



# Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
NIILLO JÄÄSKINEN  
vom 29. März 2012<sup>1</sup>

## Rechtssache C-5/11

**Strafverfahren  
gegen  
Titus Alexander Jochen Donner**

(Vorabentscheidungsersuchen des Bundesgerichtshofs [Deutschland])

„Freier Warenverkehr — Gewerbliches und kommerzielles Eigentum — Verkauf von Waren, die im Mitgliedstaat des Käufers, nicht aber im Mitgliedstaat des Verkäufers urheberrechtlich geschützt sind — Strafrechtliche Sanktionen gegen einen an Verkauf und Auslieferung Beteiligten — Versandhandel — Verbreitung von Vervielfältigungsstücken — Richtlinie 2001/29/EG“

### I – Einführung

1. Die Dimensione Direct Sales Srl (im Folgenden: Dimensione) ist ein in Bologna (Italien) ansässiges Unternehmen. Sie verkauft Nachbildungen bekannter Einrichtungsgegenstände und Entwürfe (im Folgenden: Gegenstände), und ihre Vermarktungstätigkeit ist teilweise auf Kunden in Deutschland ausgerichtet. Dies geschieht durch Anzeigen und Beilagen in deutschen Zeitschriften, durch direkte Werbeanschreiben und per deutschsprachiger Internet-Website.

2. Der Verkauf und die Auslieferung der Gegenstände an deutsche Käufer erfolgen unter Mitwirkung einer italienischen Spedition mit der Bezeichnung In. Sp. Em. Srl (im Folgenden: Inspem). In Deutschland gelten die Gegenstände als Vervielfältigungsstücke urheberrechtlich geschützter Werke der angewandten Kunst. In Italien sind die Gegenstände entweder nach nationalem Urheberrecht nicht geschützt, oder das Urheberrecht an ihnen ist in der Praxis nicht durchsetzbar.

3. Der Gerichtshof wird um Prüfung der Frage ersucht, ob Art. 36 AEUV<sup>2</sup> und insbesondere seine Bestimmungen über das gewerbliche und kommerzielle Eigentum von den deutschen Behörden im Rahmen einer gegen Herrn Titus Donner, den Geschäftsführer und Hauptgesellschafter von Inspem, betriebenen Strafverfolgung herangezogen werden können. Die Strafverfolgung bezieht sich auf den Beitrag von Herrn Donner zum Vertrieb der Gegenstände in Deutschland, aufgrund dessen ihm eine Verletzung der nationalen Urheberrechtsbestimmungen vorgeworfen wird. Die Frage nach Art. 36 AEUV stellt sich deshalb, weil die Strafverfolgung unstreitig eine Maßnahme mit gleicher Wirkung wie eine mengenmäßige Einfuhrbeschränkung im Sinne von Art. 34 AEUV darstellt. Fraglich ist insofern, ob dies nach Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden kann.

1 — Originalsprache: Englisch.

2 — In der Vorlagefrage wird zwar auf die Art. 34 AEUV und 36 AEUV Bezug genommen, die zeitlich anwendbaren Bestimmungen sind indes die Art. 28 EG und 30 EG. Aus Gründen der Klarheit werde ich im Folgenden jedoch auf die Art. 34 AEUV und 36 AEUV verweisen, und zwar selbst im Rahmen der Erörterung früherer Rechtsprechung, die zu den Art. 30 EWG und 36 EWG ergangen ist.

4. Im Kern geht es also um den Umfang des „Schutzes des gewerblichen und kommerziellen Eigentums“ gemäß Art. 36 AEUV sowie um die Frage, ob im Rahmen einer grenzüberschreitenden Geschäftstätigkeit ein hinreichender Bezug zur Bundesrepublik Deutschland besteht, der ein Eingreifen der genannten Vorschrift rechtfertigt. Die Antwort hierauf hängt von der Beantwortung der Vorfrage ab, ob im territorialen Anwendungsbereich der deutschen Urheberrechtsvorschriften eine Verletzung des ausschließlichen Verbreitungsrechts des Urhebers im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft<sup>3</sup> (im Folgenden: Urheberrechtsrichtlinie) vorliegt, da mit dieser Bestimmung der Begriff des Verbreitungsrechts harmonisiert wurde.

5. Sollte eine Rechtsverletzung vorliegen, stellt sich als Nächstes die Frage, ob die Anwendung von Art. 36 AEUV zu einer Abschottung des Binnenmarkts oder zu einem unverhältnismäßigen oder willkürlichen Eingriff in den Handel führen würde.

6. Die Auslegung der Wendung „Verbreitung an die Öffentlichkeit in beliebiger Form durch Verkauf oder auf sonstige Weise“ in Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie ist von großer Bedeutung sowohl im Hinblick auf den Binnenmarkt als auch die Außenhandelsbeziehungen. Mit Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie wird das Stückwerk nationaler Regelungen über Verbreitungsrechte harmonisiert. Darüber hinaus wirken sich Auslegung und Tragweite des Begriffs „Verbreitung“ im Sinne von Art. 4 Abs. 1 nicht nur auf die dem Urheberrechtseinhaber innerhalb der Union zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfe aus, sondern auch auf den Schutz, der auf internationaler Ebene gegen den Handel mit unerlaubt hergestellten urheberrechtlich geschützten Waren verfügbar ist.

7. Angesichts der modernen Herausforderungen durch Online-Vermarktung und elektronischen Geschäftsverkehr müssen die von der Union erlassenen Urheberrechtsschutzvorschriften wie Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie so ausgelegt werden, dass ein umfassender Schutz dieser Rechte im Zeitalter des Internets gewährleistet wird. Art. 4 Abs. 1 muss eine Bedeutung beigelegt werden, die eine Eindämmung von Tätigkeiten ermöglicht, die vor der Abschaffung der Warenkontrollen an den Binnengrenzen der Union mit Hilfe der Zollbehörden der Mitgliedstaaten aufgedeckt werden konnten. Mit anderen Worten, die Verpflichtungen der Union und der Mitgliedstaaten nach dem TRIPS-Übereinkommen<sup>4</sup>, nämlich bei der Verhinderung der Einfuhr nichtgenehmigter, im freien Verkehr auf dem Binnenmarkt befindlicher Vervielfältigungsstücke mitzuwirken, können – soweit es um Waren geht – von den nationalen Zollbehörden nicht länger erfüllt werden. Solche Aktivitäten müssen jetzt durch Anwendung der harmonisierten Unionsvorschriften über das Urheberrecht bekämpft werden.

8. Diese Fragen sowie die Problematik der Anwendung des Territorialitätsprinzips auf eine grenzüberschreitende Geschäftstätigkeit im Wege des Versandhandels geben dem Gerichtshof die Gelegenheit, seine bisherige Rechtsprechung zum freien Warenverkehr im Kontext der neuen Unionsregelungen über Verbreitungsrechte für Vervielfältigungsstücke urheberrechtlich geschützter Werke zu betrachten.

3 — Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 (ABl. L 167, S. 10) in der durch die Berichtigung der 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 (ABl. 2002, L 6, S. 70) geänderten Fassung.

4 — Das Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, im Folgenden: TRIPS-Übereinkommen), das den Anhang 1 C des am 15. April 1994 in Marrakesch unterzeichneten Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO) bildet, wurde mit dem Beschluss 94/800/EG des Rates vom 22. Dezember 1994 über den Abschluss der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986–1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in Bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche (ABl. L 336, S. 1) genehmigt.

## II – Das Ausgangsverfahren und die zur Vorabentscheidung vorgelegte Frage

9. Herr Donner, ein deutscher Staatsangehöriger, betrieb seine Geschäfte im Wesentlichen von seinem Wohnsitz in Deutschland aus. In der Zeit von 1. Januar 2005 bis 15. Januar 2008 (im Folgenden: maßgebender Zeitraum) besaß Dimensione, mit der Herr Donner zusammenarbeitete, keine Genehmigung der Urheberrechtsinhaber zum Verkauf der Gegenstände in Deutschland. Sie besaß auch keine Genehmigung zu deren Verkauf in Italien<sup>5</sup>.

10. Vor dem maßgebenden Zeitraum war Herr Donner seit etwa April 1999 in der Weise mit dem Vertrieb der von Dimensione vervielfältigten „Bauhaus“-Möbel befasst, dass die Möbel aus Italien in ein Lager in Deutschland verbracht wurden. Anschließend erfolgte der Verkauf der Waren, wobei Inspem, das Unternehmen von Herrn Donner, sie an die Käufer in Deutschland auslieferte. Nachdem die Staatsanwaltschaft Anklage gegen Herrn Donner wegen gewerbsmäßiger unerlaubter Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke erhoben hatte, wurde das vor dem Amtsgericht München geführte Verfahren gegen Zahlung einer Geldauflage in Höhe von 120 000 Euro eingestellt.

11. In der Folgezeit erwarb Dimensione ein Lager in Sterzing (Italien). Auf der Verpackung jedes einzelnen verkauften Gegenstands waren Name und Adresse des Bestellers oder zumindest die Auftragsnummer angegeben. Nach den Allgemeinen Verkaufsbedingungen waren die Käufer verpflichtet, die Gegenstände selbst abzuholen oder abholen zu lassen. Falls die Käufer dies nicht wollten oder den Transport nicht in Auftrag geben konnten, empfahl Dimensione, sich an Inspem zu wenden. Bei Bestellungen der Gegenstände ohne persönlichen Kontakt mit Dimensione erhielten die Käufer ein Werbeschreiben, in dem Inspem den Transport der Gegenstände von Italien nach Deutschland anbot. Im Werbematerial von Dimensione ist ausgeführt, dass der Käufer die Gegenstände in Italien erwerben, dafür aber erst bei der Auslieferung in Deutschland zahlen. Die Rechnungen schickte Dimensione direkt an die Käufer.

12. Die Fahrer von Inspem bezahlten bei der Abholung der einem Käufer konkret zugeordneten Gegenstände in Sterzing den Kaufpreis. Sie zogen dann bei der Ablieferung in Deutschland den Kaufpreis und Frachtlohn vom Käufer ein. Verweigerte der Käufer jedoch die Zahlung, brachte Inspem die Gegenstände zurück zu Dimensione in Italien, die Inspem den für die Ware entrichteten Kaufpreis erstattete und die Frachtkosten bezahlte.

13. Der Vertrag zwischen Dimensione und den Käufern unterliegt dem italienischen Recht. Nach italienischem Recht ist die Eigentumsübertragung von Dimensione auf die Käufer durch Individualisierung des an einen benannten Käufer veräußerten Gegenstands im Lager von Dimensione erfolgt.

14. Auf der anderen Seite ist eine Eigentumsübertragung nach deutschem Recht erst dann vollendet, wenn sich die Ware in den Händen des Käufers befindet, d. h., wenn ihm die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Ware übertragen wird. Dieser Vorgang vollzog sich in Deutschland, wenn die Käufer die Gegenstände gegen Zahlung von den Inspem-Fahrern in Empfang nahmen.

5 — Dimensione verkaufte folgende Gegenstände, ohne eine Genehmigung der Urheber in einem der beiden Länder zu besitzen: Stühle der „Aluminium-Group“, entworfen von Charles und Ray Eames; „Wagenfeldleuchte“, entworfen von Wilhelm Wagenfeld; Sitzmöbel, entworfen von Le Corbusier; Beistelltisch „Adjustable Table“ und Leuchte „Tubelight“, entworfen von Eileen Gray; Stahlrohr-Freischwinger (Stühle), entworfen von Mart Stam. Die von Eileen Gray entworfenen Einrichtungsgegenstände waren in der Zeit zwischen 1. Januar 2002 und 25. April 2007 in Italien nicht urheberrechtlich geschützt, die Schutzfrist wurde erst zum 26. April 2007 verlängert. Die übrigen Einrichtungsgegenstände waren Vervielfältigungsstücke von Werken, die im maßgebenden Zeitraum nach italienischem Recht geschützt waren, der Schutz war jedoch gegenüber solchen Produzenten, die bereits vor dem 19. April 2001 die Werke vervielfältigt, angeboten und/oder vermarktet haben, nicht durchsetzbar.

15. Wegen dieser neuen Regelung wurde Herr Donner strafrechtlich verfolgt. Das Landgericht München II verurteilte ihn wegen Beihilfe zur gewerbsmäßigen unerlaubten Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke. Laut Vorlagebeschluss stellte das Landgericht außerdem fest, dass Dimensione Vervielfältigungsstücke durch Inverkehrbringen verbreitet habe.

16. Herr Donner legte Revision beim Bundesgerichtshof u. a. mit der Begründung ein, dass die Strafverfolgung eine Verletzung des in Art. 34 AEUV verankerten Verbots von Maßnahmen darstelle, die gleiche Wirkung wie mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen hätten, und zu einer künstlichen Abschottung der Märkte führe. Die Staatsanwaltschaft bestreitet zwar nicht, dass das Verfahren zu einer solchen Beschränkung führe, macht aber geltend, dass diese durch Art. 36 AEUV und das Gebot des Schutzes des gewerblichen und kommerziellen Eigentums gerechtfertigt sei.

17. Der Bundesgerichtshof hat es für erforderlich gehalten, folgende Frage zur Vorabentscheidung vorzulegen.

Sind die den freien Warenverkehr regelnden Art. 34, 36 AEUV dahin auszulegen, dass sie einer aus der Anwendung nationaler Strafvorschriften resultierenden Strafbarkeit wegen Beihilfe zum unerlaubten Verbreiten urheberrechtlich geschützter Werke<sup>6</sup> entgegenstehen, wenn bei einem grenzüberschreitenden Verkauf eines in Deutschland urheberrechtlich geschützten Werkes kumulativ

- dieses Werk aus einem Mitgliedstaat der Europäischen Union nach Deutschland verbracht und die tatsächliche Verfügungsgewalt an ihm in Deutschland übertragen wird,
- der Eigentumsübergang aber in dem anderen Mitgliedstaat erfolgt ist, in dem urheberrechtlicher Schutz des Werkes nicht bestand oder nicht durchsetzbar war?

18. Herr Donner, der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof, die tschechische Regierung und die Europäische Kommission haben schriftliche Erklärungen eingereicht. Sie alle mit Ausnahme der tschechischen Regierung haben an der mündlichen Verhandlung vom 26. Januar 2012 teilgenommen.

### III – Würdigung

#### A – Vorbemerkungen

##### 1. Umfang der Vorlagefrage

19. Der Bundesgerichtshof hat seine Frage an den Gerichtshof auf die Auslegung der Art. 34 AEUV und 36 AEUV beschränkt. In der Vorlagefrage wird Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie, den der Bundesgerichtshof vor Erlass des Vorlagebeschlusses selbst ausgelegt hat, nicht erwähnt.

20. Es ist zwar nicht Zweck des Vorabentscheidungsverfahrens, dass der Gerichtshof die von nationalen Gerichten vorgenommene Auslegung des Unionsrechts überprüft oder gar Tatsachenfeststellungen in Frage stellt, jedoch ist eine Auslegung von Art. 36 AEUV im vorliegenden Fall ohne eine Prüfung von Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie nicht möglich. Da mit Art. 4 Abs. 1 die unionsrechtlichen Verbreitungsrechte in vollem Umfang harmonisiert werden, kann Art. 36

6 — Offenbar beinhaltet die Formulierung der Vorlagefrage eine geringfügige terminologische Ungenauigkeit. Verbreitet werden nämlich Vervielfältigungsstücke der Werke, nicht aber die Werke selbst.

AEUV nur eingreifen, wenn eine Verbreitung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie erfolgt ist. Außerdem beruft sich die Staatsanwaltschaft auf Art. 36 AEUV, um ein auf Art. 34 AEUV gestütztes Verteidigungsvorbringen in einem Strafverfahren zu entkräften. Damit gewinnt eine umfassende Würdigung aller einschlägigen Rechtsgrundsätze umso mehr an Bedeutung.

21. Die Kommission macht zudem auf die Notwendigkeit aufmerksam, vor Beantwortung der Vorlagefrage zu entscheiden, inwieweit im vorliegenden Fall eine Verletzung der Verbreitungsrechte des Urhebers gemäß deutschem Recht oder gemäß Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie vorliegt. Das Ergebnis dieser Prüfung ist nach Ansicht der Kommission ein wichtiger Schritt zur Beantwortung der Streitfrage, nämlich ob die Beschränkung des freien Warenverkehrs, die durch das strafrechtliche Vorgehen gegen Herrn Donner eintritt, durch den Urheberrechtsschutz gerechtfertigt werden kann.

22. Ich werde daher unten in Abschnitt C die Bedeutung von Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie im Kontext der einschlägigen allgemeinen Grundsätze des Urheberrechts der Union untersuchen. Da das Urheberrecht auf der Schaffung territorial begrenzter Rechte beruht und die Anwendung dieses Grundsatzes eng mit der Auslegung von Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie verknüpft ist, werde ich in Abschnitt B den Territorialitätsgrundsatz im Urheberrecht behandeln. Diese Thematik und die Anwendung von Art. 36 AEUV auf den hier zugrunde liegenden Sachverhalt, wie er vom nationalen Gericht dargestellt wird, bilden den Kern des zu lösenden Problems. Abschnitt D ist der Auslegung von Art. 36 AEUV gewidmet.

23. Da die Rechtsbehelfe zur Durchsetzung von Urheberschutzrechten unionsrechtlich geregelt sind<sup>7</sup> und unionsrechtliche Grundsätze bestehen, die eingreifen, wenn Mitgliedstaaten das Unionsrecht wie hier durch strafrechtliche Sanktionen umsetzen, werde ich abschließend in Abschnitt E noch einige Ausführungen zu dieser Problematik hinzufügen.

## 2. Zur Harmonisierung des Urheberrechts

24. Das Urheberrecht in der Union ist wie auch anderenorts nach wie vor größtenteils ein Produkt nationalen Rechts. Insgesamt bestehen heutzutage weltweit vielleicht mehr als 150 territoriale urheberrechtliche Regelungen nationalen oder regionalen Ursprungs nebeneinander<sup>8</sup>. Ohne versuchen zu wollen, einen vollständigen Überblick über die Rechtsakte der Union auf dem Gebiet des Urheberrechts zu geben, erscheinen jedoch im vorliegenden Fall folgende Bemerkungen zweckmäßig.

25. Der gegenwärtige Stand des Urheberrechts in der Union ist das Ergebnis einer Mischung aus teilweiser und vollständiger Harmonisierung. Beispielsweise wurden einige der sogenannten verwandten Schutzrechte nur zu einem Mindestmaß durch Unionsvorschriften harmonisiert, und das in einer Weise, die den Mitgliedstaaten erheblichen Handlungsspielraum lässt<sup>9</sup>. Einige andere Ausschließlichkeitsrechte wie die in den Art. 2 und 4 der Urheberrechtsrichtlinie vorgesehenen wurden hingegen vollständig harmonisiert.

7 — Vgl. Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums (ABl. L 157, S. 45, und Berichtigung ABl. 2004, L 195, S. 16, im Folgenden: Durchsetzungsrichtlinie).

8 — Vgl. Peukert, A., „Territoriality and Extraterritoriality in Intellectual Property Law“ in Handl, G., und Zekoll, J. (Hrsg.), *Beyond Territoriality: Transnational Legal Authority in an Age of Globalisation*, Queen Mary Studies in International Law, Brill Academic Publishing, Leiden/Boston, 2011, S. 2, abrufbar unter SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1592263>.

9 — Vgl. 20. Erwägungsgrund der Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (ABl. L 346, S. 61). Mit Wirkung vom 17. Januar 2007 wurde diese Richtlinie durch die Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (kodifizierte Fassung) (ABl. L 376, S. 28) aufgehoben. Vgl. auch Urteil vom 14. Juli 2005, Lagardère Active Broadcast (C-192/04, Slg. 2005, I-7199, Randnr. 46).

26. Auf Unionsebene gibt es auch eine teilweise Harmonisierung der Rechtsbehelfe bei Urheberrechtsverletzungen. Aufgrund des TRIPS-Übereinkommens im Zusammenspiel mit der Durchsetzungsrichtlinie haben die Rechtsinhaber Anspruch auf wirksame Rechtsbehelfe bei Urheberrechtsverletzungen, die von Orten innerhalb oder außerhalb der Union ausgehen<sup>10</sup>. Die Unionsvorschriften über nachgeahmte und unerlaubt hergestellte Waren<sup>11</sup> finden dagegen nur in Bezug auf Drittländer Anwendung<sup>12</sup>. Dieser Hintergrund ist für den vorliegenden Fall bedeutsam, weil Art. 51 des TRIPS-Übereinkommens ein Mindestrecht auf Unterbindung der Einfuhr unerlaubt hergestellter Waren in das Schutzgebiet vorsieht<sup>13</sup>. Dieses Recht kann allerdings nur im Rahmen externer Zollkontrollen wahrgenommen werden und steht daher bei Warenströmen innerhalb der Union nicht zur Verfügung.

27. Demnach hängt die Durchsetzung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten im Wesentlichen vom nationalen Recht ab. Das bedeutet, dass ihr Bestehen und die Voraussetzungen für ihre Ausübung in nationalen Maßnahmen festgelegt sind<sup>14</sup> und dass die Rechte nur im Hoheitsgebiet des Staates gelten und durchsetzbar sind, in dem die Durchsetzung beantragt wird.

28. Im vorliegenden Fall bestimmt sich somit allein nach deutschem Recht, ob die streitigen Gegenstände im deutschen Hoheitsgebiet urheberrechtlich geschützt sind. Ob in diesem Hoheitsgebiet eine „Verbreitung“ stattgefunden hat, richtet sich indes nach Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie.

29. Des Weiteren steht es den Mitgliedstaaten nicht frei, Werke der angewandten Kunst und die gewerblichen Muster und Modelle wie die hier streitigen Gegenstände vom Urheberrechtsschutz auszunehmen<sup>15</sup>. Die Richtlinie 98/71/EG über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen<sup>16</sup> verpflichtet nämlich die Mitgliedstaaten zur Gewährung von Urheberrechtsschutz in diesem Bereich.

10 — Vgl. Art. 61 des TRIPS-Übereinkommens: „Die Mitglieder sehen Strafverfahren und Strafen vor, die zumindest bei vorsätzlicher Nachahmung von Markenwaren oder vorsätzlicher unerlaubter Herstellung urheberrechtlich geschützter Waren in gewerbsmäßigem Umfang Anwendung finden. ... Die Mitglieder können Strafverfahren und Strafen für andere Fälle der Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums vorsehen, insbesondere wenn die Handlungen vorsätzlich und in gewerbsmäßigem Umfang begangen werden.“ Diese Sanktionen werden durch den fünften Erwägungsgrund der Durchsetzungsrichtlinie vorbehalten. Dort heißt es u. a., dass diese „Richtlinie ... die völkerrechtlichen Verpflichtungen der Mitgliedstaaten einschließlich derjenigen aufgrund des TRIPS-Übereinkommens unberührt lassen [sollte]“. Vgl. auch 6. Erwägungsgrund.

11 — Gemäß der Anmerkung 14 Buchst. b zu Art. 51 des TRIPS-Übereinkommens sind „unerlaubt hergestellte urheberrechtlich geschützte Waren“ Waren, „die ohne Zustimmung des Rechtsinhabers oder der vom Rechtsinhaber im Land der Herstellung ordnungsgemäß ermächtigten Person hergestellte Vervielfältigungsstücke sind und die unmittelbar oder mittelbar von einem Gegenstand gemacht wurden, dessen Vervielfältigung die Verletzung eines Urheberrechts oder eines verwandten Schutzrechts nach Maßgabe des Rechts des Einfuhrlands dargestellt hätte“.

12 — Verordnung (EG) Nr. 1383/2003 des Rates vom 22. Juli 2003 über das Vorgehen der Zollbehörden gegen Waren, die im Verdacht stehen, bestimmte Rechte geistigen Eigentums zu verletzen, und die Maßnahmen gegenüber Waren, die erkanntermaßen derartige Rechte verletzen (ABl. L 196, S. 7).

13 — Vgl. Peukert, A., a. a. O., S. 15.

14 — Aus der jüngeren Rechtsprechung des Gerichtshofs ergibt sich, dass in vom Unionsrecht erfassten Urheberrechtsfällen nur Werke, die eine eigene geistige Schöpfung ihres Urhebers darstellen und in diesem Sinne ein Original sind, für einen Urheberrechtsschutz in Betracht kommen. Vgl. etwa Urteile vom 16. Juli 2009, Infopaq International (C-5/08, Slg. 2009, I-6569, Randnr. 37), und vom 1. Dezember 2011, Painer (C-145/10, Slg. 2011, I-12533, Randnr. 87). Wie Generalanwalt Mengozzi in seinen Schlussanträgen in der Rechtssache Football Dataco u. a. (C-604/10, Urteil vom 1. März 2012, Nrn. 39 bis 41) ausführt, entspricht diese Definition eher der kontinentalen Rechtstradition als den Traditionen des Common law.

15 — Diese Möglichkeit wurde durch Art. 2 Abs. 7 der Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (Pariser Fassung vom 24. Juli 1971) in der am 28. September 1979 geänderten Fassung (im Folgenden: Berner Übereinkunft) eröffnet. Die Union gehört zwar nicht zu den Vertragsparteien der Berner Übereinkunft, jedoch stützt sich der Gerichtshof in seiner Rechtsprechung in einem Maße auf diese Übereinkunft, dass sie einen Status erlangt hat, der dem eines von der Union geschlossenen völkerrechtlichen Vertrags entspricht.

16 — Richtlinie 98/71/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Oktober 1998 über den rechtlichen Schutz von Mustern und Modellen (ABl. L 289, S. 28).

30. Schließlich gilt auf dem Gebiet des Urheberrechts bei Gesetzeskonflikten die *lex loci protectionis*, wie dies in Art. 8 der Verordnung (EG) Nr. 864/2007<sup>17</sup> (im Folgenden: Rom-II-Verordnung) und Art. 5 der Berner Übereinkunft zum Ausdruck kommt. Dieser Grundsatz ist hier deshalb von Bedeutung, weil sich daraus die Befugnis der Mitgliedstaaten ergibt, sich bei Urheberrechtsverletzungen, die in ihrem Hoheitsgebiet begangen werden, für zuständig zu erklären.

### 3. Unionsrechtlicher Schutz von Werken der angewandten Kunst

31. In Italien besteht eine hartnäckige Abneigung, den Urheberrechtsschutz auf Werke der angewandten Kunst anzuwenden<sup>18</sup>. Mit Urteil vom 27. Januar 2011, Flos<sup>19</sup>, hat der Gerichtshof allerdings eine nach italienischem Recht vorgesehene, vom 19. April 2001 an geltende aufschiebende Frist von zehn Jahren für den Schutz von Mustern und Modellen für mit Art. 17 der Richtlinie 98/71 unvereinbar erklärt. Offenbar handelt es sich dabei um dieselbe gesetzliche Regelung, die der Bundesgerichtshof im vorliegenden Fall vor Einreichung des Vorabentscheidungsersuchens geprüft hat<sup>20</sup>. Meines Erachtens lässt sich dem Urteil Flos entnehmen, dass für die hier streitigen Gegenstände, obwohl sie im maßgebenden Zeitraum nach den italienischen Urheberrechtsvorschriften nicht geschützt waren, unionsrechtlicher Urheberrechtsschutz beansprucht werden konnte.

32. Außerdem ist das Urteil Flos nach dem Urteil Peek & Cloppenburg<sup>21</sup> ergangen. Bei Erlass des letztgenannten Urteils konnten weder der Gerichtshof noch die Generalanwältin auf die Entscheidung in der Rechtssache Flos zurückgreifen.

### B – Das Territorialitätsprinzip im Urheberrecht

33. Die nationalen Rechtssysteme der Mitgliedstaaten, die völkerrechtlichen Verträge und das Unionsrecht gehen von der Prämisse aus, dass mit den Urheberrechtsvorschriften territorial begrenzte Rechte geschaffen werden. So hat der Gerichtshof ausgeführt, dass der „Grundsatz der Territorialität [der Urheber-]Rechte ..., der durch das Völkerrecht und auch durch den EG-Vertrag anerkannt wird[, dazu führt, dass d]ie genannten Rechte ... einen territorialen Charakter [haben], und das interne Recht ... auch nur im Inland vorgenommene Handlungen ahnden [kann]“<sup>22</sup>. In der Rechtslehre wird außerdem dargelegt, dass die Gerichte Rechtsschutz nur gewähren können, wenn sowohl die Handlung als auch ihre Marktwirkung auf nationalem Hoheitsgebiet stattfinden. Dies bedeutet in der Praxis, dass der Rechtsinhaber nach dem Grundsatz der *lex loci protectionis* Rechtsschutz in dem Land beantragt, in dem die Urheberrechtsverletzung geltend gemacht wird – in unserem Fall Deutschland –, und die Gerichte dieses Landes die Frage, ob eine Verletzung vorliegt, anhand des nationalen Rechts entscheiden. Dabei können auch Handlungen erfasst werden, die teilweise oder vollständig außerhalb der nationalen Grenzen begangen wurden<sup>23</sup>.

17 — Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II) (ABl. L 199, S. 40). Zu beachten ist, dass es den Beteiligten nicht freisteht, von den Grundsätzen der *lex loci protectionis* abzuweichen (vgl. Art. 8 Abs. 3 der Rom-II-Verordnung).

18 — In der mündlichen Verhandlung vor dem Gerichtshof hat die Kommission ausgeführt, dass in Italien ebenso wie in anderen Mitgliedstaaten eine intensive Diskussion über die Verbreitung von „Design“-Möbeln geführt werde. Die Rechtsvorschriften sind nur in kleinen Schritten geändert worden. Eine Erörterung findet sich bei Fittante, A., „The issue of Conformity of Article 239 of the Italian Industrial Property Code with European Law“, Heft 1, *The European Legal Forum*, 2010, S. 23.

19 — C-168/09, Slg. 2011, I-181.

20 — Das Datum, ab dem die Aussetzung des Urheberrechtsschutzes gilt, ist im Urteil Flos nämlich dasselbe, das auch im Vorlagebeschluss genannt wird. Es geht um eine vom 19. April 2001 an geltende aufschiebende Frist von zehn Jahren, in der „der Schutz von Mustern und Modellen ... nur gegenüber Dritten nicht [besteht], die vor diesem Zeitpunkt mit der Herstellung, dem Anbieten, dem Verkauf oder dem Inverkehrbringen von Erzeugnissen begonnen haben, die nach gemeinfreien oder gemeinfrei gewordenen Mustern oder Modellen gefertigt sind“ (vgl. Urteil Flos, oben in Fn. 19 angeführt, Randnr. 17).

21 — Urteil vom 17. April 2008, Peek & Cloppenburg (C-456/06, Slg. 2008, I-2731).

22 — Vgl. Urteil Lagardère Active Broadcast (oben in Fn. 9 angeführt, Randnr. 46).

23 — Vgl. Peukert, A., a. a. O., S. 7 und 13.

34. Solche Sachverhalte, die zu einer zumindest beschränkten Extraterritorialität führen, treten in der Regel eher auf, wenn es um Handlungen geht, die unkörperliche Schutzgegenstände wie Rundfunk oder die Online-Verbreitung von Werken betreffen. Bei Handlungen, die körperliche Vervielfältigungsstücke von Werken betreffen, die durch Rechte des geistigen Eigentums geschützt sind, wie grenzüberschreitender Versandhandel, können sich jedoch ähnliche Konstellationen ergeben. Bisher hat sich der Gerichtshof mit diesen Fragen zweimal im Kontext grenzüberschreitender Geschäftstätigkeit befasst. In beiden Fällen hat er bestätigt, dass ein Verhalten, das außerhalb des Hoheitsgebiets stattfindet, in dem die Rechte geschützt sind, das aber auf dieses Gebiet ausgerichtet ist, von den unionsrechtlich harmonisierten Bestimmungen über die Rechte des geistigen Eigentums erfasst wird. Die beiden Rechtssachen, in denen diese Thematik behandelt wurde, werden nachstehend dargestellt.

35. In der Rechtssache L'Oréal u. a. ging es u. a. um den Markenschutz bei Verkaufsangeboten mit Ursprung außerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums (EWR), die aber innerhalb des EWR durch einen Online-Marktplatz zugänglich waren<sup>24</sup>. L'Oréal machte geltend, dass diese Tätigkeit eine Verletzung ihrer europäischen Marken darstelle. Der Gerichtshof hat entschieden, dass es Sache des nationalen Gerichts sei, unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen, ob sich ein Verkaufsangebot oder eine Werbung, die auf einem Online-Marktplatz angezeigt würden, der in einem durch eine Unionsmarke erfassten Gebiet zugänglich sei, an dort ansässige Verbraucher richteten. Der Markeninhaber habe jedoch die Möglichkeit, einen solchen Verkauf, ein solches Feilbieten oder eine solche Werbung entweder gemäß Art. 5 der Ersten Richtlinie 89/104/EWG des Rates zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken<sup>25</sup> oder Art. 9 der Verordnung (EG) Nr. 40/94 des Rates über die Gemeinschaftsmarke<sup>26</sup> zu verhindern.

36. Die Rechtssache Stichting de Thuis kopie<sup>27</sup> – ein Urheberrechtsfall – betraf Art. 5 Abs. 2 Buchst. b und 5 der Urheberrechtsrichtlinie. Diese Bestimmungen gestatten Ausnahmen von Urheberrechten bei Vervielfältigungen geschützter Werke zum privaten Gebrauch unter der Bedingung, dass die Urheber einen gerechten Ausgleich erhalten. Ein Unternehmen in Deutschland vertrieb über das Internet Rohlinge für Vervielfältigungsträger, also unbespielte Träger, und hatte seine Tätigkeit insbesondere auf die Niederlande ausgerichtet. Der Gerichtshof hat hierzu Folgendes ausgeführt:

„... [D]ie Richtlinie 2001/29, insbesondere ihr Art. 5 Abs. 2 Buchst. b und 5, [ist] dahin auszulegen ..., dass der Mitgliedstaat, der eine Vergütungsregelung für Privatkopien zulasten des Herstellers oder Importeurs von Vervielfältigungsmedien für geschützte Werke eingeführt hat und in dessen Hoheitsgebiet der den Urhebern durch die Nutzung ihrer Werke durch dort ansässige Käufer zum privaten Gebrauch entstandene Schaden eintritt, zu gewährleisten hat, dass diese Urheber tatsächlich den gerechten Ausgleich erhalten, der zum Ersatz dieses Schadens bestimmt ist. *In diesem Zusammenhang ist der Umstand, dass der gewerbliche Verkäufer von Anlagen, Geräten und Medien zur Vervielfältigung in einem anderen Mitgliedstaat als demjenigen ansässig ist, in dem die Käufer*

24 — Urteil vom 12. Juli 2011 (C-324/09, Slg. 2011, I-6011). Eine ähnliche Situation ist in der Rechtssache C-523/10, Wintersteiger, gegeben, in deren Mittelpunkt allerdings die gerichtliche Zuständigkeit nach Maßgabe der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (ABl. 2001, L 12, S. 1, im Folgenden: Brüssel-I-Verordnung) im Mitgliedstaat der Markeneintragung steht. Vgl. die Schlussanträge des Generalanwalts Cruz Villalón in der Rechtssache Wintersteiger (C-523/10, anhängig).

25 — ABl. L 40, S. 1. Die Richtlinie 89/104 wurde mit Wirkung vom 28. November 2008 durch die Richtlinie 2008/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2008 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Marken (kodifizierte Fassung) (ABl. L 299, S. 25) aufgehoben.

26 — ABl. L 11, S. 1. Mit Wirkung vom 13. April 2009 wurde die Verordnung Nr. 40/94 ersetzt durch die Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke (ABl. L 78, S. 1). Urteil L'Oréal u. a., oben in Fn. 24 angeführt, Randnr. 67.

27 — Urteil vom 16. Juni 2011 (C-462/09, Slg. 2011, I-5331).

*wohnen, ohne Einfluss auf diese Ergebnisspflicht* [28]. Kann die Erhebung des gerechten Ausgleichs bei den Käufern nicht gewährleistet werden, ist es Sache des nationalen Gerichts, sein nationales Recht so auszulegen, dass es die Erhebung dieses Ausgleichs bei einem gewerblich handelnden Schuldner ermöglicht.“<sup>29</sup>

37. Die Verkaufsmodalitäten in der Rechtssache *Stichting de ThuisKopie* ähneln denjenigen im Ausgangsverfahren. In beiden Fällen soll mit der rechtlichen Ausgestaltung eine Konstruktion geschaffen werden, in deren Rahmen die Verbreitung rechtlich als im Ausland erfolgt gilt und die Ware im Wege einer privaten Einfuhr über die Grenze in einen anderen Mitgliedstaat verbracht wird, in dem das Urheberrecht besteht und geltend gemacht wird. In beiden Fällen geht es um einen Versandhandel, der auf Kunden in dem letztgenannten Mitgliedstaat ausgerichtet ist, und die Eigentumsübertragung erfolgt nach den Bedingungen des Kaufvertrags außerhalb des Hoheitsgebiets des Mitgliedstaats, in dem das Urheberrecht geschützt ist. Die Figur einer Spedition, die als Vertreter des Käufers handelt, tritt auch in der Rechtssache *Stichting de ThuisKopie* auf, wenngleich ihre Rolle dort insofern begrenzter ist als diejenige von *Inspem* hier, als sie nicht als Mittler zur Weiterleitung der Zahlung vom Käufer an den Verkäufer handelte.

38. Man muss jedoch unterscheiden zwischen der Verfügbarkeit des Urheberrechtsschutzes bei grenzüberschreitender Geschäftstätigkeit in zivilrechtlichen Fällen und der Anwendbarkeit strafrechtlicher Sanktionen wegen Urheberrechtsverletzungen. Sowohl bei der Rechtssache *L'Oréal* u. a. als auch bei der Rechtssache *Stichting de ThuisKopie* handelte es sich um zivilrechtliche Fälle, in denen der jeweilige Inhaber der geschützten Rechte des geistigen Eigentums in eigenem Namen mit einer zivilrechtlichen Klage vor einem innerstaatlichen Gericht zivilrechtliche Rechtsbehelfe geltend machte. Im vorliegenden Fall betreibt die Staatsanwaltschaft die Durchsetzung der nach deutschem Recht geschützten Urheberrechte, und zwar im Wege eines Strafverfahrens.

39. Es liegt auf der Hand, dass Feststellungen, denen zufolge eine Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Rechte vorliegt, nicht unmittelbar in dem Sinne auf strafrechtliche Sachverhalte übertragbar sind, dass die betreffende Verletzungshandlung die Verhängung strafrechtlicher Sanktionen gegen den Verletzer rechtfertigt. Gleichwohl ergibt sich aus der vorstehend angeführten Rechtsprechung des Gerichtshofs, dass ein Verhalten, das außerhalb des nationalen Hoheitsgebiets seinen Ausgang nimmt und auf ein Hoheitsgebiet ausgerichtet ist, in dem Rechte des geistigen Eigentums geschützt sind, durch Anwendung der unionsrechtlich harmonisierten Regelungen über die Rechte des geistigen Eigentums erfasst werden kann.

#### *C – Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie*

##### 1. Vorbemerkungen

40. Der Kerngehalt des Urheberrechtsschutzes besteht darin, dass der Urheber nicht nur die durch Völkerrecht und nationales Recht anerkannten moralischen Rechte genießt, sondern auch darüber entscheidet, ob und wie sein Werk wirtschaftlich verwertet wird. Diese Ausgangsposition wird durch Rechtsakte umgesetzt, die dem Urheber verschiedene ausschließliche Rechte zuerkennen, eine bestimmte Verwertung seiner Werke zu erlauben oder zu verbieten. Die einzelnen Rechtssysteme bedienen sich unterschiedlicher Rechtsetzungstechniken, um die Ausschließlichkeitsrechte der Urheber zu schützen und zu regeln.

28 — Hervorhebung nur hier.

29 — Urteil *Stichting de ThuisKopie* (oben in Fn. 27 angeführt, Randnr. 41). Die Kernaussagen des Urteils *Stichting de ThuisKopie* hat der Gerichtshof im Urteil vom 9. Februar 2012, *Luksan* (C-277/10, Randnr. 106), wiederholt.

41. Diese Rechte können positiv normiert oder durch Festlegung von Ausnahmen und Beschränkungen impliziert werden. Darüber hinaus können der Systematik der ausschließlichen Rechte unterschiedliche Definitionen und begriffliche Abstufungen zugrunde liegen. So ist etwa denkbar, dass in einem Rechtssystem Verleihrechte und Vermietrechte im Verbreitungsrecht inbegriffen sind, während sie in einem anderen Rechtssystem als eigenständige Rechte ausgestaltet werden. Voneinander abweichende Lösungsansätze in den verschiedenen Mitgliedstaaten haben wesentlich zum fragmentarischen Charakter des Harmonisierungsprozesses auf dem Gebiet des Urheberrechts in der Union beigetragen.

42. Insoweit ist zu beachten, dass das Verbreitungsrecht, das ein unentbehrliches Nebenrecht zu dem grundlegenden Vervielfältigungsrecht ist<sup>30</sup>, in zahlreichen nationalen Rechtssystemen anhand der Begriffe Feilbieten, Zugänglichmachen, Marktzuführen oder Inverkehrbringen definiert wird. Einige nationale Urheberrechtsgesetze untersagen auch die unerlaubte Einfuhr geschützter Werke als Form einer Tätigkeit, deren Kontrolle unter das Verbreitungsrecht fällt oder daraus hergeleitet wird<sup>31</sup>.

43. Im Jahr 1996 wurde in Art. 6 des Urheberrechtsvertrags<sup>32</sup> (im Folgenden: WCT-Vertrag) eine eigenständige völkerrechtliche Vorschrift zur Definition des Verbreitungsrechts eingeführt. Gemäß dieser Bestimmung „[haben d]ie Urheber von Werken der Literatur und Kunst ... das ausschließliche Recht zu erlauben, dass das Original und Vervielfältigungsstücke ihrer Werke durch Verkauf oder sonstige Eigentumsübertragung der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden“. Die Umsetzung dieser Bestimmung in das Unionsrecht ist durch Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie erfolgt, dem ich mich jetzt zuwenden werde.

## 2. Auslegung von Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie

44. Der Wortlaut von Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie weicht geringfügig von der entsprechenden Bestimmung in Art. 6 des WCT-Vertrags ab. Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie lautet: „Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass den Urhebern in Bezug auf das Original ihrer Werke oder auf Vervielfältigungsstücke davon das ausschließliche Recht zusteht, die Verbreitung an die Öffentlichkeit in beliebiger Form durch Verkauf oder auf sonstige Weise zu erlauben oder zu verbieten.“ In Art. 6 des WCT-Vertrags findet sich die Wendung „der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden“, während in der Urheberrechtsrichtlinie von „Verbreitung an die Öffentlichkeit in beliebiger Form“ die Rede ist.

45. Trotz des unterschiedlichen Wortlauts übernehme ich und stütze ich mich auf den Ansatz, den der Gerichtshof im Urteil Peek & Cloppenburg<sup>33</sup> verfolgt hat und dem zufolge Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie im Einklang mit den entsprechenden Bestimmungen des WCT-Vertrags auszulegen ist. Außerdem hat der Gerichtshof in dem genannten Urteil trotz des Umstands, dass der WCT-Vertrag nur das Mindestmaß des Urheberrechtsschutzes vorsieht, zu dessen Gewährung sich die Vertragsparteien bereit erklärt haben, die Auffassung vertreten, dass die Urheberrechtsrichtlinie nicht bezwecke, ein höheres Schutzniveau für Urheber festzulegen<sup>34</sup>.

30 — Nach Art. 2 der Urheberrechtsrichtlinie „[sehen d]ie Mitgliedstaaten ... für folgende Personen das ausschließliche Recht vor, die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise zu erlauben oder zu verbieten: a) für die Urheber in Bezug auf ihre Werke ...“.

31 — Die große Vielfalt im nationalen Recht hinsichtlich Ausgestaltung und Formulierung der Verbreitungsrechte ist in einer vergleichenden Studie über die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie näher dargestellt. Vgl. Westkamp, G., „The Implementation of Directive 2001/29/EC in the Member States“, abrufbar unter [http://www.ivir.nl/publications/guibault/InfoSoc\\_Study\\_2007.pdf](http://www.ivir.nl/publications/guibault/InfoSoc_Study_2007.pdf).

32 — Der am 20. Dezember 1996 in Genf angenommene Urheberrechtsvertrag der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) wurde mit dem Beschluss 2000/278/EG des Rates vom 16. März 2000 (ABl. L 89, S. 6) im Namen der Europäischen Gemeinschaft genehmigt. Nach ihrem 15. Erwägungsgrund dient die Urheberrechtsrichtlinie auch dazu, einigen dieser neuen internationalen Verpflichtungen aus dem WCT-Vertrag nachzukommen. Vgl. auch Urteil Peek & Cloppenburg (oben in Fn. 21 angeführt, Randnr. 31): „Fest steht, dass die Richtlinie 2001/29, wie sich aus ihrem 15. Erwägungsgrund ergibt, dazu dient, den Verpflichtungen der Gemeinschaft aus dem WCT-Vertrag und dem [Vertrag über Darbietungen und Tonträger] auf Gemeinschaftsebene nachzukommen ...“

33 — Oben in Fn. 21 angeführt, Randnrn. 29 bis 36.

34 — Ebd., Randnrn. 38 f.

46. Des Weiteren harmonisiert meines Erachtens die Urheberrechtsrichtlinie – wie bereits dargelegt – in vollem Umfang die in den Art. 2 bis 4 vorgesehenen drei Ausschließlichkeitsrechte, nämlich das Vervielfältigungsrecht, das Recht der öffentlichen Wiedergabe in Fällen, in denen sich das Publikum nicht am Ort der Wiedergabe befindet, sowie das Verbreitungsrecht. Die Urheberrechtsrichtlinie enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass es den Mitgliedstaaten freistünde, im nationalen Recht von diesen Bestimmungen durch eine Ausweitung oder Einschränkung ihres Anwendungsbereichs abzuweichen.

47. Im Rahmen ihrer unterschiedlichen Auslegungen des Verbreitungsrechts im Sinne von Art. 4 Abs. 1 stützen sich der Bundesgerichtshof, die Parteien, die tschechische Regierung und die Kommission auf die Antwort, die der Gerichtshof auf die erste Vorlagefrage in der Rechtssache Peek & Cloppenburg gegeben hat. Sie alle heben die Bedeutung der Eigentumsübertragung für die Systematik des Verbreitungsrechts nach Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie hervor. Meines Erachtens hilft diese Diskussion jedoch nicht viel weiter.

48. Im Urteil Peek & Cloppenburg hat der Gerichtshof im Grunde genommen die Frage beantwortet, was unter einer Verbreitung zu verstehen ist, die nicht in einem Verkauf besteht. In Damen- und Herrenoberbekleidungsgeschäften in Deutschland waren Nachbildungen von Möbelstücken in Schaufenstern ausgestellt und in Ruhezonen zur Benutzung zur Verfügung gestellt worden, die von einem Unternehmen in Italien hergestellt worden waren, jedoch in Deutschland urheberrechtlich geschützt sind. Das Vorabentscheidungsersuchen beruhte auf dem Umstand, dass in vielen nationalen Rechtssystemen der Begriff der Verbreitung auch Fälle umfasst, in denen keine Eigentumsübertragung erfolgt. Der Gerichtshof hat diese weite Auslegung im Urteil Peek & Cloppenburg zurückgewiesen. Er hat entschieden, dass eine Verbreitung *auf andere Weise als durch Verkauf* im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie nur bei einer Übertragung des Eigentums an dem Original oder an einem Vervielfältigungsstück eines Werks vorliege<sup>35</sup>.

49. Im vorliegenden Fall geht es um eine Verbreitung durch Verkauf. Es steht außer Frage, dass ein *Verkauf* von Gegenständen erfolgt ist, hinsichtlich deren ein Urheberrechtsstreit entstanden ist. Verkauf beinhaltet *per definitionem* eine Eigentumsübertragung gegen Entgelt. Daher geht es im vorliegenden Fall eigentlich um die Frage, ob unter Berücksichtigung aller Umstände dieser konkrete Verkauf zu einer Urheberrechtsverletzung in Deutschland geführt hat.

50. Zur Lösung dieser Frage gehen Herr Donner und der Bundesgerichtshof vom zivilrechtlichen Institut der Eigentumsübertragung aus. Nach Meinung von Herrn Donner liegt keine Verbreitung in Deutschland vor, weil das Eigentum an den Gegenständen nach dem auf den Vertrag anzuwendenden italienischen Recht in Italien auf die Käufer übergegangen sei. Nach Auffassung des Bundesgerichtshofs ist nicht die Eigentumsübertragung in Italien entscheidend, sondern die Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt an den Gegenständen, die nach deutschem Recht zur Vollendung des Eigentumsübergangs erforderlich sei. Dies sei in Deutschland geschehen. Auch die Kommission ist der Ansicht, dass die Verbreitung in Deutschland stattgefunden habe, aber nicht wegen der Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt, sondern weil die Gegenstände erst in Deutschland, wo die Käufer den Kaufpreis an die Fahrer von Herrn Donner gezahlt hätten, an die Öffentlichkeit gelangt seien.

51. Meines Erachtens kann die Bedeutung des unionsrechtlichen Begriffs der Verbreitung im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie nicht von solchen Faktoren abhängen. Nach Art. 8 Abs. 3 der Rom-II-Verordnung haben die Parteien keine Möglichkeit, das auf außervertragliche Schuldverhältnisse im Bereich der Rechte des geistigen Eigentums anwendbare Recht frei zu vereinbaren. Wenn das auf den Kaufvertrag anwendbare Recht, das die Parteien vereinbaren, dafür

35 — Ebd., Randnr. 41.

entscheidend wäre, ob und wo eine Verbreitung durch den Verkauf von Vervielfältigungsstücken urheberrechtlich geschützter Werke stattfindet, stünde dies im Widerspruch zu dem genannten Grundsatz und würde die Parteien in die Lage versetzen, die Rechte der Urheberrechtsinhaber zu umgehen<sup>36</sup>.

52. Ich möchte auch bezweifeln, dass eine Verbreitung durch Verkauf erst dann vorliegen kann, wenn ein Geschäft erfolgreich vollendet ist. Wenn dem so wäre, stellte das Feilbieten von Vervielfältigungsstücken urheberrechtlich geschützter Werke ohne Genehmigung des Urhebers keine Verbreitung dar. Das Gleiche würde bei Ratenkaufgeschäften gelten. Bei diesen erfolgt die Eigentumsübertragung viel später als die Übertragung der tatsächlichen Verfügungsgewalt.

53. Meiner Meinung nach muss der Begriff der Verbreitung durch Verkauf so ausgelegt werden, dass die Urheber die kommerzielle Nutzung der Vervielfältigungsstücke ihrer Werke von ihrer Vervielfältigung über die Vertriebswege bis hin zur Erschöpfung des Urheberrechts nach Art. 4 Abs. 2 der Urheberrechtsrichtlinie tatsächlich und wirksam kontrollieren können<sup>37</sup>. Aus diesem Grund muss die Wendung „Verbreitung an die Öffentlichkeit durch Verkauf“ in Art. 4 Abs. 1 als gleichbedeutend mit der Formulierung „durch Verkauf ... der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden“ in Art. 6 Abs. 1 des WCT-Vertrags verstanden werden.

54. Der Vorgang des durch Verkauf der Öffentlichkeit Zugänglichmachens schließt den Handlungsablauf vom Verkaufsangebot bis hin zum Abschluss von Kaufverträgen und ihrer Durchführung ein. Ein bloßes Bewerben von Vervielfältigungsstücken urheberrechtlich geschützter Werke, das noch kein Verkaufsangebot darstellt, wird dagegen meines Erachtens nicht vom ausschließlichen Verbreitungsrecht des Urhebers erfasst; allerdings erstreckt sich der markenrechtliche Schutz darauf.

55. Beim grenzüberschreitenden Versandhandel muss die Beurteilung, ob Vervielfältigungsstücke der Öffentlichkeit in dem Mitgliedstaat zugänglich gemacht werden, in dem die Durchsetzung des Urheberrechts beantragt wird, anhand der im Urteil L'Oréal u. a.<sup>38</sup> aufgestellten Kriterien vorgenommen werden. Wenn ein Verkäufer sich an Verbraucher in einem bestimmten Mitgliedstaat richtet und für sie spezifische Auslieferungs- und Zahlungsmodalitäten schafft oder zur Verfügung stellt, die ihnen den Erwerb von Vervielfältigungsstücken urheberrechtlich geschützter Werke in diesem Mitgliedstaat ermöglichen, liegt eine Verbreitung durch Verkauf in diesem Mitgliedstaat vor<sup>39</sup>. Die Existenz einer deutschsprachigen Website, der Inhalt des Werbematerials von Dimensione und

36 — Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache Stichting de Thuiskopie (Urteil oben in Fn. 27 angeführt, Nrn. 56 bis 58). Zudem ist der Hinweis der Kommission in der mündlichen Verhandlung zu beachten, dass bei ihr zahlreiche Beschwerden wegen Imitationen von Designer-Möbeln eingegangen seien, die in großer Zahl in Sterzing hergestellt würden. Ähnliche Probleme beständen im Vereinigten Königreich. Die Kommission gehe diesen Beschwerden nach.

37 — Der 28. Erwägungsgrund der Urheberrechtsrichtlinie lautet: „Der unter diese Richtlinie fallende Urheberrechtsschutz schließt auch das ausschließliche Recht ein, die Verbreitung eines in einem Gegenstand verkörperten Werks zu kontrollieren. Mit dem Erstverkauf des Originals oder dem Erstverkauf von Vervielfältigungsstücken des Originals in der Gemeinschaft durch den Rechtsinhaber oder mit dessen Zustimmung erschöpft sich das Recht, den Wiederverkauf dieses Gegenstands innerhalb der Gemeinschaft zu kontrollieren ...“

38 — Oben in Fn. 24 angeführt. In dem genannten Urteil hat der Gerichtshof ausgeführt, dass dann, wenn „mit dem Verkaufsangebot Angaben der geografischen Gebiete einher[gehen], in die der Verkäufer bereit ist, die Ware zu liefern, ... derartigen Angaben im Rahmen dieser Prüfung eine besondere Bedeutung zu[kommt]“ (Randnr. 65), um zu bestimmen, ob sich die auf einer Website angezeigten Verkaufsangebote „an Verbraucher in diesem Gebiet richteten“ (Randnr. 64). Nach den vom Gerichtshof im Urteil L'Oréal u. a. in Randnr. 67 formulierten Kriterien, richtet sich ein Verkaufsangebot oder eine Werbung, die auf einem Online-Marktplatz angezeigt werden, der in dem von der Marke erfassten Gebiet zugänglich ist, an dort ansässige Verbraucher, wenn die betreffenden Waren, die zuvor im EWR oder, im Fall einer Gemeinschaftsmarke, in der Union noch nicht in den Verkehr gebracht wurden, i) von einem Wirtschaftsteilnehmer mittels eines Online-Marktplatzes und ohne Zustimmung des Inhabers dieser Marke an einen Verbraucher in dem durch diese Marke erfassten Gebiet verkauft werden oder ii) auf einem solchen, für Verbraucher in diesem Gebiet bestimmten Platz feilgeboten oder beworben werden.

39 — Vgl. auch Urteil vom 7. Dezember 2010, Pammer und Hotel Alpenhof (C-585/08 und C-144/09, Slg. 2010, I-12527), das sich mit einer ausgerichteten Tätigkeit über das Internet im Kontext von Verbrauchersachen im Sinne der Brüssel-I-Verordnung auseinandersetzt.

deren anhaltende Zusammenarbeit mit Inspem – einem an Verkauf und Auslieferung in Deutschland beteiligten Unternehmen – deuten insgesamt auf eine ausgerichtete Tätigkeit hin. Es kommt darauf an, ob der Verkäufer einen ausgerichteten Verkaufs- und Auslieferungskanal eingerichtet hat, über den Käufer Werke erwerben, die in dem Mitgliedstaat des Käufers urheberrechtlich geschützt sind.

56. Die Art und Weise, wie die Auslieferung der Vervielfältigungsstücke geregelt ist, ist dabei von nachgeordneter Bedeutung. Eine Verbreitung durch Verkauf aus Mitgliedstaat A an die Zielöffentlichkeit in Mitgliedstaat B liegt selbst dann vor, wenn die Werke gemäß der Vertriebsregelung auf dem Postweg oder durch einen Vertriebsdienst ausgeliefert werden. Der Grad der Beteiligung des Spediteurs an der Verkaufsregelung ist allerdings für die Frage entscheidend, ob er als Teilnehmer am Vertrieb oder lediglich als ein Vermittler im Sinne von Art. 8 Abs. 3 der Urheberrechtsrichtlinie<sup>40</sup> anzusehen ist, dessen Dienste von einem Dritten genutzt werden. Gegen einen solchen Vermittler können gerichtliche Anordnungen getroffen, nicht aber die in Art. 8 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie und in der entsprechenden Bestimmung des Art. 11 der Durchsetzungsrichtlinie vorgesehenen Sanktionen verhängt werden.

57. Richtet der Verkäufer in Mitgliedstaat A hingegen keinen spezifischen Verkaufskanal ein, über den die Käufer in Mitgliedstaat B Zugang zu Werken erhalten, die in Mitgliedstaat B urheberrechtlich geschützt sind, kann keine Verbreitung durch Verkauf in Mitgliedstaat B vorliegen<sup>41</sup>.

58. Angesichts dieser Würdigung ist dem Bundesgerichtshof meines Erachtens mit seinem Ergebnis, dass eine Verbreitung durch Verkauf im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie in Deutschland vorliege, kein Fehler unterlaufen, wenngleich ich mich nicht der Begründung anschließe, mit der er zu diesem Ergebnis gelangt ist. Ebenso wie der Gerichtshof im Urteil L'Oréal u. a. die einschlägigen Bestimmungen des Markenrechts der Union im Sinne der Einbeziehung einer ausgerichteten Tätigkeit und im Urteil Stichting de ThuisKopie Art. 5 Abs. 2 Buchst. b und 5 der Urheberrechtsrichtlinie in genau dem gleichen Sinne ausgelegt hat, muss auch hier Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie ähnlich ausgelegt werden, insbesondere angesichts der Herausforderungen, vor die das Recht zum Schutz des geistigen Eigentums durch die Vermarktung über das Internet gestellt ist. Im Übrigen kann – wie in der Einführung dargelegt – mangels nationaler Zollverfahren zur Unterbindung des Handels mit unerlaubt hergestellten Vervielfältigungsstücken urheberrechtlich geschützter Waren innerhalb der Union die Einhaltung der von der Union und ihren Mitgliedstaaten eingegangenen Verpflichtungen aus dem internationalen Urheberrecht nur gewährleistet werden, wenn sichergestellt ist, dass die unionsrechtlichen Harmonisierungsmaßnahmen im Einklang mit diesen Regeln ausgelegt werden.

#### D – Zur Auslegung der Art. 34 AEUV und 36 AEUV

##### 1. Bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 36 AEUV und verschleierte Beschränkungen des Handels

59. Der vorliegende Fall berührt nicht die im Rahmen von Art. 36 AEUV auftretende klassische Fragestellung, nämlich ob der Inhaber eines Urheberrechts oder eines verwandten Rechts seine Rechte durch Inverkehrbringen der betreffenden Werke in einem Mitgliedstaat der Union oder durch andere Handlungen erschöpft hat, die die Geltendmachung der Rechte ausschließen<sup>42</sup>. Im Gegenteil – hier

40 — Art. 8 Abs. 3 der Urheberrechtsrichtlinie lautet: „Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die Rechtsinhaber gerichtliche Anordnungen gegen Vermittler beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden.“

41 — Hiermit meine ich Fälle, in denen die Käufer in den Mitgliedstaat A reisen, um die Vervielfältigungsstücke selbst abzuholen, oder einen Spediteur beauftragen, der mit dem Verkaufsgeschäft nichts zu tun hat und der ohne Kenntnis der urheberrechtlichen Aspekte des Verkaufs die Lieferung zu Konditionen durchführt, wie sie auf rein geschäftlicher Basis zwischen unabhängigen Beteiligten üblich sind.

42 — Vgl. z. B. Urteile vom 8. Juni 1971, Deutsche Grammophon (78/70, Slg. 1971, 487), und vom 24. Januar 1989, EMI Electrola (341/87, Slg. 1989, 79).

haben die Inhaber des Urheberrechts an den Gegenständen ganz offenkundig keine Handlungen vorgenommen, die als Erschöpfung ihrer Rechte angesehen werden könnten<sup>43</sup>. Außerdem ist – wie bereits erwähnt – zweifelhaft, ob die Gegenstände nach dem Unionsrecht in seiner Auslegung durch den Gerichtshof im Urteil Flos<sup>44</sup> rechtmäßig in Italien vermarktet wurden.

60. Sollte Herr Donner die Werke unter Verstoß gegen die Urheberrechtsrichtlinie an die Öffentlichkeit verbreitet haben, wird der Gerichtshof daher eine Berufung der Staatsanwaltschaft auf Art. 36 AEUV nur beanstanden, wenn dadurch ein künstliches Hindernis für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten aufgebaut wird<sup>45</sup> oder die einschlägigen nationalen Urheberrechtsvorschriften eine Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit von Personen<sup>46</sup> oder des geografischen Ursprungs von Waren<sup>47</sup> beinhalten.

61. Die von Herrn Donner angeführte Rechtsprechung, mit der der Gerichtshof die Wirkung von Art. 36 AEUV einschränkt, ist für das Ausgangsverfahren jedoch nicht unmittelbar relevant, oder zumindest ist nicht ersichtlich, dass sie für seine Auffassung spricht.

62. Das Urteil Kommission/Irland<sup>48</sup> stützt die These, dass Ausnahmen vom Grundsatz des freien Warenverkehrs eng auszulegen sind, fügt aber der Auslegung von Art. 36 AEUV als solcher keine weiteren Gesichtspunkte hinzu, die für den vorliegenden Fall relevant wären.

63. Mit dem Urteil Merck<sup>49</sup> wurde dem Inhaber eines Patents für ein bestimmtes Arzneimittel im Mitgliedstaat A verwehrt, unter Berufung auf Art. 36 AEUV die Einfuhr dieses Erzeugnisses aus Mitgliedstaat B, in dem es nicht patentfähig war, zu unterbinden. Der Patentinhaber in Mitgliedstaat A hatte sich nämlich dazu entschieden, das Erzeugnis trotz des in Mitgliedstaat B fehlenden Patentschutzes dort in den Verkehr zu bringen. Der Gerichtshof hat ausgeführt, dass ein Patentinhaber, der sich zu einem solchen Vorgehen entscheide, die Konsequenzen seiner Wahl hinzunehmen habe, soweit es um den Verkehr des Erzeugnisses innerhalb des Gemeinsamen Marktes gehe. Andernfalls käme es zu einer Abschottung der nationalen Märkte, die den Zielen des Vertrags zuwiderliefe.

64. Im vorliegenden Fall haben die Inhaber der Urheberrechte an den Werken nach dem Sachverhalt weder in Italien noch in Deutschland noch anderenorts irgendwelche Handlungen vorgenommen, die ihnen eine Berufung auf Art. 36 AEUV verwehren würden.

65. Entsprechend ging es in der Rechtssache EMI Electrola<sup>50</sup> um einen Tonträgerhersteller, der der Vermarktung dieser Tonträger in Mitgliedstaat A nicht zugestimmt hatte und deren Einfuhr in Mitgliedstaat B er dann unter Berufung auf Art. 36 AEUV und seiner Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung untersagen wollte. Der Gerichtshof hat entschieden, dass die Rechtmäßigkeit der Vermarktung der Werke in Mitgliedstaat A nicht auf einer Handlung oder der Zustimmung des Inhabers des Urheberrechts oder seines Lizenznehmers, sondern auf dem Ablauf der nach den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats A vorgesehenen Schutzfrist beruhe und dass sich der

43 — Vgl. Urteil vom 11. Juli 1996, Bristol-Myers Squibb u. a. (C-427/93, C-429/93 und C-436/93, Slg. 1996, I-3457). Der Vollständigkeit halber merke ich an, dass es selbstverständlich Ketten geben kann, in denen viele rechtswidrige Verbreitungshandlungen aufeinanderfolgen und daher keine Erschöpfung eintritt.

44 — Oben in Fn. 19 angeführt.

45 — Vgl. Urteil Bristol-Myers Squibb u. a. (oben in Fn. 43 angeführt, Randnrn. 52 bis 57).

46 — Vgl. Urteile vom 20. Oktober 1993, Phil Collins u. a. (C-92/92 und C-326/92, Slg. 1993, I-5145), und vom 6. Juni 2002, Ricordi (C-360/00, Slg. 2002, I-5089). Das Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit ist jetzt in Art. 18 AEUV verankert.

47 — Vgl. Urteile vom 30. Juni 1988, Thetford u. a. (35/87, Slg. 1988, 3585), vom 30. November 1993, Deutsche Renault (C-317/91, Slg. 1993, I-6227), und vom 30. Juni 2005, Tod's und Tod's France (C-28/04, Slg. 2005, I-5781).

48 — Urteil vom 17. Juni 1981 (113/80, Slg. 1981, 1625).

49 — Urteil vom 14. Juli 1981 (187/80, Slg. 1981, 2063, Randnrn. 11 und 13).

50 — Oben in Fn. 42 angeführt.

Rechtsinhaber deshalb auf den Schutz in Mitgliedstaat B berufen könne. Das Problem ergebe sich aus der Verschiedenheit der nationalen Rechtsvorschriften hinsichtlich der Frist des durch das Urheberrecht und die verwandten Rechte gewährleisteten Schutzes, nicht jedoch aus einer Handlung des Rechtsinhabers.

66. Da sich auch im Ausgangsverfahren das Problem aus der rechtlichen und tatsächlichen Verschiedenheit des urheberrechtlichen Schutzes der Gegenstände in Italien und Deutschland ergibt, weist der vorliegende Fall größte Ähnlichkeit mit der Rechtssache EMI Electrola auf<sup>51</sup>. Die in dem genannten Urteil herausgearbeiteten Grundsätze sind auf den hier vorliegenden Sachverhalt anwendbar. Das Problem im Ausgangsverfahren ergibt sich ebenso wie in der Rechtssache EMI Electrola aus der Verschiedenheit des Urheberrechtsschutzes zwischen den Mitgliedstaaten, so dass Art. 36 AEUV vorbehaltlich der allgemeinen Grundsätze, zu denen ich jetzt komme, in vollem Umfang Wirkung entfaltet.

## 2. Verbot der unverhältnismäßigen Abschottung der Märkte und der Beeinträchtigung der Dienstleistungsfreiheit

67. Die Anwendung von Art. 36 AEUV führt nicht zu einer übermäßigen Beschränkung des freien Warenverkehrs. Sie beinhaltet lediglich, dass Händler wie Dimensione und Herr Donner die Genehmigung der Urheberrechtsinhaber einholen müssen, ehe sie Handlungen vornehmen, die eine Form der Verbreitung durch öffentlichen Verkauf in Deutschland darstellen. Wie dargelegt, gilt dies auch für die kommerzielle Nutzung der Gegenstände in dem Mitgliedstaat, auf den die Tätigkeit ausgerichtet ist.

68. Bei einem solchen Vorgehen kommt es zu keiner unrechtmäßigen Abschottung nationaler Märkte. Angesichts des Gleichgewichts, das gemäß den Art. 34 AEUV und 36 AEUV zwischen freiem Warenverkehr und dem Schutz des gewerblichen und kommerziellen Eigentums hergestellt werden muss, lässt sich eine Verpflichtung der Händler zur Beachtung des im Mitgliedstaat der Verbreitung geltenden Urheberrechtsschutzes nicht als unverhältnismäßige Beeinträchtigung des freien Warenverkehrs bezeichnen. Im Übrigen kann eine Beschränkung des freien Warenverkehrs, mit der sichergestellt wird, dass die Union und ihre Mitgliedstaaten ihren völkerrechtlichen Verpflichtungen im Bereich des Urheberrechts nachkommen, nicht unverhältnismäßig sein<sup>52</sup>.

69. Würde der Begriff der Verbreitung an die Öffentlichkeit durch Verkauf oder auf sonstige Weise im Sinne von Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie dahin ausgelegt, dass darunter auch die Tätigkeit unabhängiger Spediteure fällt, die an keinen eine Verbreitung durch Verkauf darstellenden Handlungen beteiligt sind, so räume ich ein, dass dies durchaus zu einer unverhältnismäßigen Störung der Speditions- und Lieferdienste in der gesamten Union führen könnte. Die Speditionsunternehmen müssten dann nämlich überprüfen, ob die von ihnen beförderten Waren im Mitgliedstaat der Auslieferung urheberrechtlich geschützt sind, wenn sie nicht das Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung eingehen wollen. Eine solche allgemeine Überwachungspflicht hätte eine nachhaltig abschreckende Wirkung auf Erbringung von nationale Grenzen überschreitenden Speditionsdienstleistungen innerhalb der Union.

70. Zu diesem Auslegungsergebnis bin ich jedoch gerade nicht gelangt. Die Tätigkeit von Herrn Donner fällt unter Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie und daher in den sachlichen Anwendungsbereich von Art. 36 AEUV, da er an Handlungen mitgewirkt hat, die unter den Begriff der Verbreitung durch Verkauf der geschützten Werke fallen. Dies ist dadurch geschehen, dass er selbst die Entrichtung des Kaufpreises in Italien finanzierte, seine Fahrer den Kaufpreis für die

51 — Herr Donner beruft sich darüber hinaus auf das Urteil vom 9. April 1987, Basset (402/85, Slg. 1987, 1747), das aber für die Thematik, mit der sich der Gerichtshof hier zu befassen hat, offenkundig ohne Bedeutung ist.

52 — Vgl. meine Schlussanträge in der Rechtssache Stichting de Thuiskopie (oben in Fn. 27 angeführt, Nr. 34).

Gegenstände von den Käufern in Deutschland entgegennehmen ließ und sich bereit erklärte, die Werke zurück nach Italien zu bringen, um dort von Dimensione die Erstattung des Kaufpreises und die Bezahlung der Frachtkosten zu erlangen, falls der Käufer die Begleichung dieser Beträge verweigern sollte. Diese Tätigkeiten belegen eine Beteiligung an dem Geschäft, die weit über die Aufgaben hinausgehen, die ein unabhängiges, außerhalb der Vertriebsregelung von Dimensione stehendes Speditionsunternehmen im Rahmen der üblichen grenzüberschreitenden Beförderung von Möbeln zu übernehmen bereit wäre.

### 3. Verbot willkürlicher Diskriminierung

71. Der Gleichbehandlungsgrundsatz kommt im Hinblick auf die Erschöpfung der Urheberrechte nach Art. 4 Abs. 2 der Urheberrechtsrichtlinie zum Tragen. Nach dem Grundsatz der Gleichbehandlung ist es verboten, vergleichbare Sachverhalte unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte gleichzubehandeln, es sei denn, eine solche Behandlung ist objektiv gerechtfertigt. Darüber hinaus gilt nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs für Urheberrechte und verwandte Rechte, die aufgrund ihrer Auswirkungen auf den innergemeinschaftlichen Waren- und Dienstleistungsverkehr in den Geltungsbereich des Vertrags fallen, der allgemeine Grundsatz des Verbots einer Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit<sup>53</sup>.

72. Daher stehen die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts einer Auslegung von Art. 36 AEUV bzw. Art. 4 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie entgegen, die zur Folge hätte, dass vergleichbare Sachverhalte ohne objektive Rechtfertigung unterschiedlich behandelt werden.

73. Die von mir befürwortete Auslegung des Unionsrechts führt jedoch nicht zu diskriminierenden Ergebnissen. Käufer, die nach Italien reisen, um dort die von ihnen bei Dimensione gekauften Werke abzuholen, oder die eine unabhängige, an der Vertriebsregelung nicht beteiligte Spedition beauftragen, befinden sich nicht in einer Situation, die mit derjenigen von Herrn Donner vergleichbar ist. Sie führen lediglich eine private Einfuhr von Vervielfältigungsstücken urheberrechtlich geschützter Werke durch, was in Deutschland offenbar erlaubt ist.

### E – Sanktionen

74. Das Unionsrecht verwehrt den Mitgliedstaaten nicht die Verhängung verhältnismäßiger strafrechtlicher Sanktionen zur Bekämpfung einer ausgerichteten Tätigkeit der hier vorliegenden Art. Im Gegenteil, nach der ausdrücklichen Formulierung des 28. Erwägungsgrundes der Durchsetzungsrichtlinie „stellen in geeigneten Fällen auch strafrechtliche Sanktionen ein Mittel zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums dar“<sup>54</sup>; gleichzeitig schreibt Art. 8 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie vor, dass die Mitgliedstaaten bei Verletzungen der in dieser Richtlinie festgelegten Rechte und Pflichten angemessene Sanktionen und Rechtsbehelfe vorsehen und alle notwendigen Maßnahmen treffen, um deren Anwendung sicherzustellen. Entsprechend den einschlägigen allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts heißt es in Art. 8 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie weiter, dass die betreffenden Sanktionen „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein müssen<sup>55</sup>.

53 — Vgl. die in Fn. 46 angeführte Rechtsprechung. Dies umfasst auch das Verbot einer Diskriminierung aus Gründen des geografischen Ursprungs der Waren. Vgl. auch die in Fn. 47 angeführte Rechtsprechung.

54 — Insofern handelt es sich um eine Umkehrung der dem Urteil vom 28. April 2011, El Dridi (C-61/11 PPU, Slg. 2011, I-3015), zugrunde liegenden Situation; in jenem Fall verstieß die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion gegen die in einer Richtlinie vorgesehenen Normen und Verfahren, so dass die Verwirklichung der mit der Richtlinie verfolgten Ziele gefährdet anstatt sichergestellt wurde. Vgl. auch Urteil vom 6. Dezember 2011, Achughabian (C-329/11, Slg. 2011, I-12695).

55 — Ähnlich 58. Erwägungsgrund der Urheberrechtsrichtlinie.

75. Die Beurteilung der Frage, ob die Sanktion verhältnismäßig ist, ist Sache des nationalen Gerichts, das dabei gebührend berücksichtigen muss, dass die Charta der Grundrechte der Europäischen Union (im Folgenden: Charta) sowohl den Schutz des geistigen Eigentums<sup>56</sup> vorsieht als auch das Gebot der Verhältnismäßigkeit strafrechtlicher Sanktionen<sup>57</sup> enthält. Im Übrigen heißt es im 17. Erwägungsgrund der Durchsetzungsrichtlinie, dass Rechtsbehelfe so bestimmt werden sollten, dass „den spezifischen Merkmalen“ des Einzelfalls, „einschließlich der Sonderaspekte jedes Rechts an geistigem Eigentum und gegebenenfalls des vorsätzlichen oder nicht vorsätzlichen Charakters der Rechtsverletzung“, Rechnung getragen wird.

76. Des Weiteren ist zu beachten, dass ein Verhalten, das einen Rechtsverstoß darstellt und deshalb zivilrechtliche oder zivilverfahrensrechtliche Sanktionen und Rechtsbehelfe auslösen kann, gleichwohl vom Strafrecht möglicherweise nicht erfasst wird, weil dieses dem Erfordernis der Vorhersehbarkeit unterliegt, das dem in Art. 49 Abs. 1 der Charta verankerten Grundsatz *nulla poena sine lege* innewohnt<sup>58</sup>. Schließlich ergibt sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Rechtsbehelfen eine weitere Sicherung, die eingreift, wenn Mitgliedstaaten sich für eine Umsetzung von Richtlinien im Wege strafrechtlicher Sanktionen entscheiden. Danach ist es den Mitgliedstaaten für den Fall, dass eine Mehrzahl von Strafre Regelungen besteht, verwehrt, unter Berufung auf die betreffende Richtlinie die strafrechtliche Verantwortlichkeit zu verschärfen oder rückwirkend das schärfere Strafgesetz anzuwenden<sup>59</sup>.

#### IV – Ergebnis

77. Demnach schlage ich dem Gerichtshof vor, die Frage des Bundesgerichtshofs wie folgt zu beantworten:

Die den freien Warenverkehr regelnden Art. 34 und 36 AEUV stehen nicht einer aus der Anwendung nationaler Strafvorschriften resultierenden Strafbarkeit wegen Beihilfe zum unerlaubten Verbreiten von Vervielfältigungsstücken urheberrechtlich geschützter Werke entgegen, wenn Vervielfältigungsstücken urheberrechtlich geschützter Werke in einem Mitgliedstaat in der Weise durch Verkauf verbreitet werden, dass sie der Öffentlichkeit in diesem Mitgliedstaat im Wege eines grenzüberschreitenden Versandhandels zugänglich gemacht werden, der von einem anderen Mitgliedstaat der Union ausgeht, in dem urheberrechtlicher Schutz des Werks nicht bestand oder nicht durchsetzbar war.

56 — Vgl. Art. 17 Abs. 2 der Charta.

57 — Vgl. Art. 49 der Charta.

58 — Vgl. Urteil vom 29. März 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Kommission (C-352/09 P, Slg. 2011, I-2359, Randnr. 80).

59 — Urteil vom 3. Mai 2005, Berlusconi u. a. (C-387/02, C-391/02 und C-403/02, Slg. 2005, I-3565, Randnrn. 70 bis 78). Zu den Grenzen des Verbots der rückwirkenden Anwendung des schärferen Strafgesetzes vgl. Urteil vom 14. Februar 2012, Toshiba Corporation u. a. (C-17/10, Randnrn. 64 bis 66). Herr Donner stützt sich zudem auf das Urteil vom 6. März 2007, Placanica u. a. (C-338/04, C-359/04 und C-360/04, Slg. 2007, I-1891, Randnr. 68), in dem der Gerichtshof auf seine ständige Rechtsprechung verweist, wonach das Strafrecht nicht die durch das Gemeinschaftsrecht garantierten Grundfreiheiten beschränken dürfe. Da ich jedoch zu dem Ergebnis gelangt bin, dass eine Beschränkung von Art. 34 AEUV durch Art. 36 AEUV gerechtfertigt werden kann, stellt die Verhängung einer strafrechtlichen Sanktion im vorliegenden Fall keine Verletzung der Freiheit im Warenverkehr dar.