KOM zur RL 2001/29/EG: ABl. C-108, S. 6.

134 [2008] EWHC 1411 (Ch) Rz. 296.

135 C-403/08, Frage C. 7. Teil 2; Tritton, 4-082.

136 Rs. 62/79, GRUR Int. 1980, 602ff. – *Coditel I*; Rs. 262/81, NJW 1983, 1255ff. – *Coditel II*.

dem 01.01.1995 handelt. Damit könnte man davon ausgehen, dass nur noch Verträge über die Senderechte in der ganze EG möglich sind.<sup>137</sup>

Dem ist aber entgegenzuhalten, dass Art. 7 III nur eine Übergangsbestimmung für solche Verträge darstellen soll, die, aufgrund von langen Laufzeiten, die technische Entwicklung nicht vorausgesehen und so nicht speziell auf Satellitenübertragungen Bezug genommen hatten<sup>138</sup> – für Verträge, die sie berücksichtigt haben, gilt die Bestimmung nicht. Diesem Ergebnis entspricht auch die derzeit gängige Praxis bei der Vertragsgestaltung.

Damit bietet die RL auch keinen Ansatzpunkt für ein Verbot von vertraglichen Regelungen, die die territoriale Aufteilung vorschreiben oder unterstützen.

### **III. Ergebnis**

Die RL 93/83/EWG ist für die Fragestellung der verbundenen Rechtssache somit nicht relevant.

---

137 Kern, [1993] 8 E.I.P.R. 276 (280); Jorna/Martin-Prat, [1994] 4 E.I.P.R. 145 (151).

138 Tritton, 4-082; Jorna/Martin-Prat, [1994] 4 E.I.P.R. 145 (152).

## **E. AUSLEGUNG DES VERTRAGES: DIE DIENSTLEISTUNGSFREIHEIT, ART. 49FF. EGV**

Das Ausgangsverfahren wirft daneben die Frage auf, inwieweit die Regelungen der Mitgliedstaaten<sup>139</sup> und die Vertragsgestaltung der Rechteinhaber und ihrer Lizenznehmer mit den Grundfreiheiten – hier der Dienstleistungsfreiheit – des EGV vereinbar sind.

### **I. Schutzbereich**

Im Rahmen des *persönlichen Schutzbereichs* ergeben sich dabei keine Probleme. Auch der gemeinschaftsrechtliche Begriff der *Dienstleistung i.S.d. Art. 50 EGV* als jede Tätigkeit, die einen gewissen Wert hat und in der Regel gegen Entgelt erbracht wird,<sup>140</sup> ist für eine PayTV-Sendung grundsätzlich erfüllt.

Problematisch ist allerdings die Subsidiarität der Dienstleistungsfreiheit. Bei dieser Einschränkung ist zu beachten, dass die Dienstleistungsfreiheit nicht bloße Auffangfreiheit ist. Sie hat einen eigenständigen und spezifischen Gehalt, soweit ein durch eigene Fertigkeiten und Techniken – also durch eigene Wertschöpfung – geschaffener Mehrwert über der bloßen Verschaffung der Ware hinaus gehandelt wird.<sup>141</sup>

#### **1. Abgrenzung zur Warenverkehrsfreiheit**

Hier ist die Abgrenzung zur Warenverkehrsfreiheit von besonderer Bedeutung, da der Dekoder mit Dekoderkarte verkauft wird, der dann den Zugang zur Sendung ermöglicht. Dieser unterfällt als bewegliche Sache, die Gegenstand des Handelsverkehrs sein kann,<sup>142</sup> grundsätzlich zunächst dem Begriff der „Ware.“ Gleichzeitig ist der Gegenstand nötig zur Erbringung der Dienstleistung.

In der gängigen Praxis des EuGH wird danach abgegrenzt, wo der Schwerpunkt der wirtschaftlichen Leistung liegt. Dazu wird primär nach der *Körperlichkeit des Erzeugnisses* gefragt.<sup>143</sup> Für Art. 49ff. ist nicht das körperliche Erzeugnis als

---

139 C-403/08 Frage D. 8. b.

140 Art. 50 I EGV.

141 Von der Groeben/Schwarz/Tiedje/Troberg, Art. 49 Rn. 4.

142 Frenz, Rn. 546.

143 Frenz, Rn. 2443.

solches wesentlich, sondern die wirtschaftlich wertvolle Tätigkeit aufgrund, mithilfe oder unter Benutzung des Gegenstandes.

**a. Argumente für die Warenverkehrsfreiheit**

Für eine Anwendung der Warenverkehrsfreiheit spricht, dass der Handel mit Massenmedien,<sup>144</sup> die eine Verkörperung der Inhalte darstellen, nach ständiger Rechtsprechung als Teil der Warenverkehrsfreiheit aufzufassen ist.<sup>145</sup> Mit dem einsatzfähigen Dekoder ist genau wie bei der DVD der Zugang zu geschütztem Material gegen Bezahlung und Übergabe des körperlichen Gegenstandes gewährleistet. Durch eine einfache Aufnahme sind die Inhalte auch immer wieder aufrufbar, so dass der einsatzbereite Dekoder als Verkörperung der Empfangsmöglichkeit der Spiele anzusehen ist und damit seine Benutzungsformen umfasst.<sup>146</sup>

Einen – wenn auch schwachen – Hinweis für die Einordnung könnte man auch daraus ableiten, dass die Rechtsache C-403/08 und C-429/08 auf der Online-Präsenz unter der Kategorie „Freier Warenverkehr“ zu finden ist.

**b. Argumente für die Dienstleistungsfreiheit**

Demgegenüber ist zu beachten, dass zwar der Gegenstand Dekoder elementar zur Nutzung des PayTV-Senders ist. Der Wert wird aber durch den Gebrauch des Dekoders für den Empfang der Sendung vermittelt.<sup>147</sup>

Kern der Leistung beim Fernsehen ist die Bereitstellung eines empfangbaren Programms durch den Sender. Das letztlich bereitgestellte Programm ist nicht wie bei einer DVD bereits auf einem körperlichen Gegenstand festgelegt, der Kunde erlangt also in diesem Falle mit dem körperlichen Gegenstand noch nicht den wirtschaftlichen Schwerpunkt der vertragsgemäßen Leistung. Hierfür ist noch eine Ausstrahlung des Programms durch den Anbieter erforderlich.

Diese ist als grenzüberschreitende Fernsehsendung wiederum nach ständiger Rechtsprechung als Dienstleistung anzusehen.<sup>148</sup>

---

144 Geiger, Art. 50 EGV, Rn. 1

145 Vb. Rs. 55 u. 75/80 – *Membran*.

146 Ebenda.

147 Von der Groeben/Schwarze/Tiedje/Troberg, Art. 49 Rn. 4.

148 EuGH, Rs. C-17/00 Rz. 28 – *De Coster*; Frenz, Rn. 2532.

### **c.      **Stellungnahme****

Im Ergebnis stellt der einsatzbereite Dekoder für den Nutzer des PayTV-Angebots nur als Mittel zum Zweck einen Wert dar. Ein Eigentumserwerb am Dekoder ist anders als bei der Warenverkehrsfreiheit für den Kunden nicht von entscheidender Bedeutung. Für die Annahme der Dienstleistungsfreiheit spricht auch die Tatsache, dass Fernsehsendungen traditionell der Dienstleistung zugeordnet werden und der Sender lediglich für die Nutzung des Dienstes, nicht aber für den konkreten, genau festgelegten Inhalt der Sendungen bezahlt wurde.

Damit ist die Dienstleistungsfreiheit einschlägig und mit ihr unterfallen auch alle zur Nutzung des Programmangebots gehörenden Handlungen ebenfalls der Dienstleistungsfreiheit.

#### **2.      **Weitere Punkte des Schutzbereichs****

Weitere Probleme sind nicht erkennbar.

Die Unterscheidung zwischen privater und gewerblicher Nutzung entgegen der vertraglichen Bestimmungen kann hier aufgrund fehlender Anknüpfung an eine grenzüberschreitende Problematik außen vor gelassen werden.<sup>149</sup>

## **II.      **Beeinträchtigung****

Probleme ergeben sich dagegen bei der Frage nach der Beeinträchtigung durch die territoriale Aufteilung im Rahmen der Lizenzverträge.

#### **1.      **Handeln eines Adressaten****

Adressaten der Grundfreiheiten sind grundsätzlich die Mitgliedstaaten. Eine staatliche Maßnahme, die nicht durch die RL geregelt wäre, ist aber nicht getroffen worden. Gehandelt hier vielmehr die FAPL, die den Lizenznehmern territoriale Begrenzungen auferlegt hat. Um von der Dienstleistungsfreiheit gebunden zu sein, müsste sie damit auch Adressat sein.

Dem steht für Private jedoch grundsätzlich die Privatautonomie als Prinzip der Gestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse nach dem Willen des Einzelnen und

---

149 C-403/08 Frage D. 8. c.

damit Ausdruck der Selbstbestimmung der Person<sup>150</sup> entgegen.<sup>151</sup>

Seit den Urteilen „Walrave“<sup>152</sup> und „Deliège“<sup>153</sup> ist die Wirkung der Dienstleistungsfreiheit aber auch gegenüber Privaten anerkannt.<sup>154</sup> Dies wird mit der in Art. 3 lit. c als wesentlichem Ziel der Gemeinschaft aufgeführten Beseitigung von jeglichen Hindernissen für die Dienstleistungsfreiheit begründet, die auch nicht durch privatrechtliche Vereinbarungen wieder errichtet werden dürfen.<sup>155</sup>

Die FAPL könnte damit als Vertragsschließende Adressatin der Dienstleistungsfreiheit sein,<sup>156</sup> soweit die privatrechtliche Regelung auf Grundlage ihrer rechtlichen Autonomie mit den Maßnahmen des Staates in ihrer Wirkung als Hindernis vergleichbar sind.<sup>157</sup> Die Grundfreiheiten können dabei nur dann eingesetzt werden, wenn es um die institutionelle Gewährleistung des Binnenmarkts geht und nicht um den Wettbewerb als solchen, für den die Art. 81 ff. EG anzuwenden sind.<sup>158</sup>

Da es unmöglich ist, mit den Vereinen der Premier League selbst Verträge über die Fußballübertragungen zu schließen, besitzt die FAPL als einzige Inhaberin der Rechte hier die alleinige Verfügungsmacht über die Übertragungsrechte und die Möglichkeit zur Setzung von allgemeinen Bedingungen für einen Vertragsschluss.<sup>159</sup> Die Lizenznehmer sind dann gebunden, diese Bedingungen weiterzugeben.

Damit kann sie den Markt „Premier League Fernsehzuschauer“ wie ein Staat den nationalen Markt beschränken und einen aus Dienstleistern verschiedener Staaten bestehenden Markt nicht aufkommen lassen. Ein gesamteuropäischer Markt aller Fußballligen, der die FAPL aus dieser Stellung entlassen würde, ist wohl dadurch auszuschließen, dass eine Liga nur schwer durch andere Ligen substituiert werden kann. Dies ist sowohl an den Vermarktungsmöglichkeiten der

---

150 Flume, S. 1.

151 Analog Verbandsautonomie: C-415/93 – *Bosman*; Röthel, EuR 2001, 908 (914).

152 Rs. 36/74 – *Walrave*.

153 Vb. Rs. C-51/96 u. C-191/97 – *Deliège*.

154 Classen, EuR 2004, 416 (427f.); Röthel, EuR 2001, 908 (910).

155 Rs. 36/74, Rz. 16Ff – *Walrave*.

156 Rs. C-415/93, Rz. 85 – *Bosman*.

157 U.a. vb. Rs. C-51/96 u. C-191/97 – *Deliège*.

158 Kluth, AÖR 122, 557 (574f.); Frenz, Rn. 337f.

159 Kainer, S. 431 (432).

FAPL im Gegensatz zur DFL in Asien erkennbar, als auch an der Gebundenheit der Fans an ihren Stammvereinen.

Damit ist die für den privatrechtlichen Vertrag zumindest idealtypische Gleichstellung der Vertragspartner faktisch aufgehoben und die Möglichkeiten der FAPL sind bei Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit mit denen von staatlichen Regelungen vergleichbar. Hier muss sich also auch die FAPL an die Beschränkungen durch die Grundfreiheiten halten.

## **2. Beschränkungsverbot**

Entgegen dem Wortlaut<sup>160</sup> und der historischen Deutung der Freiheit<sup>161</sup> ist auch die Dienstleistungsfreiheit dem *effet utile* folgend und zur Vermeidung von versteckten Diskriminierungen<sup>162</sup> durch die Rechtsprechung des EuGH bezüglich ihres Kerngehalts zum Beschränkungsverbot ausgeweitet worden.<sup>163</sup>

Nach der „van Binsbergen“-Formel<sup>164</sup> werden alle Anforderungen, die geeignet sind, die Tätigkeit des Dienstleistenden zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen, als Beschränkungen der Dienstleistungsfreiheit identifiziert.<sup>165</sup>

### **a. Errichtete Beschränkung**

Wie bereits in der Einleitung dargestellt, ist der Wettbewerb um die Exklusivlizenzen der FAPL grundsätzlich frei. Sind diese Lizenzen aber einmal erteilt, zerstückeln sie den Binnenmarkt in verschiedene Teilmärkte, die den Anbietern aus anderen Mitgliedstaaten (als Teilmärkten) im Sendebereich eines anderen Senders die Belieferung von Kunden verbietet. Damit wird die Tätigkeit anderer Dienstleister auf diesem Markt verhindert und in Form von Exklusivlizenzen eine Beschränkung des Binnenmarkts errichtet.<sup>166</sup>

Diese Beschränkung ist aber mit der Dienstleistungsfreiheit nicht vereinbar.

---

160 Art. 50 III EGV.

161 Streinz, Rn. 793.

162 Streinz, Rn. 798.

163 Streinz, Rn. 799; Herdegen, § 17 Rn. 7, 30.

164 Rs. 33/74 – *van Binsbergen*.

165 Dausen/Roth, E. Rn. 166.

166 Dausen/Roth, E. Rn. 165.

## **b. Versteckte Diskriminierung**

In der Beschränkung könnte auch eine Diskriminierung ausländischer Marktteilnehmer liegen. Der Marktzugang ist zunächst für jeden Anbieter unabhängig von seinem Standort bei der Vergabe der Lizenzen möglich. Die Lizenzgebühren sind jedoch nur in Verbindung mit der Anziehungswirkung der Spiele für das eigene Programm zu tragen. Der Kunde erwirbt bei einem PayTV-Sender ein Gesamtpaket, das sich dabei am Kundengeschmack des Herkunftslandes orientiert. Ein Sender kann damit faktisch als nicht-britischer Sender die Lizenzgebühren für das Senden in England nicht tragen. Sollte man also davon ausgehen, dass die Begrenzung auf nur einen Sender die Dienstleistungsfreiheit nicht unterbindet, so ist zumindest eine faktische Behinderung ausländischer Sender anzunehmen.

## **III. Rechtfertigung**

Für diese Beschränkungen könnten aber Rechtfertigungen existieren.

### **1. Die Schranke des Art. 55 i.V.m. Art. 46 I EGV**

Eine Rechtfertigung nach Art. 55 i.V.m. Art. 46 I EGV kommt aufgrund fehlender offener Diskriminierung nach der Staatsangehörigkeit des Erbringers<sup>167</sup> nicht in Betracht.<sup>168</sup>

### **2. Immanente Schranken**

Aufgrund immanenter Schranken ist eine Rechtfertigung aber denkbar, wenn es sich wie hier um unterschiedslos geltende Regelungen handelt.<sup>169</sup>

Dazu müssten *zwingende, nicht-wirtschaftliche, öffentliche Interessen* gegen eine Anwendung der Dienstleistungsfreiheit vorliegen. Allerdings handelt es sich nicht um eine staatliche Regelung, so dass sich die Frage stellt, ob das „öffentliche Interesse“ substituiert werden muss. Weil Basis der Anwendung der Grundfreiheiten auf eine privatrechtliche Regelung aber die gleichartige Wirkung derselben bildet, sind auch die gleichen öffentlichen Interessen zu berücksichtigen.

---

167 Frenz, Rn. 2602.

168 Dausen/Roth, E. Rn. 168.

169 Ebenda.

**a. Legitimes Ziel/Geeignetheit**

*Legitimes Ziel*, könnten hier die Erhaltung der Medienvielfalt und die Programmqualität sein. Zur Erreichung dieser Ziele ist eine territoriale Begrenzung auch *geeignet*, da hierdurch eine größere Zahl an Sendern die Möglichkeit erhält, die Fußballspiele zu senden – die Abstimmung der Lizenzgebühren auf die jeweiligen Märkte führt zu einer insgesamt erhöhten Zahl an Sendern, die in der Lage sind, die Spiele in der eigenen Sprache zu kommentieren und damit einer erhöhten Zahl an Zuschauern zugänglich zu machen.

**b. Erforderlichkeit**

Die territoriale Begrenzung müsste aber auch erforderlich sein, das heißt die konkrete Vertragsgestaltung dürfte nicht durch eine weniger einschränkende Gestaltung gleicher Wirkung ersetzt werden können.<sup>170</sup>

Denkbar wäre die Vergabe von territorial nicht begrenzten, nicht ausschließlichen Lizenzen. Dadurch würden aber primär Sender aus kleinen Ländern vom Markt gedrängt und die Anzahl der Sender, die die Rechte erwerben könnten, würde durch den Wettbewerb sinken. Zur Erhaltung der Medienvielfalt ist damit die Begrenzung auch erforderlich.

**c. Verhältnismäßigkeit**

Die Medienvielfalt und Programmqualität sind aber nicht die einzigen Interessen, die berücksichtigt werden müssen. Besonders ist hier das Ziel der EG zu berücksichtigen, die innereuropäischen Barrieren abzubauen.<sup>171</sup> Durch die Gesamtheit der RL, die das Fernsehen betreffen, soll ein europäischer „audiovisuellen Raum“ geschaffen werden.<sup>172</sup> Das Interesse an der Medienvielfalt ist damit dem Anliegen der EG nach Art. 3 lit. c an einem barrierefreien Markt als einem der wesentlichen Ziele der Gemeinschaft gegenüber zu stellen.<sup>173</sup>

Bedeutung erlangt auch, dass die Motivation der FAPL wohl ausschließlich in der Gewinnmaximierung liegt. Zwar werden die Medienvielfalt ebenso wie die

---

170 Rs. 33/74 – *van Binsbergen*; Frenz, Rn. 2679.

171 KOM(96), 76, S. 36 Fn. 34.

172 RL 89/552/EWG ErwG 3; RL 93/83/EWG ErwG 1-4; RL 89/84/EG ErwG 1-3; RL 2001/29/EG.

173 KOM(2002), 430, 3.1.1.

Jugend im Sport gefördert – diese Ergebnisse sind aber mehr Nebenprodukt als Handlungsziel. Durch einen geringeren Gewinn der FAPL würde die Jugendförderung besonders in Form von finanziellen Anreizen schlechter gestaltet werden können. Damit würden aber weder das Gesamtsystem zusammenbrechen noch die Motivation für den Sport geraubt. Gleiches gilt für die Medienvielfalt: Eine geringere Anzahl an Sendern, die Fußballübertragungsrechte erwirbt, würde nicht zu einer Verarmung der gesamten Medienlandschaft führen. Die Attraktivität der Fußballspiele für den jeweiligen Sender ist beträchtlich<sup>174</sup> – dennoch werden die Qualität der Programme und die Anzahl an Sendern nicht ausschließlich und auch nicht wesentlich durch die Frage nach den Senderechten für Fußballspiele definiert.

In Entsprechung der Maßstäbe an eine nationale Regelung ist deshalb von einem überwiegenden Interesse der Lizenznehmer und der Endverbraucher an einem freien Binnenmarkt und an einer beschränkungsfreien Dienstleistungsmöglichkeit auszugehen.

### **3. Sonstiges Primär- oder Sekundärrecht**

Ein Verstoß gegen Primärrecht ist daneben noch auf Ebene des Gleichbehandlungsgebots denkbar.<sup>175</sup> Sind allerdings die Grundfreiheiten einschlägig, tritt dieses Gebot zurück.<sup>176</sup> Damit sind keine anderen Widersprüche des Ergebnisses mit Primär- oder Sekundärrecht erkennbar.

## **IV. Ergebnis**

Ein nicht zu rechtfertigender Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit ist also gegeben. Die FAPL muss sich bei der Gestaltung ihrer Verträge somit dem europäischen Binnenmarkt unterordnen und diese so ausformulieren, dass Barrieren in Form von territorialen Begrenzungen nicht errichtet werden.

---

174 Vgl. Markteintrittserleichterung für BskyB.

175 C-429/08 Frage 7.

176 Streinz, 1 Rn. 794.

## **F. ART. 81 EGV<sup>177</sup>**

Eine Beschränkung nach europäischem Recht wäre schließlich aufgrund des Art. 81 EGV denkbar. Dabei ist zu beachten, dass hier im Gegensatz zu der gerade behandelten Dienstleistungsfreiheit die Verwirklichung der Rechtspositionen zwischen Privaten im Mittelpunkt steht.<sup>178</sup> Auch gibt die Einleitung bereits einen Hinweis darauf, dass die Kommission sich mit der Problematik der Lizenzvergabe auf Ebene des Wettbewerbsrechts bereits beschäftigt hat und einen offenen Marktzutritt hier erzwungen und als ausreichend erachtet hatte.

In beiden Vorlagen wird der Bereich des Wettbewerbsrechts auch sehr stark verkürzt behandelt und soll in Anbetracht des Rahmens der Seminararbeit hier deshalb ebenfalls nur gekürzt dargestellt werden.

### **I. Die bezweckte Wettbewerbsbeschränkung<sup>179</sup>**

So wird in den Ausgangsverfahren jeweils die Frage aufgeworfen, ob Art. 81 I EGV nur soweit gelten soll, wie die bewirkte Beeinträchtigung des Wettbewerbs auch bezweckt war. Der Wortlaut spricht allerdings von einem Bezwecken oder Bewirken, was eine Gleichordnung der Alternativen eindeutig anzeigt.<sup>180</sup>

Das Bezwecken ist außerdem „objektiv“ zu verstehen, so dass bereits eine Eignung der Handlung zur Wettbewerbsstörung ausreicht.<sup>181</sup> Die Vorstellung der Parteien tritt dahinter zurück.<sup>182</sup>

### **II. Anwendung**

Da die horizontale Aufteilung der Märkte den Wettbewerb um diese Märkte aufhebt und die Trennung der Märkte auch nach dem Willen der Vertragsparteien anzunehmen ist, ist eine Wettbewerbsbeschränkung gegeben. Bei solchen

---

177 C-403/08 Frage E. 10. u. C-429/08 Frage 8.

178 Kluth, AÖR 122, 557 (574f.).

179 Dort Jeweils a).

180 Von der Groeben/Schwarze/Schröter, Art. 81 EGV Rn. 122; C-219/95 – *Ferriere Nord*.

181 Von der Groeben/Schwarze/Schröter, Art. 81 EGV Rn. 76 ff.

182 Von der Groeben/Schwarze/Schröter, Art. 81 EGV Rn. 122.

„geschlossenen Lizenzen“ wird dann auch nach ständiger Rechtsprechung<sup>183</sup> ein Verstoß gegen EU-Wettbewerbsrecht angenommen.

---

183 Verb. Rs. 56 u. 58/64 Rz. 53 – *Consten Grundig*; Rs. 258/78 Rz. 61 – *Maissaatgut*.

## G. FAZIT

Insgesamt ist damit zu bescheiden:

1. Die Zugangskontrollrichtlinie steht der Verwendung von Dekodern ausländischer PayTV-Sender außerhalb der vertraglich-territorialen Begrenzung nicht entgegen – es handelt sich bei den Dekodern nicht um „illegale Vorrichtungen.“
2. Für die Rechteinhaber an den Fußballübertragungsrechten ergibt sich bei einer solchen Verwendung der Dekoder europarechtlich nur die Möglichkeit, gegen eine öffentliche Wiedergabe nach Art. 3 der RL 2001/29/EG vorzugehen.
3. Die RL 93/83/EWG kann im vorliegenden Fall nicht zu einer Klärung des Sachverhaltes beitragen.
4. Die Dienstleistungsfreiheit verbietet den Lizenzgebern von Fußballübertragungsrechten territoriale Begrenzungen zu errichten.

Für die gesamte Branche ergibt sich somit die Notwendigkeit, die bisherige Vertragspraxis – innerhalb der EG – neu zu gestalten, um einen Verstoß gegen die Dienstleistungsfreiheit zu verhindern.