

Linking and making available

ASSOCIATION INTERNATIONALE POUR LA PROTECTION DE LA PROPRIÉTÉ INTELLECTUELLE
INTERNATIONAL ASSOCIATION FOR THE PROTECTION OF INTELLECTUAL PROPERTY
INTERNATIONALE VEREINIGUNG FÜR DEN SCHUTZ DES GEISTIGEN EIGENTUMS



Herbstveranstaltung 2016

AIPPI Schweiz

1.12. 2016, Zürich

RA Matthias Gottschalk, MBA (HSG)



Agenda

- In der Rechtsprechung verwendete Definitionen der verschiedenen Arten von Links
- Jüngere Leitentscheidungen des EuGH zum Thema “Linking”
- Überblick zur AIPPI-Resolution “Linking and making available”
- Quintessenz und Relevanz der Resolution für die Schweiz
- Anpassungsbedarf für die Schweiz ? / Überleitung zur Paneldiskussion

Definitionen:

Hyperlink oder Surface Link: Bei diesen Formen der Linksetzung verlässt der Nutzer nach Aktivierung des entsprechenden Links) die verlinkende Website vollständig und gelangt zur Einstiegsseite der Internetpräsenz eines Dritten („Surface-Link“) bzw. im Falle eines sog. „**Deep Link**“ auf eine Unterseite dieser Internetpräsenz eines Dritten, auf welcher sich der urheberrechtlich geschützte Content (Bild, Video etc.) befindet. (User-activated)

Mit „**Embedding**“ werden Vorgänge bezeichnet, bei welcher auf der verlinkenden Website Elemente, die an anderen Orten im Internet gespeichert sind (2nd Website), so eingebettet werden, dass sie auf der betreffenden verlinkenden Website direkt und ohne Zutun des Users wahrnehmbar sind. Der Nutzer verlässt daher beim „Embedding“ die verlinkende Website beim Konsum der eingebetteten Inhalte nicht und der Content der anderen Website wird automatisch auf der verlinkenden Seite angezeigt. Für den Nutzer ist nicht erkennbar, dass es sich um fremde Inhalte handelt.

Framing: Framing ist technisch überholt und wird quasi nicht mehr eingesetzt; Für die Diskussion wird „Framing“ mit „Embedding“ gleichgestellt



Leitentscheidungen EuGH (1): **Svensson** (EuGH v. 13.2.2014)

Der in Art. 3 InfoSoc-RL definierte Begriff der „öffentlichen Wiedergabe“ hat zwei kumulative TB-Merkmale: (a) Handlung der Wiedergabe und (b) „öffentliche Wiedergabe“.

„**Wiedergabe**“ wird in der Entscheidung weit ausgelegt. Ausreichend sei, „wenn ein Werk einer Öffentlichkeit in der Weise zugänglich gemacht wird, dass deren Mitglieder dazu Zugang haben, ohne dass es darauf ankommt, ob sie diese Möglichkeit nutzen oder nicht.“

Für den Fall, dass die weitere Wiedergabe (z.B. durch Linksetzung) nach demselben technischen Verfahren erfolgt wie die ursprüngliche Zugänglichmachung der fraglichen Inhalte, liegt eine öffentliche Wiedergabe nur dann vor, wenn, sich diese an ein **neues Publikum** richtet. Unklar jedoch, ob Definition des „neuen Publikums“ rein **quantitativ** erfolgen sollte, oder **subjektiv-relativ** vom Willen des Rechteinhabers abhängen soll.

EuGH macht in *Svensson* keinen Unterschied zwischen Surface-Links und Embedding.

Leitsatzentsch. EuGH (2) „**Best Water**“ (EuGH v. 21.10.2014)

BestWater hatte dagegen geklagt, dass auf einer Website der Beklagten, die sich der **Framing**-Technik bediente, bei den Nutzern der Eindruck erweckt würde, der gezeigte Werbefilm stamme von den Anbietern der Website, während tatsächlich ein Link gesetzt wurde auf einen Werbefilm, an dem BestWater die ausschliesslichen Nutzungsrechte zustanden. Dieser war zum Zeitpunkt der Verlinkung via „Youtube“ bereits ohne Zulassungsbeschränkung im Internet abrufbar, dies jedoch ohne Zustimmung der Rechteinhaber.

Anders als der vorlegende deutsche Bundesgerichtshofs (BGH) sah der EuGH keine Veranlassung, in diesem Fall von einer öffentlichen Wiedergabe an ein neues Publikum auszugehen. Vielmehr hielt der EuGH das Framing für keine anders geartete Technik als die eigentliche Verlinkung, so dass er ohne Weiteres die im Urteil *Svensson* aufgestellten Kriterien auch in diesem Fall anwandte.

Mit dem Ergebnis, dass das Framing (und damit auch Embedding) nach Einschätzung des EuGH in dieser Entscheidung bei einer vorherigen anderweitigen Veröffentlichung im Internet ohne Zugangsbeschränkungen keine erneute öffentliche Wiedergabe darstellt, welche der Zustimmung des Rechteinhabers bedarf.

Leitsatzentsch. EuGH (3): „**GS Media/Sanoma**“ (EuGH Urt. V. 8.9.2016)

Diese nach Fertigstellung der AIPPI-Länderreports veröffentlichten Entscheidung beschäftigt sich mit Links zu Seiten, auf denen ohne Zustimmung des Rechteinhabers urheberrechtlich geschützte Werke (hier: Nacktfotos) ohne Zugangsbeschränkung abrufbar waren.

In seinem Vorlagebeschluss hatte holländische *Hooge Rad* u.a. thematisiert, dass die in Rede stehenden Fotos zwar zuvor ohne Sicherungsmassnahmen zugänglich gewesen, jedoch **schwer auffindbar** gewesen seien und erst durch die angegriffene Linksetzung einer grossen Öffentlichkeit zugänglich wurden.

EuGH: Es sei eine Abwägung der Interessen der Rechteinhaber mit den Informationsinteressen der Öffentlichkeit erforderlich: Unverhältnismässig wäre es jedenfalls, wenn jegliches Link-Setzen eine (erlaubnispflichtige) „öffentliche Wiedergabe“ darstellen würde. Anders als Private hätten Dritte, die Links in kommerzieller Absicht setzten, die wirtschaftlichen Mittel, um vor Linksetzung zu prüfen, ob der Ziel-Content mit Zustimmung des Rechteinhabers abrufbar ist.

Handele ein kommerzieller Anbieter mit Gewinnerzielungsabsicht bösgläubig (z.B. nach Abmahnung) begehe er durch die Linksetzung eine unerlaubte öffentliche Wiedergabe.

Inhalt der in Mailand 2016 von der AIPPI verabschiedeten Resolution (I):

1. Die Bereitstellung eines vom Nutzer zu aktivierenden Links zu einem Werk, welches mit Zustimmung des Rechteinhabers bereits im Internet der Öffentlichkeit zugänglich war, stellt keinen Eingriff in das Recht der Zugänglichmachung („making available“) des Rechteinhabers dar.
2. Weiter stellt die Bereitstellung eines vom Nutzer zu aktivierenden Links zu einem Werk, welches rechtmässig bereits im Internet der Öffentlichkeit zugänglich war, für sich keine „communication“ des Werkes gegenüber der Öffentlichkeit dar.
3. Dabei erfolgt für die Feststellungen gem. Ziff.1 und 2 keine Unterscheidung zwischen der Setzung eines Surface-Links auf der verlinkenden Website zur Startseite der Ausgangsseite und der Setzung eines Deep Link zu einer anderen Unterseite der Ausgangsseite.
4. Soweit das Werk rechtmässig auf der Ausgangsseite ohne Zugangsbeschränkungen zugänglich ist, ist davon auszugehen, dass dieses Werk der gesamten Öffentlichkeit mit Internetzugang zugänglich ist
5. Die Bereitstellung eines „framed link“ oder eines „embedded link“ ist als Kommunikation gegenüber der Öffentlichkeit zu werten, jedenfalls dann, wenn die Art und Weise, wie das Werk auf der 2ten Website eingebettet wird bei der Öffentlichkeit den unrichtigen Eindruck erweckt, dass das Werk vom Anbieter der verlinkenden Website stammt.

Inhalt der Resolution (II):

6. Ein Hinweis auf der Ausgangs-Website, nach der die Setzung eines Links auf diese Seite untersagt wird, führt für sich noch nicht zu einer Verletzung von Urheberrechten durch den Linksetzer.
7. Die Setzung eines Hyperlinks oder Deep Links auf der verlinkenden Website zur Ausgangswebsite, führt auch dann, wenn die Einstellung des Contents auf die Ausgangsseite ohne Zustimmung des Rechteinhabers erfolgt, nicht per se zu einer Urheberrechtsverletzung. Jedoch kann eine Haftung (Liability) des Linksetzers unter folgenden Voraussetzungen in Betracht kommen, nämlich wenn dieser
 - a. Kenntnis davon hat, dass das Werk ohne Zustimmung des Rechteinhabers auf die Ausgangsseite hochgeladen wurde;
 - b. Durch die Linksetzung ein Anreiz schafft, dass ohne Zustimmung des Rechteinhabers abrufbare Werk zu kopieren, zu zeigen und/oder der Öffentlichkeit zu kommunizieren;
 - c. Beihilfe leistet zur Vervielfältigung bzw. öffentlichen Zugänglichmachung des Werkes, auf das der Link verweist.
8. Die Linksetzung zu einem Werk unter Umgehung von technischen Beschränkungen, einschliesslich, aber nicht beschränkt auf DRM-Systeme, Zahlsschranken oder Passwort-Schutz führt zu einer urheberrechtlichen Haftung des Link-Setzers, der möglicherweise auch Ansprüchen ausserhalb des Urheberrechts ausgesetzt ist.

Stand der Diskussion in der Schweiz (1):

- Keine gesetzliche Regelung oder Rechtsprechung zu der Frage, ob durch Linksetzung das Recht des Urhebers auf öffentliche Zugänglichmachung (**Art. 10 Abs.2 lit.c URG**) verletzt wird:
„Der Urheber oder die Urheberin hat insbesondere das Recht:.... c. das Werk direkt oder mit irgendwelchen Mitteln vorzutragen, aufzuführen, vorzuführen, anderswo wahrnehmbar oder so **zugänglich** zu machen, dass **Personen** von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben.“
- Demgegenüber weist Art. 8 WCT folgende Definition des „making available“ – Rechts auf:
(A)uthors of literary and artistic works shall enjoy the exclusive right of authorizing any **communication to the public** of their works, by wire or wireless means, including the making available to the public of their works in such a way that **members of the public** may access these works from a place and at a time individually chosen by them.
- Im Unterschied zu Art. 8 WCT enthält Art. 10 Abs.2 lit.c URG also nicht das Element „gegenüber der Öffentlichkeit“ („to the public“) und verwendet statt „members of the public“ als Adressaten den Begriff „Personen“

Stand der Diskussion in der Schweiz (2):

- Übereinstimmung der CH-Lehre mit Resolution
 - Keine unterschiedliche Behandlung von Surface und Deep-Links
 - Soweit Werk rechtmässig auf Ausgangsseite ohne Zugangsbeschränkungen zugänglich = Zugänglichkeit für alle Internetnutzer
 - Keine Verletzung des Rechts auf Zugänglichmachung durch Setzen eines durch den Nutzer aktivierten „Surface/Deep-Links“;
 - Begründung der mangelnden urheberrechtlichen Relevanz des Setzens „einfacher“ Links:
 - Art.10 II URG habe Fokus auf Handlungen der Rechteinhaber, die erforderlich sind, um das Werk zugänglich zu machen, jedoch nicht auf die Handlungen des Nutzers.
 - Link-Setzer hätten keine Kontrolle über Inhalte auf verlinkten Site



Stand der Diskussion in der Schweiz (3): Framing / Embedding

Nach Auffassung eines Teils der Schweizer Arbeitsgruppe (GROUP 1) stellt auch die Linksetzung in der Form von „Framing/Embedding“ nichts anderes als blasse Verweise auf ein Werk dar, welches bereits vom Urheber bzw. unter dessen Kontrolle auf der verlinkten Website zugänglich gemacht worden ist, so dass auch diese beiden Wiedergabearten keine Verletzung des Rechts auf öffentliche Zugänglichmachung nach Art. 10 Abs.2 lic.c URG darstellen.

Hingegen wird vom herrschenden Teil der Lehre (im Swiss Report vertreten durch **Group 2**) die Auffassung vertreten, dass Framing/Embedding zu einer „Aneignung des Werks“ führten, weil das Werk mit diesen Formen des Linkings unabhängig von der ursprünglichen Zugänglichmachung auf der verlinkten Website zugänglich gemacht wird und zwar ohne dass der Besucher der verlinkenden Website davon überhaupt Kenntnis erhält und irrtümlich davon ausgeht, die Inhalte stammten vom Linksetzer. Dementsprechend soll der Urheber eines solche **Aneignung**, gestützt auf das Rechte auf öffentliche Zugänglichmachung, verbieten können.

Anpassungsbedarf Schweiz ? (1):

„Neue Öffentlichkeit“ ist kein taugliches Kriterium für die Schweiz bei der Beurteilung, ob Eingriff in Recht der Zugänglichmachung vorliegt (*arg*: Abweichungen von Art. 10 Abs.2 URG zu Art. 8 WCT). Daher stellt sich die Frage, was nach CH-Recht taugliche Kriterien sind, um einen Eingriff in das Recht der Zugänglichmachung festzustellen

- Kann die Setzung eines einfachen Links, welcher allen Internetusern Zugang zu dem verlinkten Werk ermöglicht, per Definition unter „Privatgebrauch“ fallen?
- Wird das einfache Linksetzen dann rechtlich relevant, wenn der user-aktivierte Link auf ohne Genehmigung des Rechteinhabers zugängliche Werke verweist?
- Taugt die Unterscheidung aus „GS Media“ bezüglich der Überprüfungspflicht von kommerziellen Anbietern auch für die Schweiz, wo traditionell nicht nach commercial/non-commercial unterschieden wird?

Anpassungsbedarf Schweiz (2)?:

- Ist Embedding, bei dem sich der Linksetzer den (mit u.U. mit hohem wirtschaftlichen Aufwand erstellten) Content eines Dritten für den User nicht-erkennbar zu Eigen macht, anders zu behandeln?
- Wenn ja, wie soll Embedding rechtlich anders qualifiziert werden? -Als **Vervielfältigung** des Ausgangswerkes?
- Wie ist beim Embedding sicherzustellen, dass der Rechteinhaber, wenn er schon nicht verbieten kann, wenigstens wirtschaftlich partizipiert? (Three-Step-Test/Berne Convention)
- Bejaht man bei Embedding einen Eingriff in das Recht der Zugänglichmachung, soll dann in einer zweiten Stufe noch eine Abwägung zwischen Informations- und Meinungsfreiheit einerseits und den Verbotungsrechten des Urhebers vorgenommen werden?

THANK YOU FOR YOUR ATTENTION

RA Matthias Gottschalk, MBA (HSG)
Gottschalk Maiwald Patentanwalts- und
Rechtsanwalts (Schweiz) GmbH
Splügenstrasse 8
CH-8002 Zürich
gottschalk@gmplegal.com
www.gmplegal.com