

Isabel Gabert-Pipersberg

# Kryptokunst und das Recht der öffentlichen Wiedergabe

Das Verhältnis von Kunst-Token zum Recht der öffentlichen Wiedergabe vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie

Non-fungible Tokens (NFTs) werden derzeit viel beachtet. Sie sind mittlerweile zu einer relevanten Grösse im Markt für digitale Werte geworden. In jüngster Zeit erfreut sich auch Kryptokunst wachsender Beliebtheit und hat bei Kunstauktionen zwischenzeitlich schon Rekordsummen erzielt. Es scheint sich hier wirtschaftlich ein lukrativer Markt aufzutun, der mit dem für analoge Kunst durchaus vergleichbar sein könnte.

Bei der urheberrechtlichen Einordnung von Kryptokunst bestehen einige Unklarheiten. So wird unter anderem das Verhältnis von Kryptokunst zum Recht der öffentlichen Wiedergabe thematisiert. Von der Vorbereitung der Erstellung eines Kunst-NFT, über dessen Minting bis hin zur Veräusserung und Vermarktung von Kryptokunst wird diskutiert, ob es sich dabei jeweils um eine öffentliche Wiedergabe nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie handelt.

Das Recht der öffentlichen Wiedergabe war in der Vergangenheit wie auch jüngst wiederholt Gegenstand höchstrichterlicher nationaler, aber auch europäischer Rechtsprechung, weil die nationalen Gerichte der Mitgliedstaaten dem EuGH regelmässig Vorabentscheidungsersuchen zur Auslegung des Begriffs der «öffentlichen Wiedergabe» i.S.d. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie stellen. Dabei hat der EuGH immer wieder zu entscheiden, welche Varianten der öffentlichen Wiedergabe privilegiert sind und bei welchen Wiedergabehandlungen das Recht der öffentlichen Wiedergabe unmittelbar oder mittelbar verletzt wird. In den letzten Jahren veranlassen hauptsächlich Internetsachverhalte die nationalen Gerichte zu entsprechenden Vorlagefragen an den EuGH. Deshalb scheint es sinnvoll, zu prüfen, welche Anhaltspunkte die umfangreiche EuGH-Rechtsprechung zur Einschätzung des Verhältnisses von Kryptokunst und dem Recht der öffentlichen Wiedergabe liefert.

Les jetons non fongibles (NFT) font actuellement l'objet de beaucoup d'attention. Ils sont devenus un élément important du marché des valeurs numériques. Récemment, le crypto-art est devenu de plus en plus populaire et a déjà atteint des sommes records lors de ventes aux enchères d'art. D'un point de vue économique, il semble qu'un marché lucratif s'ouvre ici, qui pourrait être comparable à celui de l'art analogique.

La classification du crypto-art dans le cadre du droit d'auteur présente quelques ambiguïtés, notamment en ce qui concerne le lien entre le crypto-art et le droit de communication au public. De la préparation de la création d'un NFT artistique, en passant par sa frappe (minting), et jusqu'à la vente et la commercialisation du crypto-art, la discussion porte sur la question de savoir s'il s'agit à chaque fois d'une communication au public au sens de l'art. 3, par. 1 de la directive InfoSoc.

Le droit de communication au public a fait l'objet, dans le passé comme récemment, d'une jurisprudence nationale, mais aussi européenne, au plus haut niveau car les tribunaux nationaux des États membres adressent régulièrement à la CJUE des demandes de décision préjudicielle concernant l'interprétation de la notion de «communication au public» au sens de l'art. 3, par. 1 de la directive InfoSoc. Dans ce contexte, la CJUE doit régulièrement décider quelles variantes de la communication au public sont privilégiées et quels actes de communication portent directement ou indirectement atteinte au droit de communication au public. Ces dernières années, ce sont principalement des affaires liées à Internet qui ont amené les tribunaux nationaux à soumettre des questions préjudicielles à la CJUE. Il semble donc utile d'examiner les points de référence que fournit l'abondante jurisprudence de la CJUE pour évaluer la position du crypto-art vis-à-vis du droit de communication au public.

---

ISABEL GABERT-PIPERSBERG, Dr. iur., LL.M., Dipl.-Kffr.,  
Mülheim an der Ruhr.

- I. Einleitung
- II. Technischer Hintergrund von «Kunst-Tokens» und deren Einsatz im Kunstmarkt
  - 1. Grundlegende Funktionsweise einer Blockchain und von Non-fungible Tokens
  - 2. Einsatz und Bedeutung von NFTs im Kunstmarkt
- III. Kryptokunst als öffentliche Wiedergabe
  - 1. Der Begriff der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des EuGH
  - 2. Anwendung der vom EuGH entwickelten Tatbestandsmerkmale auf Kryptokunst
- IV. Fazit

## I. Einleitung

Bei Kryptokunst handelt es sich um eine Art digitaler Kunstwerke, die auf der *Blockchain*-Technologie basieren und so auch vermarktet werden.<sup>1</sup> Neben den nur auf Kryptokunst spezialisierten Online-Marktplätzen entdecken zunehmend auch immer mehr klassische Auktionshäuser und Galerien Kryptokunst.<sup>2</sup> NFTs sind somit ein Teil dieser jüngst rasanten Entwicklung im Kunstmarkt geworden.<sup>3</sup> Als Beispiel für die mit Kryptokunst erzielten hohen Auktionserlöse wird häufig die digitale Bildcollage «Everydays: the First 5000 Days» des Künstlers «Beeple» angeführt, die im Jahr 2021 für über 69 Millionen USD beim Auktionshaus Christie's versteigert wurde.<sup>4</sup> Auch der «Bored Ape Yacht Club» ist ein prominentes Beispiel der NFT-Kunst-Gemeinschaft,<sup>5</sup> das zuletzt aber auch die Risiken einer Investition in Kryptokunst aufgezeigt hat, nachdem durch einen unberechtigten Zugriff auf Nutzer-Wallets ein nicht legitimer Transfer von NFTs einen Schaden im Wert von mindestens 2,4 Mio. bis zu 13 Mio. USD verursacht hat.<sup>6</sup>

Nach dem *Art Basel Markt Bericht 2023* hat der Handel mit kunstbezogenen NFTs ab Mitte 2021 einen extremen Anstieg und Höhepunkt erreicht, bevor der Umsatz Mitte 2022 stark einbrach. Dennoch ist der durch den Handel mit Kryptokunst in 2022 erzielte Umsatz mit 1,5 Milliarden USD immer noch über 70-mal höher als der Umsatz in 2020 (20 Mio. USD).<sup>7</sup> Es lässt sich demnach noch nicht absehen, ob Kryptokunst zu einem dauerhaften Bestandteil des Kunstmarkts wird oder ob es sich lediglich um einen vorübergehenden Hype handelt. Es lohnt sich aber aus juristischer Sicht in jedem Fall, die Entwicklung von Kryptokunst weiter zu beobachten.<sup>8</sup> Denn es existieren zwar einzelne allgemeine rechtliche Einordnungen von NFTs, doch es fehlt bislang an einer weitergehenden juristischen Auseinandersetzung mit NFTs,<sup>9</sup> so dass sich aus rechtlicher Sicht noch zahlreiche Fragen betreffend NFTs stellen.<sup>10</sup> Daher ist es nicht verwunderlich, dass es auch bezüglich der urheberrechtlichen Einordnung von Kryptokunst Unklarheiten gibt. Die urheberrechtlichen Besonderheiten von Kryptokunst gelten als diffizil zu ermitteln.<sup>11</sup>

Dieser Beitrag soll sich mit der speziellen Frage der Beziehung von Kryptokunst zum Recht der öffentlichen Wie-

dergabe nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie<sup>12</sup> auseinandersetzen. Hierfür werden zunächst die technischen Grundlagen betreffend die Funktionsweise einer *Blockchain* und die Prägung von NFTs dargestellt, weil diese für die urheberrechtliche Einschätzung wesentlich sind (II.1.). Zudem scheint eine Skizzierung der Besonderheiten von digitaler Kunst im Vergleich zu herkömmlicher, analoger Kunst sinnvoll, weil hierdurch erklärt werden kann, warum NFTs für die Vermarktung von digitaler Kunst eingesetzt werden (II.2.). Kapitel III widmet sich dann dem Verhältnis von Kryptokunst und dem Recht der öffentlichen Wiedergabe, wobei zunächst die Grundlagen der EuGH-Rechtsprechung zum Recht der öffentlichen Wiedergabe (III.1.a)) und dann die für die Einordnung von Kryptokunst relevanten EuGH-Entscheidungen (III.1.b)) dargestellt werden. Es folgt die Beurteilung, wie die einzelnen Erstellungs- und Vermarktungsphasen eines Kunst-Tokens vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung zum Recht der öffentlichen Wiedergabe zu bewerten sind (III.2.).

## II. Technischer Hintergrund von «Kunst-Tokens» und deren Einsatz im Kunstmarkt

Als Kryptokunst wird Kunst bezeichnet, die mit der *Blockchain*-Technologie in Zusammenhang steht. Folglich ist Kryptokunst im Anschluss an die Entwicklung von *Blockchain*-Netzwerken wie *Bitcoin* und *Ethereum* Mitte der 2010er-Jahre entstanden<sup>13</sup> und wurde in letzter Zeit einer breiten Öffentlichkeit u.a. durch die bereits unter I. angesprochenen Rekorderlöse auf Kunstauktionen bekannt.<sup>14</sup> Der Begriff «Kryptokunst» umfasst dabei zahlreiche Strömungen NFT-basierter Kunst.

- 1 W. J. KLEIBER, NFT – eine Einordnung zwischen Recht, Kunst und Blockchain, MMR-Aktuell 2022, 445475; D. SPIKOWIUS/F. RACK, NFTs: Verwertung, Vertragspraxis, Rechtsdurchsetzung – Eine Einordnung von Non-Fungible Tokens im Urhebervertragsrecht, MMR 2022, 256.
- 2 R. MOSKAT/R. SCHAAR, Kryptokunst – Eine steuerliche Einordnung, Betriebs-Berater 2022, 28.
- 3 SPIKOWIUS/RACK (Fn. 1), 256.
- 4 SPIKOWIUS/RACK (Fn. 1), 256.
- 5 S. PAPAŞTEFANOU, NFT und die Illusion der digitalen Einzigartigkeit, CR 2022, 342; P. SCHNEIDER/J. HUGENDUBEL, Markenrechte und Kunstfreiheit bei NFTs, IPRB 2022, 153.
- 6 Für Details siehe hierzu PAPAŞTEFANOU (Fn. 5), 342.
- 7 C. MCANDREW, The Art Basel and UBS Art Market Report 2023, 33 ff. (abgerufen unter <<https://theartmarket.artbasel.com/download/The-Art-Basel-and-UBS-Art-Market-Report-2023.pdf>>; zuletzt abgerufen am 15. Januar 2024).
- 8 E. SPIRIG, «Kunst-token» – Eine anregende Tagung über Sinn und Unsinn der Blockchain-Technologie in der Kunstwelt, sic! 2022, 144.
- 9 N. RAUER/A. BIBI, Non-fungible Tokens – Was können sie wirklich?, ZUM 2022, 20.
- 10 R. H. WEBER, Non-Fungible Tokens – A New (Legal) Phenomenon in the Crypto Universe, sic! 2022, 487.
- 11 KLEIBER (Fn. 1), 445475.
- 12 «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» (auch InfoSoc-Richtlinie genannt), ABl. EG Nr. L 167, 10.
- 13 R. POLLEIT RIECHERT, Kunst kaufen, 2. Aufl., Wiesbaden 2023, 87.
- 14 SPIKOWIUS/RACK (Fn. 1), 256.

## 1. Grundlegende Funktionsweise einer Blockchain und von Non-fungible Tokens

Die Grundidee einer *Blockchain* besteht in einer unveränderbaren und vor Manipulationen gesicherten Speicherung von Daten in verketteten Datenblöcken.<sup>15</sup> Eine *Blockchain* ist somit ein verteiltes Register und eine – wie der Name «*Blockchain*» schon besagt – «Kette von Blöcken», wobei jeder Block einen Datenbestand mit bestimmten Informationen, z.B. zu Transaktions- und Zahlungsdaten, enthält.<sup>16</sup> Sobald das Fassungsvermögen eines Blocks ausgeschöpft ist, werden die Daten in den nächsten Block geschrieben. Dieser verweist dann auf den vorherigen Block, so dass eben diese «Kette von Blöcken» entsteht.<sup>17</sup> Dabei werden die Daten nicht geändert, sondern als neuer Datenblock an die bereits existierenden, fortlaufend nummerierten Datenblöcke angehängt.<sup>18</sup> *Blockchains* gelten als eine besonders sichere, virtuelle Datenbankstruktur, die in chronologischer Reihenfolge dezentral und im besten Fall fälschungssicher über Transaktionen und Rechtszuordnungen Buch führt.<sup>19</sup> Diese Überwachung der in den Blöcken gebündelten Transaktionen und auch ihre Ausführung erfolgt durch sog. *Smart Contracts*.<sup>20</sup> Dabei sind *Smart Contracts* – anders als der Begriff vermuten lassen könnte – keine Verträge im rechtlichen Sinne, sondern Computerprogramme, also Softwarecodes mit Befehlsketten.<sup>21</sup> Dezentral wird die *Blockchain* dadurch, dass die Teilnehmer eines Netzwerks jeweils eine redundante Datenkopie auf ihren Rechnern speichern. Gegen Fälschungen, Veränderungen und Manipulationen werden die Datenblöcke mit einem digitalen Fingerabdruck, einem sog. *Hash*, geschützt.<sup>22</sup> Dieser digitale Fingerabdruck besteht aus einer einmaligen Buchstaben-Zahlen-Kombination, dem sog. *Hashwert*, der bei verschiedenen Datensätzen immer unterschiedlich ist. Unter *Hashing* versteht man den Validierungsprozess der Blöcke.<sup>23</sup> Typisch für das «Hashverfahren» ist, dass eine Änderung eines einzigen Eingangszeichens zu einem komplett neuen *Hashwert* führt. Dadurch, dass die verschiedenen Blöcke unter Verweis auf den vorhergehenden Block verknüpft werden, ist garantiert, dass kein Block verändert werden kann, ohne dass die *Hashwerte* in den darauffolgenden Blöcken falsch werden.<sup>24</sup> Eine *Blockchain* ist eine Form der sog. *Distributed-Ledger-Technologie*. Diese kann zur Aufzeichnung von Transaktionen von Vermögenswerten verwendet werden, wobei die Vermögenswerte sowohl materielle Vermögenswerte der realen Welt wie Immobilien oder Autos als auch digitale Vermögenswerte sein können.<sup>25</sup> Es existieren verschiedene *Blockchain-Modelle* mit z.T. beachtlichen Unterschieden bezüglich Funktionsweise und Einsatzgebiet.<sup>26</sup> Derzeit hat sich für den Handel mit digitalen Kunstwerken die *Blockchain* «*Ethereum*» etabliert.<sup>27</sup>

*Tokens* sind dezentrale, Rechte abbildende Einträge auf einer *Blockchain*-Datenbank, wobei *Tokens* die unterschiedlichsten Rechte, Eigenschaften oder Funktionalitäten darstellen<sup>28</sup> und als eine Art digitale Wertmarke, die von einem *Smart Contract* generiert wird, verstanden werden können.<sup>29</sup> Es wird u.a.<sup>30</sup> zwischen *fungible*<sup>31</sup>, also im Handel aus-

tauschbaren *Tokens*, die zudem – ähnlich wie Geldscheine in der analogen Welt – stets den gleichen Wert haben,<sup>32</sup> und *non-fungible*, d.h. einzigartigen, nicht-austauschbaren, nicht weiter teilbaren und mit einer individuellen Wertbildung versehenen *Tokens* unterschieden.<sup>33</sup>

*Non-fungible Tokens* entstehen durch das sog. *Minting*, auf Deutsch auch «Prägung» genannt. Hierunter wird der Prozess verstanden, durch den ein neuer *Token* für ein *Blockchain*-Netzwerk geschaffen wird.<sup>34</sup> Dabei werden bestimmte Informationen in Form eines *Smart Contracts* auf eine *Blockchain* geschrieben.<sup>35</sup> So wird jedem NFT eine individuelle *TokenID*, d.h. eine bei der Prägung erzeugten Zahl,<sup>36</sup> und eine *Contract Address* zugewiesen, was ein NFT einzigartig

15 S. WITTENBERG, *Blockchain für Unternehmen*, Stuttgart 2020, 9.

16 B. STEINRÖTTER/Y. STAMENOV in M. Ebers (Hg.), *StichwortKommentar Legal Tech, Blockchain*, Rn. 4.

17 J. SCHREY/T. THALHOFER, *Rechtliche Aspekte der Blockchain*, NJW 2017, 1431.

18 WITTENBERG (Fn. 15), 16.

19 D. PAULUS, Was ist eigentlich ... eine Blockchain?, JuS 2019, 1049.

20 H. HENKE, Der Handel mit Crypto Art, IZ 2022, 223.

21 R. HEINE/F. STANG, Weiterverkauf digitaler Werke mittels Non-Fungible-Token aus urheberrechtlicher Sicht – Funktionsweise von NFT und Betrachtung der urheberrechtlichen Nutzungshandlungen, MMR 2021, 756.

22 WITTENBERG (Fn. 15), 16.

23 SCHREY/THALHOFER (Fn. 17), 1431 f.

24 STEINRÖTTER/STAMENOV (Fn. 16), *Blockchain*, Rn. 14.

25 E. HECHLER/M. OBERHOFER/T. SCHAECK, Einsatz von KI im Unternehmen, Berkeley 2023, 279.

26 PAULUS (Fn. 19), 1049.

27 HENKE (Fn. 20), 223. Zu «Ethereum» s. im Detail C. VÖLKE, *Ethereum 2.0 – Grundbaustein der weiterentwickelten Digitalisierung des Rechts*, MMR 2021, 539 ff.

28 U. KLEINERT/V. MAYER, Elektronische Wertpapiere und Krypto-Token, EuZW 2019, 858.

29 HEINE/STRANG (Fn. 21), 756.

30 In der Literatur existieren noch weitere Klassifizierungen von Tokens aufgrund unterschiedlicher Merkmale. Anhand der unzähligen funktionalen Gestaltungen von Tokens hat sich nach h.M. eine Kategorisierung nach bestimmten Eigenschaften in *Currency-Token*, *Utility-Token* und *Investment-Token* herausgebildet, T. ECKHOLD/F. SCHÄFER, in H.-D. Assmann/R. Schütze/P. Buck-Heeb (Hg.), *Handbuch des Kapitalanlagerechts*, 6. Aufl., München 2024, Rn. 11 ff.; N. GUGGENBERGER in T. Hoeren/U. Sieber/B. Holznapel (Hg.), *Handbuch Multimedia-Recht*, Werkstand 59. Ergänzungslieferung Juni 2023, Teil 13.7, Rn. 32 ff.; SPIRIG (Fn. 8), 140, W. WEITNAUER, *Handbuch Venture Capital*, 7. Aufl., München 2022, Rn. 114 ff. Ferner wird zum Teil zwischen intrinsischen Tokens, also Tokens, denen allein aufgrund ihrer bloßen Existenz ein bestimmter Wert beigemessen wird, und extrinsischen Tokens, die erst in Verbindung mit einem Vermögensgegenstand oder einem aus dem Token ableitbaren Anspruch einen Wert erhalten, unterschieden, s. hierzu im Detail L. M. GUNTERMANN, *Non Fungible Token als Herausforderung für das Sachenrecht*, RD 2022, 201; S. MÖLLENKAMP in T. Hoeren/U. Sieber/B. Holznapel (Hg.), *Handbuch Multimedia-Recht*, Werkstand 59. Ergänzungslieferung Juni 2023, Teil 13.6 Rn. 40 ff.; a.A. M. KAULARTZ/R. MATZKE, Die Tokenisierung des Rechts, NJW 2018, 3278, die die Ansicht vertreten, dass ein Token keinen intrinsischen Wert hat.

31 Bekannte *fungible Tokens* sind z.B. *Bitcoins*, s. HENKE (Fn. 20), 223.

32 HEINE/STRANG (Fn. 21), 756.

33 SPIKOWIUS/RACK (Fn. 1), 257; RAUER/BIBI (Fn. 9), 22; D. RASSOULI, Eine urheberrechtliche Betrachtung von Non-fungible Token und digitaler Kunst, KUR 2022, 138.

34 R. GOLZ/C. BERLAGE, *Metaverse und Recht: Urheberrecht*, GRUR-Prax 2023, 514.

35 RAUER/BIBI (Fn. 9), 22.

36 G. WALTER/K. MARTINOVIC, NFTs – eine Analyse im Lichte des Urheberrechts, sic! 2023, 277.

und eindeutig identifizierbar macht.<sup>37</sup> Beim *Minting* kann dem NFT zudem eine bestimmte *Wallet Address* des Erstellers zugeordnet werden, um diesen zu identifizieren.<sup>38</sup> Auf dem *Smart Contract* werden zusätzlich die Informationen, die zur Bestimmung des *Tokens*, seines Besitzers und des Kunstwerks erforderlich sind, gespeichert.<sup>39</sup> Ausserdem finden sich in diesen Metadaten eines NFT meist auch Details über die digitale Ressource, z.B. ein Kunstwerk, wie dessen Titel oder Beschreibung und das Datum der Erzeugung.<sup>40</sup>

Es ist grundsätzlich denkbar, dass der schützenswerte Inhalt, also das digitale Kunstwerk, vollständig in den *Smart Contract* geschrieben wird, wodurch der NFT eine Vervielfältigung des Kunstwerks enthält.<sup>41</sup> Dazu wird das digitale Werkexemplar beim *Minting* des NFT auf die *Blockchain* hochgeladen, das digitale Kunstwerk wird somit «*on chain*» abgespeichert.<sup>42</sup> Diese Form des *Minting* ist jedoch derzeit in der Praxis und – vermutlich auch zukünftig weiterhin – äusserst unüblich, denn aus Effizienz- und Kostengründen wird das digitale Gut i.d.R. nicht selbst im NFT abgebildet.<sup>43</sup> Deshalb soll in den weiteren Ausführungen dieses Vorgehen nicht eingehend diskutiert werden. Das zur Zeit übliche Verfahren ist stattdessen, dass eine Verknüpfung zwischen dem NFT und dem digitalen Gut dadurch hergestellt wird, dass in den *Smart Contract* des NFT ein *Link* zu einem externen, digital abrufbaren Referenzobjekt, im Falle von Kryptokunst zu einem Kunstwerk, aufgenommen wird.<sup>44</sup> Das Kunstwerk wird somit *off chain* abgespeichert.<sup>45</sup> Hierdurch verlässt das Kunstwerk den Bereich des Privatgebrauchs.<sup>46</sup>

Die Verlinkung zu dem extern abrufbaren Kunstwerk kann unterschiedlich ausgestaltet sein. Eine Möglichkeit ist, dass der Ersteller des NFT in Vorbereitung der NFT-Erstellung das dazugehörige Kunstwerk auf seinem persönlichen oder einem angemieteten Server hochlädt, wobei der *Link* dabei eine gewöhnliche URL-Adresse ist.<sup>47</sup> Dieses Vorgehen hat jedoch einige Nachteile: Zum einen können die dort hinterlegten Inhalte nachträglich verändert oder gelöscht bzw. durch eine gleichnamige Datei ersetzt werden.<sup>48</sup> Zum anderen ist es möglich, dass der Server nicht weiter betrieben wird.<sup>49</sup> Alles hätte die Konsequenz, dass das digitale Kunstwerk verloren ginge, und der Erwerber eines Kunst-Tokens nicht vor Manipulationen geschützt ist.<sup>50</sup> Bevorzugt wird daher derzeit ein anderes Verfahren, bei dem das digitale Kunstwerk, das mit einem NFT verknüpft ist, auf einem verbreitet genutzten, dezentralen Speichersystem, auch *Peer-to-Peer*-Netzwerk genannt, wie z.B. dem sog. *InterPlanetary File System* (abgekürzt IPFS) hochgeladen wird.<sup>51</sup> Hierbei wird die mit dem NFT verbundene Datei über ein Netz mehrerer Computer (auch *Nodes* genannt) dezentral und damit weitgehend fälschungs- und bestandssicher abgespeichert.<sup>52</sup> Das digitale Kunstwerk wird dabei über einen eindeutigen, kryptografisch erzeugten Fingerabdruck, dem sog. *IPFS-Hashwert*, mit dem *Smart Contract* verknüpft. Dabei führt der *IPFS-Hashwert* zu einer Textdatei, die die wichtigsten Metadaten des Kunstwerks enthält. Zu dem Kunstwerk selbst gelangt man erst durch einen weiteren *Link*.<sup>53</sup> Die dezentrale Speicherung auf einer Vielzahl von Speicherorten mag zwar die Dauerhaftigkeit und Integrität der hinter-

legten Dateien gewährleisten,<sup>54</sup> hat jedoch auch zur Folge, dass der Ersteller eines NFT dieses nicht einfach wieder löschen kann, was insbesondere im Falle einer Urheberrechtsverletzung problematisch ist.<sup>55</sup>

Denkbar ist zudem die Speicherung der digitalen Ressource in einer passwortgeschützten *Cloud*.<sup>56</sup>

## 2. Einsatz und Bedeutung von NFTs im Kunstmarkt

NFTs haben zahlreiche Anwendungsbereiche, wobei bislang ein Hauptanwendungsfall im Kunstbereich liegt.<sup>57</sup> Herkömmliche, analoge Kunst ist plastisch und nicht immateriell wie digitale Kunst. Dies führt mit Blick auf Handel und Wertbestimmung von digitalen Kunstwerken zu einigen Besonderheiten im Vergleich zur analogen Kunst. Ein analoges Kunstwerk kann es von Natur aus zunächst nur einmal geben.<sup>58</sup> Während analoge Kunst nur durch komplexe Arbeit von Hand reproduziert und zudem durch vielfältige Schutzmechanismen vor einem Wertverlust geschützt werden kann, ist digitale Kunst grundsätzlich auch ohne Qualitätsverlust sehr leicht reproduzierbar.<sup>59</sup> Ausserdem sind die bei analoger Kunst wertbestimmenden Faktoren wie Originalität, Exklusivität und Provenienz für einen Schöpfer von digitaler Kunst zunächst kaum erreichbar.<sup>60</sup> Aufgrund der Exklusivität von analoger Kunst ist hier grundsätzlich auch

37 T. HOEREN/W. PRINZ, Das Kunstwerk im Zeitalter der technischen Reproduzierbarkeit – NFTs (Non-Fungible Tokens) in rechtlicher Hinsicht, CR 2021, 567; RAUER/BIBI (Fn. 9), 22.

38 HENKE (Fn. 20), 223; RAUER/BIBI (Fn. 9), 22.

39 HOEREN/PRINZ (Fn. 37), 566 f.

40 H. STROBL, Virtuelle Welten, reale Rechte: Die Durchsetzung des Urheberrechts im Metaverse, ZUM 2023, 494; WALTER/MARTINOVIC (Fn. 36), 276.

41 RAUER/BIBI (Fn. 9), 23.

42 WALTER/MARTINOVIC (Fn. 36), 277.

43 P. EHINGER/J. HUGENDUBEL, NFT-Produkte – Verwertungsrechte und neue Nutzungsarten, GRUR 2023, 1076; HOEREN/PRINZ (Fn. 37), 566 f.; RAUER/BIBI (Fn. 9), 23; F. REINHOLZ, Metaverse und Recht: Das Recht des Metaverse – ein Überblick, GRUR-Prax 2023, 479; WALTER/MARTINOVIC (Fn. 36), 277.

44 M. BARTELS/M. MAAMAR, Verträge über NFTs, GRUR-Prax 2023, 61; EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1075.

45 WALTER/MARTINOVIC (Fn. 36), 277.

46 WALTER/MARTINOVIC (Fn. 36), 277.

47 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1075; HEINE/STANG (Fn. 21), 756.

48 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1075; HEINE/STANG (Fn. 21), 756.

49 HEINE/STANG (Fn. 21), 756.

50 HEINE/STANG (Fn. 21), 756; WALTER/MARTINOVIC (Fn. 36), 277.

51 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1075; HEINE/STANG (Fn. 21), 756; WALTER/MARTINOVIC (Fn. 36), 277.

52 GUNTERMANN (Fn. 30), 201.

53 HOEREN/PRINZ (Fn. 37), 566 f. Zu den einzelnen Schritten des *Minting* eines NFT im Zusammenhang mit dem IPFS s. E. HAAS/V. RODIEUX, IP and the Metaverse, sic! 2023, 331 f.

54 HENKE (Fn. 20), 223.

55 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1075; WALTER/MARTINOVIC (Fn. 36), 277.

56 SPIKOWIUS/RACK (Fn. 1), 258.

57 BARTELS/MAAMAR (Fn. 44), 60; J. RICHTER, Blockchain statt Besitz – Erwerb von Rechten auf Basis von Non-Fungible Token, NJW 2022, 3471; SPIRIG (Fn. 8), 140; F. TANN, Markenrechtlicher Schutz im Metaverse, GRUR 2022, 1645.

58 KLEIBER (Fn. 1), 445475.

59 HOEREN/PRINZ (Fn. 37), 565.

60 HOEREN/PRINZ (Fn. 37), 566.

ein Eigentümer ermittelbar,<sup>61</sup> was für die Handelbarkeit von Kunst, aber auch für die Kuratation öffentlicher Ausstellungen wesentlich ist. Diese Defizite von digitaler Kunst im Vergleich zu analogen Kunstwerken sollen durch NFTs behoben werden. NFTs wird die Fähigkeit zugeschrieben, durch die Vereinbarung zwischen den an einem Erwerb von Kryptokunst beteiligten Parteien eine künstliche, technisch garantierte Exklusivität oder Einzigartigkeit herzustellen<sup>62</sup> und zudem die Inhaberschaft an einem digitalen Kunstwerk bzw. an dem Zugang zu diesem Kunstwerk zertifizieren zu können.<sup>63</sup> Letztlich wird dem Erwerber eines NFT auch ein einfaches Nutzungsrecht an dem betroffenen Kunstwerk eingeräumt. Hierdurch kann digitale Kunst somit auch weiterveräußert und zudem öffentlich sichtbar gesammelt werden.<sup>64</sup>

Jedoch können NFTs nicht nur an einem originär digitalen Kunstwerk entstehen. Vielmehr gibt es auch die Möglichkeit, ein analoges Kunstwerk durch die Erstellung eines NFT zu «tokenisieren»<sup>65</sup> und so einen «digital twin»<sup>66</sup> eines analogen Kunstwerks zu schaffen. Insbesondere während der Corona-Pandemie war dies eine Möglichkeit für Museen, Einnahmen zu erzielen,<sup>67</sup> aber sicherlich auch für Künstler, ihre Werke sichtbar zu machen. Zudem kann durch die Aufteilung eines teuren analogen Kunstwerks in mehrere NFTs eine grössere Zahl von Investoren an dem Wert eines Kunstwerks partizipieren.<sup>68</sup>

Der Verkauf von Kryptokunst wird meist durch Werbemaßnahmen begleitet. Zur Bewerbung von Kryptokunst wird i.d.R. eine Vorschau auf das mit dem NFT verknüpfte digitale Kunstwerk z.B. in Form von Abbildungen des Werks in Versteigerungskatalogen von Auktionshäusern angeboten, die auf eine Verkaufsplattform hochgeladen oder auf der Internetseite des Auktionshauses dargestellt werden.<sup>69</sup>

### III. Kryptokunst als öffentliche Wiedergabe

In der Literatur wird von der Vorbereitung der Erstellung eines Kunst-NFT, über dessen *Minting* bis hin zur Veräusserung und Vermarktung von Kryptokunst diskutiert, ob jeweils das Recht der öffentlichen Wiedergabe i.S.d. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie, insbesondere das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung betroffen sein kann. Vor dem Hintergrund, dass von der öffentlichen Zugänglichmachung gerade die Fälle einer «digitalen Werknutzung» erfasst sind,<sup>70</sup> verwundert diese Diskussion betreffend Kryptokunst nicht. Nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie steht den Urhebern das ausschliessliche Recht zu, «die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke einschliesslich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten». Dabei ist es irrelevant, ob ein Werk tatsächlich abgerufen wird. Vielmehr ist für das Vorliegen einer öffentlichen Zugänglichmachung entscheidend, ob die abstrakte Möglichkeit besteht, dass ein Werk durch die Eingabe einer Internetadresse erreicht werden kann.<sup>71</sup>

Eine Einschätzung des Verhältnisses von Kryptokunst zum Recht der öffentlichen Wiedergabe kann m.E. nur vor

dem Hintergrund der umfangreichen EuGH-Rechtsprechung getroffen werden, weil das Recht der öffentlichen Wiedergabe in den letzten Jahren durch viele Urteile auf europäischer Ebene geprägt und weiterentwickelt wurde.<sup>72</sup> Die Grundzüge der Rechtsprechung des EuGH werden im Folgenden dargestellt und danach die Inhalte der für die rechtliche Beurteilung von Kryptokunst relevanten EuGH-Entscheidungen skizziert.

#### 1. Der Begriff der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des EuGH

Trotz der bereits zahlreichen EuGH-Entscheide ist die Auslegung des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe i.S.d. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie weiterhin regelmässig Gegenstand von Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH. Dabei hat der EuGH bei der Auslegung des Begriffs «öffentliche Wiedergabe» immer wieder zu entscheiden, welche Varianten der öffentlichen Wiedergabe privilegiert sind und bei welchen Wiedergabehandlungen eine unmittelbare oder mittelbare Verletzung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe vorliegt.<sup>73</sup> Auch wenn der EuGH zur Beurteilung, ob eine öffentliche Wiedergabe i.S.v. Art. 3 Abs. 1 und 2 InfoSoc-Richtlinie vorliegt, jeden Einzelfall individuell bewertet,<sup>74</sup> hat sich im Laufe der Zeit die Rechtsprechung soweit verfestigt, dass stets zwei kumulative Tatbestandsmerkmale vorliegen müssen.<sup>75</sup>

61 KLEIBER (Fn. 1), 445475.

62 HOEREN/PRINZ (Fn. 37), 566; KLEIBER (Fn. 1), 445475, RICHTER (Fn. 57), 3474. Kritisch hierzu S. PAPAŞTEFANOU, Non-Fungible Token (NFTs) – Eine Bestandsaufnahme ein Jahr nach Zerplatzen der Krypto-Blase, CR 2023, 631.

63 HOEREN/PRINZ (Fn. 37), 566; KLEIBER (Fn. 1), 445475.

64 HENKE (Fn. 20), 231.

65 SPIRIG (Fn. 8), 141; WEBER (Fn. 10), 488.

66 Zum Begriff «digital twin» allgemein s. J. MÜLLER, Der «digitale Zwilling», ZD-Aktuell 2021, 05096.

67 SPIRIG (Fn. 8), 141.

68 Siehe hierzu WEBER (Fn. 10), 488.

69 HEINE/STANG (Fn. 21), 758.

70 R. M. HULTY, Kontrolle der digitalen Werknutzung zwischen Vertrag und Erschöpfung, GRUR 2018, 880.

71 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1076.

72 Siehe hierzu im Detail z.B. I. GABERT-PIPERSBERG, Zusammenfassende Darstellung der Rechtsprechung des EuGH zum Recht der öffentlichen Wiedergabe, sic! 2020, 522 ff.; J. OECHSLER, Der Tatbestand der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des EuGH, GRUR Int. 2019, 231 ff.; K. RIESENHUBER, Öffentliche Wiedergabe in der Rechtsprechung des EuGH – Analyse und kritische Rekonstruktion, Medien und Recht 3/2018 – Beilage, 19 ff.

73 So z.B. jüngst EuGH vom 13. Juli 2023, C-426/2, GRUR 2023, 1284 ff. «Ocilion IPTV Technologies GmbH/Seven.One Entertainment Group GmbH ua»; EuGH vom 20. April 2023, C-775/21, C-826/21, ZUM 2023, 514 ff., «Blue Air Aviation SA/UCMR – ADA sowie UPFR/CFR».

74 Siehe hierzu z.B. EuGH vom 22. Juni 2021, C-682/18 und C-683/18, ZUM 2021, 682 ff., Rn. 66 m.w.N., «Peterson/YouTube», «Elsevier/Cyando»; zu dem Urteil im Detail s. I. GABERT-PIPERSBERG, Zur «Handlung der Wiedergabe» durch Plattformbetreiber und deren Haftung für von ihren Nutzern illegal hochgeladenen Inhalten, sic! 2022, 87 ff.

75 T. DREIER in T. Dreier/G. Schulze (Hg.), Urheberrechtsgesetz, 7. Aufl., München 2022, UrhG § 15 N 38.

a) Vom EuGH entwickelte Tatbestandsmerkmale

Diese beiden Tatbestandsmerkmale sind das Vorliegen einer *Handlung der Wiedergabe* und die *Öffentlichkeit dieser Wiedergabe*.<sup>76</sup> Dabei hat der EuGH in zahlreichen Urteilen Voraussetzungen für das Vorliegen einer Wiedergabe festgelegt. In ständiger Rechtsprechung legt der EuGH den Begriff der Wiedergabe sehr weit aus<sup>77</sup> und trägt so der Anforderung der InfoSoc-Richtlinie Rechnung, nach der das Recht der öffentlichen Wiedergabe im weiten Sinne verstanden werden soll, «nämlich dahin gehend, dass es jede Wiedergabe an die Öffentlichkeit umfasst, die an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend ist. Dieses Recht sollte jegliche entsprechende drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Übertragung oder Weiterverbreitung eines Werks, einschliesslich der Rundfunkübertragung, umfassen».<sup>78</sup> Da nach Auffassung des EuGH die InfoSoc-Richtlinie den Begriff der Wiedergabe nicht erschöpfend definiert, sind zusätzlich Sinn und Tragweite dieses Begriffs anhand des Kontexts, in den er sich einfügt, zu beurteilen.<sup>79</sup> Das Gericht sieht jede Übertragung geschützter Werke unabhängig von den eingesetzten technischen Mitteln oder Verfahren als Wiedergabe an.<sup>80</sup> In Übereinstimmung mit der InfoSoc-Richtlinie<sup>81</sup> hat der EuGH entschieden, dass die Wiedergabe an einem anderen Ort als dem Ursprungsort erfolgen muss.<sup>82</sup> Wegen des grundsätzlich weiten Verständnisses der Handlung der Wiedergabe durch den EuGH lässt sich zusammenfassend sagen, dass das Gericht dieses Merkmal immer als erfüllt ansieht, wenn Nutzern in irgendeiner Weise Zugang zu einem urheberrechtlich geschützten Werk gewährt wird. Dies kann z.B. durch das Hochladen eines Werkes auf eine Webseite oder durch das Setzen eines *Hyperlinks* auf ein an anderer Stelle im Internet verfügbares Werk geschehen.<sup>83</sup> Zusätzlich beurteilt der EuGH immer wieder auch das Verhalten des Nutzers, um einzuschätzen, ob eine Handlung der Wiedergabe vorliegt. Er stellt dabei auch auf die *Vorsätzlichkeit des Handelns des Nutzers* ab.<sup>84</sup> Als wesentliche Elemente dieser Rechtsprechung werden dabei die *zentrale Rolle des Nutzers* und dessen *Tätigwerden in voller Kenntnis* der Folgen seines Verhaltens, angesehen.<sup>85</sup>

Dem vom EuGH entwickelten *Öffentlichkeitsbegriff* werden in der Literatur eine quantitative und eine qualitative Komponente entnommen.<sup>86</sup> Dabei verlangt die quantitative Komponente vom *Öffentlichkeitsbegriff* eine *unbestimmte Zahl potentieller Adressaten* und zudem eine *ziemlich grosse Anzahl von Personen*. Die Voraussetzungen müssen kumulativ erfüllt sein.<sup>87</sup> Bei der *qualitativen Komponente* hat der EuGH in ständiger Rechtsprechung zwischen zwei Varianten unterschieden.<sup>88</sup> Entweder wird ein geschütztes Werk unter Einsatz eines neuen technischen Verfahrens, das sich vom bisher verwendeten Verfahren unterscheidet, wiedergegeben oder die Wiedergabe erfolgt für ein «neues Publikum».<sup>89</sup> Anders als die quantitativen Komponenten müssen diese Voraussetzungen nicht kumulativ erfüllt sein.<sup>90</sup>

Neben den beiden Tatbestandsmerkmalen «Handlung der Wiedergabe» und «Öffentlichkeit dieser Wiedergabe» sind nach ständiger Auffassung des EuGH für die Beurtei-

lung, ob eine öffentliche Wiedergabe i.S.d. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie vorliegt, weitere Kriterien zu berücksichtigen, die unselbständig und miteinander verflochten sind. Diese möchte das Gericht daher einzeln und in ihrem Zusammenwirken mit den anderen Kriterien anwenden, weil sie im jeweiligen Einzelfall in sehr unterschiedlichem Mass vorliegen können.<sup>91</sup> Unter diesen Kriterien hat der EuGH jüngst wiederholt die «zentrale Rolle» des Nutzers oder Anbieters und die «Vorsätzlichkeit des Handelns bzw. Tätigwerdens» hervorgehoben.<sup>92</sup>

- 
- 76 J. D. LEENEN in A.-A. Wandtke/W. Bullinger (Hg.), *Urheberrecht*, 6. Aufl., München 2022, InfoSoc-RL 3 N 8.
- 77 EuGH vom 7. Dezember 2006, C-306/05, GRUR 2007, 225 ff. Rn. 36, «SGAE/Rafael»; EuGH vom 7. März 2013, C-607/11, GRUR 2013, 500 ff. Rn. 20 m.w.N., «ITV Broadcasting/TVC»; zum Vergleich der schweizerischen Konzeption mit dem EU-Recht s. R. M. HILTY, *Urheberrecht*, 2. Aufl., Bern 2020, N 340.
- 78 Erwägungsgrund 23 der InfoSoc-Richtlinie, ABL. EG Nr. L 167, 12.
- 79 EuGH vom 7. März 2013, C-607/11, GRUR 2013, 500 ff. Rn. 22, «ITV Broadcasting/TVC».
- 80 EuGH vom 4. Oktober 2011, C-403, 429/08, GRUR 2012, 156 ff. Rn. 193, «Football Association Premier League u. Murphy»; EuGH vom 31. Mai 2016, C-117/15, GRUR 2016, 684 ff. Rn. 38, «Reha Training/GEMA».
- 81 Vgl. Erwägungsgrund 23, wo es heisst: «Dieses Recht sollte im weiten Sinne verstanden werden, nämlich dahin gehend, dass es jegliche Wiedergabe an die Öffentlichkeit umfasst, die an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend ist», ABL. EG Nr. L 167, 12.
- 82 EuGH vom 24. November 2011, C-283/10, ZUM-RD 2012, 121 ff. Rn. 36, «Zirkus Globus».
- 83 N. DIETRICH, *Die öffentliche Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke auf Webseiten in der Rechtsprechung des EuGH*, NJ 2018, 485.
- 84 EuGH vom 8. September 2016, C-160/15, ZUM 2016, 975 ff. Rn. 35, «GS Media/Sanoma u.a.»; s. hierzu detailliert LEENEN (Fn. 76), InfoSoc-RL Art. 3 N 15.
- 85 M. LEISTNER, *Die «The Pirate Bay»-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber*, GRUR 2017, 757.
- 86 F. HOFMANN, *Die Systematisierung des Interessenausgleichs im Urheberrecht am Beispiel der öffentlichen Wiedergabe – Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 7.8.2018 – C-161/17, ZUM 2018, 641*; A. OHLY, *Keine «öffentliche Wiedergabe» durch Hyperlinksetzen ohne Gewinnerzielungsabsicht – GS Media/Sanoma ua*, GRUR 2016, 1156; M. REGENSTEIN, *Der evolvierende Tatbestand des Öffentlichkeitsbegriffs i.S.v. Art. 3 InfoSoc-RL – Von «SGAE» über «GS Media» zu «The Pirate Bay» und der Brücke von Cordoba*, ZUM 2018, 652.
- 87 EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, Córdoba, ZUM 2018, 674 ff. Rn. 22; für Detail zu den beiden Merkmalen s. GABERT-PIPERSBERG (Fn. 72), 525 f.
- 88 Für Detail zur qualitativen Komponente in der EuGH-Rechtsprechung s. GABERT-PIPERSBERG (Fn. 72), 526 ff.
- 89 EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, ZUM 2018, 674 ff. Rn. 24, «Córdoba»; F. HOFMANN, *Die Systematisierung des Interessenausgleichs im Urheberrecht am Beispiel der öffentlichen Wiedergabe – Zugleich Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 7.8.2018 – C-161/17, ZUM 2018, 641*.
- 90 M. REGENSTEIN, *Der evolvierende Tatbestand des Öffentlichkeitsbegriffs i.S.v. Art. 3 InfoSoc-RL – Von «SGAE» über «GS Media» zu «The Pirate Bay» und der Brücke von Cordoba*, ZUM 2018, 653.
- 91 EuGH vom 26. April 2017, C-527/15, ZUM 2017, 587 ff. Rn. 30, m.w.N., «Stichting Brein/Wullems»; EuGH vom 9. März 2021, C-392/19, GRUR 2021, 706, Rn. 34, m.w.N., «VG Bild-Kunst/Stiftung Preussischer Kulturbesitz»; EuGH vom 22. Juni 2021, C-682/18 und C-683/18, ZUM 2021, 682 ff., Rn. 67, «Peterson/YouTube», «Elsevier/Cyando».
- 92 EuGH vom 22. Juni 2021, C-682/18 und C-683/18, ZUM 2021, 682 ff., Rn. 68, «Peterson/YouTube», «Elsevier/Cyando»; EuGH vom 20. April 2023, C-775/21, C-826/21, GRUR 2023, 717, Rn. 49, «Blue Air Aviation SA/UCMR – ADA sowie UPFR/CFR»; EuGH vom 13. Juli 2023, C-426/21, GRUR 2023, 1284, Rn. 58, «Ocilion IPTV Technologies GmbH/Seven.One Entertainment Group GmbH ua».

## b) Für Kryptokunst relevante EuGH-Entscheidungen

Da, wie unter II. aufgezeigt wurde, beim Prozess des *Minting* eines Kunst-NFT der *Upload* der digitalen Ressource und eine Linksetzung hierauf eine zentrale Rolle spielen, sollen im Folgenden EuGH-Urteile zu diesen Themenbereichen näher dargestellt werden. Der EuGH musste sich bereits öfter damit beschäftigen, ob das Setzen eines *Hyperlinks* oder der *Upload* eines Werks auf einer Internetseite das Recht der öffentlichen Wiedergabe berührt, so dass sich mittlerweile eine rechtliche Einschätzung des EuGH zu den einzelnen Arten von *Links* und zum *Uploading* herausgebildet hat.

In der Rechtssache «Svensson» hat der EuGH grundlegend entschieden, dass *Hyperlinks* und auch *Deeplinks* das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht verletzen, wenn die verlinkte Quelle allgemein zugänglich ist. In diesem Fall erfolgt die Wiedergabe in demselben technischen Verfahren, also ebenfalls im Internet, und es wird kein «neues Publikum» erreicht.<sup>93</sup> Diese Rechtsprechung wurde vom EuGH immer wieder bestätigt.<sup>94</sup> In zahlreichen Urteilen hat das Gericht in diesem Zusammenhang hervorgehoben, dass *Hyperlinks* zu einem guten Funktionieren des Internets und damit auch zum Meinungs- und Informationsaustausch im Netz beitragen, weil sie die Verbreitung von Informationen im Internet ermöglichen.<sup>95</sup> Ein neues Publikum wird jedoch dann erreicht, wenn durch die Verlinkung auf ein ursprünglich rechtmässig zugänglich gemachtes Werk, beschränkende Massnahmen umgangen werden. Dann liegt ein Verstoß gegen das Recht der öffentlichen Wiedergabe i.S.d. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie vor.<sup>96</sup> Gleiches gilt – wie der EuGH später in der Rechtssache «Stichting Brein/Wullems» entschieden hat –, wenn durch den *Link* Zugang zu einem rechtswidrig zugänglich gemachten Werk verschafft wird und der Anbieter des *Links* von der Rechtswidrigkeit wusste oder hätte wissen müssen.<sup>97</sup>

Auch *embedded links*, bei denen fremde Inhalte durch einen *Link* auf die eigene Homepage eingebunden werden, und *Framing*, durch das in einzelnen Teilbereichen des Browserfensters einer Internetseite Inhalte einer fremden Internetseite eingebettet werden, verletzen das Recht der öffentlichen Wiedergabe nach Auffassung des EuGH nicht.<sup>98</sup> Auch wenn diese Technik verwendet werden kann, um ein Werk der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, ohne es kopieren zu müssen, wird das betroffene Werk nach Auffassung des EuGH dadurch nicht für ein neues Publikum wiedergegeben.<sup>99</sup> Denn sofern dieses Werk auf der Website, auf die der Internetlink verweist, frei zugänglich ist, ist nach Auffassung des Gerichts «davon auszugehen, dass die Inhaber des Urheberrechts, als sie diese Wiedergabe erlaubt haben, an alle Internetnutzer als Publikum gedacht haben».<sup>100</sup>

In der Rechtssache «VG Bild-Kunst» hat der EuGH jedoch geurteilt, dass die Einbettung eines urheberrechtlich geschützten und der Öffentlichkeit mit Erlaubnis des Rechtsinhabers auf einer anderen Website frei zugänglich gemachten Werkes in die Webseite eines Dritten im Wege der *Framing*-Technik dann eine öffentliche Wiedergabe darstellt, wenn diese Einbettung unter Umgehung von durch

den Rechtsinhaber getroffenen oder veranlassten Schutzmassnahmen gegen das *Framing* erfolgt.<sup>101</sup>

Anders als *Linking* und *Framing* stuft der EuGH *Uploads* ein. Zwar sieht das Gericht – wie in seiner Rechtsprechung zu *Links* – auch im *Upload* eines auf einer anderen Website öffentlich zugänglich gemachten Werks auf der eigenen Webseite kein anderes technisches Verfahren.<sup>102</sup> Jedoch stellt der EuGH im «Córdoba»-Urteil klar, dass das Einstellen eines urheberrechtlich geschützten Fotos auf einer anderen Webseite als die, auf der das Foto ursprünglich mit Zustimmung des Urhebers wiedergegeben wurde, als Zugänglichmachung des Fotos für ein neues Publikum zu bewerten ist.<sup>103</sup> Der *Upload* eines Fotos ohne Zustimmung des Urhebers auf einer anderen Webseite stellt damit eine öffentliche Wiedergabe i.S.v. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie dar, die ausschliesslich dem Urheber vorbehalten ist. Dieser *Upload* wird als unmittelbarer Eingriff in das Recht der öffentlichen Wiedergabe angesehen und unterscheidet sich damit von den mittelbaren Eingriffen wie *Linking* oder *Framing*, die grundsätzlich privilegiert sind,<sup>104</sup> auch weil diese für ein gutes Funktionieren des Internets unerlässlich sind.<sup>105</sup> Der EuGH weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass ein *Upload* nicht in gleicher Weise zum Funktionieren des Internets beitrage wie ein *Hyperlink*.<sup>106</sup>

93 EuGH vom 13. Februar 2014, C-466/12, GRUR 2014, 360 ff. Rn. 24 ff., «Svensson».

94 Siehe z.B. EuGH vom 8. September 2016, C-160/15, ZUM 2016, 975 ff. Rn. 52, «GS Media/Sanoma u.a.»; EuGH vom 21. Oktober 2014, C-348/13, ZUM 2015, 141 ff. Rn. 15 f., «BestWater International»; EuGH vom 9. März 2021, C-392/19, GRUR 2021, 706, Rn. 44, «VG Bild-Kunst/Stiftung Preussischer Kulturbesitz».

95 Siehe z.B. EuGH vom 8. September 2016, C-160/15, ZUM 2016, 975 ff. Rn. 45, «GS Media/Sanoma u.a.»; EuGH vom 9. März 2021, C-392/19, GRUR 2021, 706, Rn. 49, «VG Bild-Kunst/Stiftung Preussischer Kulturbesitz»; EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR 2018, 911, Rn. 40, «Córdoba».

96 EuGH vom 13. Februar 2014, C-466/12, GRUR 2014, 360 ff. Rn. 31, «Svensson».

97 EuGH vom 26. April 2017, C-527/15, ZUM 2017, 587 ff. Rn. 49, «Stichting Brein/Wullems».

98 Zu *embedded links* EuGH vom 13. Februar 2014, C-466/12, GRUR 2014, 360 ff., «Svensson»; zum *Framing* EuGH vom 21. Oktober 2014, C-348/13, ZUM 2015, 141 ff., «BestWater International».

99 EuGH vom 13. Februar 2014, C-466/12, GRUR 2014, 360 ff. Rn. 25 f., «Svensson»; EuGH vom 21. Oktober 2014, C-348/13, ZUM 2015, 141 ff. Rn. 18, «BestWater International».

100 EuGH vom 21. Oktober 2014, C-348/13, ZUM 2015, 141 ff. Rn. 18, «BestWater International».

101 EuGH vom 9. März 2021, C-392/19, «VG Bild-Kunst», GRUR 2021, 706 ff. Rn. 55, zu dem Urteil s. im Detail I. GABERT-PIBERSBERG, EuGH: Framing unter Umgehung von technischen Schutzmassnahmen, sic! 2022, 39 ff.

102 EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, ZUM 2018, 674 ff. Rn. 25, «Córdoba».

103 EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, ZUM 2018, 674 ff. Rn. 35, «Córdoba».

104 A. OHLY, Unmittelbare und mittelbare Verletzung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach dem «Córdoba»-Urteil des EuGH, GRUR 2018, 1003.

105 EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, ZUM 2018, 674 ff. Rn. 40, «Córdoba».

106 EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, ZUM 2018, 674 ff. Rn. 40, «Córdoba».

## 2. Anwendung der vom EuGH entwickelten Tatbestandsmerkmale auf Kryptokunst

### a) Beurteilung der digitalen Nutzung eines Kunstwerks vor Erstellung eines NFT

Es wird diskutiert, ob schon vor Programmierung des *Smart Contracts* eines NFT durch Abspeicherung des Kunstwerks auf einem Server oder dem IPFS und die Erstellung eines öffentlich abrufbaren *Links* hierauf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung verletzt wird. Denn durch eine Abspeicherung einschliesslich der Erstellung eines *Links* werde es grundsätzlich jedem Internetnutzer ermöglicht, das Werk abzurufen.<sup>107</sup> Da es sich hier um den Zeitpunkt der Vorbereitung der Erstellung des NFT handelt, zu dem der *Link* zu dem Kunstwerk noch nicht in den *Smart Contract* des NFT einbezogen wurde, ist die EuGH-Rechtsprechung zu *Hyperlinks* für diesen Zeitpunkt nicht relevant.<sup>108</sup> Es ist vielmehr darauf abzustellen, ob der Tatbestand der «Öffentlichkeit» einschlägig ist. Insbesondere ist fraglich, ob die der EuGH-Rechtsprechung entnommene quantitative Komponente des Öffentlichkeitsbegriffs der «ziemlich grossen Anzahl von Personen» in diesem Stadium der Vorbereitung der NFT-Erstellung erfüllt ist.<sup>109</sup> In der Literatur wird argumentiert, dass das Vorliegen einer «ziemlich grossen Anzahl von Personen» bei der Vorbereitung der Erstellung eines Kunst-Tokens nicht angenommen werden könne, weil das Kunstwerk zu diesem Zeitpunkt ohne einschlägige Vorinformationen über die URL-Adresse nur von einer begrenzten Anzahl von Personen abgerufen werden könne.<sup>110</sup> Dabei wird Bezug auf die Rechtsprechung des deutschen BGH aus dem Jahr 2021 betreffend ein Produktfoto auf einer Internethandelsplattform genommen. Dieses Produktfoto war zunächst von einem Verkäufer unter Verletzung des Urheberrechts auf einer Onlinehandelsplattform im Rahmen seiner Verkaufsanzeige öffentlich zugänglich gemacht worden. Nach Abgabe einer Unterlassungserklärung des Verkäufers war das Produktfoto nur noch durch die Eingabe einer rund 70 Zeichen umfassenden URL-Adresse im Internet zugänglich. Der BGH weist auf die EuGH-Rechtsprechung hin, nach der der Begriff der Öffentlichkeit nur bei einer «unbestimmten Zahl potenzieller Adressaten» und «recht vielen Personen» erfüllt sei, wobei es sich dann um eine «unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten» handele, «wenn die Wiedergabe für Personen allgemein erfolgt, also nicht auf besondere Personen beschränkt ist, die einer privaten Gruppe angehören».<sup>111</sup> Nach Auffassung des BGH sei bei der Prüfung des Kriteriums der «ziemlich grossen Anzahl von Personen» nach der Lebenserfahrung davon auszugehen, dass die URL-Adresse nur von den Personen eingegeben wird, «die diese Adresse zuvor abgespeichert oder sie sonst in irgendeiner Weise kopiert oder notiert haben, oder denen die Adresse von solchen Personen mitgeteilt worden war».<sup>112</sup> Daher sah der BGH in diesem Fall das für die Prüfung der öffentlichen Zugänglichmachung relevante Kriterium «recht viele Personen» als nicht erfüllt an.<sup>113</sup>

Diese Rechtsprechung scheint hier in der Tat eine geeignete Referenz, mit dem Ergebnis, dass zum Zeitpunkt des Abspeicherns des Werks und Erstellung des *Links* keine Öff-

entlichkeit der Wiedergabe vorliegt und damit das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i.S.d. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie nicht betroffen ist.<sup>114</sup> Dies gilt zumindest dann, wenn der *Link* in dieser Phase nicht schon einem grösseren Personenkreis zugänglich gemacht wurde.<sup>115</sup> Zum selben Ergebnis kommt man auch für den Fall, dass die Abspeicherung auf dem IPFS stattfindet. Die hier massgeblichen *Hashwerte* bestehen aus einer willkürlichen Zeichenkombination, die mit einer unbekanntem, kryptischen URL vergleichbar ist. Für den Abruf des auf dem IPFS hinterlegten Kunstwerks wäre somit die Kenntnis des einschlägigen *Hashwerts* nötig, der i.d.R. nur dem Ersteller des NFT bekannt sein dürfte.<sup>116</sup>

### b) Beurteilung der eigentlichen Erstellung eines Kunst-Tokens

Nach Abschluss der Vorbereitungs-handlungen folgt die eigentliche Erstellung, das *Minting*, des NFT-Produkts. Beim *Minting* entstehen vor allem auf zwei Gebieten komplizierte Rechtsfragen, zum einen betreffend das Vervielfältigungsrecht und zum anderen bezüglich des Rechts der öffentlichen Wiedergabe.<sup>117</sup>

Wie unter II.1. beschrieben kann das *Minting* grundsätzlich – wenn auch äusserst unüblich – *on chain* geschehen, indem das digitale Werkexemplar beim *Minting* des NFT auf die *Blockchain* hochgeladen wird. Erfolgt das ohne Zustimmung des Urhebers, stellt dies eine öffentliche Zugänglichmachung dar.<sup>118</sup>

Der Regelfall bei *Minting* ist jedoch, dass das Kunstwerk *off-chain* abgespeichert wird. Hierbei wird eine Verknüpfung zwischen dem NFT und dem digitalen Gut dadurch hergestellt, dass in den *Smart Contract* des NFT ein *Link* zu dem externen, digital abrufbaren Kunstwerk, aufgenommen wird.<sup>119</sup> Es ist zu diskutieren, ob die Nutzung dieses *Links* eine öffentliche Zugänglichmachung darstellt. Entschei-

107 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1076.

108 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1076.

109 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1076; HENKE (Fn. 20), 226. Bei diesem der EuGH-Rechtsprechung entnommenen Merkmal handelt es sich um die quantitative Komponente des Öffentlichkeitsbegriff, die kumulativ mit dem Merkmal der «unbestimmte Zahl potentieller Adressaten» erfüllt sein muss, EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, ZUM 2018, 674 ff. Rn. 22, «Córdoba». Jedoch muss eine «bestimmte Mindestschwelle» überschritten sein, EuGH vom 26. April 2017, C-527/15, ZUM 2017, 587 ff. Rn. 41, «Stichting Brein/Wullems».

110 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1076; HENKE (Fn. 20), 226.

111 BGH vom 27. Mai 2021, I ZR 119/20, GRUR 2021, 1286, Rn. 14, «Lautsprecherfoto»; zu diesem Urteil im Detail siehe A. SESING, Öffentliche Zugänglichmachung durch fortbestehende Abrufbarkeit eines URL, GRUR 2021, 1369 ff.

112 BGH vom 27. Mai 2021, I ZR 119/20, GRUR 2021, 1286, Leitsatz, «Lautsprecherfoto».

113 BGH vom 27. Mai 2021, I ZR 119/20, GRUR 2021, 1286, Leitsatz, «Lautsprecherfoto».

114 So auch HENKE (Fn. 20), 226.

115 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1079.

116 HENKE (Fn. 20), 226.

117 WEBER (Fn. 10), 492.

118 WALTER/MARTINOVIC (Fn. 36), 277.

119 BARTELS/MAAMAR (Fn. 44), 61; EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1075, s. auch unter II.1.



dend für die Klassifizierung als öffentliche Wiedergabe ist wiederum, ob das Werk durch die Verlinkung in hinreichender Weise Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich gemacht und somit die Öffentlichkeitsschwelle überschritten wurde.<sup>120</sup> Zwar ist der *Link* durch seine Integration in den NFT nun grundsätzlich nicht mehr ausschliesslich seinem Ersteller bekannt, sondern auf der *Blockchain* öffentlich und transparent hinterlegt.<sup>121</sup> Allerdings erfordert der Abruf des Kunstwerks die Kenntnis der jeweiligen *TokenID* und des konkreten *Smart Contracts*, so dass auch hier – parallel zu der unter III.2.a) angeführten Argumentation –, wiederum nicht angenommen werden kann, dass die Öffentlichkeitsschwelle erreicht wird.<sup>122</sup>

Eine öffentliche Zugänglichmachung kann erst recht mangels Erreichen der Öffentlichkeitsschwelle nicht angenommen werden, wenn der Zugang zu dem Werk aufgrund der Ausgestaltung des *Smart Contracts* durch ein Mitgliedern der Öffentlichkeit unbekanntes Passwort geschützt wird.<sup>123</sup> Eine öffentliche Zugänglichmachung ist ebenfalls nicht anzunehmen, wenn die Kopie des Kunstwerks nicht über den *Blockchain*-Explorer oder auf einer NFT-Plattform angezeigt werden kann, weil auch in diesem Fall Mitglieder der Öffentlichkeit nicht auf das Werk zugreifen können.<sup>124</sup>

Die EuGH-Rechtsprechung zum *Linking* ist bei der Erstellung des NFT dann relevant, wenn ein *Link* auf ein der Öffentlichkeit bereits allgemein zugänglich gemachtes Werk erfolgt. Das Setzen des *Links* stellt dann keine öffentliche Zugänglichmachung dar, wenn die Wiedergabe in demselben technischen Verfahren – also ebenfalls im Internet – erfolgt und kein «neues Publikum» erreicht wird.<sup>125</sup> Wenn das Kunstwerk schon der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurde, wird durch die Nutzung des *Links* bei der Erstellung des Kunst-Tokens kein neues Publikum erreicht. Als «neues Publikum» gilt ein Publikum, an das der Urheber – als er die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe seines Werks erlaubt hat – nicht gedacht hat.<sup>126</sup> Da der Kunst-Token ebenfalls über das Internet zugänglich gemacht wird, kann davon ausgegangen werden, dass der Urheber auch an die Betrachter von NFTs gedacht hat und diese damit Teil des ursprünglich adressierten Publikums sind.<sup>127</sup> Die Nutzung des *Links* im Rahmen der NFT-Erstellung auf ein bereits im Internet frei zugänglich gemachtes Kunstwerk stellt somit keine öffentliche Zugänglichmachung des urheberrechtlich geschützten Kunstwerks i.S.d. Art 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie dar.<sup>128</sup>

Zu einem anderen Ergebnis kommt man der EuGH-Rechtsprechung folgend allerdings dann, wenn durch die Verlinkung auf ein ursprünglich rechtmässig zugänglich gemachtes Werk, beschränkende Massnahmen umgangen werden, weil in diesem Fall ein Publikum, an das der Urheber ursprünglich nicht gedacht hat, also eben doch ein «neues Publikum» erreicht wird. Somit liegt dann eine Verletzung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung vor.<sup>129</sup>

### c) Beurteilung der Veräusserung von Kryptokunst

Auch bei der Veräusserung von Kryptokunst zeigen sich Besonderheiten im Vergleich zur herkömmlichen, analogen

Kunst. Bei analoger Kunst sind im Rahmen des Ankaufs keine spezifischen Regelungen nötig, um den exklusiven Zugriff auf das Kunstwerk beim Erwerber zu verankern. Digitale Kunst dagegen – als Beispiel sei wiederum das Werk «Everydays: the First 5000 Days» des Künstlers «Beeple» genannt, das auch nach der Auktion bei Christie's im Jahr 2021 frei zugänglich im Internet abrufbar ist –, kann für jeden auch nach abgeschlossener Auktion oder Veräusserung über das IPFS im Internet abrufbar bleiben. Grund hierfür ist, dass der Erwerber des NFT ohne eine ausdrückliche Vereinbarung, dass er ausschliessliche Rechte am Inhalt der Datei erwirbt, durch den Erwerb keine exklusiven Zugriffsmöglichkeiten auf die verlinkte Datei erlangt hat, die nicht auch anderen zur Verfügung stehen.<sup>130</sup> Der Käufer erhält durch den Kauf auch keine Kopie des Kunstwerks.<sup>131</sup> Zumindest in dem gängigen Fall, dass das Kunstwerk nicht auf der *Blockchain* gespeichert wird, wird bei der Veräusserung eines Kunst-Tokens der Erwerber lediglich als neuer *Owner* des NFT in den *Token* eingetragen, wobei der Kunstgegenstand selbst unberührt und auch derselbe *Link* bestehen bleibt.<sup>132</sup> Auch zu der Anfertigung weiterer Vervielfältigungsexemplare des digitalen Kunstwerks kommt es hier nicht.<sup>133</sup> Dies führt dazu, dass durch die Übertragung des Kunst-NFT auf den neuen Erwerber grundsätzlich keine öffentliche Zugänglichmachung erfolgt.<sup>134</sup> Schliesslich erfolgte die Verlinkung auf das Kunstwerk schon vor der Veräusserung, der Wechsel des *Owners* bewirkt keine weitere Verlinkung und führt auch nicht dazu, dass ein neues Publikum erreicht wird, wenn das Kunstwerk schon im Zuge des *Minting* für jeden öffentlich abrufbar gemacht wurde.<sup>135</sup> Denn der EuGH ist der Ansicht, dass der Rechteinhaber, indem er sein Werk der Öffentlichkeit frei zugänglich gemacht hat oder eine Zugänglichmachung erlaubt hat, an sämtliche Internetnutzer von Beginn an als Publikum gedacht hat.<sup>136</sup> Auch ein neues technisches Verfahren wird nicht eingesetzt, so dass es hier an beiden vom EuGH entwickelten Varianten der qualitativen Komponenten des Öffentlichkeitsbegriffs fehlt.

120 RAUER/BIBI (Fn. 9), 26 f.

121 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1077.

122 HENKE (Fn. 20), 226 f.

123 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1077.

124 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1077; im Ergebnis so auch HENKE (Fn. 20), 226 f.

125 EuGH vom 13. Februar 2014, C-466/12, GRUR 2014, 360 ff. Rn. 24 ff., «Svensson», siehe hierzu unter II.1.b).

126 EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, Córdoba, ZUM 2018, 674 ff. Rn. 24.

127 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1077.

128 So auch EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1077; SPIKOWIUS/RACK (Fn. 1), 259; im Ergebnis so auch HENKE (Fn. 20), 227.

129 EuGH vom 13. Februar 2014, C-466/12, GRUR 2014, 360 ff. Rn. 31, «Svensson». So auch RAUER/BIBI (Fn. 9), 27; EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1077.

130 HEINE/STANG (Fn. 21), 757.

131 HAAS/RODIEUX (Fn. 53), 332.

132 SPIKOWIUS/RACK (Fn. 1), 259.

133 HEINE/STANG (Fn. 21), 758.

134 HEINE/STANG (Fn. 21), 758; SPIKOWIUS/RACK (Fn. 1), 259.

135 HEINE/STANG (Fn. 21), 758.

136 EuGH vom 9. März 2021, C-392/19, «VG Bild-Kunst», GRUR 2021, 706 ff. Rn. 37 f.

Nach Auffassung von EHINGER/HUGENDUBEL wird bei einer Veräusserung eines Kunst-Tokens jedoch dann ein neues Publikum erreicht, und es ist folglich von einer öffentlichen Zugänglichmachung nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie auszugehen, wenn der NFT zuvor nur einem bestimmten, abgegrenzten Web3-Ökosystem<sup>137</sup> zugänglich gemacht wurde oder das NFT-Produkt passwortgeschützt ist und technische Reglementierungen für eine Veräusserung vorhanden sind.<sup>138</sup> Ohne dass die Autoren auf ein konkretes Urteil Bezug nehmen, scheint diese Argumentation mit Blick auf die EuGH-Rechtsprechung durchaus nachvollziehbar. So wendete der EuGH seine Rechtsprechung, nach der *Framing* keine öffentliche Wiedergabe darstellt,<sup>139</sup> in der Rechtssache «VG Bild-Kunst» nicht auf Fälle an, in denen der Rechtsinhaber bei der Veröffentlichung seines Werks von Anfang an Massnahmen eingeführt oder veranlasst hat, die den Zugriff auf das Werk beschränken.<sup>140</sup> Denn in diesem Fall hat der Urheber eben nicht wie sonst beim *Linking* oder *Framing* angenommen, an sämtliche Internetnutzer als Publikum gedacht, womit ein neues Publikum erreicht wird. Dies kann in den von den Autoren angedachten Fällen m.E. vergleichbar eingeschätzt werden.

#### d) Beurteilung von verkaufsbegleitenden Massnahmen bei Kryptokunst

Wie auch bei herkömmlicher Kunst und letztlich bei jedem Wirtschaftsgut üblich, wird die Veräusserung eines digitalen Kunstwerks durch Werbemassnahmen begleitet. Durch diese verkaufsbegleitenden Massnahmen kann ebenfalls das Recht der öffentlichen Wiedergabe betroffen sein. Da auch traditionelle Auktionshäuser und Galerien zunehmend Kryptokunst anbieten, kann die Bewerbung eines digitalen Kunstwerks zum einen durch Versteigerungsprospekte von Auktionshäusern geschehen. Zum anderen existieren spezielle Marktplätze für NFTs wie «Opensea», wo ebenfalls Kryptokunst zum Verkauf angeboten und entsprechend beworben wird.

Zur Bewerbung von Kryptokunst wird meist eine Vorschau auf die mit dem NFT verlinkte digitale Ressource z.B. durch eine Abbildung des Kunstwerks im Versteigerungsprospekt oder ein Vorschaubild des Kunstwerks auf einer NFT-Handelsplattform angeboten, wobei diese Werbemassnahmen regelmässig dann eine Vervielfältigungshandlung darstellen, wenn Abbildungen auf der eigenen Festplatte gespeichert werden oder Auktionshäuser Werke in Versteigerungskatalogen abbilden.<sup>141</sup> Wenn diese Vervielfältigungsexemplare nun auf einer NFT-Verkaufsplattform oder der Webseite des Auktionshauses hochgeladen werden, bewirkt dies eine öffentliche Zugänglichmachung,<sup>142</sup> weil dadurch – dem «Córdoba»-Urteil des EuGH folgend<sup>143</sup> – ein «neues Publikum» erreicht wird. Damit sind für derartige verkaufsbegleitende Massnahmen entsprechende Verwertungsrechte nötig.<sup>144</sup>

Es sei in diesem Zusammenhang aber darauf hingewiesen, dass die Katalogbildfreiheit nach Art. 26 URG einschlägig sein kann, nach der ein Werk, das sich in einer öffentlich

zugänglichen Sammlung befindet, in einem von der Verwaltung der Sammlung herausgegebenen Katalog abgebildet werden darf. Die gleiche Regelung gilt für die Herausgabe von Messe- und Auktionskatalogen.

#### IV. Fazit

Vor allem durch spektakuläre Auktionsergebnisse hat Kryptokunst in den vergangenen Jahren das Interesse einer breiteren Öffentlichkeit geweckt. Bei Kryptokunst handelt es sich um eine Art digitaler Kunstunilate, die auf der *Blockchain*-Technologie basieren,<sup>145</sup> also als NFTs auf einer *Blockchain* veröffentlicht werden.<sup>146</sup> Die rechtliche Einordnung von NFTs wird derzeit in vielen Rechtsgebieten thematisiert. Somit ist es nicht verwunderlich, dass auch betreffend die urheberrechtliche Einordnung von Kryptokunst Unklarheiten bestehen. Dabei gelten die urheberrechtlichen Besonderheiten von Kryptokunst als diffizil zu ermitteln.<sup>147</sup> Hier von ist auch das Recht der öffentlichen Wiedergabe betroffen. Von der Vorbereitung der Erstellung eines Kunst-NFT, über dessen *Minting* hin zu Veräusserung und Vermarktung von Kryptokunst wird diskutiert, inwieweit das Recht der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie, insbesondere das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, betroffen ist. Das Recht der öffentlichen Wiedergabe ist in den letzten Jahren durch viele Urteile auf europäischer Ebene geprägt und weiterentwickelt worden. So lohnt sich ein Blick auf die umfangreiche Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie, um einschätzen zu können, wann im Zusammenhang mit Kryptokunst das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung verletzt werden könnte. Stets zu beachten sind hierbei die jeweiligen spezifischen technischen Ausgestaltungen und Anforderungen des NFT bzw. des Onlinemarktplatzes, auf dem es gehandelt wird. Daher ist nicht für alle

137 Unter Web3 wird die dritte Generation und alternative Vision des Internets verstanden, das mit Hilfe der *Blockchain*-Technologie dezentral organisiert und nicht mehr nur auf Plattformen und Intermediären oder Dienste, die von einem Unternehmen gehostet werden, ausgerichtet ist, J. FRÖHLER/J. PIEPENBURG/D. WASNER, Tagungsbericht zum Web3-Symposium: *Blockchain* basierte Token, ZfDR 2023, 218; REINHOLZ (Fn. 45), 478. Dabei gelten *Blockchain*-Domains als Zukunftstechnologie des Web3, wobei sich diese *Domains* derzeit noch nicht durchgesetzt haben, s. hierzu R. HEINE, *Blockchain*-Domains, GRUR-Prax 2023, 192.

138 EHINGER/HUGENDUBEL (Fn. 43), 1079; im Ergebnis so wohl auch RAS-SOULI (Fn. 33), 139.

139 EuGH vom 21. Oktober 2014, C-348/13, BestWater International, ZUM 2015, 141 ff., siehe hierzu auch unter III.1.b).

140 EuGH vom 9. März 2021, C-392/19, «VG Bild-Kunst», GRUR 2021, 706 ff. Rn. 39.

141 HEINE/STANG, (Fn. 21), 758.

142 So auch BARTELS/MAAMAR, (Fn. 44), 62; EHINGER/HUGENDUBEL, (Fn. 43), 1079; HEINE/STANG, (Fn. 21), 758; WALTER/MARTINOVIC, (Fn. 36), 281.

143 EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, Córdoba, ZUM 2018, 674 ff. Rn. 24; s. hierzu auch unter III.1.b).

144 BARTELS/MAAMAR, (Fn. 44), 61.

145 KLEIBER, (Fn. 1), 445475.

146 G. LOVINK, In der Plattformfalle, Bielefeld 2022, 168.

147 KLEIBER, (Fn. 1), 445475.

Entwicklungs- bzw. Verwertungsstufen eines Kunst-Tokens eine pauschale Aussage möglich, ob und wann das Recht der öffentlichen Wiedergabe verletzt wird.

### Zusammenfassung

Derzeit lässt sich noch nicht absehen, ob Kryptokunst zu einem dauerhaften Bestandteil des Kunstmarkts werden wird oder ob es sich lediglich um einen vorübergehenden Hype handelt. Es lohnt sich aber aus juristischer Sicht in jedem Fall, die Entwicklung von Kryptokunst weiter zu beobachten, denn es stellen sich hierzu zahlreiche Rechtsfragen. Im Urheberrecht betrifft dies u.a. die Frage, ob bei der Vorbereitung, Erstellung und Vermarktung von Kunst-NFTs das Recht der öffentlichen Wiedergabe, insbesondere das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung i.S.v. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie verletzt wird.

Durch die Rechtsprechung des EuGH ist das Recht der öffentlichen Wiedergabe in den letzten Jahren geprägt und weiterentwickelt worden. In zahlreichen EuGH-Urteilen hat sich verfestigt, dass stets die zwei Tatbestandsmerkmale *Handlung der Wiedergabe* und die *Öffentlichkeit dieser Wiedergabe* kumulativ vorliegen müssen. Diese Merkmale sind in zahlreichen Einzelfallentscheidungen wiederum durch weitere Kriterien konkretisiert worden. In jüngerer Vergangenheit betrafen die Vorlagefragen zur Auslegung des Begriffs der «öffentlichen Wiedergabe» i.S.d. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie vermehrt Internetsachverhalte, weshalb die betreffende EuGH-Rechtsprechung wertvolle Anhaltspunkte für die Beurteilung des Verhältnisses von Kryptokunst zum Recht der öffentlichen Wiedergabe liefert.

### Résumé

Pour l'heure, il est impossible de savoir si le crypto-art deviendra un élément durable du marché de l'art ou s'il s'agit simplement d'un engouement passager. D'un point de vue juridique, il vaut toutefois la peine de continuer à observer le développement du crypto-art, car de nombreuses questions juridiques se posent à ce sujet. Dans le domaine du droit d'auteur, il s'agit notamment de savoir si la préparation, la création et la commercialisation de NFT artistiques portent atteinte au droit de communication au public, en particulier au droit de mise à disposition du public au sens de l'article 3, paragraphe 1 de la directive InfoSoc.

Ces dernières années, la jurisprudence de la CJUE a marqué et développé le droit de communication au public. Dans de nombreux arrêts de la CJUE, il a été établi que les deux éléments constitutifs de l'acte de communication et du caractère public de cette communication doivent toujours être présents de manière cumulative. Ces caractéristiques ont été concrétisées par d'autres critères dans de nombreuses décisions individuelles. Ces derniers temps, les questions préjudicielles relatives à l'interprétation de la notion de «communication au public» au sens de l'article 3, paragraphe 1 de la Directive 2001/29/CE concernent de plus en plus des faits liés à Internet, raison pour laquelle la jurisprudence de la CJUE en la matière fournit de précieux indices pour l'évaluation du rapport entre l'art cryptographique et le droit de communication au public.