

Portabilität für Schweizer Reisende

LENA GÖTZINGER* / MICHAEL ISLER**

Schweizer sind, anders als Ansässige in EU-Mitgliedstaaten, nicht vom Anwendungsbereich der europäischen Portabilitätsverordnung erfasst. Reisende mit schweizerischem Wohnsitz stellen bei vorübergehenden Aufenthalten in der EU deshalb oft fest, dass sie dort in der Schweiz verfügbare digitale Inhalte nicht konsumieren können. Hintergrund ist das territorial ausgerichtete Urheberrecht. Dieser Beitrag untersucht, unter welchen Umständen Anbieter Reisenden mit Wohnsitz in der Schweiz digitale Inhalte zugänglich machen können, ohne in Ausschliesslichkeitsrechte der Rechteinhaber einzugreifen.

Contrairement aux résidents des États membres de l'UE, les Suisses sont exclus du champ d'application du règlement européen relatif à la portabilité. Par conséquent, les voyageurs résidant en Suisse constatent souvent, lorsqu'ils séjournent temporairement dans l'UE, qu'ils ne peuvent pas y avoir accès à des contenus numériques disponibles en Suisse. En cause se trouve le droit d'auteur territorial. Le présent texte examine sous quelles conditions les fournisseurs peuvent rendre leurs contenus accessibles à des voyageurs résidant en Suisse sans violer les droits d'exclusivité des titulaires de droits.

I. Einleitung

II. Kollisionsrecht

III. Die urheberrechtliche Zulässigkeit der Zugänglichmachung nach Gemeinschaftsrecht

1. Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht
2. Öffentliche Wiedergabe, Art. 3 Abs. 1 Info-Soc-RL

Zusammenfassung / Résumé

I. Einleitung

Seit Geltung der Verordnung 2017/1128 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhalten («Portabilitäts-VO»)¹ ab dem 20. März 2018 gehört die Meldung «Dieser Content ist in deinem Land nicht verfügbar» innerhalb des Europäischen Wirtschaftsraums in der Regel der Vergangenheit an. Art. 4 Portabilitäts-VO fingiert, dass der Zugriff auf einen Online-Inhaltedienst als ausschliesslich im Wohnsitzmitgliedstaat des Abonnenten erfolgt gilt, wenn der Zugriff von einem anderen Mitgliedstaat aus erfolgt, in welchem sich der Abonnent vorübergehend aufhält. Personen mit Wohnsitz in der Schweiz hingegen, die Reisen in die Europäische Union (EU) unternehmen, profitieren nicht von der Portabilität von Inhalten als Folge der Fiktion. Es stellt sich deshalb für Schweizer Anbieter von Online-Inhaltediensten die Frage, ob sie die auf ihren Plattformen angebotenen Inhalte auch ohne ausdrückliche Erlaubnisnorm ihren Abonnenten zugänglich machen dürfen, wenn sich diese auf Reisen vorübergehend im EU-Ausland aufhalten und von dort aus auf Serien oder Podcasts zugreifen (wollen).

Problematisch ist dabei, dass auch im Online-Bereich urheberrechtlich geschützte Inhalte nach wie vor territorial, d.h. in der Regel länderbezogen, lizenziert werden². Filmproduktionen könnten ohne territoriale Lizenzierung vielfach gar nicht finanziert werden³. Wer Online-Inhalte zum Abruf aus anderen

* Rechtsanwältin, Rechtsanwaltskammer Frankfurt am Main, Zürich.

** Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

¹ Verordnung (EU) 2017/1128 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt, Abl. L 168/1 vom 30. Juni 2017..

² M. VON ALBRECHT/O. FISS, Murphy reloaded: Die Zulässigkeit von Geoblocking für audiovisuelle Inhalte im Lichte aktueller Entwicklungen, ZUM 2020, 18.

³ VON ALBRECHT/FISS (Fn. 2), ZUM 2020, 18; J. HOFMANN, Die Online-SatCab-Richtlinie – Muss das sein oder kann das weg?, ZUM 2019, 553; M. SCHWARZ, Geoblocking und Portability aus urheber- und europarechtlicher Sicht, ZUM 2015, 950.

Ländern bereithält, müsste deshalb grundsätzlich für jedes dieser Länder eine Lizenz erwerben. Nach dem Schutzlandprinzip liegt die urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung der Zugänglichmachung von Online-Inhalten nämlich dort, wo der Konsument sie (potenziell) abrufen. Das Sendelandprinzip, wie es für die Satellitenausstrahlung Anwendung findet, wird nach herrschender Meinung weder im schweizerischen noch im Gemeinschaftsrecht auf die Zugänglichmachung von Online-Inhalten übertragen⁴.

Offensichtlich urheberrechtlich unzulässig ist demnach eine Zugänglichmachung von allein für die Schweiz lizenzierten Online-Inhalten an das gesamte EU-Publikum. Eine solche Zugänglichmachung stellte das territoriale Lizenzmodell gänzlich auf den Kopf und nähme dem Rechteinhaber die Möglichkeit, eine angemessene Vergütung für die Verwertung seines Werks zu erhalten. Nicht so eindeutig ist die Frage der urheberrechtlichen Zulässigkeit jedoch dann zu beantworten, wenn innerhalb der Schweiz lizenzierte Inhalte im EU-Ausland allein Schweizer Abonnenten zur Verfügung gestellt werden, etwa durch einen Login mit vorgängiger Wohnsitzüberprüfung. Eine Beantwortung dieser Frage versucht dieser Beitrag.

II. Kollisionsrecht

Jedes zuständige Gericht wendet bei grenzüberschreitenden Sachverhalten sein eigenes Kollisionsrecht an. Welches Recht auf urheberrechtliche Verletzungshandlungen anwendbar ist, bestimmt sich sowohl bei der Anwendung des europäischen (Art. 8 ROM-II-Verordnung) als auch des schweizerischen (Art. 110 IPRG) Kollisionsrechts nach dem Schutzlandprinzip. Danach kommt das Recht des Staates, in dem die relevante Nutzungshandlung stattfindet, zur Anwendung.

In Anwendung von Art. 8 Rom-II-Verordnung⁵ rücken Gerichte angesichts der Ubiquität des Inhalts einer Website bei behaupteten Rechtsverletzungen im Internet zur Identifikation der anwendbaren Rechtsordnung das Kriterium der bestimmungsgemässen Abrufbarkeit in den Mittelpunkt⁶. Zur Begründung wird ein hinreichender, teilweise wirtschaftlich relevanter⁷, Inlandsbezug gefordert. Bezogen auf die behauptete Verletzung der Rechte an einem Datenbankwerk im Internet hat der EuGH entschieden, dass dessen Zurverfügungstellung nur dann eine «Weiterverwendung» gemäss Art. 7 der Datenbank-Richtlinie 96/9/EG⁸ im Abrufstaat darstellt, wenn der Inhalteanbieter die Absicht erkennen lässt, die Personen, die sich im Gebiet des potenziellen Abrufs befinden, «gezielt anzusprechen»⁹. Indizien einer gezielten Ansprache sind insbesondere die auf der Website verwendete Sprache, Werbemaßnahmen im Abrufland, Angaben zu Zahlungsmodalitäten oder Lieferort sowie Disclaimer¹⁰. Der Server-Standort, auf dem die Inhalte gespeichert sind, ist unerheblich¹¹. Diese einschränkende Auslegung steht dem Schutzlandprinzip nicht entgegen¹².

Übertragen auf Schweizer Reisende im EU-Ausland stellt die Sprache als Anknüpfungspunkt für die Verortung der Zurverfügungstellung des Inhalts in der Schweiz sich als wenig taugliches Kriterium dar. Sie unterscheidet sich – jedenfalls bei (potenziellen) Abrufen aus den Nachbarländern – nicht bzw. nur geringfügig. Umgekehrt kann aus dem blossen Umstand, dass der Internetauftritt etwa in deutscher Sprache erfolgt, aber auch nicht auf eine Rechtsverletzung in Deutschland geschlossen werden, da

⁴ M. REHBINDER/L. VIGANÒ, Urheberrecht, 3. Aufl., Zürich 2008, URG 10 N 19; H. PFORTMÜLLER, in: K. Müller/R. Oertli (Hg.), Urheberrechtsgesetz, URG 10 N 10; P. FEHLBAUM/S. LATTMANN, Schranken und anwendbares Recht bei Urheberrechtsverletzungen auf dem Internet, sic! 2009, 376; L. SCHÜPBACH, Das Schutzlandprinzip im Urheberkollisionsrecht, 1. Aufl., Basel 2018, 42; Art. 1 Abs. 2 lit. b) Richtlinie 93/83/EWG (SatCabRL).

⁵ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II), Abl. L 199/40 vom 31. Juli 2007.

⁶ EuGH vom 18. Oktober 2012, C-173/11, «Dataco» m.w.H.

⁷ BGH vom 13. Oktober 2004, I ZR 163/02, GRUR 2005, 433, «Hotel Maritime»; EuGH vom 12. Juli 2011, C-324/09, GRUR 2011, 1025 N 64 f., «L'Oréal/eBay».

⁸ Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, Abl. L 177/20 vom 27. März 1996.

⁹ EuGH vom 18. Oktober 2012, C-173/11, GRUR Int. 2012, 1113 N 39, «Dataco».

¹⁰ EuGH vom 18. Oktober 2012, C-173/11, GRUR Int. 2012, 1113 N 39, «Dataco» bezüglich Sprache; im Übrigen BGH vom 15. Februar 2007, I ZR 114/04, GRUR 2007, 872, «Wagenfeld-Leuchte»; OLG München vom 2. Februar 2012, 29 U 3538/1, ZUM 2012, 587, «Sparen & Vorsorgen»; M. v. WELSER, in: A. Wandtke/W. Bullinger (Hg.), Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl., München 2019, UrhG vor 120 ff. N 34.

¹¹ EuGH vom 18. Oktober 2012, C-173/11, GRUR Int. 2012, 1113 N 45, «Dataco».

¹² P. KATZENBERGER/A. METZGER, in: U. Loewenheim/M. Leistner/A. Ohly (Hg.), Urheberrecht, 6. Aufl., München 2020, UrhG vor 120 ff. N 146.

«Deutsch auch in [der Schweiz] gesprochen wird»¹³. Dies gilt ebenso für Frankreich und Italien. Die unterschiedlichen Währungen in der Schweiz und dem Euro-Raum erweisen sich nur dann als taugliches Abgrenzungskriterium, wenn eine Zurverfügungstellung von einzelnen Inhalten gegen Entgelt geplant ist. Dies wird bei vielen Portalen nicht der Fall sein. Gratis-Abonnements, die der Anbieter durch Werbung finanziert, sind vielfach üblich.

Gegen eine gezielte Ansprache des EU-Publikums können aber Disclaimer sowie das Fehlen von Werbemassnahmen in den jeweiligen Ländern für das Online-Angebot angeführt werden. Auch an einer wirtschaftlichen Relevanz des nur für Reisende mit Wohnsitz in der Schweiz zugänglichen Inhalte-Angebots wird es in den entsprechenden EU-Ländern fehlen, da das grundsätzlich territoriale Lizenzmodell der Rechteinhaber im Urheberrecht nicht gefährdet wird. Diesen bleibt es unbenommen, weitere Lizenzen für das Publikum des jeweiligen EU-Landes zu vergeben. Ausgehend von diesen Anknüpfungspunkten erscheint es zunächst vertretbar, die urheberrechtliche Nutzungshandlung dem Schweizer Immaterialgüterstatut zu unterstellen.

Gleichwohl bietet diese Argumentation aus europarechtlicher Sicht nicht wenig Angriffsfläche. Während Aspekte wie etwa die Sprache einer Website im Wettbewerbsrecht und die wirtschaftliche Relevanz im Markenrecht als sachgerecht erscheinen, sind im Urheberrecht Verwertungsinteressen grundsätzlich überall dort betroffen, wo die Website abrufbar ist¹⁴. In einem das Senderecht betreffenden Urteil macht der deutsche Bundesgerichtshof ausdrücklich deutlich, dass das Schutzlandprinzip im Urheberrecht unabhängig davon gelte, ob mit der Handlung eine wirtschaftlich bedeutsame Auswertung im Inland verbunden ist¹⁵. Aufgrund der Schutzwürdigkeit des Urhebers seien an das Kriterium der Bestimmungsgemässheit deshalb keine überhöhten Anforderungen zu stellen, andernfalls drohe die Verlagerung der urheberrechtlich relevanten Handlung in Staaten mit keinem oder nur geringem Schutzstandard¹⁶.

Es ist deshalb angezeigt zu prüfen, ob eine Urheberrechtsverletzung nach den Statuten des Abruflandes, hier Gemeinschaftsrecht, vorliegt. Diese Prüfung ist freilich nur dann vorzunehmen, wenn der Rechteinhaber dem jeweiligen Mediathek-Anbieter nicht ohnehin die vorübergehende Zugänglichmachung innerhalb der EU an Reisende mit Wohnsitz in der Schweiz explizit einräumt, was allerdings in der Praxis kaum je der Fall sein wird.

III. Die urheberrechtliche Zulässigkeit der Zugänglichmachung nach Gemeinschaftsrecht

1. Verhältnis des Gemeinschaftsrechts zum nationalen Recht

Findet materiell Gemeinschaftsrecht Anwendung, beurteilt sich die Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit der Zugänglichmachung nach Art. 3 Abs. 1 RL 2001/29/EG (Info-Soc-RL¹⁷) sowie dem jeweiligen nationalen Urheberrecht in Umsetzung der Richtlinie.

Nach Art. 3 Abs. 1 Info-Soc-RL steht dem Urheber das ausschliessliche Recht zu, sein Werk im Wege der öffentlichen Wiedergabe zu verwerten. Gegen Dritte, die das Werk widerrechtlich verwerten, stehen dem Urheber jedenfalls Ansprüche auf Schadensersatz gemäss Art. 8 Abs. 2 Info-Soc-RL zu. Als Richtlinie gelten die Bestimmungen der Info-Soc-RL grundsätzlich nicht unmittelbar in den Mitgliedstaaten der EU, sondern vermittelt durch Umsetzung ins nationale Recht der Mitgliedstaaten. Die vorliegende Untersuchung orientiert sich massgeblich an der Rechtsprechung des EuGH zur Info-Soc-RL. Die Rechtslage in den Mitgliedstaaten weicht davon jedoch nicht wesentlich ab, da bei Interpretation der nationalen Normen, die auf Gemeinschaftsrecht beruhen, der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung gemäss Art. 288 Abs. 3 S. 1 AEUV und Art. 4 Abs. 3 EUV zu berücksichtigen ist. Danach

¹³ So OLG München vom 2. Februar 2012, 29 U 3538/11, ZUM 2012, 589, «Sparen & Vorsorgen» hinsichtlich einer durch ein österreichisches Unternehmen betriebenen, auch in Deutschland abrufbaren Website.

¹⁴ v. WELSER (Fn. 10), UrhG vor 120 ff. N 34.

¹⁵ BGH vom 7. November 2002, I ZR 175/00, GRUR 2003, 330, «Sender Felsberg» m.w.H.

¹⁶ v. WELSER (Fn. 10), UrhG vor 120 ff. N 34; BGH vom 7. November 2002, I ZR 175/00, GRUR 2003, 330, «Sender Felsberg».

¹⁷ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, Abl. L 167/20 vom 22. Juni 2001.

kommt dem Auslegungsergebnis, das der Zielvorgabe¹⁸ der Richtlinie entspricht, stets Vorrang gegenüber anderen, nach nationalem Recht möglichen Auslegungsergebnissen zu¹⁹. Entsprechend konzentriert sich die folgende Darstellung auf die Vorschriften der Richtlinie, so wie sie vom EuGH konkretisiert worden sind.

2. Öffentliche Wiedergabe, Art. 3 Abs. 1 Info-Soc-RL

Nach der Rechtsprechung des EuGH werden die Rechte an einem geschützten Werk vorbehaltlich der in Art. 5 Info-Soc-RL abschliessend aufgeführten Ausnahmen und Beschränkungen durch jede Nutzung des Werkes durch einen Dritten ohne vorherige Zustimmung verletzt²⁰. Eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung liegt aber nur vor, wo die dem Urheber zustehenden Verwertungsrechte berührt sind. Dies ist gegeben, wenn die Zurverfügungstellung geschützter Inhalte auf einer Online-Mediathek eine öffentliche Wiedergabe gemäss Art. 2 lit. a, Art. 3 Abs. 1 Info-Soc-RL darstellt, auch wenn diese ausschliesslich an Reisende mit Wohnsitz in der Schweiz erfolgt.

Unzweifelhaft erfolgt die Zurverfügungstellung von audiovisuellen Inhalten im Internet «drahtlos» gemäss Art. 3 Abs. 1 Info-Soc-RL. Die Konsumenten von On-demand-Inhalten haben auch die Möglichkeit, individuell zu entscheiden, zu welchem Zeitpunkt und wo der Zugriff erfolgt («von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl»), wie es Art. 3 Abs. 1 Info-Soc-RL fordert. Näherer Betrachtung bedarf allein, ob eine «öffentliche Wiedergabe» vorliegt. Dabei ist zunächst zu untersuchen, ob eine Wiedergabehandlung gegeben ist, bevor in einem nächsten Schritt geprüft werden kann, ob diese öffentlich erfolgt.

Ob eine Wiedergabehandlung und deren Öffentlichkeit vorliegt, ist anhand verschiedener Kriterien unter steter Beachtung der Umstände des Einzelfalls zu prüfen²¹. Da diese Kriterien «unselbstständig und miteinander verflochten sind», sind sie «einzeln und in ihrem Zusammenwirken mit den anderen Kriterien anzuwenden, da sie im jeweiligen Einzelfall in sehr unterschiedlichem Mass vorliegen können»²².

a) Wiedergabehandlung

Aufgrund der Zielsetzung der Info-Soc-RL, ein hohes Schutzniveau für die Urheber zu garantieren²³, legt der EuGH in ständiger Rechtsprechung den Begriff der Wiedergabe weit aus²⁴. Für eine Wiedergabehandlung reicht es demnach aus, wenn ein Werk einer Öffentlichkeit in der Weise zugänglich gemacht wird, dass deren Mitglieder an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben, ohne dass es darauf ankommt, ob sie diese Möglichkeit nutzen²⁵.

Bei der Zurverfügungstellung urheberrechtlich geschützter Inhalte auf einer Mediathek, die innerhalb der EU allein Reisenden mit Wohnsitz in der Schweiz zugänglich ist, wird es sich in der Regel um eine Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Info-Soc-RL handeln. Es ist unerheblich, wie viele dieser Reisenden tatsächlich das jeweilige Angebot, in der EU Inhalte zu streamen, annehmen. Entscheidend ist deshalb vielmehr, ob die Wiedergabe «öffentlich» ist.

¹⁸ Bei der Info-Soc-RL ist dies massgeblich die Förderung der Entwicklung der Informationsgesellschaft, vgl. im Einzelnen die Erwägungsgründe 4, 9, 10 und 23 der Richtlinie.

¹⁹ J. HEERMA, in: A. Wandtke/W. Bullinger (Hg.), Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl., München 2019, UrhG 15 N 7; BVerfG vom 26. September 2011, 2 BvR 2216/06.

²⁰ EuGH vom 16. November 2016, C-301/15, GRUR 2017, 62 N 34, «Soulie u. Doke/Premier ministre».

²¹ EuGH vom 26. April 2017, C-527/15, GRUR 2017, 610 N 28, «Filmspeler».

²² EuGH vom 26. April 2017, C-527/15, GRUR 2017, 610 N 30, «Filmspeler»; EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 25, «Cordoba».

²³ Erwägungsgründe 4 und 9 der Info-Soc-RL.

²⁴ EuGH vom 26. April 2017, C-527/15, GRUR 2017, 610 N 27, «Filmspeler»; EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 22, «Cordoba».

²⁵ EuGH vom 26. April 2017, C-527/15, GRUR 2017, 610 N 27, «Filmspeler»; EuGH vom 14. Juni 2017, C-610/15, GRUR 2017, 790 N 31, «The Pirate Bay».

b) Öffentlichkeit der Wiedergabe

Öffentlich ist die Wiedergabe, wenn sich die Wiedergabehandlung an eine unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten richtet und deren Anzahl von nicht unbedeutender Grösse ist²⁶. Für eine nicht unbedeutende Grösse ist nicht entscheidend, wie viele Personen gleichzeitig auf das geschützte Werk zugreifen können. Vielmehr genügt auch eine sukzessive Öffentlichkeit, wonach sämtliche Empfänger, die für eine Kenntnisnahme in Betracht kommen, einzubeziehen sind²⁷. Als weiteres Kriterium für die Öffentlichkeit legt der EuGH die zentrale Rolle des Nutzers an. Dem Handeln des Verwerters kommt dann eine zentrale Rolle zu, wenn die Kunden ohne Tätigwerden des Verwerters das geschützte Werk nicht (so leicht) konsumieren können²⁸.

Weiter ist erforderlich, dass die Wiedergabe entweder (i) unter Verwendung eines neuen technischen Verfahrens oder (ii) für ein «neues Publikum» erfolgt, um öffentlich zu sein²⁹. Da Wiedergabehandlungen über das Internet stets unter Verwendungen desselben technischen Verfahrens erfolgen, kommt vorliegend allein dem «neuen Publikum» Relevanz zu³⁰. Ein neues Publikum liegt vor, wenn das geschützte Werk einem Publikum gegenüber wiedergegeben wird, an das der Urheber nicht gedacht hatte, als er die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe seines Werkes erlaubte³¹. Bei der Bestimmung, an wen der Urheber «gedacht hatte», kommt es jedoch nicht auf die Erforschung seines tatsächlichen Willens im damaligen Zeitpunkt an. Vielmehr nimmt der EuGH in Ausformung dieses Begriffs einen Interessenausgleich zwischen den Verwertungsinteressen des Nutzers und den Eigentums- und Vergütungsinteressen des Urhebers vor.

Zur Bestimmung des neuen Publikums stellt der EuGH darauf ab, dass das Wiedergaberecht vorbeugender Art sei. Es erlaube dem Rechteinhaber, sich schon vor der Rechtsverletzung einzuschalten und die öffentliche Wiedergabe zu verbieten³². Entsprechend konkretisiert der EuGH, der Urheber oder Rechteinhaber müsse die Kontrolle über sein Werk haben³³. Gemäss Art. 3 Abs. 3 Info-Soc-RL soll eine Erschöpfung bei der öffentlichen Wiedergabe durch die erste Veröffentlichung gerade vermieden werden³⁴. Den Urhebern und Rechteinhabern soll weiter die Möglichkeit verbleiben, eine angemessene Vergütung für die Verwertung ihrer Werke durch die Vergabe von Lizenzen zu erhalten³⁵.

Zur Illustration, wann ein neues Publikum vorliegt, soll zunächst die typische Konstellation bei Urheberrechtsverletzungen im Internet dargestellt werden. Zielpublikum einer frei zugänglichen Internetseite sind zunächst alle potenziellen Besucher der betreffenden Seite³⁶. Ist ein auf einer Website aufrufbares geschütztes Werk, auf welches der angebliche Verletzer per Hyperlink verweist, frei zugänglich, kann davon ausgegangen werden, dass der Rechteinhaber zum Zeitpunkt der Erlaubnis an alle Internetnutzer dachte³⁷. Folglich fehlt es an der Öffentlichkeit der Wiedergabe. Ein neues Publikum ist aber dann gegeben, wenn die Veröffentlichung derart erfolgt, dass das geschützte Werk auf den eigenen Server heruntergeladen und von dort auf einer frei zugänglichen Website hochgeladen wurde³⁸. Dies gilt auch dann, wenn auch das ursprünglich rechtmässig online gestellte Werk frei zugänglich war, da dem Rechteinhaber durch die Speicherung auf einem neuen Server die Kontrolle über sein

²⁶ EuGH vom 13. Februar 2014, C-466/12, GRUR 2014, 360 N 21, «Svensson»; EuGH vom 14. Juni 2017, C-610/15, GRUR 2017, 790 N 42, «The Pirate Bay»; EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 23, «Cordoba».

²⁷ EuGH vom 7. Dezember 2006, C-306/05, GRUR Int. 2007, 316 N 38, «SGAE Rafael».

²⁸ EuGH vom 14. Juni 2017, C-610/15, GRUR 2017, 790 N 36 f., «The Pirate Bay».

²⁹ EuGH vom 13. Februar 2014, C-466/12, GRUR 2014, 360 N 24, «Svensson»; EuGH vom 8. September 2016, C-160/15, GRUR 2016, 1152 N 37, «GS Media/Sanoma»; EuGH vom 14. Juni 2017, C-610/15, GRUR 2017, 790 N 28, «The Pirate Bay»; EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 24, «Cordoba».

³⁰ EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 25, «Cordoba»; B. LÜTHGE/N. PETERS, Der Status Quo der «öffentlichen Wiedergabe» nach dem Córdoba-Urteil des EuGH (Rs. C-161/17), GRUR Int. 2019, 757.

³¹ EuGH vom 13. Februar 2014, C-466/12, GRUR 2014, 360 N 24, «Svensson»; EuGH vom 8. September 2016, C-160/15, GRUR 2016, 1152 N 37, «GS Media/Sanoma»; EuGH vom 14. Juni 2017, C-610/15, GRUR 2017, 790 N 28, «The Pirate Bay»; EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 24, «Cordoba».

³² EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 29 f., «Cordoba».

³³ EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 31, «Cordoba».

³⁴ EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 32 f., «Cordoba».

³⁵ EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 34, «Cordoba».

³⁶ Vgl. EuGH vom 13. Februar 2014, C-466/12, GRUR 2014, 360 N 26, «Svensson».

³⁷ EuGH vom 13. Februar 2014, C-466/12, GRUR 2014, 360 N 27, «Svensson».

³⁸ EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 35, «Cordoba».

Werk entzogen ist³⁹. Es träte Erschöpfung ein, wenn man eine öffentliche Wiedergabe bejaht⁴⁰. Der Rechteinhaber soll sich aber gegen weitere Veröffentlichungen wehren können⁴¹.

Das Bereithalten von Inhalten an Konsumenten mit Wohnsitz in der Schweiz, die sich innerhalb der EU vorübergehend aufhalten, richtet sich an eine unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten. Deren Anzahl ist nicht von unbedeutender Grösse. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus deutscher Perspektive, wo § 15 Abs. 3 S. 2 UrhG legaldefiniert, dass jeder zur Öffentlichkeit gehört, der mit dem Verwerter nicht durch persönliche Beziehung verbunden ist. An einem rein privaten Werkgenuss, etwa im Rahmen einer privaten Veranstaltung, fehlt es hier. Mag der Konsum durch die Endverbraucher auch im privaten Rahmen (Hotelzimmer etc.) stattfinden, ist allein das kommerzielle Anbieten der Inhalte durch den Mediathek-Anbieter an eine sukzessive Öffentlichkeit entscheidend. Dem Anbieter der Inhalte kommt auch die zentrale Rolle zu, da der Zugang zu den geschützten audiovisuellen Werken aus der EU heraus andernfalls zumindest erschwert wäre.

Entscheidend ist hingegen vorliegend, ob Reisende mit Wohnsitz in der Schweiz, die sich vorübergehend in der EU aufhalten, gegenüber Schweizer Konsumenten innerhalb der Schweiz ein «neues Publikum» sind, wenn anderen Internetnutzern die Inhalte – etwa über eine vorgängige Wohnsitzüberprüfung und Login-Schutz – nicht zugänglich sind.

Leitgedanke bei der Prüfung, ob ein neues Publikum vorliegt, muss vielmehr sein, ob dem Rechteinhaber hinsichtlich der Wiedergabehandlung nach der Wertung der Richtlinie ein vorbeugendes Recht zustehen soll. Ein vorbeugendes Recht erkennt der EuGH nach dem Vorgenannten dann an, wenn andernfalls durch Erschöpfung die angemessene Vergütung des Rechteinhabers gefährdet ist⁴². In seiner jüngsten Entscheidung zum Recht der öffentlichen Wiedergabe stellt der EuGH deshalb fest: Das Publikum, an das der Urheber bei Veröffentlichung seines Werkes gedacht hätte, seien lediglich die Nutzer der Website, auf der das Werk ursprünglich rechtmässig hochgeladen wurde und nicht sonstige Internetnutzer⁴³. Analog dazu muss auch beim potenziellen Zugriff durch Schweizer Publikum aus der EU ein neues Publikum verneint werden. Es werden weiter die Nutzer derselben Plattform angesprochen. Der Kreis der durch die Mediathek angesprochenen Personen erweitert sich nicht, wenn Schutzmassnahmen gegen einen Zugriff durch EU-Bürger ergriffen werden. Zudem ist dem Rechteinhaber durch den vorübergehenden (potenziellen) Zugriff durch Schweizer in der EU auch nicht die Kontrolle über sein Werk entzogen. Eine Erschöpfung seiner Werke droht nicht. An das Schweizer Publikum dachte der Rechteinhaber bei Rechtseinräumung nach alledem unabhängig davon, wo sich dieses aufhält.

Dass dieses Ergebnis richtig ist, zeigt sich besonders an der fehlenden Erschöpfung durch den potenziellen Zugriff von in der EU Reisenden mit Wohnsitz in der Schweiz. Den Rechteinhabern bleibt es unbenommen, die entsprechenden Inhalte für den jeweiligen EU-Mitgliedsstaat zu lizenzieren und so eine angemessene Vergütung zu erhalten⁴⁴. Theoretisch erscheint es aus der Sicht der Rechteinhaber möglich, für potenzielle vorübergehende Zugriffe aus dem Ausland eine zusätzliche Lizenz zur bereits erteilten Lizenz für Zugriffe aus dem Inland zu verlangen. Mit einer solch theoretisch denkbaren zusätzlichen Lizenz erhielte der Rechteinhaber aber eine Vergütung für etwas, das keinen eigenen wirtschaftlichen Wert besässe: Denn sowohl für das Schweizer Publikum als auch für das EU-Publikum erhält der Rechteinhaber über die vergebenen Gebietslizenzen eine angemessene Vergütung. In kommerzieller Hinsicht entgeht dem Rechteinhaber deshalb nichts, eine zusätzliche Lizenz hat keinen wirtschaftlichen Nutzen für den Lizenzgeber. Auf den Punkt gebracht ist es nicht Aufgabe des Urheberrechts, den Urhebern bzw. Rechteinhabern die grösstmögliche Vergütung zu sichern, sondern eine

³⁹ EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 30, «Cordoba».

⁴⁰ EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 32 f., «Cordoba».

⁴¹ EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 31, «Cordoba».

⁴² EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 30 f., insb. N 34, «Cordoba».

⁴³ EuGH vom 7. August 2018, C-161/17, GRUR Int. 2018, 1204 N 30 f., insb. N 35, «Cordoba».

⁴⁴ Vgl. Erwägungsgrund 12 der Portabilitäts-VO: «Diese Verordnung sollte [...] den Verbrauchern zusätzliche Möglichkeiten bieten, rechtmässig auf Online-Inhalte zuzugreifen, ohne dass das durch das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte in der Union garantierte hohe Schutzniveau abgesenkt, die bestehenden Lizenzierungsmodelle, etwa das System der Gebietslizenzvergabe, geändert und die bestehenden Finanzierungsmechanismen beeinträchtigt werden.»

angemessene⁴⁵. An einer Öffentlichkeit der Wiedergabe beim temporären Genuss geschützter Werke innerhalb der EU durch Reisende mit Wohnsitz in der Schweiz fehlt es deshalb. Solche Reisende sind kein «neues Publikum» im Sinne der EuGH-Rechtsprechung.

Zusammenfassung

Nach der hier vertretenen Ansicht ist es urheberrechtlich zulässig, an Reisende mit Wohnsitz in der Schweiz, die sich vorübergehend innerhalb der Europäischen Union befinden, audiovisuelle Inhalte über eine Mediathek anzubieten, wenn durch Massnahmen sichergestellt wird, dass ein Zugriff durch EU-Bürger ausgeschlossen ist. Bei Anwendung des Art. 8 ROM-II-VO durch ein zuständiges Gericht ist damit zu rechnen, dass das materiell national umgesetzte Gemeinschaftsrecht über die Rechtmässigkeit der Zugänglichmachung an Reisende mit Wohnsitz in der Schweiz entscheidet. Bei Prüfung des Gemeinschaftsrechts als anwendbares Sachrecht fehlt es an einer Verletzungshandlung mangels «Öffentlichkeit» der Wiedergabe.

Résumé

Selon l'opinion représentée ici, il est permis, d'un point de vue du droit d'auteur, de fournir des contenus audiovisuels via une médiathèque à des voyageurs résidant en Suisse et qui séjournent temporairement dans l'Union européenne, dès lors que des mesures empêchent tout accès à ladite médiathèque aux citoyens européens. En cas d'application de l'art. 8 du Règlement Rome-II par le tribunal compétent, on peut partir du principe que c'est le droit communautaire mis en œuvre dans le droit national qui détermine la légalité de la mise à disposition des contenus aux voyageurs résidant en Suisse. Selon le droit communautaire en tant que droit matériel applicable, il n'y a pas d'acte de violation en raison de l'absence d'aspect «public» de la communication.

⁴⁵ Vgl. Erwägungsgrund 10 der Info-Soc-RL: Mit der Richtlinie soll erreicht werden, Urhebern und ausübenden Künstlern eine angemessene Vergütung zu sichern. Der Grundsatz der angemessenen Vergütung durchzieht auch das nationale Recht der Mitgliedstaaten. Beispielsweise normiert § 32 Abs. 1 S. 2,3 deutsches UrhG für das Urhebervertragsrecht den Anspruch des Urhebers auf eine angemessene Vergütung. Sind die Verwertungsrechte des Urhebers durch die §§ 44a–63 deutsches UrhG beschränkt, sehen viele dieser Schranken als Ausgleich ebenfalls einen gesetzlichen Anspruch auf angemessene Vergütung vor. Das Prinzip der angemessenen Vergütung besagt jedoch nicht, dass dem Urheber jede nur denkbar wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit zuzuordnen wäre (BGH vom 28. Juni 1984, I ZR 84/82, GRUR 1985, 132 E. II.b. m.w.H.).