


Autor:	Michael Schmittmann, Isabella Massini	Quelle:	
Dokumenttyp:	Aufsatz	Fundstelle:	Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln AfP 2011, 454-456
		Zitiervorschlag:	Schmittmann/Massini, AfP 2011, 454-456

Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken und Schleichwerbung „ohne Bezahlung“

Rechtsanwalt *Michael Schmittmann*, Düsseldorf,
Wiss. Mitarbeiterin *Isabella Massini*, Düsseldorf³³

I. Kommission legt „GRÜNBUCH über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken“ vor

Am 13.07.2011 hat die EU-Kommission den nächsten Schritt in die Modernisierung des europäischen Urheberrechts getan. Im „GRÜNBUCH über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt“¹, wird der ewige Konflikt zwischen Urheberrechtsschutz und Binnenmarktliberalisierung offen zur Diskussion gestellt. Der Hintergrund ist, dass der urheberrechtliche Rechtsrahmen nur stückweise der modernen technologischen Entwicklung im Zeitalter der Digitalisierung nachkommt – kein Vorwurf an das Recht, sondern ein zwangsläufiges Charakteristikum. Im Lichte der Entscheidung des EuGH in den Rechtssachen Rs. C-403/08 (Football Association Premier League Ltd. vs. QC Leisure) und Rs. C-429/08 (Karen Murphy vs. Media Protection Services Ltd.) steht insbesondere die Territorialität der Rechtevergabe zur Diskussion². Von eben solcher Bedeutung ist auch die Frage der „Technologieneutralität“ im Urheberrecht, ob nämlich die Grundsätze der Satelliten- und KabelRL 93/83 auch auf Onlineübertragungswege Anwendung finden bzw. wenn nicht, darauf legislatorisch erstreckt werden müssen.

Schließlich muss das Grünbuch auch im Zusammenhang mit der Initiative der Kommission zur abermaligen Vollendung des Binnenmarkts stehen, die diese unter dem Schlagwort „12 Hebel politischen

- 454 -

Schmittmann/Massini, AfP 2011, 454-456

- 455 -

Handelns“ seit Oktober 2010 verfolgt³. Das erfreulich kompakt formulierte und deshalb nur 21 Seiten starke Grünbuch mit Fragenkatalog an die betroffenen Rechtskreise befasst sich im Wesentlichen mit einer Bestandsaufnahme zur Klärung von Rechten für den Online-Vertrieb audiovisueller Mediendienste (Abschnitte 1 und 2), einer Darstellung des Politikkonzepts (Abschnitt 3) und mit der Vergütung der Inhaber von Rechten (Abschnitt 4), bevor unter Abschnitt 5 noch bestimmte Sondernutzungen audiovisueller Werke und Begünstigte von Ausnahmen behandelt werden.

1. Der Digitale Binnenmarkt für audiovisuelle Mediendienste aus Sicht der Kommission

Die Kommission stellt das Grünbuch zunächst in den Zusammenhang mit der Digitalen Agenda⁴ und der Mitteilung der Kommission „Ein Binnenmarkt für Rechte des geistigen Eigentums“ (Strategie zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums)⁵. Die Kulturindustrie in Europa wird als ein Katalysator nachhaltigen Wachstums in der Strategie Europa 2020 gesehen, die bereits heute 3% des BSP der EU

erwirtschaftet, was einem jährlichen Marktwert von 500 Mrd. € entspricht und rund 6 Mio. Beschäftigte ernährt⁶. Nach Darstellung der Herausforderung durch die konvergierenden Technologien beschreibt die Kommission es als Ziel des Grünbuchs, eine Debatte über die politischen Optionen für den Aufbau eines Rahmens in Gang bringen zu wollen, innerhalb dessen die europäische Industrie und die europäischen Verbraucher von den Größenvorteilen des Digitalen Binnenmarkts profitieren können⁷. Das IPTV⁸ wird als besondere Wachstumschance herausgestellt wie auch die transactional Video-On-Demand-Dienste. In beiden Bereichen werden dramatische Anstiege der zu generierenden Umsätze prognostiziert⁹.

Die bisherigen sekundärrechtlichen Vorgaben sieht die Kommission als unzureichend an, um ein Rechtsinstrument für die Klärung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten bei grenzüberschreitenden audiovisuellen Online-Mediendiensten zu bieten. Auch vormalige Fixierung auf Sprachräume und nationale (territoriale) Rechteinräumung steht dem Trend gegenüber, gebietsübergreifende Dienste zu entwickeln und aus einer Hand zu vertreiben. Nach Darstellung der Rechtssache Premier League und Karen Murphy verweist die Kommission auf die zunehmende Zweitverwertung der Signale auf On-Demand-Basis (Catch-up-TV-Dienste-Downloads), was eine andere Rechtklärung evoziert, nämlich den Erwerb von Vervielfältigungsrechten und das Recht auf Zugänglichmachung¹⁰. Der Verwaltungsaufwand und die erheblichen Transaktionskosten für den Erwerb von Online-Nutzungsrechten für mehrere Gebiete werden als unpraktisch und lösungsbedürftig dargestellt. In diesem Zusammenhang vertritt die Kommission zutreffend die Auffassung, dass geklärt werden muss, ob die Betreiber von DSL, IPTV, mobilen Netzen und sonstigen digitalen Plattformen wie etwa DTT¹¹, die Weiterverbreitungsdienste für Sendungen betreiben, also dem Regime der Satelliten- und Kabelrichtlinie unterfallen oder das Erstsenderecht benutzen (sog. simulcasting). An dieser Stelle wurde mehrfach und ausführlich vertreten, dass erstere Schlussfolgerung sich bereits aus geltendem Recht ergibt¹². Neuere Literaturmeinungen, die hier technische Unterscheidungskriterien zwischen IPTV in geschlossenen Netzen und Web TV in offenen Netzen als relevant ansehen, werden an dem Verschwimmen der vordergründlich getrennt scheinenden Betriebswege scheitern¹³.

Es hätte der Kommission auch hier einmal mehr gut angestanden, diese Frage auf der geltenden Rechtsgrundlage sauber zu subsumieren, statt abermals wie schon mehrfach geschehen, gegenüber den betroffenen Rechtskreisen die Antwort offen zu lassen. In der Bundesrepublik Deutschland wird demgegenüber erwartet, dass das Bundesjustizministerium im „Korb 3“ zur Urheberrechtsgesetzesänderung schon im Herbst 2011 einen Vorschlag zur sog. technologieneutralen Formulierung des § 20b UrhG vorlegt.

Ein weiterer Schwerpunkt der Kommission in der Bestandsdarstellung ist die Frage der Klärung für Rechte (transactional Video-On-Demand-Dienste). Hier geht es um die Frage, ob die zeitversetzte Vermarktung eines Films – in den einzelnen Mitgliedstaaten unterschiedlich gehandhabt – und ausgehend von der ersten Kino-Aufführung beibehalten werden können. Auch hier gibt die aktuelle Praxis mit Raubkopien und Onlineversionen noch vor der Erstaufführung im Kino Grund, über Veränderungen nachzudenken¹⁴.

2. Politikkonzepte

Unter dem verheißungsvollen Titel „Politikkonzepte“ erwartet der Leser Aufschluss, wie die Kommission das Urheberrecht modifizieren will. Sie knüpft einmal mehr an ihre Mitteilung „Ein Binnenmarkt für Rechte des geistigen Eigentums“ an¹⁵, benennt aber auch weitere Optionen. In dieser Mitteilung hatte sie angekündigt, Vorschläge zur Verbesserung der kollektiven Wahrnehmung von Urheberrechten einschließlich gesteigerter Transparenz und besserer Führung der Verwertungsgesellschaften vorzulegen. Eine weitere Option ist die Ausweitung des (in der Satelliten- und Kabelrichtlinien niedergelegten) „Ursprungsland“- Grundsatzes (auch: „country-of-origin-principle“), der auch auf die Online-Bereitstellung von Programmen, vor allem die Bereitstellung von Abrufdiensten, angewendet werden könnte. Wörtlich:

„Bei diesem Szenario würde das Recht des Landes gelten, in dem die Online-Verbreitung ihren Ursprung hat, obgleich die Parteien auch sicherstellen könnten, dass die Lizenzgebühr allen Aspekten der Verbreitung, wie der tatsächlichen und potentiellen Einschaltquote und der sprachlichen Fassung, Rechnung trägt. Außerdem würde die Anwendung dieses Ursprungsland – Ansatzes die Vertragsfreiheit der Partei-

en nicht beeinträchtigen, d. h. bei der Festlegung der Lizenzbedingungen könnten Rechteinhaber und kommerzielle Nutzer den territorialen Geltungsbereich der Lizenz vertraglich frei vereinbaren.“¹⁶.

Diese Feststellung ist erfreulich, wird das Ursprungsland-Prinzip doch durch umfangreiche Ausnahmekataloge wie z. B. in Art. 3 der E-Commerce-Richtlinie¹⁷ oder durch die explizite Verneinung des Ursprungsland-Prinzips für nichtharmonisierte Rechtsbereiche wie das Glücksspielrecht¹⁸ immer wieder umgangen. Die Kommission räumt dabei ein, dass die Bestimmung des „Ursprungslandes“ bei der Online-Verbreitung schwierig ist¹⁹. In ihrem Fragenkatalog unter 3.1²⁰ gibt die Kommission Gelegenheit, zu diesen Fragestellungen Position zu beziehen und auch noch einen Schritt weiter zu denken, wie z. B. Cloud-Computing den Vertrieb audiovisueller Inhalte beeinflussen kann.

3. Zur Vergütung der Rechteinhaber für die Online-Verwertung audiovisueller Werke

Die Kommission sieht den Bedarf, den Autoren bei der Online-Verwertung ihrer Werke eine Vergütung „pro Nutzung“ zuzusprechen²¹. Bei den ausübenden Künstlern wird bemängelt, dass diese bislang für die interaktive Online-Nutzung normalerweise gesetzlich oder vertrag

- 455 -

Schmittmann/Massini, AfP 2011, 454-456

- 456 -

lich im Voraus nur einen Pauschalbetrag vom Produzenten erhalten und auch hier eine weitergehende Rechtswahrnehmung erforderlich ist. Daher wird an dieser Stelle über die Schaffung neuer, kollektiv wahrzunehmender Vergütungsansprüche nachgedacht und zur Beantwortung darauf bezogener Fragen eingeladen.

4. Sondernutzung und Begünstigte

Die Rolle von Einrichtungen zum Erhalt und zum Schutz des Filmerbes soll verstärkt sowie die Zugänglichkeit von online-verfügbaren audiovisuellen Werken für Behinderte verbessert werden.

5. Erste Beurteilung

Das Grünbuch enthält zwei entscheidende Vorschläge und Anleihen an bewehrte Prinzipien des Primär- und Sekundärrechts, das die Urheberrechtskreise in den nächsten Monaten in Atem halten wird: Die Auflösung der Territorialität bei der Vergabe von Onlinerechten und die Bejahung des Sendestaatsprinzips in Kopplung mit der Technologieneutralität. Es scheint so, als würde die kaum noch zu vollziehende Trennung zwischen Erstsenderecht und Zweitverwertung immer weniger wichtig und als würden die in der Satelliten- und Kabelrichtlinie gefundenen Konzepte auch bei Online-Vertriebswegen Boden gewinnen. Das Ursprungsland-Prinzip aus der grenzüberschreitenden Satelliten-Kommunikation und das Konzept der kollektiven Wahrnehmung der Kabelweitersende-Rechte durch Verwertungsgesellschaften. Urheber, ausübende Künstler, Sendeunternehmen, Plattformbetreiber und Vermarkter im direkten Vertragsverhältnis zum Endkunden werden viele Punkte zu berücksichtigen haben. Diesen Rechtskreisen ist es zu empfehlen, eine sekundärrechtliche Lösung zu finden, statt die Rechtsfortbildung wie im Murphy-Fall dem EuGH zu überlassen.

II. EuGH klärt „Schleichwerbungs“-Begriff

In seinem Urteil vom 09.06.2011 in der Rs. C-52/10²² hat sich der EuGH anhand des Begriffs der Schleichwerbung in der RL 89/552/EWG vom 03.10.1989 in der geänderten Fassung vom 30.07.1997²³ zur einheitlichen Anwendung und Auslegung von Unionsrecht bei sprachlichen Abweichungen in den Übersetzungen geäußert. Dies ist auch für die geltende AVMD-Richtlinie von Relevanz.

Hintergrund der Klärung ist ein griechischer Fall einer Fernsehwerbung in einem Rechtsstreit zwischen der ELEFThERI TILEORASI AE „Alter Channel“ und der nationalen Rundfunk- und Fernsehbehörde ESR um eine Werbeausstrahlung für zahnkosmetische Behandlungen. Das Präsidialdekret 100/2000 über Schleichwerbung hatte die Definition der Schleichwerbung in Art. 1, Buchstabe d der Richtlinie nur parti-

ell übernommen und just im Folgenden Teil der griechischen Fassung das Adverb insbesondere weglassen:

„Eine Erwähnung oder Darstellung gilt (insbesondere) dann als beabsichtigt, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt.“

Da im vorliegenden Fall eine Entgeltlichkeit nicht gegeben war, hatte das oberste griechische Verwaltungsgericht zu unterscheiden, ob der Schleichwerbe-Begriff überhaupt erfüllt war. Es legte daraufhin dem EuGH den Fall zur Vorabentscheidung vor. Dieser hält dies für irrelevant, auch wenn andere nationale Umsetzungsakte der Richtlinie diesen Teil der Definition ausdrücklich umgesetzt hätten. Nach ständiger Rechtsprechung verbietet – so der EuGH²⁴ – die Notwendigkeit einer einheitlichen Anwendung und damit Auslegung des Unions-Rechts, im Fall von Zweifeln eine Bestimmung in einer ihrer Fassungen isoliert zu betrachten. Es sei vielmehr geboten, sie unter Berücksichtigung ihrer Fassungen in den anderen Amtssprachen auszulegen und anzuwenden. Weichen die verschiedenen Sprachfassungen eines Unions-Textes voneinander ab, sei die fragliche Vorschrift nach dem Zusammenhang und dem Zweck der Regelung auszulegen, zu der sie gehört²⁵.

Die zuvor zitierte Bestimmung der Schleichwerbe-Definition der Richtlinie sei jedoch – so der EuGH – gerade nicht in dem Sinne auszulegen, dass eine solche Erwähnung oder Darstellung nur dann als beabsichtigt gelten kann, wenn sie gegen Entgelt oder eine ähnliche Gegenleistung erfolgt. Im Ausgangsfall wurde vorgetragen, dass genau ein solches Entgelt für die von der Medienbehörde aufgegriffene Werbung nicht gezahlt wurde. Dies hätte zur Folge, dass nach griechischem Recht eine Schleichwerbung nicht ohne Entgelt oder Gegenleistung angenommen werden dürfte, was ausdrücklich der Intention der Richtlinie widerspräche.

Zweck der Richtlinie sei – so der EuGH – der Verbraucherschutz. Der Rezipient müsse umfassend geschützt werden. Schutzbedürftig sei dieser jedoch nur, wenn die Darstellung der Werbung geeignet sei die Allgemeinheit hinsichtlich des eigentlich verfolgten Zwecks in die Irre zu führen. Werbung muss für den Rezipienten stets erkennbar sein, da hierdurch seine Entscheidungsfreiheit geschützt wird. Er muss wissen, ob er eine werbliche oder redaktionelle Information wahrnimmt²⁶. Für die Annahme von Schleichwerbung müssen somit grundsätzlich drei Kriterien erfüllt sein: Der Fernsehveranstalter muss absichtlich handeln; sein Handeln muss auf die Erzielung einer Werbewirkung ausgerichtet sein und es muss die Gefahr bestehen, dass die Allgemeinheit hinsichtlich des Zwecks der Erwähnung oder Darstellung irregeführt wird²⁷. Die Absichtlichkeit der Darstellung wird vermutet, wenn diese gegen Entgelt oder ähnliche Gegenleistung erfolgt. Da dies im Einzelfall jedoch schwer festzustellen sein dürfte, darf die Annahme von Schleichwerbung im Falle des Nichtvorliegens dieses Merkmals gerade nicht ausgeschlossen sein²⁸. Dies würde sonst dazu führen, dass der Schutz der Interessen der Fernsehzuschauer gefährdet wird, womit das Verbot der Schleichwerbung seine Wirksamkeit einbüßen würde²⁹. Somit bleibt es der mitgliedstaatlichen Umsetzung der Richtlinie überlassen weitere Kriterien vorzusehen anhand derer ein absichtliches Handeln festgestellt werden kann.

Für die deutsche Regelung finden sich Anleitungen zur Anwendung der Vorschriften in den Werberichtlinien der Landesmedienanstalten. Danach ist das Merkmal der Absichtlichkeit im Einzelfall an Hand von Indizien, wie der Art und Intensität der Darstellung (Alleinstellungsindiz) festzustellen³⁰.

Der EuGH beantwortet die Vorlagefrage daher wie folgt:

„Unter diesen Umständen ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 1, Buchstabe d der Richtlinie 89/552 dahin auszulegen ist, dass die Existenz eines Entgelts oder einer ähnlichen Gegenleistung keine notwendige Voraussetzung für die Feststellung ist, dass eine beabsichtigte Schleichwerbung vorliegt.“³¹

Es steht damit fest, dass sich Fernsehsender gegenüber dem Vorwurf einer Schleichwerbung nicht allein mit dem Argument exkulpieren können, sie hätten kein Entgelt oder eine sonstige Gegenleistung erhalten³².

Fußnoten

- 33) Rechtsanwalt *Michael Schmittmann* ist Partner bei *HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK*, Düsseldorf, *Isabella Massini* wissenschaftliche Mitarbeiterin bei *HEUKING KÜHN LÜER WOJTEK*, Düsseldorf.
- 1) KOM (2011) 427 endg. Das Urteil vom 04.10.2011 wird im nächsten „Blick nach Brüssel“ ausführlich gewürdigt, im vorliegenden Heft auf S. 462.
- 2) Vgl. *Schmittmann*, AfP 2011 S. 142-145.
- 3) Vgl. *Schmittmann/Massini*, AfP 2011 S. 237-239.
- 4) Eine Digitale Agenda für Europa: KOM (2010) 245 vom 19.05.2010.
- 5) KOM (2011) 287 endg. vom 24.05.2011.
- 6) GRÜNBUCH, KOM (2011) 427 endg. vom 13.07.2011, S. 3.
- 7) A.a.O., S. 3 f.
- 8) Von der Kommission definiert als „ein Video-Feed über einen dafür reservierten Teil des Telefonnetzes“, a.a.O., S. 5.
- 9) A.a.O., S. 6.
- 10) A.a.O., S. 8.
- 11) A.a.O., S. 9 f.
- 12) Vgl. ausführlich mit Nachweisen aus Rechtsprechung und Literatur: *Schmittmann*, MR-Int 2010 S. 68-73.
- 13) So aber *Neurauter*, GRUR 2011 S. 691 (692 – 694).
- 14) GRÜNBUCH, KOM (2011), 427 endg. S. 11.
- 15) KOM (2011) 287 S. 11.
- 16) A.a.O., S. 13.
- 17) RL 2000/31/EG , ABIEG Nr. L 178.
- 18) Vgl. EuGH, Urteil vom 08.09.2009 – Rs. C-42/07 – Liga Portuguesa, Rdn. 69.
- 19) Schon bei den Satelliten-Programmen enthält Art. 1, Abs. 2 Buchstabe b der Satelliten- und Kabelrichtlinie komplexe Alternativen.
- 20) A.a.O., S. 15 f.
- 21) A.a.O., S. 17.
- 22) Vgl. [http://Lexetius.com/2011, 2328](http://Lexetius.com/2011,2328) [letzter Aufruf 15.09.2011].
- 23) ABIEG Nr. L 202 S. 60.
- 24) A.a.O., Rdn. 24.
- 25) EuGH, a.a.O., Rdn. 24 f., m.w.N. aus der Rspr.
- 26) *Castendyk*, ZUM 2010 S. 29.
- 27) Mitteilung der Kommission zu Auslegungsfragen in Bezug auf bestimmte Aspekte der Bestimmungen der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ über die Fernsehwerbung, 2004/C 102/02 Nr. 31 ff.

- 28) EuGH, Rs. C-52/10, Rdn. 34.
- 29) EuZW 2011 S. 555; beck-aktuell, becklink 1013962, 09.06.2011.
- 30) Ziff. 4 Nr. 1 und 3 der Werberichtlinie der Landesmedienanstalten.
- 31) EuGH, Rs. C-52/10, Rdn. 38.
- 32) *Abrar*, GRUR-Prax 2011 S. 302.

© Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln