SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN VERICA TRSTENJAK vom 12. April 2011[1]

I — Einleitung ..... I - 12540

II — Anwendbares Recht ..... I - 12540

A — Die Verordnung Nr. 44/2001 ..... I - 12540

B — Die Richtlinie 93/98 und die Richtlinie 2006/116 ..... I - 12542

C — Die Richtlinie 2001/29 ..... I - 12544

III — Sachverhalt ..... I - 12546

IV — Verfahren vor den nationalen Gerichten ..... I - 12547

V — Vorlagefragen ..... I - 12548

VI — Verfahren vor dem Gerichtshof ..... I - 12549

VII — Zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens und der einzelnen Vorlagefragen ..... I - 12549

VIII — Zur ersten Vorlagefrage ..... I - 12550

A — Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... I - 12551

B — Zur Zulässigkeit ..... I - 12553

C — Rechtliche Würdigung ..... I - 12553

1. Zum Gesamtsystem der Verordnung Nr. 44/2001 ..... I - 12554

1 — Originalsprache: Deutsch.

2. Systematische Zusammenhänge mit Normen ähnlicher Zielsetzung ..... I - 12555

a) Orientierung an Art. 34 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001 ? ..... I - 12555

b) Orientierung an Art. 28 der Verordnung Nr. 44/2001 ..... I - 12557

3. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs ..... I - 12559

4. Berechtigte Einwände ..... I - 12560

5. Zur engen Beziehung im Sinne des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 ..... I - 12562

a) Beziehung zwischen der Ankerklage und der bzw. den weiteren Klagen ..... I - 12562

b) Einheitlicher Lebenssachverhalt ..... I - 12563

c) Hinreichend enger rechtlicher Zusammenhang ..... I - 12565

d) Keine gesonderte Prüfung oder Prognose darüber, ob im konkreten Fall ein Widerspruch droht ..... I - 12566

D — Ergebnis ..... I - 12566

IX — Zu den weiteren Vorlagefragen ..... I - 12567

A — Zur vierten Vorlagefrage ..... I - 12567

1. Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... I - 12568

2. Zur Zulässigkeit ..... I - 12570

3. Rechtliche Würdigung ..... I - 12570

a) Zur Schutzfähigkeit von Porträtaufnahmen ..... I - 12571

b) Zum Begriff der Vervielfältigung ..... I - 12572

c) Ergebnis ..... I - 12574

B — Zur dritten Vorlagefrage ..... I - 12574

1. Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... I - 12575

2. Rechtliche Würdigung ..... I - 12577

a) Zur Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 zugrunde liegenden Regelungstechnik ..... I - 12577

b) Zur ersten Teilfrage ..... I - 12578

c) Zur zweiten Teilfrage ..... I - 12580

d) Zur dritten Teilfrage ..... I - 12581

C — Zur zweiten Vorlagefrage ..... I - 12581

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten ..... I - 12582

2. Rechtliche Würdigung ..... I - 12583

a) Zur ersten Teilfrage ..... I - 12584

b) Zur zweiten Teilfrage ..... I - 12586

i) Zur Unmöglichkeit der Angabe ..... I - 12586

ii) Zu den Rechtsfolgen beim Nichtvorliegen einer Unmöglichkeit .. I - 12587

iii) Ergebnis ..... I - 12589

c) Ergänzende Bemerkungen ..... I - 12589

i) Zitat zu Zwecken wie Kritik oder Rezension ..... I - 12589

ii) Vollzitat ..... I - 12590

iii) Weitere Voraussetzungen ..... I - 12591

X — Vorschlag ..... I - 12591

I — Einleitung

1. Mit dem vorliegenden Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV stellt uns das Handelsgericht Wien (im Folgenden: vorlegendes Gericht) zunächst eine Auslegungsfrage hinsichtlich des Gerichtsstands der Konnexität, der in Art. 6 Nr. 1 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen [2] geregelt ist. Dies gibt dem Gerichtshof die Möglichkeit zur Weiterentwicklung seiner Rechtsprechung in diesem Bereich. [3]

2. Die weiteren Vorlagefragen betreffen insbesondere die 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 [4]. Zunächst geht es um die Frage, ob ein Phantombild, das auf der Grundlage einer Fotografie erstellt worden ist, ohne Zustimmung der Urheberin der Fotografie in Zeitungen, Zeitschriften und dem Internet veröffentlicht werden darf. Die weiteren Fragen betreffen die Schrankenmöglichkeiten nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. d und e der Richtlinie, die es den Mitgliedstaaten erlauben, Ausnahmen vom und Beschränkungen des Vervielfältigungsrechts für Zitate bzw. für Zwecke der öffentlichen Sicherheit vorzusehen.

3. In tatsächlicher Hinsicht steht das Ausgangsverfahren im Zusammenhang mit der Entführung einer österreichischen Staatsbürgerin, Natascha K., mit den Fahndungsmaßnahmen der Sicherheitsbehörden in diesem Fall sowie mit der Berichterstattung in den Medien nach ihrer Flucht vor ihrem Entführer.

II — Anwendbares Recht [5]

A — *Die Verordnung Nr. 44/2001*

4. Die Verordnung Nr. 44/2001 ersetzt gemäß ihrem Art. 68 Abs. 1 im Verhältnis zwischen allen Mitgliedstaaten mit Ausnahme Dänemarks das Brüsseler Übereinkommen vom 27. September 1968 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen in Zivil- und

2 — ABl. L 12, S. 1.

3 — Siehe insbesondere. Urteile vom 27. September 1988, Kalfelis (189/87, Slg. 1988, 5565), und vom 13. Juli 2006, Roche Nederland u. a. (C-539/03, Slg. 2006, I-6535), die allerdings noch zur Vorgängervorschrift, dem Art. 6 des Brüsseler Überkommens, ergangen sind, sowie Urteil vom 11. Oktober 2007, Freeport (C-98/06, Slg. 2007, I-8319).

4 — ABl. L 167, S. 10.

5 — In Anlehnung an die im EUV und im AEUV verwendeten Bezeichnungen wird der Begriff „Unionsrecht“ als Gesamtbegriff für Gemeinschaftsrecht und Unionsrecht verwendet. Soweit es im Folgenden auf einzelne primärrechtliche Bestimmungen ankommt, werden die *ratione temporis* geltenden Vorschriften angeführt.

Handelssachen (nachfolgend: Brüsseler Übereinkommen).

5. Ihre Erwägungsgründe 11, 12 und 15 lauten wie folgt:

„(11) Die Zuständigkeitsvorschriften müssen in hohem Maße vorhersehbar sein und sich grundsätzlich nach dem Wohnsitz des Beklagten richten, und diese Zuständigkeit muss stets gegeben sein außer in einigen genau festgelegten Fällen, in denen aufgrund des Streitgegenstands oder der Vertragsfreiheit der Parteien ein anderes Anknüpfungskriterium gerechtfertigt ist. …

(12) Der Gerichtsstand des Wohnsitzes des Beklagten muss durch alternative Gerichtsstände ergänzt werden, die entweder aufgrund der engen Verbindung zwischen Gericht und Rechtsstreit oder im Interesse einer geordneten Rechtspflege zuzulassen sind.

…

(15) Im Interesse einer abgestimmten Rechtspflege müssen Parallelverfahren so weit wie möglich vermieden werden, damit nicht in zwei Mitgliedstaaten miteinander unvereinbare Entscheidungen ergehen. ...“

6. Die Vorschriften über die Zuständigkeit sind in Kapitel II der Verordnung 44/2001 geregelt, das die Art. 2 bis 31 umfasst.

7. Art. 2 Abs. 1 der Verordnung bestimmt:

„Vorbehaltlich der Vorschriften dieser Verordnung sind Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, ohne Rücksicht auf ihre Staatsangehörigkeit vor den Gerichten dieses Mitgliedstaats zu verklagen.“

8. Art. 3 Abs. 1 der Verordnung regelt:

„Personen, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats haben, können vor den Gerichten eines anderen Mitgliedstaats nur gemäß den Vorschriften der Abschnitte 2 bis 7 dieses Kapitels verklagt werden.“

9. Art. 6 Nr. 1 der Verordnung, der sich in diesem Kapitel in Abschnitt 2 („Besondere Zuständigkeiten“) befindet, bestimmt:

„Eine Person, die ihren Wohnsitz im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats hat, kann auch verklagt werden:

1. wenn mehrere Personen zusammen verklagt werden, vor dem Gericht des Ortes, an dem einer der Beklagten seinen Wohnsitz hat, sofern zwischen den

Klagen eine so enge Beziehung gegeben ist, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint, um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen könnten“

10. Art. 28 der Verordnung in Abschnitt 9 („Rechtshängigkeit und im Zusammenhang stehende Verfahren“) regelt:

„(1) Sind bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Klagen, die im Zusammenhang stehen, anhängig, so kann jedes später angerufene Gericht das Verfahren aussetzen.

(2) Sind diese Klagen in erster Instanz anhängig, so kann sich jedes später angerufene Gericht auf Antrag einer Partei auch für unzuständig erklären, wenn das zuerst angerufene Gericht für die betreffenden Klagen zuständig ist und die Verbindung der Klagen nach seinem Recht zulässig ist.

(3) Klagen stehen im Sinne dieses Artikels im Zusammenhang, wenn zwischen ihnen eine so enge Beziehung gegeben ist, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint, um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen könnten.“

11. Art. 34 Nr. 3 der Verordnung in Kapitel III („Anerkennung und Vollstreckung“) sieht vor:

„Eine Entscheidung wird nicht anerkannt, wenn

…

3. sie mit einer Entscheidung unvereinbar ist, die zwischen denselben Parteien in dem Mitgliedstaat, in dem die Anerkennung geltend gemacht wird, ergangen ist“

B — *Die Richtlinie 93/98 und die Richtlinie 2006/116*

12. Der 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 93/98/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte [6] lautet wie folgt:

„Der Schutz von Fotografien ist in den Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt. Damit die Schutzdauer für fotografische Werke insbesondere bei Werken, die aufgrund ihrer künstlerischen oder professionellen Qualität im Rahmen des Binnenmarkts von Bedeutung sind, ausreichend harmonisiert

6 — ABl. L 290, S. 9.

werden kann, muss der hierfür erforderliche Originalitätsgrad in der vorliegenden Richtlinie festgelegt werden. Im Sinne der Berner Übereinkunft ist ein fotografisches Werk als ein individuelles Werk zu betrachten, wenn es die eigene geistige Schöpfung des Urhebers darstellt, in der seine Persönlichkeit zum Ausdruck kommt; andere Kriterien wie z. B. Wert oder Zwecksetzung sind hierbei nicht zu berücksichtigen. Der Schutz anderer Fotografien kann durch nationale Rechtsvorschriften geregelt werden."

13. Art. 6 dieser Richtlinie bestimmt:

„Fotografien werden gemäß Artikel 1 geschützt, wenn sie individuelle Werke in dem Sinne darstellen, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers sind. Zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit sind keine anderen Kriterien anzuwenden. Die Mitgliedstaaten können den Schutz anderer Fotografien vorsehen."

14. In der Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte [7] sind die Bestimmungen der Richtlinie 93/98 kodifiziert worden.

15. Ihr 16. Erwägungsgrund ist wie folgt gefasst:

„Der Schutz von Fotografien ist in den Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt. Im Sinne der Berner Übereinkunft ist ein fotografisches Werk als ein individuelles Werk zu betrachten, wenn es die eigene geistige Schöpfung des Urhebers darstellt, in der seine Persönlichkeit zum Ausdruck kommt; andere Kriterien wie z. B. Wert oder Zwecksetzung sind hierbei nicht zu berücksichtigen. Der Schutz anderer Fotografien kann durch nationale Rechtsvorschriften geregelt werden."

16. Art. 6 dieser Richtlinie regelt:

„Fotografien werden gemäß Artikel 1 geschützt, wenn sie individuelle Werke in dem Sinn darstellen, dass sie das Ergebnis einer eigenen geistigen Schöpfung sind. Zur Bestimmung ihrer Schutzfähigkeit sind keine anderen Kriterien anzuwenden. Die Mitgliedstaaten können den Schutz anderer Fotografien vorsehen."

7 — ABl. L 372, S. 12.

C — *Die Richtlinie 2001/29*

17. Die Erwägungsgründe 9, 21, 32, und 44 der Richtlinie 2001/29 sind wie folgt gefasst:

„(9) Jede Harmonisierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte muss von einem hohen Schutzniveau ausgehen, da diese Rechte für das geistige Schaffen wesentlich sind. Ihr Schutz trägt dazu bei, die Erhaltung und Entwicklung kreativer Tätigkeit im Interesse der Urheber, ausübenden Künstler, Hersteller, Verbraucher, von Kultur und Wirtschaft sowie der breiten Öffentlichkeit sicherzustellen. Das geistige Eigentum ist daher als Bestandteil des Eigentums anerkannt worden.

…

(21) Diese Richtlinie sollte den Umfang der unter das Vervielfältigungsrecht fallenden Handlungen in Bezug auf die verschiedenen Begünstigten bestimmen. Dabei sollte der gemeinschaftliche Besitzstand zugrunde gelegt werden. Um die Rechtssicherheit im Binnenmarkt zu gewährleisten, muss die Definition dieser Handlungen weit gefasst sein.

…

(32) Die Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe sind in dieser Richtlinie erschöpfend aufgeführt. Einige Ausnahmen oder Beschränkungen gelten, soweit dies angemessen erscheint, nur für das Vervielfältigungsrecht. Diese Liste trägt den unterschiedlichen Rechtstraditionen in den Mitgliedstaaten Rechnung und soll gleichzeitig die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts sichern. Die Mitgliedstaaten sollten diese Ausnahmen und Beschränkungen in kohärenter Weise anwenden; dies wird bei der zukünftigen Überprüfung der Umsetzungsvorschriften besonders berücksichtigt werden.

…

(44) Bei der Anwendung der Ausnahmen und Beschränkungen im Sinne dieser Richtlinie sollten die internationalen Verpflichtungen beachtet werden. Solche Ausnahmen und Beschränkungen dürfen nicht auf eine Weise angewandt werden, dass die berechtigten Interessen der Rechtsinhaber verletzt werden oder die normale Verwertung ihrer Werke oder sonstigen Schutzgegenstände beeinträchtigt wird. Die von den Mitgliedstaaten festgelegten Ausnahmen oder Beschränkungen sollten insbesondere die gesteigerte wirtschaftliche Bedeutung, die solche Ausnahmen oder Beschränkungen im neuen elektronischen Umfeld erlangen können, angemessen berücksichtigen. Daher ist der Umfang bestimmter Ausnahmen oder Beschränkungen bei bestimmten neuen Formen der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke und sonstiger Schutzgegenstände möglicherweise noch enger zu begrenzen."

18. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 lautet:

„Gegenstand dieser Richtlinie ist der rechtliche Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte im Rahmen des Binnenmarkts, insbesondere in Bezug auf die Informationsgesellschaft."

19. Art. 2 Buchst. a dieser Richtlinie, der das Vervielfältigungsrecht regelt, bestimmt:

„Die Mitgliedstaaten sehen 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"

20. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie betrifft das Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sonstiger Schutzgegenstände. Er regelt:

„Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass den Urhebern das ausschließliche Recht zusteht, die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten."

21. Art. 5 der Richtlinie („Ausnahmen und Beschränkungen") enthält insbesondere folgende Regelungen:

„(3) Die Mitgliedstaaten können in den folgenden Fällen Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf die in den Artikeln 2 und 3 vorgesehenen Rechte vorsehen:

…

d) für Zitate zu Zwecken wie Kritik oder Rezensionen, sofern sie ein Werk oder einen sonstigen Schutzgegenstand betreffen, das bzw. der der Öffentlichkeit bereits rechtmäßig zugänglich gemacht wurde, sofern — außer in Fällen, in denen sich dies als unmöglich erweist — die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers, angegeben wird und sofern die Nutzung den anständigen Gepflogenheiten entspricht und in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist;

e) für die Nutzung zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit oder zur Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs von Verwaltungsverfahren, parlamentarischen Verfahren oder Gerichtsverfahren oder der Berichterstattung darüber;

…

(5) Die in den Absätzen 1, 2, 3 und 4 genannten Ausnahmen und Beschränkungen dürfen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden."

III — Sachverhalt

22. Die Klägerin im Ausgangsverfahren ist eine selbständige Fotografin. Sie fotografiert u. a. Kinder in Kindergärten und Horten. Im Rahmen ihrer beruflichen Tätigkeit hat sie Porträtaufnahmen von der österreichischen Staatsangehörigen Natascha K. (im Folgenden: die streitgegenständlichen Fotografien) vor deren Entführung im Jahr 1998 hergestellt. Dabei hat sie den Hintergrund entworfen, die Position und den Gesichtsausdruck bestimmt sowie die Fotografien hergestellt und entwickelt.

23. Die von ihr hergestellten Fotografien versieht die Klägerin seit über 17 Jahren mit ihrem Namen und auch mit ihrer Etablissementbezeichnung. Die Bezeichnung erfolgte im Lauf der Zeit auf unterschiedliche Art und Weise, durch Aufkleber und/oder Eindrucke auf Schmuckmappen bzw. Passepartouts. In jedem Fall sind der Name und die Geschäftsadresse der Klägerin aus diesen Herstellerbezeichnungen zu entnehmen.

24. Die Klägerin im Ausgangsverfahren hat die von ihr erstellten Werkstücke verkauft, aber weder Rechte an diesen Fotos Dritten eingeräumt, noch der Veröffentlichung dieser Bilder zugestimmt. Der Kaufpreis, den sie für die Fotos verlangt hat, betraf somit nur die Abgeltung für die Werkstücke.

25. Nachdem Natascha K. 1998 im Alter von zehn Jahren entführt worden war, kam es zu einem Fahndungsaufruf durch die zuständigen Sicherheitsbehörden, bei dem die streitgegenständlichen Fotografien eingesetzt wurden.

26. Die Beklagten im Ausgangsverfahren sind Zeitungsverlage. Nur die Erstbeklagte im Ausgangsverfahren hat ihren Sitz in Wien, Österreich. Die Zweit- bis Fünftbeklagte im Ausgangsverfahren haben ihren Sitz in Deutschland.

27. Die Erst- und die Drittbeklagte im Ausgangsverfahren geben (auch) in Österreich erscheinende Tageszeitungen (*Der Standard* bzw. *Süddeutsche Zeitung*) heraus, die Viertbeklagte eine auch in Österreich erscheinende Wochenzeitschrift (*Der Spiegel*). Die Fünftbeklagte gibt eine Tageszeitung heraus, die lediglich in Deutschland erscheint (*Express*). Die Zweitbeklagte gibt eine Tageszeitung (*Bild*) heraus, deren deutsche Bundesausgabe nicht in Österreich vertrieben wird. Die Münchener Ausgabe dieser Zeitung erscheint dagegen auch in Österreich. Weiter gibt die Zweitbeklagte eine andere Tageszeitung (*Die*

Welt) heraus, die auch in Österreich vertrieben wird und betreibt auch Nachrichtenseiten im Internet.

28. Im Jahr 2006 gelang Natascha K. die Flucht vor ihrem Entführer. Das Ausgangsverfahren betrifft die Berichterstattung der Beklagten im Ausgangsverfahren nach diesem Zeitpunkt und vor dem ersten öffentlichen Fernsehinterview von Natascha K. am 5. September 2006. In diesem Zeitraum lagen keine aktuellen Fotos von Natascha K. vor. Im Rahmen ihrer Berichterstattung veröffentlichten die Beklagten im Ausgangsverfahren die streitgegenständlichen Fotografien in den vorgenannten Zeitungen, Zeitschriften und Internetseiten ohne Herstellerbezeichnung bzw. mit einer unzutreffenden Herstellerbezeichnung, da als Urheber nicht der Name der Klägerin im Ausgangsverfahren angegeben wurde, sondern ein anderer Name. Die Berichterstattung in den Tageszeitungen, der Wochenzeitschrift und den Internetseiten unterschied sich, was die Auswahl der Bilder und der begleitenden Texte anging. Die Beklagten im Ausgangsverfahren berufen sich darauf, dass sie die streitgegenständlichen Fotografien von einer Nachrichtenagentur ohne Nennung des Namens der Klägerin im Ausgangsverfahren bzw. unter einer von ihrem Namen abweichenden Herstellerbezeichnung erhalten hätten.

29. Weiter wurde in einigen Berichterstattungen auch ein Phantombild veröffentlicht, welches das vermutete aktuelle Aussehen von Natascha K. wiedergeben sollte (im Folgenden: streitgegenständliches Phantombild). Dieses wurde von einem Grafiker mit einem Computerprogramm auf der Grundlage einer der streitgegenständlichen Fotografien erstellt.

IV — Verfahren vor den nationalen Gerichten

30. Die Klägerin im Ausgangsverfahren hat Klage gegen die Beklagten im Ausgangsverfahren vor dem Handelsgericht Wien in Österreich erhoben. Diese Klage ist im Wesentlichen [8] auf Unterlassung der Vervielfältigung der streitgegenständlichen Fotografien und des streitgegenständlichen Phantombilds ohne ihre Zustimmung bzw. ohne Angabe ihrer Urheberschaft sowie auf Leistung von Entgelt und Schadensersatz gerichtet.

31. Gleichzeitig hat die Klägerin im Ausgangsverfahren ein einstweiliges Rechtsschutzverfahren angestrengt, über das inzwischen höchstrichterlich entschieden worden ist.

8 — Die Klage im Ausgangsverfahren richtet sich auch gegen die Verbreitung der Fotografien. Da es für das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen nicht wesentlich auf diesen Punkt ankommt, soll die Verbreitung im Weiteren nicht gesondert berücksichtigt werden. Allerdings ist an dieser Stelle darauf hinzuweisen, dass die Möglichkeit zum Vorsehen von Ausnahmen und Beschränkungen nach den Art. 5 Abs. 3 Buchst. d und e der Richtlinie 2001/29 auf Art. 2 und 3 dieser Richtlinie beschränkt ist und somit nicht das Verbreitungsrecht nach Art. 4 dieser Richtlinie erfasst.

V — Vorlagefragen

32. Mit seinem Vorabentscheidungsersuchen vom 8. März 2010 stellt das vorlegende Gericht folgende Vorlagefragen:

„1. Ist Art. 6 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 dahin auszulegen, dass es seiner Anwendung und damit seiner gemeinsamen Verhandlung nicht entgegensteht, dass gegen mehrere Beklagte wegen inhaltlich identischen Urheberrechtsverletzungen erhobene Klagen auf national unterschiedlichen, inhaltlich aber in den wesentlichen Grundzügen identischen Rechtsgrundlagen — wie dies für alle europäischen Staaten für den verschuldensunabhängigen Unterlassungsanspruch und den Anspruch auf angemessenes Entgelt aus Urheberrechtsverletzungen und den sich aus der rechtswidrigen Verwendung ergebenden Schadensersatzanspruch gilt — beruhen?

2. a) Ist Art. 5 Abs. 3 lit. d unter Bedacht auf Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29 dahin auszulegen, dass es seiner Anwendung nicht entgegensteht, dass der ein Werk oder einen sonstigen Schutzgegenstand zitierende Presseartikel kein urheberrechtlich geschütztes Sprachwerk ist?

2. b) Ist Art. 5 Abs. 3 lit. d unter Bedacht auf Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29 dahin auszulegen, dass es seiner Anwendung nicht entgegensteht, dass dem zitierten Werk oder sonstigen Schutzgegenstand nicht der Name des Urhebers oder des ausübenden Künstlers beigefügt ist?

3. a) Ist Art. 5 Abs. 3 lit. e unter Bedacht auf Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29 dahin auszulegen, dass seine Anwendung im Interesse der im Rahmen der öffentlichen Sicherheit wahrzunehmenden Strafrechtspflege einen konkreten aktuellen und ausdrücklichen Aufruf der Sicherheitsbehörden zur Bildnisveröffentlichung voraussetzt, d. h. die Bildnisveröffentlichung zu Fahndungszwecken amtlich veranlasst sein muss und andernfalls eine Rechtsverletzung vorliegt?

3. b) Im Fall der Verneinung von Frage 3 a: Dürfen Medien Art. 5 Abs. 3 lit. e der Richtlinie 2001/29 für sich auch dann in Anspruch nehmen, wenn sie ohne ein entsprechendes Fahndungsersuchen der Behörde aus Eigenem entscheiden, ob Bildnisveröffentlichungen ‚im Interesse der öffentlichen Sicherheit' stattfinden?

3. c) Im Fall der Bejahung von Frage 3 b: Reicht es in diesem Fall aus, dass Medien im Nachhinein behaupten, dass eine Bildnisveröffentlichung Fahndungszwecken gedient hat, oder bedarf es in jedem Fall eines konkreten Fahndungsaufrufs zur Mithilfe der Leser zur Mitwirkung bei der Aufklärung einer Straftat, der unmittelbar mit der Lichtbildveröffentlichung verbunden sein muss?

4. Sind Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29 und Art. 12 der Berner Übereinkunft insbesondere unter Bedacht auf Art. 1 des Zusatzprotokolls zur EMRK und Art. 17 der Charta der Grundrechte dahin auszulegen, dass Lichtbildwerke und/oder Lichtbilder, insbesondere Porträtaufnahmen, einen ‚schwächeren' oder gar keinen urheberrechtlichen Schutz vor Bearbeitungen genießen, weil diese im Hinblick auf die ‚realistische Aufnahme' eine zu geringe Gestaltungsmöglichkeit aufweisen?"

VI — Verfahren vor dem Gerichtshof

33. Das Vorabentscheidungsersuchen ist am 22. März 2010 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

34. Schriftliche Erklärungen haben die Klägerin und die Beklagten im Ausgangsverfahren, die österreichische, die italienische und die spanische Regierung sowie die Kommission eingereicht.

35. Da keiner der Verfahrensbeteiligten die Eröffnung des mündlichen Verfahrens beantragt hat, konnten nach der Generalversammlung des Gerichtshofs am 14. Dezember 2010 die Schlussanträge in dieser Rechtssache ausgearbeitet werden.

VII — Zur Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens und der einzelnen Vorlagefragen

36. Die Beklagten im Ausgangsverfahren zweifeln an der Zulässigkeit des gesamten Vorabentscheidungsersuchens. Das Gericht habe den Sachverhalt nicht ausreichend festgestellt und seine Zweifel an der richtigen Auslegung des Unionsrechts nicht hinreichend begründet. Es habe auch keinen hinreichenden Zusammenhang zwischen den

auf den Rechtsstreit anzuwendenden nationalen Rechtsvorschriften und den unionsrechtlichen Bestimmungen hergestellt, insbesondere habe es die einschlägigen Normen des nationalen Rechts nicht zitiert.

37. Diese Rügen greifen nicht durch.

38. Wie sich aus dem Vorabentscheidungsersuchen ergibt, ist der vorliegende Fall durch die Besonderheit gekennzeichnet, dass ihm ein einstweiliges Rechtsschutzverfahren vorausgegangen ist. In diesem Verfahren hat der österreichische Oberste Gerichtshof (im Folgenden: OGH) Rechtsauffassungen vertreten, über deren Vereinbarkeit mit den unionsrechtlichen Vorgaben nunmehr zwischen den Parteien des Ausgangsverfahrens gestritten wird. Für die Zwecke eines Vorabentscheidungsersuchens nach Art. 267 AEUV reicht es aus, wenn das vorlegende Gericht die Rechtsauffassung des OGH darstellt und klarstellt, dass es aufgrund der unterschiedlichen Auffassungen der Parteien des Ausgangsverfahrens Zweifel an der Vereinbarkeit dieser Rechtsauffassung mit den unionsrechtlichen Vorgaben hat. Im Übrigen hat das vorlegende Gericht bei der Darlegung der Rechtsauffassung des OGH die einschlägigen Regeln des nationalen Rechts mit einer für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens ausreichender Präzision beschrieben.

VIII — Zur ersten Vorlagefrage

39. Die erste Vorlagefrage betrifft den Gerichtsstand der Konnexität nach Art. 6 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001. Das vorlegende Gericht fragt sich, ob es nach dieser Vorschrift auch für die Klagen gegen die Zweitbeklagte und die Fünftbeklagte im Ausgangsverfahren zuständig ist, soweit es um die Artikel in den Zeitungen geht, die nur in Deutschland erschienen sind (also die Tageszeitung *Express* und die Bundesausgabe der *Bild*) [9].

40. Die tatsächlichen und rechtlichen Umstände des vorliegenden Falles sind u. a. dadurch geprägt, dass das vorlegende Gericht nach Art. 2 der Verordnung Nr. 44/2001 zuständig ist für die Klage gegen die Erstbeklagte im Ausgangsverfahren, die ihren Sitz in Wien hat und die in Österreich erscheinende Tageszeitung *Der Standard* herausgibt. Nach den Angaben des vorlegenden Gerichts ist auf diese Klage, die auf eine Verletzung der Urheberrechte der Klägerin gestützt ist, österreichisches Recht anwendbar. Die Klagen gegen die Fünftbeklagte und die Klage gegen die Zweitbeklagte im Ausgangsverfahren wegen der Artikel in der Tageszeitung *Express* und der Bundesausgabe der *Bild* werden auf vergleichbare Verletzungen der Urheberrechte der Klägerin gestützt. Sollte das vorlegende Gericht für diese Klagen zuständig sein, so würde nach seinen Angaben in Hinblick auf die Veröffentlichung in diesen Tageszeitungen, die nicht in Österreich erschienen sind,

9 — Siehe Nr. 27 dieser Schlussanträge. Für die weiteren Zeitungen, die Zeitschrift und die Internetseiten stellt uns das vorlegende Gericht diese Frage nicht.

deutsches Recht Anwendung finden. Weiter führt das vorlegende Gericht aus, dass die Regeln des deutschen und des österreichischen Rechts zwar unterschiedlich seien, aber Voraussetzungen vorsähen, die im Wesentlichen vergleichbar seien.

Auslegung sprächen auch prozessökonomische Gründe. Zudem müsse es einem Urheber im Zeitalter des Internets ermöglicht werden, in verschiedenen Mitgliedstaaten erfolgte Urheberrechtsverletzungen wirksam verfolgen zu können.

A — *Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten*

41. Nach Auffassung der *Klägerin im Ausgangsverfahren* ist der Gerichtsstand der Konnexität im vorliegenden Fall eröffnet. Es sei geboten, eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung durchzuführen, um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren trotz gleicher Sach- und nahezu identischer Rechtslage widersprechende Entscheidungen ergingen. Das Klagebegehren sei gegenüber allen Beklagten im Ausgangsverfahren von geringen Ausnahmen abgesehen identisch. Der Sachverhalt sei vergleichbar, da in allen Fällen die streitgegenständlichen Fotografien ohne Zustimmung der Klägerin im Ausgangsverfahren verwertet worden seien. Der Anwendung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 stehe es nicht entgegen, wenn auf die einzelnen Klagen zwar unterschiedliches nationales Recht zur Anwendung komme, dieses aber im Wesentlichen identische Anspruchsgrundlagen vorsehe. Für eine solche

42. Die *Beklagten im Ausgangsverfahren* halten die Frage bereits für unzulässig, weil nur Gerichte, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden könnten, den Gerichtshof um Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 ersuchen könnten. Weiter vertreten sie die Auffassung, dass Art. 6 Nr. 1 der Verordnung im vorliegenden Fall keine Anwendung finde, da es an dem nach dieser Vorschrift geforderten engen Beziehung fehle. Erstens sei die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Bilder in den einzelnen Zeitungen jeweils eingeständig zu beurteilen. Zweitens könne die Rechtslage in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich sein, so dass widersprechende Entscheidungen nicht möglich seien. Der Gerichtshof habe im Urteil Roche Nederland [10] in einem vergleichbaren Fall das Vorliegen einer hinreichend engen Beziehung abgelehnt. In diesem Fall hätten die einzelnen Beklagten sogar demselben Konzern angehört und aufgrund einer gemeinsamen Geschäftspolitik in ähnlicher Weise gehandelt. Erst recht komme im vorliegenden Fall keine enge Beziehung in Betracht.

10 — Bereits in Fn. 3 angeführt.

43. Die *österreichische Regierung* und die *Kommission* führen aus, dass die Anwendung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung nicht bereits dadurch ausgeschlossen werde, dass auf die Klage gegen die Erstbeklagte mit Sitz in Österreich und die weiteren Klagen unterschiedliches nationales Recht Anwendung finde.

44. Die Kommission weist zunächst darauf hin, dass der Begriff der widersprechenden Entscheidung nach Art. 6 Nr. 1 der Verordnung nicht in einer vergleichbaren Weise wie der entsprechende Begriff in Art. 34 Nr. 3 der Verordnung ausgelegt werden könne. Vielmehr stehe Art. 6 Ziffer 1 der Verordnung in einem engen Zusammenhang mit Art. 28 Abs. 3 der Verordnung, da sie beide das Ziel hätten, widersprechende Entscheidungen zu vermeiden. Allerdings seien die Zielrichtungen der beiden Vorschriften nicht vollständig identisch.

45. Weiter trägt die österreichische Regierung vor, dass Art. 6 Nr. 1 der Verordnung zwar nicht auf eine Beseitigung der Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen abziele, die daraus resultieren könne, dass die anwendbaren nationalen Rechte unterschiedlich seien und diese Unterschiede zwischen den nationalen Rechten zu unterschiedlichen Entscheidungen führen könnten. Er bezwecke aber, Widersprüche zwischen zwei Entscheidungen zu vermeiden, die auf eine unterschiedliche Würdigung des Sachverhalts zurückzuführen seien. Daher erfasse Art. 6 Nr. 1 der Verordnung auch Klagen, auf die jeweils unterschiedliches Recht anwendbar sei, soweit die Voraussetzungen nach beiden Rechten im Wesentlichen vergleichbar seien.

46. Auch nach Auffassung der Kommission ist es keine Voraussetzung für die Anwendung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung, dass die einzelnen Klagen auf den gleichen Rechtsgrundlagen beruhen. Ansonsten verlöre diese Bestimmung einen erheblichen Teil ihrer praktischen Wirksamkeit. Ob widersprechende Entscheidungen drohten, sei für die Anwendung dieser Bestimmung nicht entscheidend. Vielmehr müssten alle Umstände des Einzelfalls gewürdigt werden, wobei insbesondere die Ziele der Verstärkung des Rechtsschutzes und der Vermeidung von Parallelverfahren sowie die Interessen der Kläger und Beklagten zu berücksichtigen seien. Zudem müsse gewährleistet werden, dass angemessene Möglichkeiten zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums bereitstünden. Im vorliegenden Fall überwiege hinsichtlich der Zweitbeklagten im Ausgangsverfahren das Interesse der Klägerin im Ausgangsverfahren an einem effektiven Rechtsschutz gegen die Urheberrechtsverletzungen, so dass Art. 6 Nr. 1 der Verordnung zur Anwendung komme. Für die Fünftbeklagte, die ihre Zeitung lediglich in Deutschland vertrieben habe, sei eine solche Klage allerdings nicht hinreichend vorhersehbar gewesen, so dass Art. 6 Nr. 1 der Verordnung nicht zur Anwendung komme.

B — *Zur Zulässigkeit*

47. Soweit die Beklagten im Ausgangsverfahren rügen, dass die erste Frage unzulässig sei, weil nur Gerichte, deren Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden könnten, den Gerichtshof um Auslegung der Verordnung Nr. 44/2001 ersuchen könnten, ist diese Rüge zurückzuweisen.

48. Diese in Art. 68 Abs. 1 EG vorgesehene Einschränkung findet sich nämlich nicht mehr im AEUV, der am 1. Dezember 2009 in Kraft getreten ist und somit auf das am 22. März 2010 beim Gerichtshof eingegangene Vorabentscheidungsersuchen zeitlich anwendbar ist.

C — *Rechtliche Würdigung*

49. Mit seiner ersten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob der Gerichtsstand der Konnexität nach Art. 6 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 in Hinblick auf die Zweitbeklagte und die Fünftbeklagte eröffnet sein kann, soweit es um die Veröffentlichungen der streitgegenständlichen Fotografien und des streitgegenständlichen Phantombilds in den nur in Deutschland vertriebenen Tageszeitungen, also um die Bundesausgabe der *Bild* und um den *Express*, geht.

50. Nach Art. 6 Nr. 1 der Verordnung kann ein Kläger, der eine Person vor den Gerichten des Ortes ihres Wohnsitzes verklagt (im Folgenden: Ankerklage) [11], auch eine andere Person vor diesem Gericht verklagen. Voraussetzung ist allerdings, dass zwischen der Ankerklage und der weiteren Klage eine so enge Beziehung besteht, dass eine gemeinsame Verhandlung und Entscheidung geboten erscheint, um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen könnten.

51. Eine Ankerklage liegt im vorliegenden Fall mit der Klage gegen die Erstbeklagte, die ihren Sitz in Wien hat, vor.

52. Zweifel hat das vorlegende Gericht am Vorliegen der zweiten Voraussetzung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung, also an der engen Beziehung zwischen der Ankerklage einerseits und den vorgenannten Klagen gegen die Zweit- und die Fünftbeklagte andererseits. Diese zweite Voraussetzung ist auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Vorläufervorschrift des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung im Brüsseler Übereinkommen zurückzuführen. Der Wortlaut des Art. 6 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens sah eine entsprechende

11 — Zu diesem Begriff Althammer, C., „Die Anforderungen an die ‚Ankerklage' am forum connexitatis", *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 2006, S. 558 ff.

Voraussetzung nicht vor. Der Gerichtshof hat die Prüfung dieser weiteren Voraussetzung allerdings für notwendig gehalten, um die praktische Wirksamkeit des Art. 2 des Brüsseler Übereinkommens zu gewährleisten, in dem der Grundsatz der Zuständigkeit der Gerichte des Wohnsitzstaats des Beklagten niedergelegt ist. [12] Im Rahmen der Verordnung Nr. 44/2001 hat der Unionsgesetzgeber diese vom Gerichtshof entwickelte Voraussetzung in den Wortlaut der Bestimmung übernommen. Es liegt somit eine Kontinuität zwischen Art. 6 Nr. 1 der Verordnung und Art. 6 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens vor.

53. Das vorlegende Gericht stellt sich die Frage, ob eine enge Beziehung wie die in Art. 6 Nr. 1 der Verordnung geforderte in einem Fall vorliegen kann, in dem

— in allen drei Klagen inhaltlich vergleichbare Verletzungen von Urheberrechten geltend gemacht und vergleichbare Ansprüche erhoben werden;

— auf die Ankerklage österreichisches und auf die Klagen gegen die Zweit- und die Fünftbeklagte wegen der in Deutschland vertriebenen Zeitungen deutsches Recht Anwendung findet;

— die Voraussetzungen für die geltend gemachten Ansprüche nach österreichischem und deutschem Recht im Wesentlichen identisch sind.

54. Ich werde mich der Beantwortung dieser Frage schrittweise nähern. Zunächst werde ich auf die Stellung des Gerichtsstands der Konnexität in dem Gesamtsystem der Zuständigkeiten nach der Verordnung Nr. 44/2001 eingehen (1). Dann werde ich untersuchen, in welchem Zusammenhang ihr Art. 6 Nr. 1, dessen Ziel insbesondere die Vermeidung widersprüchlicher Entscheidungen ist, mit anderen Bestimmungen ähnlicher Zielsetzung steht (2). Danach werde ich darstellen, wie der Gerichtshof die Voraussetzung der engen Beziehung ausgelegt hat (3). Da ich die Einwände gegen die Rechtsprechung des Gerichtshofs teilweise für berechtigt halte (4), werde ich ihm vorschlagen, seinen Ansatz leicht zu modifizieren (5).

1. Zum Gesamtsystem der Verordnung Nr. 44/2001

55. Nach Art. 2 der Verordnung Nr. 44/2001 sind für eine Klage grundsätzlich die Gerichte des Mitgliedstaats zuständig, in dem der Beklagte seinen Wohnsitz hat. Die Verordnung sieht allerdings eine abschließende Reihe von besonderen Zuständigkeitsregeln vor, die von

12 — Urteile Kalfelis (bereits in Fn. 3 angeführt, Randnrn. 6 bis 12) und vom 27. Oktober 1998, Réunion européenne u. a. (C-51/97, Slg. 1998, I-6511, Randnrn. 47 f.).

diesem Grundsatz abweichen. Nach ständiger Rechtsprechung sind diese besonderen Zuständigkeitsregeln, zu denen auch Art. 6 Nr. 1 der Verordnung gehört, eng auszulegen. [13]

56. Zu beachten ist bei der Auslegung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung auch deren 11. Erwägungsgrund. Diesem Erwägungsgrund zufolge müssen die Zuständigkeitsvorschriften in hohem Maße vorhersehbar sein. Sie sollen sich grundsätzlich nach dem Wohnsitz des Beklagten richten. Von diesem Grundsatz soll nur in genau festgelegten Fällen abgewichen werden, in denen aufgrund des Streitgegenstands oder der Vertragsfreiheit der Parteien ein anderes Anknüpfungskriterium gerechtfertigt ist.

2. Systematische Zusammenhänge mit Normen ähnlicher Zielsetzung

57. Zweck des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung ist es insbesondere, bei Klagen, die in einer engen Beziehung stehen, widersprüchliche Entscheidungen zu vermeiden. [14] Es liegt somit nahe, sich bei Auslegung dieser Vorschrift an anderen Vorschriften der Verordnung zu orientieren, die eine ähnliche Zielrichtung haben. Auch Art. 34 Nr. 3 der Verordnung (a) und Art. 28 der Verordnung (b) betreffen Widersprüche zwischen zwei gerichtlichen Entscheidungen.

a) Orientierung an Art. 34 Nr. 3 der Verordnung Nr. 44/2001?

58. Zunächst stellt sich die Frage, ob Art. 6 Nr. 1 der Verordnung in Orientierung an Art. 34 Nr. 3 der Verordnung und der zu dieser Bestimmung ergangenen Rechtsprechung ausgelegt werden sollte. Diese Bestimmung sieht vor, dass eine Entscheidung, die in einem Mitgliedstaat zwischen zwei Parteien ergangen ist, in dem anderen Mitgliedstaat, in dem ihre Anerkennung beantragt wird, nicht anerkannt wird, wenn sie unvereinbar mit einer Entscheidung ist, die zwischen denselben Parteien ergangen ist.

59. Der Gerichtshof hat zur Vorgängervorschrift des Art. 34 Nr. 3 der Verordnung, dem Art. 27 Abs. 3 des Brüsseler Übereinkommens festgestellt, dass eine Unvereinbarkeit zweier Entscheidungen im Sinne dieser Vorschrift nur dann angenommen werden kann, wenn die beiden Entscheidungen sich gegenseitig ausschließende Rechtsfolgen haben. [15] Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn zwischen zwei Personen in der ersten Entscheidung die Zahlung von Unterhaltsleistungen wegen

13 — Urteile Freeport (bereits in Fn. 3 angeführt, Randnr. 35) und vom 13. Juli 2006, Reisch Montage (C-103/05, Slg. 2006, I-6827, Randnr. 23).

14 — Daneben dient Art. 6 Nr. 1 der Verordnung auch prozessökonomischen Zielsetzungen.

15 — Urteil vom 4. Februar 1988, Hoffmann (145/86, Slg. 1988, 645 Randnr. 22).

eines Eheverhältnisses angeordnet, in der zweiten Entscheidung dagegen die Scheidung festgestellt wird. [16]

60. Teilweise wird vorgeschlagen, sich bei der Auslegung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung an ihrem Art. 34 Nr. 3 zu orientieren und die vorgenannte Rechtsprechung auf Art. 6 Nr. 1 der Verordnung zu übertragen. [17] Dagegen sprechen allerdings folgende Gründe.

61. Erstens betreffen Art. 34 Nr. 3 der Verordnung und ihr Art. 6 Nr. 1 unterschiedliche Situationen und haben daher eine unterschiedliche Zielrichtung.

62. Art. 34 Nr. 3 der Verordnung kommt im Stadium der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen der Gerichte anderer Mitgliedstaaten zur Anwendung. Er ist eine Bestimmung zur Lösung eines Konflikts zwischen zwei gerichtlichen Entscheidungen zwischen denselben Parteien, zu dem es nach dem System der Verordnung grundsätzlich gar nicht kommen sollte. [18] Die Nichtanerkennung nach Art. 34 Nr. 3 der Verordnung stellt somit einen Ausnahmefall dar, in dem eine Abweichung vom Prinzip der fast automatischen Anerkennung der Entscheidungen von Gerichten der anderen Mitgliedstaaten und damit von einem „Grundstein" der Verordnung Nr. 44/2001 ausnahmsweise gerechtfertigt ist. Aus diesem Grund muss diese Vorschrift eng ausgelegt und auf Entscheidungen mit sich gegenseitig ausschließenden Rechtsfolgen beschränkt werden. [19]

63. Dagegen betrifft Art. 6 Nr. 1 der Verordnung einen anderen Fall. Zunächst bezweckt er, widersprüchliche Entscheidungen von Gerichten zu vermeiden, bevor diese überhaupt eintreten können. Weiter geht es nicht um Widersprüche zwischen zwei Entscheidungen zwischen denselben Parteien, sondern um potenzielle Widersprüche zwischen zwei Entscheidungen, von denen eine zwischen dem Kläger und dem Beklagten der Ankerklage und eine weitere zwischen dem Kläger und einem weiteren Beklagten ergeht. Art. 6 Nr. 1 der Verordnung gibt dem Kläger die Möglichkeit, in Fällen, in denen zwischen den Klagen eine enge Beziehung besteht, beide Klagen vom selben Gericht entscheiden zu lassen, um solche Widersprüche zwischen den Entscheidungen zu vermeiden, die sich daraus ergeben können, dass zwei unterschiedliche Gerichte über die Klagen entscheiden. [20]

16 — Ebd., Randnr. 25.

17 — So hat Generalanwalt Léger in den Nrn. 107 bis 110 seiner Schlussanträge vom 8. Dezember 2005 in der Rechtssache Roche Nederland (bereits in Fn. 3 angeführt) einer solchen engen Auslegung des Art. 6 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens den Vorzug gegeben. Der Gerichtshof hat es in seinem Urteil in dieser Rechtssache offengelassen, ob dieser Auffassung zu folgen ist, siehe Randnr. 25 des Urteils. Dem Urteil Freeport (bereits in Fn. 3 angeführt) kann aber wohl entnommen werden, dass der Gerichtshof diesen engen Ansatz nicht ernsthaft in Betracht zieht.

18 — Siehe insbesondere die Vorschrift zur Rechtshängigkeit nach Art. 27 der Verordnung Nr. 44/2001.

19 — Siehe 17. Erwägungsgrund der Verordnung und Urteil vom 6. Dezember 1994, Tatry (C-406/92, Slg. 1994, I-5439, Randnr. 55).

20 — Weiter kann die Anwendung von Art. 6 Nr. 1 auch zu prozessökonomischen Vorteilen führen.

64. Aufgrund des vorab dargestellten unterschiedlichen Regelungsgegenstands beider Bestimmungen scheint mir eine Übertragung der zur Vorgängerbestimmung von Art. 34 Nr. 3 der Verordnung ergangenen Rechtsprechung auf ihren Art. 6 Nr. 1 bereits wenig naheliegend zu sein.

65. Zweitens spricht gegen die Übertragung der zur Vorgängerbestimmung des Art. 34 Nr. 3 der Verordnung ergangenen Rechtsprechung, dass sie den *effet utile* des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung in erheblichem Umfang einschränken würde. Ein Fall, in dem sich die Rechtsfolgen von zwei Entscheidungen gegenseitig ausschließen, wird in aller Regel nur dann gegeben sein, wenn es sich um zwei Entscheidungen handelt, die zwischen denselben Parteien ergehen. Da Art. 6 Nr. 1 der Verordnung allerdings nicht diesen Fall betrifft, sondern einen Fall, in dem die beiden Entscheidungen zum einen zwischen dem Kläger und dem Beklagten der Ankerklage ergehen und zum anderen zwischen dem Kläger und einem weiteren Beklagten, wird es in aller Regel nicht zu sich gegenseitig ausschließenden Rechtsfolgen im Sinne des Art. 34 Nr. 3 der Verordnung kommen. Denn selbst wenn die Entscheidungen widersprüchlich sein sollten, könnten sie doch regelmäßig beide vollstreckt werden. [21]

66. Im Ergebnis ist somit eine an Art. 34 Nr. 3 der Verordnung orientierte Auslegung ihres Art. 6 Nr. 1 und eine Übertragung der zur Vorgängerbestimmung von Art. 34 Nr. 3 der Verordnung ergangenen Rechtsprechung auf deren Art. 6 Nr. 1 abzulehnen. [22]

b) Orientierung an Art. 28 der Verordnung Nr. 44/2001

67. Dagegen ist bei der Auslegung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung der Zusammenhang mit ihrem Art. 28 zu berücksichtigen. Nach Art. 28 Abs. 1 der Verordnung kann ein später angerufenes Gericht das Verfahren aussetzen, wenn bei Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Klagen anhängig sind, die im Zusammenhang stehen. Unter den Voraussetzungen seines Abs. 2 kann sich das später angerufene Gericht sogar für unzuständig erklären. Die Anforderungen an einen Zusammenhang, der nach Abs. 1 dieser Bestimmung die Aussetzung des Verfahrens und unter den zusätzlichen Voraussetzungen ihres Abs. 2 sogar die Unzuständigerklärung rechtfertigen kann, sind in ihrem Abs. 3 geregelt. Sie sind wortgleich mit der zweiten Voraussetzung in Art. 6 Nr. 1 der Verordnung.

21 — Siehe hierzu Nr. 109 der Schlussanträge von Generalanwalt Léger in der Rechtssache Roche Nederland (bereits in Fn. 3 angeführt).

22 — In diesem Sinne auch Gaudemet-Tallon, H., *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 4. Aufl. 2010, L.G.D.J., S. 255.

Wie oben dargelegt,[23] ist dies darauf zurückzuführen, dass die Formulierung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 6 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens zurückgeht und sich der Gerichtshof an der Vorgängerbestimmung zu Art. 28 Abs. 3 der Verordnung, dem Art. 22 Abs. 3 des Brüsseler Übereinkommens, orientiert hat.

68. Bereits aus diesem Grund liegt nahe, bei der Auslegung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung den systematischen Zusammenhang mit ihrem Art. 28 und somit auch die Rechtsprechung zu dieser Vorschrift und zu ihrer Vorgängervorschrift zu berücksichtigen. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs ist der Begriff des Zusammenhangs im Sinne des Art. 22 Abs. 3 des Brüsseler Übereinkommens (bzw. nunmehr Art. 28 Abs. 3 der Verordnung Nr. 44/2001) so auszulegen, dass es für das Vorliegen eines solchen zwischen zwei Klagen ausreichend ist, wenn bei getrennten Verhandlungen die Gefahr einander widersprechender Entscheidungen besteht, ohne dass die Gefahr sich gegenseitig ausschließender Rechtsfolgen bestehen muss.[24] Diese Rechtsprechung scheint mir auf Art. 6 Nr. 1 der Verordnung übertragbar zu sein.

69. Allerdings können nicht alle Wertungen von Art. 28 der Verordnung unbesehen auf Art. 6 Nr. 1 der Verordnung übertragen werden. Denn selbst wenn der Wortlaut beider Bestimmungen ähnlich ist und sie vergleichbare Zielsetzungen haben, gibt es doch Unterschiede zwischen diesen beiden Vorschriften, die berücksichtigt werden müssen.

70. Art. 28 Abs. 1 der Verordnung befugt das später angerufene Gericht, das Verfahren auszusetzen. Eine Aussetzung führt allerdings im Gegensatz zu Art. 6 Nr. 1 der Verordnung nicht zu einer Verlagerung der internationalen Zuständigkeit. Zwar kann sich ein Gericht unter den Voraussetzungen des Art. 28 Abs. 2 der Verordnung unter zusätzlichen Voraussetzungen auch für unzuständig erklären. Allerdings ist davon auszugehen, dass ein nationales Gericht die Entscheidungen, zu denen es Art. 28 der Verordnung befugt, insbesondere unter Berücksichtigung des Bedürfnisses an einer abgestimmten Rechtspflege treffen wird.

71. Dagegen liegt die Entscheidung, ob der Gerichtsstand der Konnexität genutzt wird, allein beim Kläger. Dieser wird sich allerdings nicht an dem Bedürfnis einer abgestimmten Rechtspflege orientieren, sondern daran, welcher Gerichtsstand für ihn günstiger ist. Aus diesem Grund muss bei der Auslegung des Begriffs der engen Beziehung im Sinne des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung den Interessen des Beklagten ausreichend Rechnung getragen werden, um die Gefahr eines möglichen Missbrauchs einzudämmen. An den Begriff der engen Beziehung in Art. 6 Nr. 1 der Verordnung sind somit etwas höhere Anforderungen zu stellen als an den

23 — Siehe Nr. 52 dieser Schlussanträge.

24 — Urteil Tatry (bereits in Fn. 19 angeführt, Randnr. 58).

Begriff des Zusammenhangs nach Art. 28 der Verordnung. [25]

74. Weiter geht der Gerichtshof gedanklich davon aus, dass eine Anwendung des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 (bzw. des Brüsseler Übereinkommens) nur dann in Betracht kommt, wenn es zu abweichenden Entscheidungen im Sinne dieser Vorschrift kommen kann. Dafür reiche für sich allein noch nicht aus, dass es zu abweichenden Entscheidungen des Rechtsstreits komme, vielmehr müsse die Abweichung auch bei *derselben Sach- und Rechtslage* auftreten. [27]

3. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs

72. Nach Darstellung des von der Verordnung Nr. 44/2001 vorgegebenen gesetzlichen Rahmens möchte ich nunmehr darauf eingehen, wie der Gerichtshof den Begriff der engen Beziehung im Sinne des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung ausgelegt hat. Dabei ist aus den vorgenannten Gründen auch die Rechtsprechung zu Art. 6 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens zu berücksichtigen.

75. Ferner ergibt sich aus dem Urteil Roche Nederland, dass der Gerichtshof bei Klagen wegen der Verletzung eines europäischen Patents, die gegen mehrere in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässige Gesellschaften aufgrund von im Hoheitsgebiet eines oder mehrerer Mitgliedstaaten begangenen Handlungen erhoben werden, davon ausgeht, dass nicht dieselbe Sachlage vorliegt. Der Gerichtshof hat dies damit begründet, dass verschiedene Personen verklagt werden und die in den verschiedenen Mitgliedstaaten begangenen Verletzungshandlungen, die ihnen vorgeworfen werden, nicht dieselben sind.

73. Zunächst hat der Gerichtshof klargestellt, dass der Begriff der engen Beziehung im Sinne des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung ein Begriff des Unionsrechts ist, der autonom und in allen Mitgliedstaaten gleich ausgelegt werden muss. [26]

76. Darüber hinaus hat der Gerichtshof in diesem Urteil festgehalten, dass dieselbe Rechtslage dann nicht vorliegt, wenn in beiden Klagen unterschiedliches Recht anwendbar und dieses Recht wie im Bereich des Patentrechts nicht vollharmonisiert ist. In einem solchen Fall könnten abweichende Entscheidungen nicht als widersprechend im

25 — In diesem Sinne Leible, S., in Rauscher, T., *Europäisches Zivilprozessrecht*, Sellier 2006, Art. 6 Randnr. 8.

26 — Urteil Reisch Montage (bereits in Fn. 13 angeführt, Randnr. 29).

27 — Urteile Freeport (bereits in Fn. 3 angeführt, Randnr. 40) und Roche Nederland (bereits in Fn. 3 angeführt, Randnr. 26).

Sinne des Art. 6 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens qualifiziert werden. [28]

77. Später hat er im Urteil Freeport festgestellt, dass es keine Voraussetzung für die Anwendung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung sei, dass die gegen die verschiedenen Beklagten erhobenen Klagen auf derselben Rechtsgrundlage beruhten. [29] Es sei Sache des nationalen Gerichts, zu beurteilen, ob zwischen den verschiedenen, bei ihm anhängigen Klagen eine enge Beziehung gegeben sei, ob also in getrennten Verfahren die Gefahr widersprechender Entscheidungen besteht. Dabei habe es alle erheblichen Umstände zu berücksichtigen, die sich aus den Akten ergäben. Dies könne dem nationalen Gericht Anlass geben, auch die Rechtsgrundlagen der vor ihm erhobenen Klagen zu berücksichtigen. [30]

4. Berechtigte Einwände

78. Gegen einzelne Elemente dieser Rechtsprechung sind Einwände erhoben worden. [31] In Hinblick auf die vom Gerichtshof in der Rechtssache Roche Nederland entwickelte Voraussetzung, dass Art. 6 Nr. 1 der Verordnung nur dann zur Anwendung kommen könne, wenn beiden Klagen dieselbe Rechtslage zugrunde liege, scheinen mir diese Bedenken begründet zu sein. Diese Voraussetzung scheint nämlich gedanklich auf der Annahme zu beruhen, dass keine widersprüchlichen Entscheidungen im Sinne des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung vorliegen können, wenn unterschiedliche Rechte auf die Klagen anwendbar sind und diese Rechte nicht vollharmonisiert sind. Diese Annahme ist allerdings nicht zutreffend. [32] Sie wäre nur dann zutreffend, wenn im Fall zweier Klagen, die bei zwei unterschiedlichen Gerichten anhängig sind und auf die jeweils unterschiedliches Recht anwendbar ist, *alle* etwaigen Widersprüche zwischen den Entscheidungen auf die Unterschiede zwischen den beiden anwendbaren

28 — In diesem Urteil hat der Gerichtshof ausgeführt, dass ein europäisches Patent weiterhin dem nationalen Recht jedes der Vertragsstaaten unterliege, für die es erteilt worden sei (Bündeltheorie). Daher sei eine Klage wegen der Verletzung eines europäischen Patents anhand des einschlägigen nationalen Rechts zu prüfen. Folglich läge, wenn bei mehreren Gerichten verschiedener Mitgliedstaaten Klagen wegen Verletzung eines jeden in jedem dieser Mitgliedstaaten erteilten europäischen Patents gegen Personen, die ihren Wohnsitz in diesen Mitgliedstaaten haben, aufgrund von dort angeblich begangenen Handlungen erhoben würden, etwaigen Abweichungen zwischen den Entscheidungen dieser Gerichte nicht dieselbe Rechtslage zugrunde. Aus diesem Grund liege keine vergleichbare Rechtslage vor. Da keine vergleichbare Rechtslage vorliege, bestehe in einem solchen Fall nicht das Risiko widersprechender Entscheidungen.

29 — Urteil Freeport (bereits in Fn. 3 angeführt, Randnr. 38).

30 — Urteil Freeport (bereits in Fn. 3 angeführt, Randnr. 41).

31 — Kur, A., „A Farewell to Cross-Border Injunctions? The ECJ Decisions GAT v. Luk and Roche Nederland v. Primus and Goldenberg", *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2006, S. 844 ff.; 849 ff.; Wilderspin, M., „La compétence juridictionnelle en matière de litiges concernant la violation des droits de propriété intellectuelle", *Revue critique de droit international privé* 2006, S. 777 ff., 791 ff., Schlosser, P., „Anmerkung zu EuGH, Urteil v. 13.7.2006 — Rs. C-539/03 Roche Nederland BV u. a./ Primus u. Goldenberg", *Juristenzeitung* 2007, S. 303 ff., 305 ff.; Muir Watt, H., in: Magnus, U., Mankowski, P., *Brussels I Regulation*, Sellier 2007, Art. 6 Randnr. 25a. In diesem Zusammenhang soll nicht unerwähnt bleiben, dass die European Max Planck Group for Conflict of Laws in Intellectual Property (http://www.ip.mpg.de/shared/data/pdf/clip_brussels_i_dec_06_final.pdf, S. 11 f.) als Reaktion auf das Urteil Roche Nederland vorgeschlagen hat, Art. 6 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 so zu ändern, dass solche Fälle unter den Gerichtsstand der Konnexität fallen.

32 — Sehr kritisch Kur, A., bereits in Fn. 31 angeführt, S. 850, die dieses Argument als „offensichtlich fehlerhaft" bezeichnet.

Rechten zurückgeführt werden könnten. Dies ist aber nicht der Fall.

79. Denn erstens ist stets denkbar, dass bei zwei Entscheidungen durch zwei Gerichte Widersprüche zwischen diesen Entscheidungen auf eine unterschiedliche Würdigung des Sachverhalts durch diese Gerichte zurückzuführen sind. Werden wie im vorliegenden Fall zwei Klagen wegen Urheberrechtsverletzungen eingelegt, von denen eine dem österreichischen und die andere deutschem Recht unterliegt, so mag es Unterschiede zwischen den Entscheidungen geben, die auf Unterschiede zwischen dem deutschen und dem österreichischen Urheberrecht zurückzuführen sind. Es kann aber auch Unterschiede geben, die darauf zurückzuführen sind, dass zwei Gerichte, die einen im Wesentlichen vergleichbaren rechtlichen Maßstab anwenden, deswegen zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, weil sie den Sachverhalt unterschiedlich würdigen.

80. Zweitens kann es sein, dass auch in einem Bereich, der nicht vollharmonisiert ist, doch bestimmte Mindestvorgaben harmonisiert worden sind. In einem solchen Fall kann es auch bei Klagen, auf die unterschiedliche nationale Rechte anwendbar sind, letztlich inhaltlich um dasselbe Recht, nämlich um die gemeinsame unionsrechtliche Vorgabe, gehen.

81. Die Annahme des Gerichtshofs, dass widersprüchliche Entscheidungen im Sinne des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung nicht vorliegen können, wenn unterschiedliche Rechte auf die Klagen anwendbar sind und diese Rechte nicht vollharmonisiert sind, ist somit meines Erachtens nicht haltbar.

82. Sie kann auch nicht darauf gestützt werden, dass die Gerichte der Mitgliedstaaten nicht geeignet wären, über die Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums in einem anderen Mitgliedstaat nach dem Recht dieses Mitgliedstaats zu entscheiden. Dem System der Verordnung Nr. 44/2001 liegt eine solche grundsätzliche Kompetenz der Gerichte nämlich zugrunde.

83. Drittens wirft auch das folgende Beispiel die Frage auf, ob es eine zwingende Voraussetzung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung sein kann, dass auf die Ankerklage und die weitere Klage dasselbe Recht zur Anwendung kommt. In einem Fall der Ausfallhaftung, in dem einer der Beklagten nur dann haftet, wenn der andere Beklagte nicht haftet, bzw. der alternativen Haftung, besteht meines Erachtens ein offensichtliches Interesse daran, den Fall von ein und demselben Gericht entscheiden zu lassen, um widersprüchliche Ergebnisse zu vermeiden. [33] Der rechtliche Zusammenhang

33 — Ein widersprüchliches Ergebnis läge beispielsweise dann vor, wenn das eine Gericht entscheidet, dass der Beklagte, der primär verantwortlich ist, nicht haftet, während das andere Gericht entscheidet, dass der andere Beklagte, der sekundär verantwortlich ist, nicht haftet, weil seiner Auffassung nach der Primärschuldner hätte haften müssen.

zwischen beiden Klagen hängt in einem solchen Fall nicht davon ab, ob auf beide Klagen dasselbe Recht anwendbar ist.

84. Die vorangegangenen Erwägungen wecken Zweifel daran, ob eine Anwendung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung wirklich nur dann gerechtfertigt ist, wenn auf beide Klagen dasselbe Recht Anwendung findet.

85. In seinem Urteil Freeport scheint der Gerichtshof zwar inhaltlich von seinem Ansatz im Urteil Roche Nederland abgewichen zu sein. Da er dort aber weiterhin unter Bezugnahme auf das Urteil Roche Nederland fordert, dass dieselbe Sach- und Rechtslage vorliegen müsse, [34] bleibt das Gesamtkonzept des Gerichtshofs unklar. [35]

ich vor, für die Prüfung, ob eine hinreichend enge Beziehung im Sinne des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 vorliegt, einen leicht modifizierten Maßstab anzulegen. Vorab ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung nur eine Beziehung zwischen der Ankerklage einerseits und der weiteren Klage bzw. den weiteren Klagen andererseits beachtlich ist. Diese Vorgabe ist ernst zu nehmen (a). Erste Voraussetzung für das Vorliegen einer engen Beziehung ist, dass der Ankerklage und der weiteren Klage ein einheitlicher Lebenssachverhalt zugrunde liegt (b). Zweitens muss auch ein hinreichend enger rechtlicher Zusammenhang zwischen der Ankerklage und der weiteren Klage bestehen (c). Dagegen muss nicht eigenständig geprüft werden, ob im konkreten Fall widersprüchliche Entscheidungen drohen (d).

a) Beziehung zwischen der Ankerklage und der bzw. den weiteren Klagen

5. Zur engen Beziehung im Sinne des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001

86. Vor dem Hintergrund der aus meiner Sicht berechtigten Kritik an der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofs schlage

87. Art. 6 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 eröffnet den Gerichtsstand der Konnexität nur für solche Klagen, die in einer engen Beziehung zur Ankerklage stehen. Diese Klagen können allerdings ihrerseits nicht als Ankerklagen für weitere, mit ihnen in einer engen Beziehung stehenden weiteren Klagen dienen.

88. Dies ergibt sich erstens aus dem Wortlaut des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung, der eine enge Beziehung zwischen der Ankerklage und der weiteren Klage voraussetzt. Zweitens spricht

34 — Urteil Freeport (bereits in Fn. 3 angeführt, Randnr. 40).

35 — Roth, H., „Das Konnexitätserfordernis im Mehrparteienegerichtsstand des Art. 6 Ziffer 1 EuGVO“, *Die Richtige Ordnung — Festschrift für Jan Kropholler*, Mohr Siebeck 2008, S. 884 ff., 887, weist auf Widersprüche zwischen diesen beiden Urteilen hin. So auch Gaudemet-Tallon, H., bereits in Fn. 22 angeführt, S. 256 f. und 258 f.

hierfür der Gedanke, dass die Zuständigkeitsvorschriften für den Beklagten in hohem Maße vorhersehbar sein müssen.

89. Für den vorliegenden Fall bedeutet dies, das der Gerichtsstand der Konnexität für die Klagen gegen die Fünftbeklagte und gegen die Zweitbeklagte wegen der in Deutschland herausgegebenen Zeitungen nur dann eröffnet ist, wenn diese Klagen jeweils eine hinreichend enge Verbindung mit der Ankerklage gegen die Erstbeklagte aufweisen. Ob dagegen zwischen den einzelnen Klagen gegen die Zweit- bis Fünftbeklagte eine Verbindung besteht, ist im Rahmen von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung unerheblich, da diese Beklagten ihren Sitz nicht in Österreich haben und es sich bei den Klagen daher nicht um Ankerklagen handeln kann.

90. Somit kann das vorlegende Gericht für die Klage gegen die Zweitbeklagte wegen der in Deutschland erscheinenden Bundesausgabe der *Bild* seine Zuständigkeit nach Art. 6 Nr. 1 der Verordnung nicht damit begründen, dass bei ihm bereits weitere Klagen gegen die Zweitbeklagte wegen in Österreich erscheinenden Zeitungen (Münchener Ausgabe der *Bild* und *Die Welt*) anhängig sind, für die es zuständig ist. Diese weiteren Klagen gegen die Zweitbeklagte sind nämlich keine Ankerklagen im Sinne des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung, da die Zweitbeklagte ihren Sitz nicht in Österreich hat.

b) Einheitlicher Lebenssachverhalt

91. Erste Voraussetzung für das Vorliegen der Konnexität zwischen der Ankerklage einerseits und einer weiteren Klage andererseits ist, dass die Klagen auf einem einheitlichen Lebenssachverhalt beruhen. In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass die Anwendung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung für den Beklagten in hohem Maße vorhersehbar sein muss. [36] Eine Mindestvoraussetzung für einen einheitlichen Lebenssachverhalt muss somit sein, dass es für einen Beklagten zumindest erkennbar ist, dass er als Mitbeklagter eines Ankerbeklagten nach Art. 6 Nr. 1 der Verordnung vor dem Gericht des Wohnsitzes dieses Ankerbeklagten verklagt werden kann.

36 — Siehe Nr. 56 dieser Schlussanträge.

92. Diese Mindestvoraussetzung ist dann nicht erfüllt, wenn sich der Sachverhalt, auf den die Klägerin ihre Ankerklage und die weitere Klage stützt, so darstellt, dass das Verhalten des Ankerbeklagten und des weiteren Beklagten zwar dieselben oder ähnliche Rechtsgüter der Klägerin betrifft und gleichartig ist, aber unabhängig und ohne Kenntnis voneinander erfolgt. In einem solchen Fall eines nicht konzertierten Parallelverhaltens ist für den weiteren Beklagten nämlich nicht hinreichend vorhersehbar, dass er nach Art. 6 Nr. 1 der Verordnung auch vor dem Gericht des Wohnsitzes des Ankerbeklagten verklagt werden kann.

93. Es obliegt dem vorlegenden Gericht, zu prüfen, ob im Ausgangsverfahren ein nicht konzertiertes Parallelverhalten der Ankerbeklagten einerseits und jeweils der Zweit- bzw. Fünftbeklagten andererseits vorlag. Die Angaben zum Sachverhalt, die sich aus dem Vorlagebeschluss ergeben, legen allerdings nahe, dass es sich im vorliegenden Fall um ein nicht konzertiertes Parallelverhalten handelte. In diesem Fall scheitert eine Anwendung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung bereits daran, dass kein einheitlicher Lebenssachverhalt im Sinne dieser Vorschrift vorliegt.

94. An dieser Stelle soll nicht unerwähnt bleiben, dass der Gerichtshof im Urteil Roche Nederland die Anwendung von Art. 6 Nr. 1 des Brüsseler Übereinkommens weiter gehend wegen Fehlens der „gleichen Sachlage“ auch in einem Fall abgelehnt hat, in dem geltend gemacht wurde, dass ein europäisches Patent durch in verschiedenen Mitgliedstaaten ansässige Konzerngesellschaften verletzt worden sei. Begründet hat er dies insbesondere damit, dass verschiedene Personen verklagt worden seien und die in den verschiedenen Mitgliedstaaten begangenen Verletzungshandlungen, die ihnen vorgeworfen würden, nicht dieselben seien. [37] Von einer Auseinandersetzung mit dieser nicht unumstrittenen Rechtsprechung [38] möchte ich an dieser Stelle absehen, da es im Ausgangsverfahren wohl bereits an einem konzertierten Parallelverhalten fehlt. [39]

37 — Urteil Roche Nederland (bereits in Fn. 3 angeführt, Randnrn. 26 f.).

38 — Siehe insbesondere Wilderspin, M., bereits in Fn. 31 angeführt, S. 791 f.

39 — Nur ergänzend möchte ich daher darauf hinweisen, dass den in den Randnrn. 37 f. des Urteils Roche Nederland (bereits in Fn. 3 angeführt) geäußerten Befürchtungen des Gerichtshofs, eine Anwendung des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung in einem solchen Fall könnte die Vorhersehbarkeit der Zuständigkeitsregeln beeinträchtigen und einer Praxis des *forum shopping* Vorschub leisten, meines Erachtens durch eine strikte Beachtung der Voraussetzung begegnet werden kann, dass es, wie in den Nrn. 87 bis 90 dieser Schlussanträge vorgeschlagen, auf eine Beziehung zur Ankerklage ankommt. Dies würde nämlich in der Regel dazu führen, dass als gemeinsamer Gerichtsstand für alle Klagen gegen die Konzerngesellschaften allein der Sitz der Konzernmutter in Betracht kommt, wenn diese gemeinsam mit den jeweiligen Konzerntöchtern verklagt wird.

c) Hinreichend enger rechtlicher Zusammenhang

95. Zweite Voraussetzung für eine enge Verbindung im Sinne des Art. 6 Nr. 1 der Verordnung ist, dass ein hinreichender rechtlicher Zusammenhang vorliegt. Da im vorliegenden Fall wohl bereits kein einheitlicher Lebenssachverhalt vorliegt, möchte ich mich in Hinblick auf die zweite Voraussetzung kurz fassen.

96. Gedanklicher Ausgangspunkt muss dabei sein, ob die beiden Klagen einen derart engen rechtlichen Zusammenhang aufweisen, dass es für den Kläger nicht zumutbar wäre, zwei Gerichte über die Klagen entscheiden zu lassen. Aus dem Wortlaut von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung ergibt sich, dass dies insbesondere dann der Fall sein kann, wenn die rechtliche Verbindung zwischen zwei Klagen so eng ist, dass Widersprüche zwischen den Entscheidungen nicht hinnehmbar wären. Weiter können in diesem Zusammenhang in gewissem Umfang auch prozessökonomische Gesichtspunkte berücksichtigt werden, wobei allerdings das Interesse der Beklagten an der Vorhersehbarkeit der Zuständigkeiten strikt berücksichtigt werden muss.

97. Fälle, in denen die rechtliche Verbindung zwischen zwei Klagen so eng ist, dass Widersprüche zwischen den Entscheidungen nicht hinnehmbar wären, sind zunächst Fälle, in denen das Ergebnis der einen Klage von dem Ergebnis der anderen Klage abhängig ist. Ich verweise insofern auf das Beispiel der Ausfallhaftung oder der alternativen Haftung in Nr. 83 dieser Schlussanträge. Weiter liegt ein hinreichend enger rechtlicher Zusammenhang insbesondere dann vor, wenn es sich bei den Beklagten um Gesamtschuldner, Miteigentümer oder eine Rechtsgemeinschaft handelt.

98. In den Fällen, in denen vergleichbare Ansprüche geltend gemacht werden und die Voraussetzungen nach dem jeweils anwendbaren Recht im Wesentlichen vergleichbar sind, spricht für eine Anwendung von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 zunächst, dass damit Widersprüche vermieden werden können, die aus einer unterschiedlichen Würdigung des Sachverhalts durch zwei Gerichte resultieren könnten. Soweit es gemeinsame unionsrechtliche Vorgaben gibt, spricht hierfür auch die Vermeidung von Widersprüchen rechtlicher Natur. Ferner sprechen auch prozessökonomische Erwägungen für das Vorliegen einer solchen Verbindung. In solchen Fällen kommt allerdings der Voraussetzung, dass der Ankerklage und der weiteren Klage ein einheitlicher Lebenssachverhalt zugrunde liegt, eine entscheidende Bedeutung zu. Die Gefahr einer unterschiedlichen Würdigung des Sachverhalts und einer unterschiedlichen rechtlichen Beurteilung kann eine Verlagerung der Zuständigkeit nach Art. 6 Nr. 1 der Verordnung nämlich nur dann rechtfertigen, wenn dies für den Beklagten vorhersehbar ist.

99. Vor dem Hintergrund, dass es im vorliegenden Fall wohl bereits an einem solchen einheitlichen Lebenssachverhalt fehlt, braucht dieser Punkt für die Zwecke des

vorliegenden Verfahrens nicht weiter vertieft zu werden. Abschließend soll allerdings darauf hingewiesen werden, dass die vorgenannten Beispiele, in denen ein hinreichend enger Zusammenhang vorliegt, nicht als abschließende Liste der Fälle verstanden werden dürfen, in denen ein ausreichender rechtlicher Zusammenhang vorliegt.

d) Keine gesonderte Prüfung oder Prognose darüber, ob im konkreten Fall ein Widerspruch droht

100. Anders, als dies insbesondere das Urteil Roche Nederland nahezulegen scheint, [40] ist es nicht erforderlich, dass über das Vorliegen eines einheitlichen Lebenssachverhalts und eines hinreichend engen rechtlichen Zusammenhangs hinaus geprüft bzw. eine Prognose darüber angestellt wird, ob ein Widerspruch zwischen den zwei Entscheidungen droht.

101. Die Regelung in Art. 6 Nr. 1 der Verordnung geht nämlich von der *abstrakten Gefahr* aus, dass die Verlagerung von zwei Entscheidungen auf zwei Gerichte zu Widersprüchen zwischen diesen Entscheidungen führen kann. [41] Wie vorab dargelegt, droht nämlich in jedem Fall, in dem zwei Gerichte über zwei Klagen auf Grundlage ähnlicher Sachverhalte entscheiden, zumindest das Risiko, dass Unterschiede zwischen den Entscheidungen der Gerichte auf eine unterschiedliche Würdigung des Sachverhalts zurückzuführen sind. Nach diesem Verständnis ist es zwar das *Ziel* von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung, Widersprüche zu vermeiden. Da es sich aber um eine abstrakte Gefahr handelt, ist *Voraussetzung* lediglich das Vorliegen einer hinreichend engen Beziehung mit der Ankerklage. [42]

102. Gegen ein solches Verständnis spricht auch nicht der Wortlaut von Art. 6 Nr. 1 der Verordnung. Die Worte „um zu vermeiden, dass in getrennten Verfahren widersprechende Entscheidungen ergehen könnten" können als bloße Beschreibung der Zielsetzung dieser Bestimmung ohne Charakter einer eigenständigen Voraussetzung verstanden werden.

D — *Ergebnis*

103. Der Begriff der engen Beziehung nach Art. 6 Nr. 1 der Verordnung Nr. 44/2001 ist somit so auszulegen, dass er einen einheitlichen Lebenssachverhalt und einen hinreichenden rechtlichen Zusammenhang zwischen der Ankerklage und der weiteren Klage voraussetzt. Im vorliegenden Fall kommt es

40 — Siehe Randnr. 32 des Urteils Roche Nederland (bereits in Fn. 3 angeführt).

41 — Ein ähnlicher Gedanke findet sich bei Roth, H., bereits in Fn. 35 angeführt, S. 892 f.

42 — So auch Roth, H., bereits in Fn. 35 angeführt, S. 893.

somit lediglich auf eine enge Beziehung mit der Klage gegen die Erstbeklagte an.

104. Ein einheitlicher Lebenssachverhalt kann in einem Fall wie dem vorliegenden nicht angenommen werden, wenn sich das klagegegenständliche Verhalten des Ankerbeklagten und des weiteren Beklagten als unkonzertiertes Parallelverhalten darstellt.

105. Ein hinreichender rechtlicher Zusammenhang kann auch dann vorliegen, wenn auf die Ankerklage und die weitere Klage ein unterschiedliches nationales Recht Anwendung findet, das nicht vollharmonisiert ist.

IX — Zu den weiteren Vorlagefragen

106. Im Folgenden werde ich die zweite, dritte und vierte Vorlagefrage beantworten, wobei ich zunächst auf die vierte Vorlagefrage eingehen werde, mit der das vorlegende Gericht in Erfahrung bringen möchte, ob die Veröffentlichung eines Phantombilds eine Vervielfältigung der für dessen Erstellung benutzten fotografischen Vorlage im Sinne des Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29 darstellen kann (A). Nach der Struktur der Richtlinie ist diese Frage nämlich der zweiten und dritten Vorlagefrage vorgelagert, die auf die Auslegung von Art. 5 Abs. 3 Buchst. d und e der Richtlinie 2001/29 gerichtet sind. Nach diesen Vorschriften können die Mitgliedstaaten für Maßnahmen der öffentlichen Sicherheit (B) oder für Zitate (C) Ausnahmen oder Beschränkungen vom Vervielfältigungsrecht (im Folgenden: Schranken) vorsehen.

A — *Zur vierten Vorlagefrage*

107. Mit seiner vierten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 1 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29 und Art. 12 der Revidierten Berner Übereinkunft [43] insbesondere unter Bedacht auf Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK [44] und Art. 17 der Charta der Grundrechte dahin gehend auszulegen sind, dass Porträtfotografien einen „schwächeren“ oder gar keinen urheberrechtlichen Schutz vor Bearbeitungen genießen, weil diese im Hinblick auf die „realistische Aufnahme“ eine zu geringe Gestaltungsmöglichkeit aufweisen.

108. Wie sich aus dem Vorlagebeschluss ergibt, ist die vierte Vorlagefrage vor dem

43 — Revidierte Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (Pariser Fassung vom 24. Juli 1971) in der am 28. September 1979 geänderten Fassung.

44 — Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950; Erstes Zusatzprotokoll vom 20. März 1952.

Hintergrund der Rechtsauffassung zu sehen, die der OGH in dem Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz vertreten hat. [45] Dieser hat nämlich entschieden, dass die Veröffentlichung des streitgegenständlichen Phantombilds durch die Beklagten im Ausgangsverfahren nach den einschlägigen nationalen Bestimmungen nicht der Zustimmung der Klägerin im Ausgangsverfahren bedurfte. Zwar sei die streitgegenständliche Fotografie, die als Vorlage für das streitgegenständliche Phantombild benutzt worden war, ein urheberrechtlich geschütztes Lichtbildwerk. Bei der Erstellung und Veröffentlichung des Phantombilds habe es sich aber nicht um eine Bearbeitung gehandelt, für die eine Zustimmung der Klägerin im Ausgangsverfahren als Urheberin des Lichtbildwerks erforderlich gewesen wäre, sondern um eine freie Benutzung, die ohne ihre Zustimmung habe erfolgen können. Ob eine Bearbeitung oder eine freie Benutzung vorgelegen habe, hänge von der schöpferischen Leistung der Vorlage ab. Je ausgeprägter die schöpferische Leistung der Vorlage sei, desto weniger komme eine freie Benutzung in Betracht. Bei einer Porträtaufnahme wie der streitgegenständlichen Fotografie stünden dem Schöpfer nur wenige individuelle Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung. Aus diesem Grund sei der urheberrechtliche Schutz für die streitgegenständliche Fotografie entsprechend eng. Außerdem sei das auf ihrer Grundlage erstellte streitgegenständliche Phantombild ein neues, unabhängiges und selbst urheberrechtlich geschütztes Werk.

45 — Siehe Nr. 38 dieser Schlussanträge.

1. Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

109. Nach Auffassung der *Klägerin im Ausgangsverfahren* ist ein Ansatz, nach dem Porträtaufnahmen einen schwächeren oder gar keinen urheberrechtlichen Schutz genießen, mit den vom vorlegenden Gericht in seiner Vorlagefrage genannten Bestimmungen unvereinbar. Schlichte Lichtbilder und Lichtwerke genössen nach Art. 1 der Richtlinie 2001/29 den gleichen Bearbeitungsschutz. Der Umstand, dass bei der Erstellung von Porträtaufnahmen geringere Gestaltungsmöglichkeiten bestünden, führe nicht dazu, dass diese nur einen schwächeren Schutz genössen. Solche Fotografien könnten nämlich nicht unterteilt werden in einen geschützten und einen nicht geschützten Teil. Ohnehin müsse berücksichtigt werden, dass Phantombilder jederzeit und unschwer erstellt werden könnten. Der Ansatz des OGH sei auch weder mit dem Drei-Stufen-Test nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29 und mit Art. 12 der Berner Übereinkunft noch mit dem Recht auf Eigentum nach Art. 1 des Ersten Zusatzprotokolls zur EMRK und Art. 17 der Charta der Grundrechte vereinbar. Erstens handle es sich nämlich nicht um eng begrenzte Sonderfälle. Zweitens werde auch nach diesem Ansatz die normale Verwertung der streitgegenständlichen Fotografie, auf deren Grundlage das Phantombild erstellt worden sei, in erheblicher Weise beeinträchtigt und drittens der wirtschaftliche Wert des Urheberrechts ausgehöhlt, ohne dass dies in Hinblick auf ein

legitimes Allgemeininteresse gerechtfertigt sei.

110. Die *Beklagten im Ausgangsverfahren* halten die vierte Vorlagefrage für unzulässig, weil offensichtlich kein Zusammenhang mit dem Ausgangsverfahren bestehe. Die Entscheidung über die Frage des Schutzbereichs der streitgegenständlichen Fotografie müsse nämlich im Ausgangsverfahren von dem vorlegenden Gericht unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls getroffen werden. Der vom vorlegenden Gericht gestellten Auslegungsfrage komme in diesem Zusammenhang keine Bedeutung zu.

111. Weiter sei der Ansatz des OGH zutreffend. Bei einer Porträtaufnahme sei der Spielraum für gestalterisches Können begrenzt, was zu einer geringeren Individualität einer solchen Fotografie führe. Daher genösse diese einen schwächeren oder gar keinen urheberrechtlichen Schutz. Außerdem müsse die schöpferische Leistung berücksichtigt werden, die in der Erstellung eines Phantombilds liege. Ohnehin sehe Art. 5 Abs. 3 Buchst. i der Richtlinie 2001/29 eine Schrankenmöglichkeit für eine beiläufige Einbeziehung eines Werks in anderes Material vor.

112. Nach Auffassung der *italienischen Regierung* ergibt sich aus den vom vorlegenden Gericht genannten Bestimmungen nicht, dass Porträtaufnahmen einen schwächeren oder gar keinen urheberrechtlichen Schutz im Verhältnis zu einem auf ihrer Grundlage erstellten Phantombild genießen. Porträtaufnahmen unterlägen keinem geringeren Urheberschutz. Zudem sei die Erstellung eines Phantombilds eine eher einfache Tätigkeit, die mit einem Computerprogramm leicht vorgenommen werden könne. Ein solcher Ansatz sei auch nicht mit dem Drei-Stufen-Test nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29 vereinbar.

113. Die *österreichische Regierung* und die *Kommission* weisen darauf hin, dass nicht die vom vorlegenden Gericht genannten Bestimmungen maßgeblich sind, sondern Art. 6 der Richtlinie 93/98, bzw. der Richtlinie 2006/116. Gemeinsam mit der *spanischen Regierung* tragen sie vor, dass Fotografien urheberrechtlich geschützt seien, soweit es sich um individuelle geistige Schöpfungen handle. Daher hänge die Schutzfähigkeit einer Porträtaufnahme von ihrem Grad an Eigentümlichkeit und Kreativität ab. Es sei Sache des nationalen Gerichts, anhand dieser Kriterien im Ausgangsverfahren zu beurteilen, ob die Fotografie, auf deren Grundlage das Phantombild erstellt worden sei, diese Anforderungen erfülle. Dass es sich um eine Porträtaufnahme handele, führe nicht dazu, dass sie nach der Richtlinie 2001/29 einen geringeren urheberrechtlichen Schutz vor Bearbeitungen genösse. Ob die Erstellung eines Phantombilds als eine Vervielfältigung der Vorlage im Sinne des Art. 2 der Richtlinie 2001/29 anzusehen sei, richte sich danach, ob die Merkmale, aufgrund deren die Vorlage als

individuelle geistige Schöpfung anzusehen sei, sich in dem Phantombild wiederfänden.

2. Zur Zulässigkeit

114. Die vierte Vorlagefrage ist so zu verstehen, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, ob die in Nr. 108 dieser Schlussanträge dargestellte Rechtsauffassung des OGH mit den einschlägigen unionsrechtlichen und gegebenenfalls auch völkerrechtlichen Vorgaben vereinbar ist.

115. Die so verstandene Vorlagefrage ist zulässig.

116. Entgegen der Auffassung der Beklagten im Ausgangsverfahren ist die Frage nämlich nicht hypothetisch. Vielmehr möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die vom OGH auf der Grundlage des nationalen Rechts getroffene Unterscheidung zwischen einer freien Benutzung und einer zustimmungsbedürftigen Vervielfältigung der streitgegenständlichen Fotografie mit den Vorgaben des Unionsrechts vereinbar ist. Diese Frage ist für den von ihm zu entscheidenden Rechtsstreit erheblich.

117. Unschädlich ist auch, dass sich die Antwort auf die so verstandene Vorlagefrage nicht aus den in der Vorlagefrage genannten Bestimmungen ergibt, sondern aus Art. 6 der Richtlinie 93/98, der in Art. 6 der Richtlinie 2006/116 kodifiziert worden ist, sowie aus Art. 2 der Richtlinie 2001/29. Da das Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV zu einer effektiven Zusammenarbeit zwischen den nationalen Gerichten und dem Gerichtshof führen soll und der Gerichtshof dem vorlegenden Gericht somit alle Hinweise geben kann, die für die Lösung des Ausgangsrechtsstreits nützlich sind, kann er die Vorlagefrage unter Zugrundelegung der einschlägigen Bestimmungen beantworten. [46]

3. Rechtliche Würdigung

118. Da das Vervielfältigungsrecht nach Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29 das Vorliegen eines urheberrechtlich geschützten Werks voraussetzt, [47] stellt sich im vorliegenden Fall zunächst die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine Porträtaufnahme urheberrechtlichen Schutz genießen kann (a).

46 — Urteile vom 28. Februar 1984, Einberger (294/82, Slg. 1984, 1177, Randnr. 6), und vom 16. Juli 1992, Belovo (C-187/91, Slg. 1992, I-4937, Randnr. 13).

47 — Siehe Urteil vom 16. Juli 2009, Infopaq International (C-5/08, Slg. 2009, I-6569, Randnrn. 33 ff.). Kritisch zum Ansatz des Gerichtshofs, nach dem auch für Werkarten, deren Schutzvoraussetzungen nicht harmonisiert sind, das Vorliegen einer geistigen Schöpfung verlangt wird, Schulze, G., „Schleichende Harmonisierung des urheberrechtlichen Werkbegriffs?", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* 2009, S. 1019 ff. Im vorliegenden Fall kommt es darauf nicht an, weil die Voraussetzungen für die Schutzfähigkeit von Fotografien in Art. 6 der Richtlinie 93/98 bzw. der Richtlinie 2006/116 harmonisiert sind.

Weiter stellt sich die Frage, ob die Veröffentlichung eines Phantombilds, das auf der Grundlage einer urheberrechtlich geschützten Porträtaufnahme erstellt worden ist, als eine Vervielfältigung im Sinne des Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29 anzusehen ist (b).

a) Zur Schutzfähigkeit von Porträtaufnahmen

119. Art. 6 der Richtlinie 93/98, der in Art. 6 der Richtlinie 2006/116 kodifiziert worden ist, regelt die Voraussetzungen, unter denen Fotografien nach unionsrechtlichen Vorgaben [48] urheberrechtlichen Schutz genießen. Nach Satz 1 dieser Bestimmungen kommt es darauf an, ob die Fotografien individuelle Werke in dem Sinne sind, dass sie das Ergebnis der eigenen geistigen Schöpfung ihres Urhebers darstellen. Art. 6 Satz 2 dieser Richtlinien bestimmt, dass zur Bestimmung der Schutzfähigkeit von Fotografien keine anderen Kriterien anzuwenden sind.

120. Das vorlegende Gericht wird somit prüfen müssen, ob die Fotografie, die als Vorlage für das Phantombild genutzt worden ist, als ein aus ihrer geistigen Schöpfung resultierendes individuelles Werk der Klägerin im Ausgangsverfahren anzusehen ist. Bei diesem Begriff, der in der Richtlinie 93/98 bzw. der Richtlinie 2006/116 nicht definiert wird, handelt es sich um einen autonom auszulegenden Begriff des Unionsrechts. [49] Aus dem 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 93/98 bzw. dem 16. Erwägungsgrund der Richtlinie 2006/116, die auf die Revidierte Berner Übereinkunft Bezug nehmen, ergibt sich, dass ein individuelles fotografisches Werk dann vorliegt, wenn dieses die eigene geistige Schöpfung des Urhebers darstellt, in der seine Persönlichkeit zum Ausdruck kommt.

121. Nach Art. 6 Satz 1 der Richtlinie 93/98 bzw. der Richtlinie 2006/116 wird somit lediglich das Ergebnis menschlichen Schaffens geschützt, wobei ein solches auch dann vorliegen kann, wenn sich die Person eines technischen Hilfsmittels wie eines Fotoapparats bedient.

122. Weiter muss die Fotografie das Ergebnis eines individuellen Schaffens sein. [50] Bei einer Fotografie liegt dieses darin, dass der Fotograf vorhandene Gestaltungsräume nutzt und ihr damit eine individuelle Eigenart verleiht.

48 — Nach Art. 6 Satz 3 der Richtlinie 93/98 bzw. 2006/116 können Mitgliedstaaten Fotografien auch über die unionsrechtlichen Vorgaben hinaus schützen.

49 — Dies ergibt sich aus dem 17. Erwägungsgrund der Richtlinie 93/98.

50 — Siehe das Urteil Infopaq (bereits in Fn. 47 angeführt, Randnr. 35), in dem der Gerichtshof auf die Voraussetzungen nach Art. 6 der Richtlinie 2006/116 Bezug genommen hat.

123. Weitere Kriterien sind — wie Art. 6 Satz 2 der Richtlinie 93/98 bzw. der Richtlinie 2006/116 ausdrücklich klarstellt — nicht maßgeblich. Nicht gefordert sind somit eine bestimmte künstlerische Qualität oder eine Neuheit. Auch der Zweck der Gestaltung sowie Aufwand und Kosten sind unbeachtlich.

124. Die Anforderungen für eine urheberrechtliche Schutzfähigkeit einer Fotografie nach Art. 6 der Richtlinie 93/98 bzw. der Richtlinie 2006/116 sind somit nicht allzu hoch. [51] Wird dieser Maßstab zugrunde gelegt, so kann eine Porträtaufnahme nach Art. 6 der Richtlinie 93/98 bzw. der Richtlinie 2006/116 urheberrechtlich geschützt sein, und zwar auch dann, wenn es sich um eine Auftragsarbeit des Fotografen handelt. Auch wenn der wesentliche Gegenstand einer solchen Fotografie mit der Person des Porträtierten bereits feststeht, verbleiben einem Fotografen genügend Gestaltungsmöglichkeiten. Der Fotograf kann nämlich u. a. den Blickwinkel, die Haltung und den Gesichtsausdruck des Porträtierten, den Hintergrund, die Schärfe sowie das Licht und die Beleuchtung bestimmen. Bildhaft ausgedrückt kommt es darauf an, dass ein Fotograf der Fotografie seine „persönliche Note gibt".

125. Es obliegt dem vorlegenden Gericht, unter Anwendung dieses Maßstabs im Ausgangsverfahren festzustellen, ob die Fotografie, die als Vorlage für das Phantombild genutzt wurde, nach Art. 6 Satz 1 der Richtlinie 93/98 bzw. der Richtlinie 2006/116 urheberrechtlich geschützt ist.

b) Zum Begriff der Vervielfältigung

126. Ist eine Fotografie nach Art. 6 der Richtlinie 93/98 bzw. der Richtlinie 2006/116 urheberrechtlich geschützt, so verfügt ihr Urheber über ein Vervielfältigungsrecht nach Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29. Danach kann er die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung auf jede Art und Weise und in jeder Form ganz oder teilweise erlauben oder

51 — Siehe Nordemann, A., in Loewenheim, U., *Handbuch der Urheberrechts*, 2. Aufl. 2010, Beck, § 9 Randnr. 149. Leistner, M., „Copyright Law in the EC: Status quo, recent case law and policy perspectives", *Common Market Law Review* 2009, S. 847 ff., 849 f., weist darauf hin, dass der Maßstab in Art. 6 der Richtlinie 93/98 bzw. der Richtlinie 2006/116 dazu geführt hat, dass ein in bestimmten Mitgliedstaaten geltender höherer Maßstab abgesenkt wurde, um den Anforderungen der Richtlinie zu entsprechen. Auf einen tiefergehenden Vergleich einerseits mit dem aus dem *common law* und somit aus den Rechtsordnungen des Vereinigten Königreichs und Irlands bekannten Maßstab des „*sweat of the brow*" und andererseits mit dem aus den kontinentalen Rechtsordnungen bekannten Maßstab der „*originalité*" und der „*Schöpfungshöhe*" kommt es daher für die Zwecke des vorliegenden Verfahrens nicht an.

verbieten. Nach dieser denkbar weiten Formulierung [52] liegt somit eine Vervielfältigung vor, soweit die Beklagten im Ausgangsverfahren die streitgegenständlichen Fotografien unverändert veröffentlicht haben. Vorliegend stellt sich allerdings die Frage, ob auch die Veröffentlichung des streitgegenständlichen Phantombilds eine Vervielfältigung der Fotografie sein kann, die als Vorlage für seine Erstellung gedient hat.

127. Soweit die computerunterstützte Erstellung des Phantombilds so erfolgt ist, dass zunächst die streitgegenständliche Fotografie eingescannt [53] und dieser Scan dann mit Hilfe eines Programms modifiziert worden ist, so eine Vervielfältigung im Sinne des Art. 2 Buchst. a der Richtlinie naheliegend. Diese Bestimmung erfasst nämlich ausdrücklich auch Veröffentlichungen in einer veränderten Form. Dafür spricht auch der 21. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29, dem zufolge die Definition des Begriffs der Vervielfältigungshandlungen weit gefasst sein muss.

128. Zwingend ist dieses Ergebnis aber nicht. Bei der Auslegung des Begriffs der Vervielfältigung darf nämlich nicht nur auf den Wortlaut von Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29 abgestellt werden, sondern es muss auch der mit dieser Vorschrift verfolgte Zweck berücksichtigt werden. Dieser besteht in dem Schutz des urheberrechtlich geschützten Werks. In diesem Zusammenhang sind das Werk und das Werkstück zu unterscheiden. Das *Werk* ist die persönliche geistige Schöpfung, die urheberrechtlich geschützt ist. Das *Werkstück* ist der körperliche Gegenstand, in dem sich das urheberrechtlich geschützte Werk manifestiert. Das Vervielfältigungsrecht nach Art. 2 Buchst. a der Richtlinie schützt das urheberrechtliche Werk. Das Werkstück schützt es nur so weit, wie es zu einer Beeinträchtigung des Werks kommen kann.

129. Die Veröffentlichung eines Phantombilds stellt somit nur dann eine Vervielfältigung der als Vorlage dienenden Porträtaufnahme dar, wenn in dem Phantombild weiterhin die persönliche geistige Schöpfung verkörpert ist, die den urheberrechtlichen Schutz der fotografischen Vorlage begründet. In einem Fall, in dem das Phantombild auf der Grundlage eines Scans der fotografischen Vorlage erstellt wurde, liegt dies grundsätzlich nahe. Allerdings ist nicht ausgeschlossen, dass bei einem Phantombild, welches ausgehend vom Bild eines zehnjährigen Kindes das vermutete Aussehen eines achtzehnjährigen Erwachsenen darstellen soll, die Elemente, die die persönliche geistige Schöpfung bei der Vorlage ausmachen, im Rahmen der Erstellung des Phantombilds weitgehend beseitigt werden. Wird die Porträtaufnahme beispielsweise nur benutzt, um die biometrischen Merkmale einer Person zu erfassen, und wird dann aufgrund dieser Merkmale ein Phantombild erstellt, so stellt die Veröffentlichung

52 — Der Begriff der Vervielfältigung in Art. 2 der Richtlinie 2001/29 stellt eine Kombination des Begriffs der Vervielfältigung in den vorhergehenden Richtlinien dar. Siehe hierzu Reinbothe, J., „Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — Internationaler Teil* 2001, S. 733 ff., 736, und Lewinsky, S., „Der EG-Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht und zu verwandten Schutzrechten in der Informationsgesellschaft", *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht — Internationaler Teil* 1998, S. 637 ff., 638.

53 — In diesem Fall wäre die Erstellung des Scans selbst eine Vervielfältigung, deren Zulässigkeit nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 beurteilt werden müsste.

dieses Phantombilds keine Vervielfältigung im Sinne des Art. 2 Buchst. a der Richtlinie dar.

c) Ergebnis

132. Als Ergebnis ist erstens festzuhalten, dass eine Porträtaufnahme nach Art. 6 der Richtlinie 93/98 bzw. der Richtlinie 2006/116 urheberrechtlichen Schutz genießt, wenn sie ein aus seiner geistigen Schöpfung resultierendes individuelles Werk des Fotografen ist, was dann gegeben ist, wenn dieser durch Nutzung vorhandener Gestaltungsräume der Porträtfotografie eine persönliche Note gibt.

130. Nach den Vorgaben der Richtlinie scheint es mir dagegen kein eigenständig relevantes Kriterium zu sein, welchen schöpferischen Gehalt das Phantombild hat und ob es selbst ein urheberrechtlich geschütztes Werk ist. Je weiter sich das Phantombild jedoch von der Vorlage entfernt, desto eher wird angenommen werden können, dass die Elemente, welche die persönliche, geistige Schöpfung der Vorlage ausmachen, in dem Phantombild auf ein nicht mehr erhebliches und somit nicht mehr berücksichtigenswertes Maß zurückgedrängt werden.

133. Zweitens ist festzustellen, dass die Veröffentlichung eines Phantombilds, das auf Grundlage einer urheberrechtlich geschützten Porträtaufnahme erstellt worden ist, dann eine Vervielfältigung im Sinne des Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29 darstellt, wenn die Elemente, welche die individuelle geistige Schöpfung der Vorlage ausmachen, auch in dem Phantombild verkörpert sind.

B — *Zur dritten Vorlagefrage*

131. Es obliegt dem vorlegenden Gericht, unter Berücksichtigung dieser Vorgaben im Ausgangsverfahren zu prüfen, ob die Veröffentlichung des Phantombilds eine Vervielfältigung im Sinne des Art. 2 Buchst. a der Richtlinie darstellt.

134. Die dritte Vorlagefrage betrifft die Auslegung der Schrankenmöglichkeit nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie 2001/29. Danach können die Mitgliedstaaten Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das öffentliche Wiedergaberecht vorsehen für die Nutzung

zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit oder zur Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs von Verwaltungsverfahren, parlamentarischen Verfahren oder Gerichtsverfahren oder der Berichterstattung.

1. Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

136. Die *Klägerin im Ausgangsverfahren* und die *spanische Regierung* vertreten die Auffassung, dass Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie 2001/29 nur greife, wenn ein konkreter aktueller und ausdrücklicher Aufruf der Sicherheitsbehörden zur Veröffentlichung des Bildes erfolgt sei. Sie verweisen darauf, dass die Entscheidung, ob und wie diese Schrankenmöglichkeit angewendet werde, von den entsprechenden nationalen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden abhänge. Der Schutz der öffentlichen Sicherheit falle unter die ausschließliche Zuständigkeit der öffentlichen Behörden, so dass diese zu entscheiden hätten, in welchen Medien und in welcher Form Fotografien zu Fahndungszwecken veröffentlicht werden dürften. Dafür spricht nach Auffassung der Klägerin im Ausgangsverfahren auch, dass die Richtlinie 2001/29 ein hohes Schutzniveau der Rechte für das geistige Schaffen erreichen solle. Wenn Medien für sich in Anspruch nehmen könnten, dass eine Bildnisveröffentlichung im Interesse der öffentlichen Sicherheit stattfinde, stünde es in ihrem Belieben, Urheberwerke ohne Zustimmung zu verwerten. Nach der Klägerin im Ausgangsverfahren setzt Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie zudem weiter voraus, dass mit der Veröffentlichung der Bilder auch ein Aufruf zur Mitwirkung an der Fahndung verbunden werde. Es reiche nicht aus, wenn Medien im Nachhinein behaupteten, dass eine Bildnisveröffentlichung Fahndungszwecken gedient habe.

135. Das vorlegende Gericht stellt sich erstens die Frage, ob eine Anwendung dieser Vorschrift voraussetzt, dass ein konkreter aktueller und ausdrücklicher Aufruf der Sicherheitsbehörden zur Veröffentlichung der streitgegenständlichen Bilder erfolgt ist, d. h. ob die Veröffentlichung der Bilder zu Fahndungszwecken amtlich veranlasst sein muss. Für den Fall, dass dies nicht gefordert ist, stellt es sich zweitens die Frage, ob Medien Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie 2001/29 für sich auch dann in Anspruch nehmen können, wenn sie ohne ein entsprechendes Fahndungsersuchen einer Behörde selbst entscheiden, dass die Veröffentlichung der Bilder „im Interesse der öffentlichen Sicherheit“ stattfindet. Für den Fall, dass dies nicht möglich ist, stellt es sich drittens die Frage, ob es für die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie 2001/29 ausreicht, wenn Medien im Nachhinein behaupten, dass eine Veröffentlichung der Bilder Fahndungszwecken gedient habe, oder ob es in jedem Fall eines konkreten Fahndungsaufrufs zur Mithilfe der Leser bei der Aufklärung einer Straftat bedarf, der unmittelbar mit der Lichtbildveröffentlichung verbunden sein muss.

137. Die *Beklagten im Ausgangsverfahren,* die *österreichische Regierung* und die *Kommission* vertreten dagegen die Auffassung, dass Medien Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie auch dann in Anspruch nehmen könnten, wenn kein aktuelles und ausdrückliches Fahndungsersuchen vorliege. Diese Bestimmung enthalte keinen Hinweis darauf, dass ein konkreter und ausdrücklicher Aufruf der Sicherheitsbehörden zur Bildveröffentlichung notwendig sei.

138. Im Übrigen unterscheidet sich das Vorbringen dieser Verfahrensbeteiligten.

139. Die Beklagten im Ausgangsverfahren weisen darauf hin, dass Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie den Mitgliedstaaten auch die Möglichkeit einräume, eine freie Werknutzung zur Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs von Verwaltungs-, parlamentarischen oder Gerichtsverfahren zu erlauben. Dagegen vertritt die Kommission die Auffassung, dass Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie zwei eigenständige Fallgestaltungen aufweise und es vorliegend lediglich um die Konstellation der Nutzung zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit gehe.

140. Weiter vertreten die Beklagten im Ausgangsverfahren die Auffassung, dass sich Medien unmittelbar auf Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie 2001/29 berufen könnten, wenn die Veröffentlichung der Bilder im Interesse der öffentlichen Sicherheit stattfinde. In diesem Zusammenhang verweisen sie insbesondere auf die Bedeutung der Pressefreiheit. Medien müssten selbständig, also ohne Aufruf der Behörden entscheiden können, wann sie recherchierten und berichteten. Im Übrigen würden Leser bereits aufgrund der Schilderung des Sachverhalts in den Medien den Strafbehörden wichtige Informationen mitteilen, die zur Aufklärung der Straftat führten.

141. Dagegen vertreten die österreichische Regierung und die Kommission die Auffassung, dass es den zuständigen innerstaatlichen Behörden vorbehalten sei, Ausnahmen und Beschränkungen zum Zwecke der öffentlichen Sicherheit vorzusehen. Diese müssten allerdings die Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie und des Drei-Stufen-Tests beachten. Medien könnten daher nicht nach eigenem Gutdünken entscheiden, wann die öffentliche Sicherheit betroffen sei.

142. Weiter führt die Kommission aus, dass die Vervielfältigung der Bilder für Zwecke der öffentlichen Sicherheit notwendig sein und im Verhältnis zu dem verfolgten Zweck der öffentlichen Sicherheit stehen müsse. Wenn Polizeibehörden die Medien um Veröffentlichung einer Fotografie gebeten hätten, bestehe eine starke Vermutung dafür, dass die Nutzung zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit erforderlich sei. Wenn dagegen die Veröffentlichung der Fotografie und des begleitenden Textes in keiner offensichtlichen Beziehung zur öffentlichen Sicherheit stehe und der Verleger dies nur im Nachhinein behaupte, bestehe ein starker Verdacht dahin gehend, dass die Nutzung tatsächlich nicht zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit erfolgt sei.

143. Die österreichische Regierung hält es für ausreichend, wenn die Veröffentlichung der Bilder zur Aufklärung strafbarer Handlungen objektiv geeignet ist.

2. Rechtliche Würdigung

144. Wie sich aus dem Vorlagebeschluss ergibt, ist auch die dritte Vorlagefrage vor dem Hintergrund der Rechtsauffassungen zu sehen, die der OGH im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz vertreten hat. [54] Dort hat der OGH nämlich entschieden, dass eine freie Nutzung der streitgegenständlichen Fotografien zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit nach den Bestimmungen des nationalen Rechts keinen bestimmten ausdrücklichen Aufruf der Sicherheitsbehörden zur Veröffentlichung der Bilder voraussetze. Es genüge vielmehr, dass bei den Sicherheitsbehörden Fotografien zur Veröffentlichung auflägen und im Kontext mit deren Veröffentlichung auf tatsächlich noch anhängige strafbehördliche Ermittlungen zur Aufklärung strafbarer Handlungen hingewiesen werde.

145. Das vorlegende Gericht möchte mit seinen drei Teilfragen wissen, ob dieser Ansatz mit den Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie 2001/29 vereinbar ist.

54 — Siehe Nr. 38 dieser Schlussanträge.

146. Bevor ich die drei Teilfragen beantworten werde, möchte ich zunächst auf die Regelungstechnik eingehen, die Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie und somit auch dessen Buchst. d zugrunde liegt.

a) Zur Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2001/29 zugrunde liegenden Regelungstechnik

147. Art. 5 der Richtlinie 2001/29 sieht eine Reihe von Schranken für das Urheberrecht vor. Wie sich aus dem 32. Erwägungsgrund der Richtlinie ergibt, ist diese Liste abschließend, da hinsichtlich der zulässigen Schranken ein Mindestgrad an Harmonisierung erreicht werden soll. Bei den Begriffen in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie handelt es sich somit um autonome Begriffe des Unionsrechts.

148. Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie sieht eine Reihe von fakultativen Schranken vor. Die Mitgliedstaaten können die dort aufgeführten Schranken vorsehen, müssen dies aber grundsätzlich nicht. Wenn die Mitgliedstaaten entscheiden können, ob sie eine in Abs. 3 aufgeführte Schranke vorsehen, können sie nach dem Grundsatz *qui potest majus, potest et minus* grundsätzlich auch entscheiden, wie sie eine solche Schranke ausgestalten. Allerdings haben sie dabei gewisse Vorgaben zu beachten. Zunächst stellen es bestimmte Schrankenbefugnisse zwar in das Ermessen der Mitgliedstaaten, ob sie eine Schranke vorsehen wollen, sehen aber für den Fall, dass die Mitgliedstaaten von diesen Befugnissen Gebrauch machen, bestimmte Mindestvorgaben

vor. Weiter müssen die Mitgliedstaaten in jedem Fall die Vorgaben des Drei-Stufen-Tests nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie beachten. Sie dürfen die Schranken somit nur in bestimmten Sonderfällen anwenden *(erste Stufe)*, in denen die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt wird *(zweite Stufe)* und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden *(dritte Stufe)*. [55] Ferner können sich auch aus anderen unionsrechtlichen Regeln Vorgaben ergeben. Schließlich ergibt sich aus dem 32. Erwägungsgrund der Richtlinie, dass die Mitgliedstaaten ihr Ermessen in kohärenter Weise ausüben müssen.

149. Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie sieht somit einen rechtlichen Rahmen vor, den ein Mitgliedstaat einhalten muss. Wie ein Mitgliedstaat eine in dieser Vorschrift vorgesehene Schranke ausgestaltet, steht innerhalb des vorgegebenen Rahmens allerdings in seinem Ermessen.

150. Für die Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie 2001/29 bedeutet dies, dass ein Mitgliedstaat zwar insofern durch Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie gebunden ist, als dort die Grenzen dessen festgelegt sind, was er als einen Fall der öffentlichen Sicherheit ansehen kann, der eine Ausnahme vom oder eine Beschränkung des Urheberrechts rechtfertigen kann. Innerhalb dieser Grenzen kann der Mitgliedstaat aber grundsätzlich im eigenen Ermessen bestimmen, in welchen Fällen er eine Ausnahme vom oder eine Beschränkung des Urheberrechts für gerechtfertigt hält.

b) Zur ersten Teilfrage

151. Unter Berücksichtigung der dargestellten Regelungstechnik des Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie 2001/29 ist die erste Teilfrage so zu verstehen, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, ob ein mitgliedstaatliches Gericht bei der Auslegung der einschlägigen nationalen Bestimmungen die von Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie vorgegebenen Grenzen überschreitet, wenn es feststellt, dass es in einem Fall wie dem vorliegenden keine Voraussetzung für die zustimmungsfreie Veröffentlichung urheberrechtlich geschützter Fotografien ist, dass ein aktueller und ausdrücklicher Aufruf der Sicherheitsbehörden vorliegt.

152. Der vorliegende Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass es in der Vergangenheit im Zusammenhang mit der Entführung von Natascha K. im Jahr 1998 zu Fahndungsmaßnahmen gekommen ist und aus diesem

55 — Zum Drei-Stufen-Test siehe Nr. 134 meiner Schlussanträge vom 12. Februar 2009 in der Rechtssache Infopaq International (C-5/08, bereits in Fn. 47 angeführt).

Grund die streitgegenständlichen Fotografien bei den Sicherheitsbehörden zur Veröffentlichung auflagen. Nach der Flucht von Natascha K. im Jahr 2006 vor ihrem Entführer hat es aber keinen aktuellen und ausdrücklichen Fahndungsaufruf gegeben.

153. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass es nach dem Wortlaut des Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie entscheidend ist, dass die Ausnahme vom oder die Beschränkung des Vervielfältigungsrechts zum Zweck der öffentlichen Sicherheit erfolgt. Relevantes Kriterium ist daher, ob die Vervielfältigung zur Verfolgung von Zwecken der öffentlichen Sicherheit objektiv geeignet ist. [56]

154. Weiter ist festzuhalten, dass mit einem Fahndungsaufruf, mit dem eine entführte Person oder auch ihr bzw. ihre Entführer aufgefunden werden sollen, ein Zweck der öffentlichen Sicherheit im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie 2001/29 verfolgt wird.

155. Ferner überschreitet ein Mitgliedstaat nicht die von Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie 2001/29 gezogenen Grenzen, wenn er auch bei einem zeitlich weit zurückliegenden Fahndungsaufruf die öffentliche Sicherheit weiterhin als berührt ansieht. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass eine Person, nach der gefahndet wird, erst Jahre nach dem Fahndungsaufruf gefunden wird.

156. Allerdings kann trotz der Umstände, dass eine nationale Sicherheitsbehörde in der Vergangenheit zur Fahndung aufgerufen und in diesem Zusammenhang Bilder zur Veröffentlichung aufgelegt hat, eine objektive Eignung zur Verfolgung eines Zwecks der öffentlichen Sicherheit dann nicht mehr angenommen werden, wenn sich dieser Fahndungsaufruf bereits erledigt hat. Das vorlegende Gericht wird somit prüfen müssen, welche Zwecke mit dem ursprünglichen Fahndungsaufruf verfolgt worden sind und ob diese Zwecke sich mit der Flucht von Natascha K. und der sich unmittelbar anschließenden Selbsttötung ihres Entführers nicht bereits erledigt hatten.

157. Sollte das vorlegende Gericht zu dem Ergebnis kommen, dass mit der Fahndung noch weitere Zwecke verfolgt wurden, die sich nicht erledigt hatten, wie etwa die Fahndung nach einem potenziellen Mittäters, [57] so wird es weiter prüfen müssen, ob die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Fotografien in den Zeitungen und der Zeitschrift objektiv geeignet war, zu diesem weiteren Fahndungszweck beizutragen. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass auch Zeitungsartikel, in denen selbst nicht zu einer Fahndung aufgerufen wird, objektiv geeignet sind, zu einer Fahndung der öffentlichen

56 — Über den vorliegenden Fall hinaus ist somit festzustellen, dass der Begriff der öffentlichen Sicherheit nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie 2001/29 nicht nur die Fallgruppe der Fahndungsaufrufe erfasst.

57 — Hierauf berufen sich die Beklagten im Ausgangsverfahren.

Sicherheitsbehörden beizutragen. In dem Artikel muss aber zumindest ein Bezug zu einer weiterhin laufenden Fahndung hergestellt werden. Weiter muss die Veröffentlichung der Bilder objektiv geeignet sein, diesen weiteren Fahndungszweck zu fördern. Das nationale Gericht würde in dieser Konstellation somit insbesondere prüfen müssen, ob die Veröffentlichung von acht Jahre alten Fotografien und eines Phantombilds der Entführten objektiv geeignet sein kann, einen potenziellen Mittäter aufzufinden, der unter Einsatz derselben Fotografien bereits vor acht Jahren nicht aufgefunden worden ist.

158. Sollte das vorlegende Gericht unter Ansatz des vorgenannten Maßstabs zu dem Ergebnis kommen, dass die Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie erfüllt sind, so müsste es darüber hinaus prüfen, ob auch die Vorgaben des Drei-Stufen-Tests beachtet werden. Im vorliegenden Fall wird es insbesondere prüfen müssen, ob auch die dritte Stufe dieses Tests eingehalten wird, ob also die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden. Dies kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die Vervielfältigung der streitgegenständlichen Fotografien in erster Linie der Illustration eines Artikels über Natascha K. gedient hat und eine Mitwirkung an einem Fahndungsaufruf der öffentlichen Sicherheitsbehörden im Verhältnis zu diesem Zweck in den Hintergrund geraten ist.

c) Zur zweiten Teilfrage

159. Mit seiner zweiten Teilfrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Medien von sich aus entscheiden können, dass eine Bildnisveröffentlichung zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit stattfindet, ob sich Medien also „über den Kopf der zuständigen Sicherheitsbehörden hinweg“ unmittelbar auf den Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie 2001/29 berufen können.

160. Diese Frage ist zu verneinen.

161. Wie oben dargelegt, [58] sieht Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie vor, dass die Mitgliedstaaten Ausnahmen von oder Beschränkungen des Urheberrechts zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit vorsehen *können*. Ein Mitgliedstaat ist somit nach dieser Bestimmung nicht verpflichtet, eine solche Schranke überhaupt einzuführen. Wenn er sie einführt, kann er sie im Rahmen der unionsrechtlich vorgegebenen Grenzen ausgestalten. Die Entscheidung, in welchen von Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie erfassten Fällen eine Beschränkung des Urheberrechts gerechtfertigt ist, steht somit grundsätzlich im Ermessen des Mitgliedstaats.

58 — Siehe die Nrn. 148 bis 150 dieser Schlussanträge.

162. Medien können sich daher bereits deswegen nicht unmittelbar auf Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie berufen, um die Vervielfältigung von urheberrechtlich geschützten Fotografien zu rechtfertigen, weil diese Bestimmung insofern nicht hinreichend bestimmt genug und unbedingt ist.

d) Zur dritten Teilfrage

165. Die dritte Teilfrage muss nicht beantwortet werden, da sie nur für den Fall gestellt ist, dass die zweite Teilfrage positiv beantwortet wird.

163. Soweit sich die Beklagten im Ausgangsverfahren in diesem Zusammenhang auf die Pressefreiheit berufen, weil ihre Möglichkeiten zur Berichterstattung eingeschränkt würden, geht dies fehl. Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie räumt den Mitgliedstaaten Befugnisse zum Schutz der öffentlichen Sicherheit ein. Er hat somit nicht die Abwägung zwischen dem Schutz des geistigen Eigentums und der Pressefreiheit zum Gegenstand. Diese Abwägung kommt vielmehr insbesondere in den Art. 5 Abs. 3 Buchst. c (Pressefreiheit) und d (Zitierfreiheit) der Richtlinie 2001/29 zum Ausdruck und ist daher bei der Auslegung dieser Bestimmungen zu berücksichtigen.

C — *Zur zweiten Vorlagefrage*

166. Die zweite Frage des vorlegenden Gerichts betrifft Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie 2001/29. Nach dieser Bestimmung können die Mitgliedstaaten Ausnahmen oder Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht vorsehen für Zitate zu Zwecken wie Kritik oder Rezensionen, sofern sie ein Werk betreffen, das der Öffentlichkeit bereits rechtmäßig zugänglich gemacht wurde. Weitere Voraussetzungen sind, dass die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers, angegeben wird, außer in Fällen, in denen sich dies als unmöglich erweist, sowie, dass die Nutzung den anständigen Gepflogenheiten entspricht und in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist.

164. Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass sich Medien nicht unmittelbar auf Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie 2001/29 berufen können, um die Vervielfältigung von urheberrechtlich geschützten Fotografien zu rechtfertigen.

167. Das vorlegende Gericht möchte erstens wissen, ob diese Vorschrift auch dann zur Anwendung kommen kann, wenn der zitierende Presseartikel selbst kein urheberrechtlich geschütztes Sprachwerk sein sollte. Zweitens

stellt es die Frage, ob die Vorschrift auch dann angewendet werden kann, wenn dem zitierten Werk nicht der Name des Urhebers oder des ausübenden Künstlers beigefügt ist.

1. Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

168. Die Beklagten im Ausgangsverfahren halten die *erste Teilfrage* mangels Entscheidungserheblichkeit für unzulässig, weil das vorlegende Gericht nicht festgestellt habe, ob die Artikel urheberrechtlich geschützt sind oder nicht.

169. Inhaltlich führen die Klägerin im Ausgangsverfahren und die italienische Regierung aus, dass es der Anwendung von Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie 2001/29 entgegenstehe, wenn der Presseartikel, der ein Werk zitiere, selbst kein urheberrechtlich geschütztes Sprachwerk sei. Nach Auffassung der italienischen Regierung spricht hierfür der Wortlaut der Bestimmung. Weiter berufen sich die italienische Regierung und die Klägerin auf die Ziele eines hohen Schutzniveaus für Urheberrechte und einer angemessenen Vergütung für den Urheber.

170. Dagegen halten die Beklagten im Ausgangsverfahren, die österreichische Regierung und die Kommission es nicht für eine Voraussetzung von Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie, dass der zitierende Presseartikel selbst ein urheberrechtlich geschütztes Sprachwerk ist, da ein Zitatrecht auch in diesem Fall gerechtfertigt sein könne. Die Kommission verweist in diesem Zusammenhang auf den Wortlaut der Bestimmung und den Umstand, dass die in Art. 5 der Richtlinie 2001/29 aufgeführten Ausnahmen erschöpfend seien. Zudem müsse ein angemessener Ausgleich hergestellt werden zwischen dem Schutz des geistigen Eigentums und dem öffentlichen Interesse an einer freien Werknutzung im Wege eines Zitats.

171. Hilfsweise führen die Beklagten im Ausgangsverfahren und die spanische Regierung aus, dass auch ein kurzer Presseartikel urheberrechtlich geschützt sein könne.

172. Zur *zweiten Teilfrage* führen die Klägerin im Ausgangsverfahren, die österreichische, die italienische und die spanische Regierung sowie die Kommission aus, dass Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie nicht zur Anwendung komme, wenn dem zitierten Werk oder sonstigen Schutzgegenstand nicht der richtige Name des Urhebers beigefügt sei, es sei denn, dass sich dies als unmöglich erweise. Die österreichische Regierung weist auf den klaren Wortlaut der Bestimmung hin.

173. Nach Auffassung der Beklagten im Ausgangsverfahren ist diese Frage unzulässig, da sich die Antwort bereits aus dem Wortlaut der Bestimmung ergebe. Inhaltlich führen sie aus, dass Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie auch dann zur Anwendung komme, wenn dem zitierten Werk oder sonstigen Schutzgegenstand nicht der Name des Urhebers oder des ausübenden Künstlers beigefügt worden sei. Im Übrigen sei es ihnen nach dem normalen Lauf der Dinge auch nicht möglich gewesen, Kenntnis von dem Namen oder den Herstellerbezeichnungen der Klägerin im Ausgangsverfahren zu erlangen. Die Agentur, von welcher sie die streitgegenständlichen Fotografien erhalten hätten, habe die Fotografien nämlich ohne jeden Nachweis von der Polizei schon früher zu Fahndungszwecken oder auf Pressekonferenzen erhalten.

174. Dagegen vertreten die Klägerin im Ausgangsverfahren und die italienische Regierung die Auffassung, dass die Übermittlung der streitgegenständlichen Bilder durch eine Nachrichtenagentur die Beklagten im Ausgangsverfahren nicht von der Nennung des richtigen Urhebers entbunden habe.

175. *Darüber hinaus* äußern sich die Verfahrensbeteiligten auch zu den weiteren Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie. Die Klägerin im Ausgangsverfahren, die österreichische und die spanische Regierung sowie die Kommission weisen darauf hin, dass diese Bestimmung nur zur Anwendung komme, wenn die Fotografien als Zitat gebraucht worden seien, ihnen also eine Belegfunktion zukomme. Dafür reiche es nicht aus, dass sie lediglich gebraucht worden seien, um die Aufmerksamkeit des Lesers auf den Bericht zu lenken.

176. Nach Auffassung der österreichischen Regierung und der Kommission kann nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie auch das Zitieren ganzer Bilder zulässig sein, wenn dies durch den Zitatzweck geboten sei. In diesem Fall komme allerdings dem Drei-Stufen-Test nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie besondere Bedeutung zu. Die italienische Regierung und die Kommission zweifeln daran, ob im Ausgangsverfahren die Voraussetzungen des Drei-Stufen-Tests, insbesondere die zweite und dritte Stufe, erfüllt sind.

177. Dagegen führen die Beklagten im Ausgangsverfahren aus, dass auch die weiteren Voraussetzungen von Art. 5 Abs. 3 Buchst. d erfüllt seien. Insbesondere sei die Veröffentlichung im Rahmen der anständigen Gepflogenheiten erfolgt, da sie die veröffentlichten Fotografien von unbedenklichen Dritten bezogen hätten. Außerdem müsse das Recht auf freie Meinungsäußerung berücksichtigt werden.

2. Rechtliche Würdigung

178. Wie sich aus dem Vorlagebeschluss ergibt, ist auch die zweite Vorlagefrage vor dem Hintergrund der Rechtsauffassungen zu

sehen, die der OGH in seiner Entscheidung im Verfahren auf einstweiligen Rechtsschutz vertreten hat.[59] Darin hat der OGH ausgeführt, dass nach den Vorschriften des nationalen Rechts eine freie Benutzung für Zitate in Zeitungen und Zeitschriften möglich, die Zitierung ganzer Bilder aber nur dann zulässig sei, wenn diese durch den Zitatzweck geboten sei und der wirtschaftliche Wert des Lichtbilds nicht in einer ins Gewicht fallenden Weise ausgehöhlt werde.

a) Zur ersten Teilfrage

179. Mit seiner ersten Teilfrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie 2001/29 anwendbar ist, wenn das Medium, in dem sich das Zitat befindet, selbst keinen urheberrechtlichen Schutz genießt.

180. Diese Frage ist entscheidungserheblich. Entgegen der Auffassung der Beklagten im Ausgangsverfahren ist es nicht notwendig, dass das vorlegende Gericht zunächst prüft, ob die Artikel urheberrechtlich geschützt sind. Das Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV ist nämlich nicht in dem Sinne subsidiär ausgestaltet, dass ein nationales Gericht alle weiteren streitigen Fragen klären muss, bevor es dem Gerichtshof eine Frage zur Auslegung des Unionsrecht vorlegt.

181. Auch in diesem Zusammenhang ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Schrankenmöglichkeit nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie 2001/29 für die Mitgliedstaaten fakultativ ist und sie daher grundsätzlich Ermessen hinsichtlich der Frage haben, ob sie diese Schranke im nationalen Recht vorsehen und wie sie diese im Rahmen des unionsrechtlich vorgegebenen Rahmens ausgestalten, allerdings unter Berücksichtigung der bereits in Nr. 148 dieser Schlussanträge aufgeführten Vorbehalte.

182. Vor diesem Hintergrund ist die Frage des vorlegenden Gerichts so zu verstehen, dass es wissen möchte, ob ein Mitgliedstaat den nach dieser Bestimmung vorgegebenen unionsrechtlichen Rahmen überschreitet, wenn er es nach nationalem Recht nicht zur Voraussetzung für das Zitierrecht macht, dass der zitierende Artikel selbst urheberrechtlich geschützt ist.

183. Diese Frage ist zu verneinen.

184. Erstens sieht der Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie eine solche einschränkende Voraussetzung nicht vor.

59 — Siehe Nr. 38 dieser Schlussanträge.

185. Zweitens ergeben sich aus der Richtlinie auch keine weiteren Anhaltspunkte, die eine solche Voraussetzung nahelegen würden. Aus dem systematischen Zusammenhang mit den weiteren in Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie vorgesehenen Schrankenmöglichkeiten ergibt sich vielmehr, dass es kein diesen Schrankenmöglichkeiten zugrunde liegender Grundgedanke ist, dass die Beschränkung des Urheberrechts an einem Werk nur zugunsten eines anderen Werks gewährt werden kann.

186. Drittens scheint mir auch der Zweck dieser Bestimmung nicht für eine solche Auslegung zu sprechen. Die Schrankenmöglichkeit nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie ist vor dem Hintergrund des Interesses an einer freien geistigen Auseinandersetzung zu sehen. Sie dient also insbesondere der Verwirklichung der Meinungs- und Pressefreiheit. Äußerungen, die selbst urheberrechtlich geschützt sind, können aber sehr wohl vom Schutzbereich dieser Grundrechte erfasst sein.

187. Viertens ergibt sich aus der Revidierten Berner Übereinkunft, auf die die Schrankenmöglichkeit nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie gedanklich zurückzuführen ist[60] und in deren Licht sie somit auszulegen ist, ebenfalls kein Anhaltspunkt für eine solche restriktive Auslegung.

60 — Siehe Art. 10 Abs. 1 der Revidierten Berner Übereinkunft.

188. Fünftens gebietet auch der Drei-Stufen-Test nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29 nicht, dass nur Zitate in urheberrechtlich geschützten Werken privilegiert werden. Insofern kann zunächst auf die vorgenannten Argumente verwiesen werden. Weiter ist nicht ersichtlich, dass die normale Verwertung einer urheberrechtlich geschützten Fotografie durch Zitate in nicht urheberrechtlich geschützten Werken stärker beeinträchtigt wird als durch Zitate in urheberrechtlich geschützten Schriftwerken.

189. Als Ergebnis ist somit festzuhalten, dass es keine zwingende Voraussetzung von Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie 2001/29 ist, dass der Artikel, in dem sich das Zitat im Sinne dieser Bestimmung befindet, selbst urheberrechtlich geschützt ist.

190. Da Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie für die Mitgliedstaaten fakultativ ist, steht es diesen allerdings grundsätzlich frei, das Zitierrecht nach nationalem Recht enger auszugestalten als die Grenzen des unionsrechtlichen Rahmens vorsehen. Dabei müssen sie jedoch weitere unionsrechtliche Vorgaben berücksichtigen, zu denen insbesondere die Meinungs- und Pressefreiheit gehört.

b) Zur zweiten Teilfrage

191. Mit seiner zweiten Teilfrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die Ausnahme nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie zur Anwendung kommen kann, wenn die Urheberin der veröffentlichten Fotografie nicht in den Artikeln genannt worden ist. Auch diese Frage ist so zu verstehen, dass das vorlegende Gericht wissen möchte, ob ein Mitgliedstaat den von Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie gesetzten Rahmen überschreitet, wenn nach nationalem Recht ein Zitat auch ohne Angabe des Namens des Urhebers des zitierten Werks erfolgen kann.

192. Entgegen der Auffassung der Beklagten im Ausgangsverfahren ist die Vorlagefrage zulässig. Aus Art. 104 § 3 Unterabs. 2 der Verfahrensordnung ergibt sich, dass Vorlagefragen auch dann, wenn deren Beantwortung keinen Raum für vernünftige Zweifel lässt, nicht unzulässig sind, über sie allerdings durch Beschluss entschieden werden kann.

193. Inhaltlich weist diese Frage zwei Elemente auf. Da der Name des Urhebers nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie nur dann genannt werden muss, wenn sich dies nicht als unmöglich erweist, stellt sich zunächst die Frage, wann eine Unmöglichkeit im Sinne dieser Vorschrift anzunehmen ist (i). Weiter stellt sich die Frage, welche Rechtsfolgen ein Mitgliedstaat vorsehen muss, wenn die Angabe nicht unmöglich war und der Name des Urhebers dennoch nicht angegeben wurde (ii).

i) Zur Unmöglichkeit der Angabe

194. Wann die Angabe der Quelle und des Urhebers sich als unmöglich erweist, ist in Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie 2001/29 nicht definiert.

195. Einerseits kommt es nach dem Wortlaut dieser Vorschrift auf eine Unmöglichkeit an. Eine mangelnde Zumutbarkeit ist somit noch nicht ausreichend. Dies spricht für einen recht strengen Maßstab. Dafür sprechen auch die der Richtlinie 2001/29 zugrunde liegenden Ziele eines hohen Schutzniveaus und einer angemessenen Vergütung.[61] Weiter ergibt sich aus dem Wort „erweisen“[62], dass von dem Zitierenden zumindest gewisse Bemühungen erwartet werden müssen, um die Quelle und den Namen des Urhebers in Erfahrung zu bringen.

61 — Siehe die Erwägungsgründe 4, 9 und 10 der Richtlinie 2001/29.

62 — Im Englischen „turns out to be“, im Französischen „s'avère“, im Niederländischen „blijkt“, im Portugiesischen „se revele“, im Slowenischen „se … izkaže“, im Spanischen „resulte“. Weniger deutlich in der italienischen Sprachfassung „in caso di“.

196. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass das Zitierrecht der Verwirklichung der Meinungs- und Pressefreiheit dient. Es dürfen somit keine so hohen Anforderungen an die Unmöglichkeit gestellt werden, dass das Zitierrecht im Falle eines nicht ermittelbaren Urhebers praktisch nicht mehr zur Anwendung kommt.

197. Die Beurteilung, ob die Angabe des Urhebers unmöglich im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie war, muss zudem unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls erfolgen.

198. Das vorlegende Gericht wird somit im vorliegenden Fall insbesondere den Umstand berücksichtigen müssen, dass die streitgegenständlichen Fotografien im Rahmen eines Fahndungsaufrufs eingesetzt worden sind. In einem solchen Fall kann sich ein Zitierender nämlich nicht ohne Weiteres darauf verlassen, dass derjenige, der sich im tatsächlichen Besitz einer Fotografie befindet, auch die Rechte an ihr besitzt. Weiter wird von einem Zitierenden in einem solchen Fall verlangt werden müssen, dass er in dem Fall, in dem der Name des Urhebers nicht aus der Fotografie ersichtlich ist, Nachforschungen anstellt. Der Name des Urhebers wird nämlich in aller Regel nicht auf den Fahndungsfotos abgebildet sein.

199. Für hohe Anforderungen an die Obliegenheit der Beklagten im Ausgangsverfahren spricht zudem auch der Drei-Stufen-Test nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie. Dessen zweite und dritte Stufe verlangen, dass die normale Verwertung des Werks nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden. Der vorliegende Fall ist dadurch gekennzeichnet, dass in das Urheberrecht der Klägerin im Ausgangsverfahren bereits durch Fahndungsmaßnahmen, also Maßnahmen zu Zwecken der öffentlichen Sicherheit, eingegriffen worden ist, und diese Maßnahmen dazu geführt haben, dass die streitgegenständlichen Fotografien ohne ihre Zustimmung und ohne dass sie als Urheberin der Bilder angegeben wurde, vervielfältigt wurden. Damit das Urheberrecht in einem solchen Fall nicht völlig entwertet wird, kann meines Erachtens nur in Ausnahmefällen angenommen werden, dass sich der Zitierende ohne entsprechende Ermittlungen darauf berufen kann, dass die Angabe des Urhebers unmöglich war.

200. Ohne der von dem vorlegenden Gericht durchzuführenden Würdigung im Einzelfall vorgreifen zu wollen, scheint es mir aufgrund der sich aus dem Vorlagebeschluss ergebenden Sachverhaltsangaben recht naheliegend zu sein, dass sich die Angabe für die Beklagten im Ausgangsverfahren nicht als unmöglich erwiesen hat.

ii) Zu den Rechtsfolgen beim Nichtvorliegen einer Unmöglichkeit

201. Sollte das vorlegende Gericht zu dem Ergebnis kommen, dass sich die Angabe des Namens der Urheberin nicht als unmöglich erwiesen hat, so stellt sich weiter die Frage,

welche Rechtsfolgen ein Mitgliedstaat in diesem Fall vorsehen muss. Hier kommt als ein Ansatz in Betracht, dass die Veröffentlichung in diesem Fall ohne die Zustimmung des Urhebers unzulässig ist. Als weiterer Ansatz kommt in Erwägung, dass die Veröffentlichung in diesem Fall zulässig bleibt, der Urheber allerdings einen Anspruch auf Nennung seines Namens hat.

202. Mir scheint nur der Ansatz mit Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie 2001/29 vereinbar zu sein, dem zufolge das Zitat ohne Nennung des Namens und ohne Zustimmung des Urhebers eine unzulässige Veröffentlichung darstellt.

203. Dafür spricht erstens der Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie 2001/29. Dieser sieht nämlich vor, dass ein Mitgliedstaat ein Zitatrecht nur dann vorsehen kann, sofern die Quelle, einschließlich des Namens des Urhebers, angegeben wird. Dies legt nahe, dass es sich um eine Voraussetzung handelt, die von einem Mitgliedstaat, der die Befugnis nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie wahrnimmt, zwingend zu beachten ist.

204. Diese Auslegung wird zweitens dadurch bestätigt, dass diese Voraussetzung im Zusammenhang mit weiteren Voraussetzungen dieser Bestimmung genannt wird, die ihrerseits offensichtlich zwingend zu beachten sind. Dabei handelt es sich um die Voraussetzungen, dass die Nutzung den anständigen Gepflogenheiten entsprechen und sie in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt sein muss.

205. Drittens spricht hierfür auch der Sinn und Zweck, der mit dieser Voraussetzung verfolgt wird. Grundsätzlich ist ein Urheber in der Lage, über die Nutzung seines Werks zu entscheiden. Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie ermöglicht einem Mitgliedstaat zwar, die Rechte des Urhebers im Interesse der Meinungs- und Pressefreiheit zu beschränken. Dem Urheber soll aber durch die Pflicht zur Nennung der Quelle und seines Namens ein Mindestbestand an Kontrolle erhalten bleiben. Damit soll er u. a. kontrollieren können, ob die Nutzung seines Werks nicht über die eines zulässigen Zitats hinausgeht. Ein Ansatz, nach dem eine Vervielfältigung auch ohne Nennung des Namens des Urhebers zulässig wäre und lediglich ein Anspruch auf Nennung des Namens bestünde, würde die Gefahr mit sich führen, dass der Urheber diese Kontrolle nicht wirksam wahrnehmen kann. Wenn er nicht genannt wird, läuft er nämlich in vielen Fällen Gefahr, nicht von der Nutzung seines Werks erfahren zu haben.

206. Die vorgenannten Argumente sprechen dafür, die Angabe des Namens als zwingende Voraussetzung für die Schrankenmöglichkeit nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie anzusehen. Eine Nichteinhaltung dieser Voraussetzung führt somit dazu, dass eine

Vervielfältigung nicht auf der Grundlage dieser Vorschrift gerechtfertigt werden kann. [63]

iii) Ergebnis

207. Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der von Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie gesetzte Rahmen für zustimmungsfreie Zitate dann überschritten wird, wenn der Name der Urheberin einer Fotografie nicht angegeben worden ist, obwohl sich dies nicht als unmöglich erwiesen hat. Eine Angabe erweist sich nicht als unmöglich, wenn der Zitierende nicht alle Maßnahmen zur Ermittlung des Urhebers getroffen hat, die unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls angemessen erschienen.

c) Ergänzende Bemerkungen

208. Die zweite Vorlagefrage betrifft lediglich zwei Punkte, die im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie von Bedeutung sind. Da der Gerichtshof im Vorabentscheidungsverfahren dem vorlegenden Gericht allerdings alle Hinweise geben kann, die für die Lösung des Ausgangsverfahrens nützlich erscheinen [64], möchte ich über die beiden vom Gericht gestellten Teilfragen hinaus auf drei weitere Punkte eingehen, die die Grenzen des unionsrechtlichen Rahmens nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. d und Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie betreffen. Dies betrifft zunächst die Frage, unter welchen Umständen von einem Zitat im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie ausgegangen werden kann (i). Weiter stellt sich die Frage, ob auch ein Vollzitat ein Zitat im Sinne dieser Vorschrift sein kann (ii). Schließlich möchte ich noch auf die Begrenzung eingehen, welche diese Schrankenmöglichkeit durch die Voraussetzung, dass der Gebrauch den üblichen Gepflogenheiten entsprechen muss, und den Drei-Stufen-Test nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie erfährt (iii).

i) Zitat zu Zwecken wie Kritik oder Rezension

209. Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie 2001/29 sieht vor, dass die Mitgliedstaaten Ausnahmen und Beschränkungen für Zitate zum Zweck der Kritik oder der Rezension vorsehen können. Entscheidend ist somit,

63 — In diesem Sinne auch Götting, H.-P., in Löwenheim, U., *Handbuch des Urheberrechts*, Beck 2010, § 32 Randnr. 12.

64 — Siehe Nr. 117 dieser Schlussanträge.

dass mit der Vervielfältigung ein Zitatzweck verfolgt wird.

210. Der Begriff des Zitats wird in der Richtlinie nicht definiert. Nach dem natürlichen Sprachgebrauch ist äußerlich entscheidend für ein Zitat, dass fremdes Geistesgut unverändert in erkennbarer Weise wiedergegeben wird. Wie die in Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie genannten Regelbeispiele klarstellen, nach denen das Zitat zum Zweck der Kritik oder der Rezension erfolgen muss, reicht dies allein nicht aus. Vielmehr muss auch ein inhaltlicher Rückbezug auf das zitierte Werk in Form einer Beschreibung, Kommentierung oder Bewertung vorliegen. Das Zitat muss somit eine Erörterungsgrundlage sein.

211. Es ist Aufgabe des vorlegenden Gerichts, festzustellen, ob die Beklagten im Ausgangsverfahren mit der Veröffentlichung der streitgegenständlichen Bilder ein solches Ziel verfolgt haben. Von einem Zitat im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie kann allerdings dann nicht ausgegangen werden, wenn in den Artikeln der notwendige inhaltliche Rückbezug fehlt. Insbesondere dann, wenn die streitgegenständlichen Fotografien lediglich als „Aufmacher" benutzt worden sein sollten, um die Aufmerksamkeit der Leser zu erregen, ohne dass diese Fotografien im begleitenden Text selbst erörtert worden sind, kann kein Zitatzweck im Sinne des Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie angenommen werden.

ii) Vollzitat

212. Weiter stellt sich die Frage, inwiefern Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie auch Vollzitate erfasst. Nach seiner herkömmlichen Bedeutung ist ein Zitat grundsätzlich nur ein teilweiser Auszug aus einem Text. Bei Fotografien scheint es mir allerdings nicht ausgeschlossen zu sein, dass auch ein Vollzitat ein Zitat im Sinne dieser Vorschrift sein kann. Bei dieser Werkart kann nämlich eine vollständige Wiedergabe erforderlich sein, um den erforderlichen inhaltlichen Rückbezug herzustellen. Könnten nach Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie nur Teile von Fotografien veröffentlicht werden, so würde dies den Anwendungsbereich dieser Bestimmung auf Fotografien erheblich einschränken.

213. Da es bei einem Vollzitat zu einem nicht unerheblichen Eingriff in das Urheberrecht kommt, kommt in diesem Fall allerdings den weiteren Voraussetzungen, wie der Voraussetzung, dass das Zitat den anständigen Gepflogenheiten entsprechen muss, und der Prüfung des Drei-Stufen-Tests nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie, eine besondere Bedeutung zu.

iii) Weitere Voraussetzungen

214. Das vorlegende Gericht wird im Ausgangsfall auch prüfen müssen, ob die Veröffentlichung der streitgegenständlichen Fotografien dem üblichen Gebrauch entspricht und die Voraussetzungen des Drei-Stufen-Tests nach Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie 2001/29 erfüllt. In diesem Zusammenhang wird es insbesondere berücksichtigen müssen, ob durch das Vollzitat der streitgegenständlichen Fotografien in den Zeitungen, Zeitschriften und Internetseiten der Beklagten im Ausgangsverfahren deren Verkaufsmöglichkeiten erheblich eingeschränkt und die Interessen der Klägerin im Ausgangsverfahren damit ungebührlich verletzt wurden.

X — Vorschlag

215. Auf der Grundlage der vorgenannten Erwägungen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt auf die Vorlagefragen zu antworten:

1. Der Begriff der engen Beziehung nach Art. 6 Nr. 1 der Verordnung (EG) Nr. 44/2001 des Rates vom 22. Dezember 2000 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen ist so auszulegen, dass er zwischen der Klage gegen den Beklagten, der seinen Wohnsitz am Ort des Gerichts hat (Ankerklage), und der weiteren Klage einen einheitlichen Lebenssachverhalt und einen hinreichenden rechtlichen Zusammenhang voraussetzt. Ein einheitlicher Lebenssachverhalt kann in einem Fall wie dem vorliegenden nicht angenommen werden, wenn sich das klagegegenständliche Verhalten des Ankerbeklagten und des weiteren Beklagten als unkonzertiertes Parallelverhalten darstellt. Ein hinreichender rechtlicher Zusammenhang kann auch dann vorliegen, wenn auf die beiden Klagen ein unterschiedliches nationales Recht Anwendung findet, das nicht vollharmonisiert ist.

2. a) Art. 5 Abs. 3 Buchst. d 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 ist so auszulegen, dass ein Mitgliedstaat befugt ist, das Zitat eines Werks auch dann ohne Zustimmung des Urhebers zu erlauben, wenn der zitierende Presseartikel selbst nicht urheberrechtlich geschützt ist.

2. b) Weiter setzt diese Bestimmung zwingend voraus, dass der Zitierende den Namen des Urhebers einer urheberrechtlich geschützten Fotografie angeben muss, soweit sich dies nicht als unmöglich erweist. Eine Angabe erweist sich dann nicht als unmöglich, wenn der Zitierende nicht alle Maßnahmen zur Ermittlung des Urhebers getroffen hat, die unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls angemessen erschienen.

3. a) Art. 5 Abs. 3 Buchst. e der Richtlinie 2001/29 ist so auszulegen, dass ein Mitgliedstaat im Falle eines Fahndungsaufrufs, mit dem ein Zweck der öffentlichen Sicherheit im Sinne dieser Vorschrift verfolgt wird, die Vervielfältigung von urheberrechtlich geschützten Fotografien durch die Medien auch ohne Zustimmung des Urhebers erlauben kann, soweit sich die mit der Fahndung verfolgten Zwecke nicht erledigt haben und die Vervielfältigung objektiv geeignet ist, diese Zwecke zu verfolgen.

3. b) Medien können sich nicht unmittelbar auf diese Bestimmung berufen, um eine Vervielfältigung ohne Zustimmung des Urhebers zu rechtfertigen.

4. Nach Art. 6 der Richtlinie 93/98/EWG des Rates vom 29. Oktober 1993 zur Harmonisierung der Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte bzw. der Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte genießt eine Porträtaufnahme urheberrechtlichen Schutz, wenn sie eine individuelle geistige Schöpfung des

Fotografen ist, was voraussetzt, dass der Fotograf ihr durch Nutzung vorhandener Gestaltungsräume eine persönliche Note gegeben hat.

Die Veröffentlichung eines Phantombilds, das auf der Grundlage einer urheberrechtlich geschützten Porträtaufnahme erstellt worden ist, stellt dann eine Vervielfältigung im Sinne des Art. 2 Buchst. a der Richtlinie 2001/29 dar, wenn die Elemente, welche die individuelle geistige Schöpfung der Vorlage ausmachen, auch in dem Phantombild verkörpert sind.