

## Fernsehen ohne Grenzen – oder: wie teurer englischer Club-Fussball zum billigen griechischen Exportprodukt für den europäischen Binnenmarkt wurde

EuGH vom 4. Oktober 2011, in den verbundenen Rechtssachen C-403/08 (Football Association Premier League Ltd., NetMed Hellas SA und Multichoice Hellas SA gegen CQ Leisure et al.), sowie C-429/08 (Karen Murphy gegen Media Protection Services Ltd.) betreffend ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 234 EG\* (bekannt als die «Murphy-Entscheidung»)

SIMON OSTERWALDER\*\*

Ein Urteil zwischen Himmel und Hölle: So kann man die geballte Ladung des EuGH zum Rechtsrahmen der audiovisuellen Vermarktung von Satelliten-Live-Ausstrahlungsrechten an massenattraktiven Fussballspielen in der EU zusammenfassen. Einerseits überzeugt das Urteil mit seiner konsequenten Subsumtion des Sachverhalts unter das regulatorische Konzept eines grenzenlosen Satellitenrundfunks zu den generellen Bedingungen des EU-Binnenmarktes, die zum Schluss führt, dass nationale Rechtsordnungen gegen Unionsrecht verstossen, wenn darin Beschränkungen für den Empfang von Sendungen enthalten sind, die von anderen Mitgliedstaaten aus über Satellit gesendet werden. An anderer Stelle überrascht das Urteil mit einem verblüffend klaren Obiter Dictum für den Fall, dass in nationalen Rechtsordnungen einem Sportveranstalter de

lege ferenda an den von ihm organisierten Liga-Fussballspielen (urheberrechtliche) Leistungsschutzrechte zuerkannt werden würden. Der EuGH lässt dabei durchblicken, dass das Urteil bei einem Vorliegen solcher nationalen Schutzrechte höchstwahrscheinlich einen anderen Ausgang genommen hätte, weil «Sportereignisse als solche einzigartig [sind] und insoweit einen Originalcharakter [haben], der sie möglicherweise zu Gegenständen werden lässt, die einen mit dem Schutz von Werken vergleichbaren Schutz verdienen» (E. 100). Andererseits gibt das Urteil aber selbst für diesen hypothetischen Fall gewichtige, der Rechtssicherheit nicht dienliche Rätsel auf, wenn z.B. die Rechtmässigkeit von exklusiven, über Auktionen vergebene Lizenzen für territoriale Ausstrahlungsrechte anerkannt, dann aber die damit von der Football Association Premier League Ltd. ins Feld geführte Absicht, mit diesen territorialen Exklusivabreden eine höchstmögliche Vergütung bei der Vermarktung von TV-Rechten erzielen zu wollen, als Rechtfertigungsgrund für eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nicht mehr akzeptiert wird. Dies erfolgt mit der erstaunlichen Begründung, Eigentümern von Immaterialgüterrechten stünde nur ein Anspruch auf eine «angemessene», nicht aber auf eine «höchst-

mögliche» Erzielung von Lizenzerträgen zu.

Wenn man bedenkt, welche gigantischen Lizenzsummen hier zur Diskussion stehen und wie schnell Diskussionen über die Regulierung von Sportökonomien auf dem politischen Parkett landen, dann ist fraglich, ob die sich stellenden Fragen im Spannungsfeld zwischen Exklusivität, Territorialität und einem supranational geregelten, schrankenlosen Binnenmarkt letztlich tatsächlich allein mit dem Erlass nationaler Leistungsschutzrechte für Sportveranstalter gelöst werden können, wie diese in Frankreich schon Tatsache sind (vgl. Art. L. 333 des französischen Code du Sport). Man darf deshalb gespannt auf das erste Vorlagengesuch eines französischen Gerichts warten, denn auch dort gibt es «Murphys», die in ihren Bistros die Ligue-1-Spiele über importierte ausländische Satelliten-Decoderkarten zeigen und damit auch dort in die milliardenschweren Lizenzvertragsbeziehungen zwischen Ligaveranstalter und den offiziellen Lizenznehmern eindringen.

Un jugement entre ciel et enfer: voilà comment on peut résumer la décision de la CJUE sur la commercialisation des droits de diffusion en direct par satellite des matches de football en droit communautaire. Certes, le ju-

\* Die in den nachfolgenden Ziff. I und II enthaltenen Textpassagen entsprechen zu einem überwiegenden Teil vollständig der deutschen Urteilsfassung (und sind dementsprechend nicht das Produkt des Autors), wobei aber aus Platz- und Darstellungsgründen einzelne Erwägungspassagen zusammen- oder umgelegt und dazu redaktionell angepasst worden sind (demzufolge die Ausführungen nicht in Anführungs- und Schlusszeichen erfolgen). Für den deutschen Originalurteilstext ist das Urteil zu konsultieren.

\*\* Dr. iur., Rechtsanwalt, Zürich.

schade, weil es die Exklusivität und damit den Wert der Lizenzrechte im jeweiligen Lizenzgebiet untergrabe. Der Fernsehveranstalter, der im Binnenmarkt die billigsten Decoderkarten verkaufe, habe nämlich das Potenzial, praktisch der Fernsehveranstalter auf europäischer Ebene zu werden, mit der Folge, dass die Senderechte in der Europäischen Union nur noch auf europäischer Ebene vergeben werden könnten. Dies werde sowohl für FAPL als auch für die Fernsehveranstalter zu erheblichen Einnahmeverlusten führen und somit die Rentabilität der von ihnen angebotenen Diensten untergraben.

Daher hat die FAPL u.a. in der Rechtssache C-403/08 einerseits beim High Court of Justice (England & Wales) Musterprozesse erhoben, die sich a) gegen Personen richten, die Gastwirtschaften Zubehör und Satelliten-Decoderkarten aus anderen Mitgliedstaaten zur Verfügung stellen, welche den Empfang von Sendungen ausländischer Rundfunkanstalten (einschliesslich NOVA) ermöglichen, die die Begegnungen der Premier League live ausstrahlen, sowie b) gegen Personen richten, bei denen es sich um Gastwirte und Betreiber von Gastwirtschaften handelt, die ihren Gästen unter Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen Live-Übertragungen von Begegnungen der Premier League gezeigt haben.

Andererseits stellten Agenten von Media Protection Services Ltd (nachfolgend «MPS»), einer Einrichtung, die von der FAPL damit beauftragt wurde, gegen die Betreiber von Gastwirtschaften, welche ausländische Decodiervorrichtungen verwendeten, strafrechtlich vorzugehen, in der Rechtssache C-429/08 fest, dass Frau Karen Murphy in ihrer Gastwirtschaft die von NOVA übertragenen Rundfunksendungen von Begegnungen der «Premier League» empfing und zeigte. MPS brachte Frau Murphy deshalb vor den Portsmouth Magistrates' Court, der sie wegen zweier Straftaten nach Section 297(1) des UK

Copyright, Designs and Patents Act 1988<sup>2</sup> verurteilte, weil sie unredlicherweise eine Sendung, die mit einem von einem Ort innerhalb des Vereinigten Königreichs ausgehenden Rundfunkdienst übertragen werde, in der Absicht empfangen habe, der Entrichtung eines für den Empfang der Rundfunksendungen in Grossbritannien vorgesehenen Entgelts zu entgehen.

In beiden Rechtssachen beruft sich die FAPL hauptsächlich auf zwei Bestimmungen des Copyright, Designs and Patents Act 1988 und trägt vor, dass ihre Rechte aus Section 297 (1) und 298 von den Beklagten dadurch verletzt würden, dass sie mit ausländischen Decodiervorrichtungen handelten, die dazu bestimmt oder entsprechend dafür angepasst seien, ohne Erlaubnis Zugang zu den Diensten von FAPL zu gewähren, bzw. indem sie – im Fall der beklagten Gastwirte (inkl. Frau Murphy) – zu gewerblichen Zwecken im Besitz solcher Vorrichtungen seien. Section 297(1) des Copyright, Designs and Patents Act 1988 bestimmt:

«Wer unredlicherweise eine Sendung, die mit einem von einem Ort innerhalb des Vereinigten Königreichs ausgehenden Rundfunkdienst übertragen wird, in der Absicht empfängt, der Entrichtung eines für den Empfang der Sendung vorgesehenen Entgelts zu entgehen, macht sich strafbar und wird bei Verurteilung im summarischen Verfahren zu einer Geldstrafe bis zu Stufe 5 des Regelsatzes verurteilt.»

Und Section 298 sieht vor:

«(1) Wer (a) für den Empfang von Sendungen, die mit einem von einem Ort innerhalb des Vereinigten Königreichs oder innerhalb eines anderen Mitgliedstaats ausgehenden Rundfunkdienst übertragen werden, ein Entgelt fordert oder (b) von einem Ort innerhalb des Vereinigten Königreichs oder innerhalb eines anderen Mitgliedstaats

verschlüsselte Sendungen jeglicher anderen Art überträgt, [...] hat die folgenden Rechte und Rechtsschutzmöglichkeiten.

(2) Ihm stehen gegen (a) denjenigen, der Vorrichtungen, die dazu bestimmt oder entsprechend angepasst sind, um unbefugten Personen den Zugang zu Sendungen oder anderen Übertragungen zu ermöglichen oder zu erleichtern, oder um technische Vorkehrungen für Zugangsbeschränkungen zu den Sendungen oder anderen Übertragungen zu umgehen, [...] (i) herstellt, einführt, vertreibt, verkauft oder vermietet, zum Verkauf oder zur Miete anbietet oder ausstellt oder für den Verkauf oder die Miete wirbt, (ii) für gewerbliche Zwecke in seinem Besitz hat oder (iii) für gewerbliche Zwecke installiert, unterhält oder ersetzt, [...] dieselben Rechte und Rechtsschutzmöglichkeiten wie dem Inhaber eines Urheberrechts bei einer Urheberrechtsverletzung zu. [...].»

Weiter bringt die FAPL vor, die beklagten Gastwirte würden auch Urheberrechte der FAPL verletzen, a) weil sie unautorisierte Vervielfältigungsstücke der Werke im internen Betrieb des Satellitendecoders erstellten, und b) weil die von ihr geschaffenen Werke auf dem Bildschirm dargestellt, öffentlich aufgeführt und öffentlich wiedergegeben werden.

## 5. Argumente der Beklagten (Zusammenfassung)

Nach Ansicht der Beklagten sind die Klagen der FAPL unbegründet, weil bei ihrem Geschäftsmodell keine Piraten-Decoderkarten verwendet werden würden (also Decoderboxen mit gestohlenen und/oder manipulierten Verschlüsselungscodes), da alle betreffenden Karten in einem anderen Mitgliedstaat von dem betreffenden Satellitenfernsehveranstalter ausgegeben und auf den Markt gebracht worden seien. Dementsprechend handle es sich nicht um

<sup>2</sup> <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1988/48/contents>.

illegale Vorrichtungen gemäss der Richtlinie (98/84/EG) des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. November 1998 über den rechtlichen Schutz von zugangskontrollierten Diensten und von Zugangskontrolldiensten (nachfolgend «Zugangskontrollrichtlinie»)<sup>3</sup>. Weiter würden die in Section 297 und 298 des UK Copyright, Designs and Patents Act 1988 getroffenen nationalen Urheberrechtsregelungen gegen die Gewährleistungen des freien Waren- und Dienstleistungsverkehrs (Art. 34, 36 und 56 AEUV<sup>4</sup>) verstossen, ebenso wie die zwischen der FAPL und Sendeunternehmen getroffenen Exklusivabreden über die geografische Abgrenzung der Vertriebsgebiete gegen europäisches Wettbewerbsrecht (Art. 101 AEUV) verstossen würden. Abschliessend brachten die Beklagten vor, sie würden mit ihrem Geschäftsmodell auch keine Vervielfältigungsrechte gemäss Urheberrechtsrichtlinie (2001/29/EG) verletzen, weil insbesondere die technischen Vervielfältigungshandlungen im Decoder ohne Erlaubnis der betroffenen Urheberrechtsinhaber erfolgen dürfen, und weil in den Gaststätten keine öffentliche Wiedergabe der betroffenen urheberrechtlich geschützten Inhalte erfolge.

## II. Rechtserkenntnisse und Erwägungen des Gerichtshofs zu den Vorlagefragen

### 1. Geschäftsmodell der Beklagten im Spiegel der Zugangskontrollrichtlinie

#### a) Vorlagefrage (E. 62 und 68)

Zunächst war zu klären, ob das Geschäftsmodell der Beklagten bzw. die damit verbundene Verwendung von ausländischen Decodiervorrichtungen

in Grossbritannien unter die Zugangskontrollrichtlinie fällt, und welchen Einfluss die Richtlinie auf diese Verwendung hat. Die Zugangskontrollrichtlinie stellt die gemeinschaftsweite Regelung dar, die den rechtlichen Schutz all jener Dienste gewährleistet, die einer Zugangskontrolle unterliegen, um die Vergütung der betreffenden Dienste sicherzustellen (vgl. 4. und 6. Erwägungsgründe der Zugangskontrollrichtlinie). Dazu sollen die Mitgliedstaaten in ihren nationalen Rechtsordnungen einen angemessenen rechtlichen Schutz gegen das auf die Erzielung eines unmittelbaren oder mittelbaren wirtschaftlichen Gewinns gerichtete Inverkehrbringen illegaler Vorrichtungen gewährleisten, das die unerlaubte Umgehung technischer Massnahmen ermöglicht oder erleichtert, die ergriffen werden, um die Entrichtung des Entgelts für eine rechtmässig erbrachte Dienstleistung sicherzustellen (vgl. 13. Erwägungsgrund der Zugangskontrollrichtlinie). Es ging dabei hauptsächlich darum, ob der in Art. 2 lit. e der Zugangskontrollrichtlinie definierte Begriff der «illegalen Vorrichtung» im vorliegenden Fall (Einsatz einer Decoderbox, die in einem anderen Mitgliedstaat in Verkehr gebracht worden ist) erfüllt ist.

#### b) Rechtserkenntnis 1 und 2: Kein Gegenstand der Zugangskontrollrichtlinie

Der Begriff der illegalen Vorrichtung im Sinne von Art. 2 lit. e der Zugangskontrollrichtlinie sei dahingehend auszulegen, dass er weder ausländische Decodiervorrichtungen – die Zugang zu den Satellitenrundfunkdiensten eines Sendeunternehmens gewähren und mit Erlaubnis dieses Unternehmens hergestellt und in den Verkehr gebracht, aber gegen seinen Willen ausserhalb des geografischen Bereichs verwendet werden, für den sie ausgeliefert wurden – noch durch Angabe eines falschen Namens und einer falschen Anschrift beschaffte

oder aktivierte Decodiervorrichtungen umfasst, die unter Verstoss gegen eine vertragliche Beschränkung, wonach ihre Nutzung nur zu privaten Zwecken erlaubt ist, verwendet worden sind.

Art. 3 Abs. 2 der Zugangskontrollrichtlinie stehe zudem einer nationalen Regelung nicht entgegen, mit der die Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen einschliesslich derjenigen, die durch Angabe eines falschen Namens und einer falschen Anschrift beschafft oder aktiviert worden sind, und derjenigen, die unter Verstoss gegen eine vertragliche Beschränkung, wonach ihre Nutzung nur zu privaten Zwecken erlaubt ist, verwendet worden sind, untersagt wird, da eine solche Regelung nicht in den durch diese Richtlinie koordinierten Bereich fällt.

#### c) Erwägungen 63–67

Insoweit ist zum einen beachtlich, dass nach Art. 2 lit. e der Zugangskontrollrichtlinie unter dem Begriff der illegalen Vorrichtung jedes Gerät oder Computerprogramm zu verstehen ist, das dazu «bestimmt» oder entsprechend «angepasst» ist, um den Zugang zu einem geschützten Dienst in verständlicher Form ohne Erlaubnis des Diensteanbieters zu ermöglichen. Dieser Wortlaut ist also auf Geräte beschränkt, die vor ihrer Ingebrauchnahme manuellen oder automatisierten Arbeitsvorgängen unterzogen werden und einen Empfang von geschützten Diensten ohne Zustimmung von Anbietern dieser Dienste ermöglichen. Der Wortlaut erfasst folglich nur Geräte, die ohne Erlaubnis des Diensteanbieters hergestellt, manipuliert, angepasst oder nachjustiert werden, und nicht die Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen.

In keine dieser Kategorien fallen ausländische Decodiervorrichtungen, durch Angabe eines falschen Namens und einer falschen Anschrift beschaffte oder aktivierte Decodiervorrichtungen oder Decodiervorrichtungen, die unter

<sup>3</sup> ABl. vom 28. November 1998, Nr. L 320, 54 ff.

<sup>4</sup> Konsolidierte Fassung des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV), ABl. vom 9. Mai 2008, C 115, 47 ff.

Verstoss gegen eine vertragliche Beschränkung, wonach ihre Nutzung nur zu privaten Zwecken erlaubt ist, verwendet worden sind. Alle diese Vorrichtungen werden nämlich mit Erlaubnis des Diensteanbieters hergestellt und in den Verkehr gebracht, ermöglichen keinen kostenlosen Zugang zu den geschützten Diensten und ermöglichen oder erleichtern nicht die Umgehung technischer Massnahmen, die ergriffen werden, um die Entrichtung des Entgelts für diese Dienstleistungen sicherzustellen, da in dem Mitgliedstaat, in dem sie in den Verkehr gebracht wurden, ein Entgelt gezahlt worden ist.

Daher ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass der Begriff der illegalen Vorrichtung im Sinne von Art. 2 lit. e der Zugangskontrollrichtlinie dahin auszulegen ist, dass er weder ausländische Decodiervorrichtungen noch durch Angabe eines falschen Namens und einer falschen Anschrift beschaffte oder aktivierte Decodiervorrichtungen oder Decodiervorrichtungen umfasst, die unter Verstoss gegen eine vertragliche Beschränkung, wonach ihre Nutzung nur zu privaten Zwecken erlaubt ist, verwendet worden sind.

#### d) Erwägungen 69–74

Nach Art. 3 Abs. 2 der Zugangskontrollrichtlinie dürfen die Mitgliedstaaten aus Gründen, die den durch die Richtlinie koordinierten Bereich betreffen, nicht den freien Verkehr von geschützten Diensten und Zugangskontrollvorrichtungen beschränken, unbeschadet der Verpflichtungen aus Art. 3 Abs. 1 dieser Richtlinie.

Mit der letztgenannten Bestimmung werden in dem durch die Richtlinie koordinierten Bereich – der in Art. 2 lit. f als jede Bestimmung über die Zuwiderhandlungen nach Art. 4 der Richtlinie definiert wird – Verpflichtungen auferlegt, indem u.a. von den Mitgliedstaaten verlangt wird, die in Art. 4 genannten Handlungen zu untersagen.

Dieser Art. 4 betrifft jedoch nur Handlungen, die illegal sind, weil sie mit der Verwendung illegaler Vorrichtungen im Sinne dieser Richtlinie einhergehen.

Ausländische Decodiervorrichtungen einschliesslich derjenigen, die durch Angabe eines falschen Namens und einer falschen Anschrift beschafft oder aktiviert worden sind, und derjenigen, die unter Verstoss gegen eine vertragliche Beschränkung, wonach ihre Nutzung nur zu privaten Zwecken erlaubt ist, verwendet worden sind, stellen jedoch, wie sich aus den Erwägungen 63–67 ergibt, keine solchen illegalen Vorrichtungen dar.

Folglich fallen weder Tätigkeiten, bei denen diese Vorrichtungen verwendet werden, noch eine nationale Regelung, die diese Tätigkeiten untersagt, in den durch die Zugangskontrollrichtlinie koordinierten Bereich.

Daher ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass Art. 3 Abs. 2 der Zugangskontrollrichtlinie einer nationalen Regelung nicht entgegensteht, mit der die Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen einschliesslich derjenigen, die durch Angabe eines falschen Namens und einer falschen Anschrift beschafft oder aktiviert worden sind, und derjenigen, die unter Verstoss gegen eine vertragliche Beschränkung, wonach ihre Nutzung nur zu privaten Zwecken erlaubt ist, verwendet worden sind, untersagt wird, da eine solche Regelung nicht in den durch diese Richtlinie koordinierten Bereich fällt.

## 2. Nationales Einfuhrverbot für ausländische Decodiervorrichtungen

### a) Vorlagefrage (E. 76, zusammengefasst E. 77–83)

Zum Verbot der Einfuhr, des Verkaufs und der Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen war zu klären, ob Art. 34, 36 und 56 AEUV einer nationa-

len Regelung eines Mitgliedstaats entgegenstehen, wonach im Inland die Einfuhr, der Verkauf und die Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen, die den Zugang zu einem koordinierten Satellitenrundfunkdienst aus einem anderen Mitgliedstaat ermöglichen, der nach der Regelung des erstgenannten Staates geschützte Gegenstände umfasst, verboten ist. Da die in Frage stehende nationale Regelung gemäss EuGH vor allem den freien Dienstleistungsverkehr betrifft, ist die fragliche nationale Regelung anhand der in Art. 56 AEUV normierten Dienstleistungsfreiheit zu beurteilen.

### b) Rechtserkenntnis 3: Verbotene Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs

Der EuGH kommt zu Schluss, Art. 56 AEUV sei dahin auszulegen, (i) dass er der Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, wonach im Inland die Einfuhr, der Verkauf und die Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen, die den Zugang zu einem koordinierten Satellitenrundfunkdienst aus einem anderen Mitgliedstaat ermöglichen, der nach der Regelung des erstgenannten Staates geschützte Gegenstände umfasst, rechtswidrig sind, und (ii) dass sich an diesem Ergebnis weder dadurch etwas ändert, dass die ausländische Decodiervorrichtung durch Angabe eines falschen Namens und einer falschen Anschrift in der Absicht, die fragliche Gebietsbeschränkung zu umgehen, beschafft oder aktiviert wurde, noch dadurch, dass diese Vorrichtung zu gewerblichen Zwecken verwendet wird, obwohl sie der privaten Nutzung vorbehalten war.

### c) Erwägungen 85–89 (Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs)

Art. 56 AEUV verlangt die Aufhebung jeder Beschränkung des freien Dienst-

Leistungsverkehrs – auch wenn sie unterschiedslos für inländische Dienstleister und Dienstleister aus den anderen Mitgliedstaaten gilt –, sofern sie geeignet ist, die Tätigkeiten des Dienstleisters, der in einem anderen Mitgliedstaat ansässig ist, in dem er rechtmässig ähnliche Dienstleistungen erbringt, zu unterbinden, zu behindern oder weniger attraktiv zu machen. Im Übrigen gilt die Dienstleistungsfreiheit sowohl zugunsten des Dienstleisters als auch des Dienstleistungsempfängers.

In den Ausgangsverfahren verbietet die nationale Regelung im Inland die Einfuhr, den Verkauf und die Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen, die Zugang zu Satellitenrundfunkdiensten aus einem anderen Mitgliedstaat gewähren. Da aber der Zugang zu Satellitenübertragungsdiensten wie den in den Ausgangsverfahren fraglichen den Besitz einer solchen Vorrichtung voraussetzt, deren Zurverfügungstellung der vertraglichen Beschränkung unterliegt, dass sie nur im Sendemitgliedstaat verwendet werden darf, steht die betreffende nationale Regelung dem Empfang dieser Dienste durch Personen entgegen, die ausserhalb des Sendemitgliedstaats (im vorliegenden Fall in Grossbritannien) ansässig sind. Die Regelung hat daher zur Folge, dass diese Personen vom Zugang zu den betreffenden Diensten ausgeschlossen werden.

Zwar liegt die Hauptursache für die Behinderung des Empfangs solcher Dienste in den zwischen den Sendeunternehmen und ihren Kunden geschlossenen Verträgen, in denen sich die Gebietsbeschränkungsklauseln widerspiegeln, die in den zwischen den Sendeunternehmen und den Inhabern der Rechte des geistigen Eigentums geschlossenen Verträgen enthalten sind. Da aber die fragliche Regelung diese Beschränkungen unter rechtlichen Schutz stellt und ihre Einhaltung unter Androhung zivilrechtlicher und finanzieller Sanktionen vorschreibt, be-

schränkt sie selbst den freien Dienstleistungsverkehr. Folglich stellt diese Regelung eine nach Art. 56 AEUV verbotene Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs dar, sofern sie nicht objektiv gerechtfertigt werden kann.

- d) Erwägungen 90–121, 125 und 132 (keine Rechtfertigungsgründe)

Die FAPL sowie u.a. die Regierungen des Vereinigten Königreichs, Italiens und Frankreichs machen geltend, dass die in der in den Ausgangsverfahren fraglichen Regelung enthaltene Beschränkung mit Blick auf die Rechte der Inhaber des geistigen Eigentums gerechtfertigt werden könne, da sie erforderlich sei, um eine angemessene Vergütung dieser Rechtsinhaber zu gewährleisten. Eine solche Vergütung setze voraus, dass sie diese in jedem Mitgliedstaat für die Nutzung ihrer Werke oder anderen Schutzgegenstände einfordern und dafür eine gebietsabhängige Exklusivität einräumen dürften.

Der Inhaber der Rechte des geistigen Eigentums wäre ohne jeden Schutz dieser gebietsabhängigen Exklusivität nicht mehr in der Lage, von den Sendeunternehmen angemessene Lizenzgebühren zu erlangen, da die Live-Übertragung von Sportereignissen einen Teil ihres Wertes eingebüsst hätte. Die Sendeunternehmen seien nämlich nicht am Erwerb von Lizenzen für Gebiete ausserhalb des Sendemitgliedstaats interessiert. Ein Erwerb von Lizenzen für alle nationalen Gebiete, in denen potenzielle Kunden ansässig seien, sei wegen des extrem hohen Preises solcher Lizenzen finanziell nicht interessant. Daher würden die Sendeunternehmen die Lizenzen für die Ausstrahlung der betreffenden Werke im Hoheitsgebiet eines einzigen Mitgliedstaats erwerben. Sie seien aber bereit, einen beträchtlichen Aufschlag zu zahlen, wenn ihnen eine gebietsabhängige Exklusivität garan-

tiert werde, da diese ihnen ermögliche, sich von ihren Wettbewerbern im Mitgliedstaat abzuheben und so zusätzliche Kunden anzuziehen.

Die Beklagten und die erstinstanzlich strafrechtlich verurteilte Frau Murphy, die Kommission und die EFTA-Überwachungsbehörde sind der Auffassung, dass eine solche Beschränkung der freien Erbringung von Rundfunkdiensten nicht gerechtfertigt werden könne, da sie zu einer Aufteilung des Binnenmarkts führe.

Gemäss Antwort des Gerichtshofs ist für die Prüfung der Rechtfertigung einer Beschränkung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen beachtlich, dass eine Beschränkung von durch den Vertrag verbürgten Grundfreiheiten nur gerechtfertigt sein kann, wenn sie zwingenden Gründen des Allgemeininteresses entspricht, geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten, im Allgemeininteresse liegenden Ziels zu gewährleisten, und nicht über das hinausgeht, was zur Erreichung dieses Ziels erforderlich ist. Zu möglicherweise zulässigen Rechtfertigungen sei der ständigen Rechtsprechung zu entnehmen, dass eine solche Beschränkung insbesondere durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses in Form des Schutzes von Rechten des geistigen Eigentums gerechtfertigt werden könne<sup>5</sup>. Demzufolge sei zunächst zu klären, ob sich FAPL überhaupt auf solche Rechte berufen kann, die es rechtfertigen können, dass ihr durch die in den Ausgangsverfahren fragliche Regelung ein Schutz gewährt wird, der eine Beschränkung

<sup>5</sup> Hier erfolgt insbesondere ein Verweis auf das EuGH-Urteil vom 18. März 1980, «Coditel I», Slg. 1980, 881, Rn. 15 und 16, auf welches sich die Kläger hauptsächlich abgestützt haben (vgl. dazu auch B. KUHN/G. LENTZE, Territoriale Exklusivitätsvereinbarungen bei der Vergabe von Medienrechten in der EU (zugleich Besprechung der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes vom 4. Oktober 2011), SpuRt 2011, 222, 223.

des freien Dienstleistungsverkehrs bedeutet.

Dazu hält der EuGH fest, dass FAPL an den Spielen der Premier League selbst kein Urheberrecht geltend machen kann, da diese nicht als «Werk» einzuordnen sind. Für eine solche Einordnung muss es sich bei dem betreffenden Objekt nämlich um ein Original in dem Sinne handeln, dass es eine eigene geistige Schöpfung seines Urhebers darstellt. Sportereignisse können jedoch nicht als geistige Schöpfungen angesehen werden, die sich als Werke im Sinne der Urheberrechtsrichtlinie einordnen liessen. Das gilt insbesondere für Fussballspiele, die Spielregeln unterliegen, die für eine künstlerische Freiheit im Sinne des Urheberrechts keinen Raum lassen. Daher können Sportereignisse keinen urheberrechtlichen Schutz geniessen. Fest stehe ausserdem, dass das Unionsrecht im Bereich des geistigen Eigentums auch keinen anderen Schutz für sie vorsieht.

Gleichwohl sind Sportereignisse – im Urteil des EuGH – als solche einzigartig und haben insoweit einen Originalcharakter, der sie möglicherweise zu Gegenständen werden lässt, die einen mit dem Schutz von Werken vergleichbaren Schutz verdienen, wobei dieser Schutz gegebenenfalls von den verschiedenen nationalen Rechtsordnungen gewährt werden kann. In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die Union nach Art. 165 Abs. 1 Unterabs. 2 AEUV zur Förderung der europäischen Dimension des Sports beiträgt und dabei dessen besondere Merkmale, dessen auf freiwilligem Engagement basierende Strukturen sowie dessen soziale und pädagogische Funktion berücksichtigt.

Einem Mitgliedstaat steht es daher frei, Sportereignisse – gegebenenfalls unter dem Gesichtspunkt des Schutzes des geistigen Eigentums – zu schützen, indem er eine spezielle nationale Regelung einführt oder unter Beachtung des

Unionsrechts einen Schutz anerkennt, den diese Ereignisse auf der Grundlage von Verträgen geniessen, die zwischen den Personen, die berechtigt sind, den audiovisuellen Inhalt dieser Ereignisse der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, und den Personen, die diesen Inhalt an die Öffentlichkeit ihrer Wahl verbreiten wollen, geschlossen werden.

Dazu ist zu bemerken, dass der Unionsgesetzgeber davon ausgegangen ist, dass die Mitgliedstaaten von dieser Befugnis Gebrauch machen werden, da er im 21. Erwägungsgrund der Fernsehrichtlinie («Fernsehen ohne Grenzen»)<sup>6</sup> auf Ereignisse Bezug nimmt, die von einem Veranstalter organisiert werden, der kraft Gesetzes befugt ist, die Rechte an diesem Ereignis zu veräussern. Falls die betreffende nationale Regelung daher zum Ziel haben sollte, Sportereignisse zu schützen – was zu prüfen Sache des vorlegenden Gerichts wäre –, steht das Unionsrecht diesem Schutz grundsätzlich nicht entgegen, sodass eine solche Regelung eine Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs wie die in den Ausgangsverfahren fragliche rechtfertigen kann. Jedoch darf eine solche Beschränkung zusätzlich nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um das Ziel des Schutzes des fraglichen geistigen Eigentums zu erreichen.

<sup>6</sup> Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (ABl. L 298, 23) in der durch die Richtlinie 97/36/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Juni 1997 geänderten Fassung, ABl. vom 30. Juli 1997, L 202, 60 ff.; 21. Erwägungsgrund: «Ereignisse von «erheblicher gesellschaftlicher Bedeutung» im Sinne dieser Richtlinie sollten bestimmten Kriterien genügen, d.h., es sollten herausragende Ereignisse sein, die von Interesse für die breite Öffentlichkeit in der Europäischen Union, in einem bestimmten Mitgliedstaat oder in einem bedeutenden Teil eines bestimmten Mitgliedstaats sind und die im Voraus von einem Veranstalter organisiert werden, der kraft Gesetzes befugt ist, die Rechte an diesem Ereignis zu veräussern».

Dabei ist weiter zu berücksichtigen, dass Ausnahmen vom Grundsatz der Freizügigkeit nur zugelassen werden können, soweit sie zur Wahrung der Rechte gerechtfertigt sind, die den spezifischen Gegenstand des betreffenden geistigen Eigentums ausmachen.

Nach ständiger Rechtsprechung soll der spezifische Gegenstand des geistigen Eigentums insbesondere den Inhabern der betreffenden Rechte den Schutz der Befugnis gewährleisten, das Inverkehrbringen oder die Bereitstellung der Schutzgegenstände dadurch kommerziell zu nutzen, dass gegen Zahlung einer Vergütung Lizenzen erteilt werden. Es ist jedoch festzustellen, dass der spezifische Gegenstand des geistigen Eigentums den betreffenden Rechteinhabern nicht garantiert, dass sie die höchstmögliche Vergütung verlangen können. Nach Massgabe dieses spezifischen Gegenstands wird ihnen nämlich – wie im 10. Erwägungsgrund der Urheberrechtsrichtlinie<sup>7</sup> und im 5. Erwägungsgrund der Richtlinie über verwandte Schutzrechte<sup>8</sup> vorgesehen – nur eine angemessene Vergütung für jede Nutzung der Schutzgegenstände gesichert.

Um aber angemessen zu sein, muss eine solche Vergütung in einem vernünftigen Zusammenhang mit dem wirtschaftlichen Wert der erbrachten Leistung stehen. Insbesondere muss sie mit der tatsächlichen oder potenziellen Zahl der Personen im Zusammenhang stehen, die in ihren Genuss kommen oder kommen wollen. Wie der 17. Er-

<sup>7</sup> Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte der Informationsgesellschaft, ABl. vom 22. Juni 2001, L 167, 10 ff.

<sup>8</sup> Richtlinie 2006/115/RG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums, ABl. vom 27. Dezember 2007, L 376, 28 ff.

wägungsgrund der Satellitenrundfunkrichtlinie<sup>9</sup> bestätigt, muss eine solche Vergütung im Fernsbereich daher u. a. in einem vernünftigen Zusammenhang mit den Parametern der betreffenden Sendungen wie ihrer tatsächlichen und potenziellen Einschaltquote und der sprachlichen Fassung stehen.

In diesem Zusammenhang ist zunächst zu betonen, dass die Inhaber der in den Ausgangsverfahren fraglichen Rechte eine Vergütung für die Rundfunkübertragung der Schutzgegenstände vom Sendemitgliedstaat aus erhalten, in dem nach Art. 1 Abs. 2 lit. b der Satellitenrundfunkrichtlinie der Sendeakt stattzufinden hat, und in dem daher die angemessene Vergütung geschuldet ist. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass, wenn zwischen den betreffenden Rechteinhabern und den Sendeunternehmen eine solche Vergütung im Rahmen einer Versteigerung vereinbart wird, der betreffende Rechteinhaber durch nichts daran gehindert ist, bei dieser Gelegenheit einen Betrag zu verlangen, der der tatsächlichen und potenziellen Einschaltquote sowohl im Sendemitgliedstaat als auch in jedem anderen Mitgliedstaat, in dem die Sendungen mit den Schutzgegenständen ebenfalls empfangen werden, Rechnung trägt.

Insoweit ist zu beachten, dass der Empfang einer Satellitensendung wie der in den Ausgangsverfahren fraglichen den Besitz einer Decodiervorrichtung voraussetzt. Infolgedessen kann die Gesamtzahl der zum tatsächlichen und potenziellen Publikum der betreffenden Sendung gehörenden Fernsehzuschauer, also sowohl der im Sendemitgliedstaat als auch der ausserhalb des Sendemitgliedstaats ansässigen Zuschauer, mit einem hohen Grad an Genauigkeit bestimmt werden.

Was schliesslich den Aufschlag betrifft, den die Sendeunternehmen für die Einräumung einer gebietsabhängigen Exklusivität zahlen, ist zwar nicht auszuschliessen, dass die Höhe der angemessenen Vergütung auch die Besonderheit der betreffenden Sendungen, also ihre gebietsabhängige Exklusivität, widerspiegelt, sodass dafür ein Aufschlag gezahlt werden kann. Gleichwohl wird den betreffenden Rechteinhabern im vorliegenden Fall ein solcher Aufschlag gezahlt, um eine absolute gebietsabhängige Exklusivität sicherzustellen, die geeignet ist, zu künstlichen Preisunterschieden zwischen den abgeschotteten nationalen Märkten zu führen. Eine solche Marktabschottung und ein solcher daraus folgender künstlicher Preisunterschied sind aber mit dem grundlegenden Ziel des Vertrags – der Verwirklichung des Binnenmarkts – nicht vereinbar. Unter diesen Umständen kann dieser Aufschlag nicht als Teil der angemessenen Vergütung angesehen werden, die den betreffenden Rechteinhabern zu gewährleisten ist. Daher geht die Zahlung eines solchen Aufschlags über das hinaus, was erforderlich ist, um diesen Rechteinhabern eine angemessene Vergütung zu gewährleisten. Aus dem Vorstehenden folgt, dass die Beschränkung, die im Verbot der Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen besteht, nicht im Hinblick auf das Ziel gerechtfertigt werden kann, die Rechte des geistigen Eigentums zu schützen.

Diesem Ergebnis steht das von der FAPL für ihr Vorbringen angeführte Urteil Coditel I<sup>10</sup> nicht entgegen. Zwar hat der Gerichtshof dort in Rn. 16 entschieden, dass die Bestimmungen des Vertrags räumlichen Begrenzungen, die von den Parteien von Verträgen über die Einräumung von Nutzungsrechten am geistigen Eigentum zum Schutz des Urhebers und der Nutzungsberechtigten vereinbart werden, grundsätzlich nicht

entgegenstehen und der blosser Umstand, dass die fraglichen räumlichen Begrenzungen gegebenenfalls mit den mitgliedstaatlichen Grenzen zusammenfallen, keine andere Betrachtungsweise verlangt. Diese Feststellungen fügen sich jedoch in einen Kontext ein, der nicht mit dem der Ausgangsverfahren vergleichbar ist. In der Rechtssache, in der das Urteil Coditel I ergangen ist, gaben die Kabelfernsehgesellschaften nämlich ein Werk öffentlich wieder, ohne im Ursprungsmitgliedstaat dieser Wiedergabe über eine Erlaubnis der betreffenden Rechteinhaber zu verfügen und ohne ihnen eine Vergütung gezahlt zu haben. Im Gegensatz dazu nehmen die Sendeunternehmen in den Ausgangsverfahren eine öffentliche Wiedergabe vor und verfügen dabei im Sendemitgliedstaat – bei dem es sich um den Mitgliedstaat handelt, in dem die Wiedergabe ihren Ursprung hat –, über eine Erlaubnis der betreffenden Rechteinhaber und zahlen diesen eine Vergütung, die im Übrigen der tatsächlichen und potenziellen Einschaltquote in den anderen Mitgliedstaaten Rechnung tragen kann.

Schliesslich ist die Entwicklung des Unionsrechts zu berücksichtigen, die insbesondere durch den Erlass der Richtlinie «Fernsehen ohne Grenzen» und der Satellitenrundfunkrichtlinie erfolgt ist, die beide den Übergang von nationalen Märkten zu einem einheitlichen Markt für die Produktion und Verbreitung von Programmen gewährleisten sollen.

Nach alledem ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass Art. 56 AEUV dahin auszulegen ist, dass er einer nationalen Regelung eines Mitgliedstaats entgegensteht, wonach im Inland die Einfuhr, der Verkauf und die Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen, die den Zugang zu einem kodierten Satellitenrundfunkdienst aus einem anderen Mitgliedstaat ermöglichen, der nach der Regelung des erstgenannten Staates geschützte Gegen-

<sup>9</sup> Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorgaben betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweitverbreitung, ABl. vom 6. Oktober 1993, L 248, 15 ff.

<sup>10</sup> Vgl. Fn. 5.

stände umfasst, rechtswidrig sind. An diesem Ergebnis vermag weder der Umstand, dass die ausländische Decodier-  
vorrichtung durch Angabe eines falschen Namens und einer falschen Anschrift in der Absicht, die fragliche Gebietsbeschränkung zu umgehen, beschafft oder aktiviert wurde, noch die Tatsache, dass diese Vorrichtung zu gewerblichen Zwecken verwendet wird, obwohl sie der privaten Nutzung vorbehalten war, etwas zu ändern.

### 3. Exklusive Gebietsklauseln in TV-Rechte-Lizenzverträgen und Wettbewerbsrecht

#### a) Vorlagefrage (E. 134)

Weiter war vom EuGH zu klären, ob die Klauseln eines Vertrags über eine ausschliessliche Lizenz zwischen einem Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums und einem Sendeunternehmen eine nach Art. 101 AEUV verbotene Wettbewerbsbeschränkung darstellen, sofern sie dem Sendeunternehmen die Pflicht auferlegen, ausserhalb des vom betreffenden Lizenzvertrag erfassten Gebiets keine Decodiervorrichtungen zur Verfügung zu stellen, die Zugang zu den Schutzgegenständen des Rechtsinhabers gewähren.

#### b) Rechtserkenntnis 4: Verbotene Wettbewerbsbeschränkung

Die Klauseln eines Vertrags über eine ausschliessliche Lizenz zwischen einem Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums und einem Sendeunternehmen würden eine nach Art. 101 AEUV verbotene Wettbewerbsbeschränkung darstellen, sofern sie dem Sendeunternehmen die Pflicht auferlegen, keine den Zugang zu den Schutzgegenständen dieses Rechtsinhabers ermöglichenden Decodiervorrichtungen zum Zweck ihrer Verwendung ausserhalb des vom Lizenzvertrag erfassten Gebiets zur Verfügung zu stellen.

#### c) Erwägungen (E. 136–146)

Bei der Prüfung des eventuell wettbewerbswidrigen Zwecks einer Vereinbarung ist insbesondere auf deren Inhalt und die mit ihr verfolgten Ziele sowie auf den wirtschaftlichen und rechtlichen Zusammenhang, in dem sie steht, abzustellen. Zu Lizenzverträgen über Rechte des geistigen Eigentums ist der Rechtsprechung des Gerichtshofs zu entnehmen, dass der Umstand allein, dass der Rechtsinhaber einem einzigen Lizenznehmer das ausschliessliche Recht eingeräumt hat, einen Schutzgegenstand von einem Mitgliedstaat aus über Rundfunk auszustrahlen und somit dessen Ausstrahlung durch Dritte in einem bestimmten Zeitraum zu verbieten, jedoch nicht schon für die Feststellung ausreicht, dass eine solche Vereinbarung einen wettbewerbswidrigen Zweck hat<sup>11</sup>. Daher kann nach Art. 1 Abs. 2 lit. b der Satellitenrundfunkrichtlinie ein Rechtsinhaber grundsätzlich auch einem einzigen Lizenznehmer das ausschliessliche Recht übertragen, einen Schutzgegenstand in einem bestimmten Zeitraum von einem einzigen Sendemitgliedstaat oder von mehreren Mitgliedstaaten aus über Satellit auszustrahlen.

Hinsichtlich der räumlichen Beschränkungen der Ausübung eines solchen Rechts ist jedoch zu beachten, dass nach der Rechtsprechung des EuGH eine Vereinbarung, die darauf abzielen würde, die Abschottung nationaler Märkte wiederherzustellen, geeignet sein könnte, dem Ziel des Vertrags entgegenzuwirken, die Integration dieser Märkte durch die Schaffung eines einheitlichen Marktes zu verwirklichen. So sind Verträge, durch die nationale Märkte nach den nationalen Grenzen abgeschottet werden sollen oder durch die die gegenseitige Durchdringung der nationalen Märkte erschwert wird,

grundsätzlich als Vereinbarungen anzusehen, die eine Beschränkung des Wettbewerbs im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV bezwecken.

Da sich diese Rechtsprechung, wie u.a. aus den Rn. 118 bis 121 des vorliegenden Urteils folgt, auf den Bereich der grenzüberschreitenden Erbringung von Rundfunkdiensten in vollem Umfang übertragen lässt, besteht für den Fall, dass ein Lizenzvertrag darauf gerichtet ist, die grenzüberschreitende Erbringung von Rundfunkdiensten zu untersagen oder einzuschränken, die Vermutung, dass er eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, es sei denn, andere Umstände, die sich aus seinem wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext ergeben, lassen die Feststellung zu, dass ein solcher Vertrag nicht geeignet ist, den Wettbewerb zu beeinträchtigen.

In den Ausgangsverfahren wird die Einräumung ausschliesslicher Lizenzen für die Übertragung von Spielen der Premier League selbst nicht in Frage gestellt. In diesen Verfahren geht es nämlich nur um die in den Klauseln der Verträge zwischen den betreffenden Rechtsinhabern und Sendeunternehmen enthaltenen zusätzlichen Pflichten, die die Einhaltung der räumlichen Beschränkungen für die Nutzung dieser Lizenzen gewährleisten sollen, nämlich die Pflicht dieser Sendeunternehmen, keine Decodiervorrichtungen, die den Zugang zu den Schutzgegenständen ermöglichen, für eine Verwendung ausserhalb des vom Lizenzvertrag erfassten Gebiets zur Verfügung zu stellen. Zu solchen Klauseln ist zum einen festzustellen, dass sie den Rundfunkanstalten jede grenzüberschreitende Erbringung von Diensten im Zusammenhang mit diesen Fussballspielen untersagen, so dass jeder Rundfunkanstalt in dem von ihrer Lizenz erfassten Gebiet eine absolute gebietsabhängige Exklusivität eingeräumt und damit jeder Wettbewerb zwischen verschiedenen Rundfunkanstalten im Bereich dieser Dienste ausgeschaltet werden kann. Zum anderen

<sup>11</sup> Hierzu erfolgt ein Verweis auf das EuGH-Urteil vom 6. Oktober 1982, Coditel, 262/81, «Coditel II», Slg. 1982, 3381, Rn. 15.

haben FAPL keinen sich aus dem wirtschaftlichen und rechtlichen Kontext solcher Klauseln ergebenden Umstand vorgetragen, der die Feststellung zuliesse, dass diese Klauseln ungeachtet der vorstehenden Erwägungen nicht geeignet sind, den Wettbewerb zu beeinträchtigen, und somit keinen wettbewerbswidrigen Zweck haben.

Da diese Klauseln von Verträgen über eine ausschliessliche Lizenz daher einen wettbewerbswidrigen Zweck haben, ist der Schluss zu ziehen, dass sie eine verbotene Wettbewerbsbeschränkung im Sinne des Art. 101 Abs. 1 AEUV darstellen. Hinzuzufügen ist, dass zwar Art. 101 Abs. 1 AEUV auf die in Abs. 3 dieses Artikels genannten Kategorien fallenden Vereinbarungen grundsätzlich nicht anwendbar ist; da Lizenzvertragsklauseln wie die in den Ausgangsverfahren fraglichen jedoch aus den soeben dargelegten Gründen den Erfordernissen dieses Abs. 3 nicht genügen, scheidet eine Unanwendbarkeit von Art. 101 Abs. 1 AEUV aus. Nach alledem ist auf die Vorlagefragen zu antworten, dass die Klauseln eines Vertrags über eine ausschliessliche Lizenz zwischen einem Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums und einem Sendeunternehmen eine nach Art. 101 AEUV verbotene Wettbewerbsbeschränkung darstellen, sofern sie dem Sendeunternehmen die Pflicht auferlegen, keine den Zugang zu den Schutzgegenständen dieses Rechtsinhabers ermöglichenden Decodiervorrichtungen zum Zweck ihrer Verwendung ausserhalb des vom Lizenzvertrag erfassten Gebiets zur Verfügung zu stellen.

#### 4. Geschäftsmodell der Beklagten und die Urheberrechts-/Satellitenrundfunkrichtlinien

- a) Vorlagefrage (E. 147, 149, 152, 183 und 208)

In einem zweiten Fragenkomplex hatte der EuGH zu klären, ob der fragliche Empfang von Sendungen, die Premier-

League-Spiele und damit zusammenhängende Werke enthalten, durch die Richtlinien zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten beschränkt wird, a) weil er dazu führt, dass diese Werke im Speicher eines Satellitendecoders und auf einem Fernsehbildschirm vervielfältigt werden, und b) weil diese Werke von den Inhabern der fraglichen Gastwirtschaften öffentlich gezeigt werden. Bezüglich Letzterem will das vorlegende Gericht wissen, ob der Begriff der öffentlichen Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie die Übertragung durch Rundfunk gesendeter Werke über einen Fernsehbildschirm und Lautsprecher für die sich in einer Gastwirtschaft aufhaltenden Gäste umfasst.

Die Urheber können sich auf das Urheberrecht stützen, das an den im Rahmen dieser Sendungen verwerteten, urheberrechtlich geschützten Werken besteht. In den Ausgangsverfahren ist unstrittig, dass FAPL das Urheberrecht an diversen Werken geltend machen kann, die in diesen Rundfunksendungen enthalten sind, nämlich u.a. an der Auftaktvideosequenz, an der Hymne der Premier League, an den zuvor aufgezeichneten Filmen über die Höhepunkte aktueller Begegnungen der Premier League und an verschiedenen Grafiken. Daher ist zu prüfen, ob die der FAPL in Art. 2 lit. a, Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie gewährten Urheberrechte durch das Geschäftsmodell der Beklagten verletzt werden.

- b) Rechtserkenntnis 5–8:  
Vorführung in Gaststätten ist eine öffentliche Wiedergabe

Art. 2 lit. a der Urheberrechtsrichtlinie ist dahin auszulegen, dass sich das Vervielfältigungsrecht auf flüchtige Fragmente der Werke im Speicher eines Satellitendecoders und auf einem Fernsehbildschirm erstreckt, sofern diese

Fragmente Elemente enthalten, die die eigene geistige Schöpfung der betreffenden Urheber zum Ausdruck bringen. Hingegen würden Vervielfältigungsbehandlungen wie die in der Rechtssache C-403/08 fraglichen (Ausstrahlung von Spielen der Premier League über eine griechische Decoderkarte), die im Speicher eines Satellitendecoders und auf einem Fernsehbildschirm erfolgen, die Voraussetzungen des Art. 5 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie erfüllen, mithin diese daher ohne Erlaubnis der betreffenden Urheberrechtsinhaber vorgenommen werden dürfen.

Der Begriff der öffentlichen Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie ist hingegen dahingehend auszulegen, dass er die Übertragung durch Rundfunk gesendeter Werke über einen Fernsehbildschirm und Lautsprecher für die sich in einer Gastwirtschaft aufhaltenden Gäste umfasst.

- c) Erwägungen zur öffentlichen Wiedergabe  
(E. 184, 185, 190–193, 195–207)

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass in Art. 3 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie nicht angegeben ist, was unter einer «öffentlichen Wiedergabe» zu verstehen ist, mithin nach ständiger Rechtsprechung daher Sinn und Tragweite dieses Begriffs mit Blick auf die Ziele, die mit dieser Richtlinie verfolgt werden, und den Zusammenhang, in den sich die auszulegende Vorschrift einfügt, zu bestimmen sind. Unter diesen drei Aspekten ist der Begriff der öffentlichen Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie auszulegen und zu beurteilen, ob er die Übertragung durch Rundfunk gesendeter Werke über einen Fernsehbildschirm und Lautsprecher für die sich in einer Gastwirtschaft aufhaltenden Gäste umfasst.

Zunächst ergibt sich für den Begriff der Wiedergabe aus Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie über verwandte Schutz-

rechte sowie aus Art. 2 lit. g und Art. 15 des WIPO-Vertrags über Darbietungen und Tonträger, dass ein solcher Begriff «das öffentliche Hörbarmachen der auf einem Tonträger festgelegten Töne oder Darstellungen von Tönen» umfasst und die Sendung oder die «öffentliche Wiedergabe» einschliesst. Insbesondere umfasst dieser Begriff – wie Art. 11<sup>bis</sup> Abs. 1 Nr. 3 RBÜ<sup>12</sup> ausdrücklich vorsieht – eine Wiedergabe über Lautsprecher oder irgendeine andere Vorrichtung zur Übertragung von Zeichen, Tönen oder Bildern sowie – gemäss der Begründung des Vorschlags der Urheberrechtsrichtlinie – ein Wiedergabemittel wie die Anzeige von Werken auf einem Bildschirm.

Unter diesen Umständen und da der Unionsgesetzgeber hinsichtlich der Auslegung dieses Begriffs in der Urheberrechtsrichtlinie und insbesondere in deren Art. 3 keinen anderen Willen zum Ausdruck gebracht hat, ist der Begriff der Wiedergabe weit zu verstehen, nämlich dahin, dass er jede Übertragung geschützter Werke unabhängig vom eingesetzten technischen Mittel oder Verfahren umfasst.

In der Rechtssache C-403/08 gewährt der Inhaber einer Gastwirtschaft den dort anwesenden Gästen über einen Fernsehbildschirm und Lautsprecher absichtlich den Zugang zu einer Rundfunksendung, die geschützte Werke enthält, wobei die Gäste ohne das Tätigwerden des Inhabers nicht in den Genuss der ausgestrahlten Werke kommen können, auch wenn sie sich im Sendegebiet der Sendung aufhalten. Daher ist festzustellen, dass der Inhaber einer Gastwirtschaft eine Wiedergabe vornimmt, wenn er durch Rundfunk gesendete Werke absichtlich über einen Fernsehbildschirm und Lautsprecher für die sich in dieser Gastwirtschaft aufhaltenden Kunden überträgt. Hierbei ist zunächst zu berücksichtigen, dass die

Urheber, wenn sie die Sendung ihrer Werke durch den Rundfunk erlauben, grundsätzlich nur die Besitzer von Fernsehgeräten erfassen wollen, die das Signal allein oder im privaten bzw. familiären Kreis empfangen und die Sendungen verfolgen. Wenn aber die Übertragung eines durch Rundfunk gesendeten Werks an einem Ort stattfindet, zu dem die Öffentlichkeit Zugang hat, und für ein zusätzliches Publikum, das vom Besitzer des Fernsehgeräts in die Lage versetzt wird, das Werk anzuhören oder anzusehen, ist ein solches absichtliches Tätigwerden als eine Handlung anzusehen, durch die das fragliche Werk für ein neues Publikum wiedergegeben wird. Das ist der Fall, wenn der Inhaber einer Gastwirtschaft durch Rundfunk gesendete Werke für die dort anwesenden Gäste überträgt, denn diese Gäste stellen ein zusätzliches Publikum dar, das von den Urhebern nicht berücksichtigt worden ist, als sie der Sendung ihrer Werke durch den Rundfunk zugestimmt haben.

Damit eine öffentliche Wiedergabe vorliegt, muss zudem das durch Rundfunk gesendete Werk an eine Öffentlichkeit übertragen werden, die im Sinne des 23. Erwägungsgrunds der Urheberrechtsrichtlinie «an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend ist». Ein solches Element des unmittelbaren körperlichen Kontakts fehlt aber gerade im Fall der Übertragung eines durch Rundfunk gesendeten Werks über einen Fernsehbildschirm und Lautsprecher an einem Ort wie einer Gastwirtschaft für eine Öffentlichkeit, die am Ort dieser Übertragung, nicht aber an dem Ort anwesend ist, an dem die Wiedergabe im Sinne des 23. Erwägungsgrunds der Urheberrechtsrichtlinie ihren Ursprung nimmt, also am Ort der durch Rundfunk gesendeten Aufführung.

Schliesslich ist auch nicht unerheblich, ob eine «Wiedergabe» im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie Erwerbszwecken dient. In

einer Situation wie der des Ausgangsverfahrens lässt sich nicht bestreiten, dass zum einen der Inhaber die durch Rundfunk gesendeten Werke in seiner Gastwirtschaft überträgt, um daraus einen Nutzen zu ziehen, und zum anderen diese Übertragung geeignet ist, Gäste anzuziehen, die an den so übertragenen Werken interessiert sind. Die Übertragung wirkt sich folglich auf die Frequentierung dieser Gastwirtschaft und damit letztlich auf ihre wirtschaftlichen Ergebnisse aus. Folglich dient die fragliche öffentliche Wiedergabe Erwerbszwecken. Dementsprechend ist auf die Vorlagefrage zu antworten, dass der Begriff der öffentlichen Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie dahin auszulegen ist, dass er die Übertragung durch Rundfunk gesendeter Werke über einen Fernsehbildschirm und Lautsprecher für die sich in einer Gastwirtschaft aufhaltenden Gäste umfasst.

### III. Kommentar

Die Kernbotschaft des EuGH an die Veranstalter der massenattraktivsten europäischen Fussball-Ligen in Europa – und damit insbesondere der englischen Premier League, der deutschen Bundesliga, der italienischen Serie A, der spanischen Primera Division und der französischen Ligue 1 – ist klar. Und damit diese nicht nur in Juristenkreisen ankommt, sondern auch beim gemeinen Fussball-Volk, fasste der Gerichtshof in seiner Pressemitteilung im Lead zum Urteil<sup>13</sup> kurz und bündig zusammen, ein Lizenzsystem für die Weiterverbreitung von Fussballspielen, das Rundfunkanstalten eine gebietsabhängige Exklusivität für einzelne Mitgliedstaaten einräumt und den Fernsehzuschauern untersagt, diese Sendungen in den anderen Mitgliedstaaten mittels einer De-

<sup>12</sup> Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst (SR 0.231.15).

<sup>13</sup> EuGH, CURIA, Pressemitteilung Nr. 102/11 vom 4. Oktober 2011.

coderkarte anzusehen, verstosse gegen das Unionsrecht.

Der EuGH folgt damit im Grundsatz der Aussage der zuständigen Generalanwältin Juliane Kokott, die in ihren Schlussanträgen zum Schluss gelangt ist, alles andere würde heissen, unter der Ausschaltung des Binnenmarktes Gewinn erzielen zu dürfen. Auch die mediale *vox populi* setzte unverzüglich in diese Richtung nach, indem dem milliardenschweren TV-Fussball am Tag des Urteils ein Preiszerfall, den Veranstaltern ein Verlust von Macht und Geld und dem europäischen Fussball insgesamt ein Zustand wie nach dem Bosman-Urteil vorausgesagt worden ist<sup>14</sup>. Für solche kernigen Schlagzeilen passen ganz einfach auch die Geschichte mit der zur Gallionsfigur der zahlreichen beklagten Parteien bestimmten Wirtin aus Portsmouth mit dem Namen Karen Murphy und das sich deshalb nicht zu verhindern lassende Wortspiel, das Urteil als «Murphy's Law» zu betiteln. Der EuGH hatte damit die medialen Schlagzeilen auf sicher.

Das Urteil ist in der Tat ein bereichernder Fundus für weitere (notwendige) Diskussionen insbesondere zu den Fragen, a) was ein Übertragungsrecht an einer Sportveranstaltung rechtlich betrachtet tatsächlich ist, b) wie die auf solchen Übertragungsrechten basierenden TV-Sendungen urheberrechtlich einzuordnen sind und c) wo letztlich die Schranken der Ausübung dieser Rechte liegen. Ob das Urteil aber für die audiovisuelle Vermarktung von europäischen Fussball-Ligen, die über das eigene Staatsterritorium hinaus auf ein signifikantes Zuschauer- und damit Vermarktungsinteresse stossen (die sich an einer Hand abzählen lassen), aber tatsächlich so bahnbrechend ist wie einst

das Bosman-Urteil für den gesamten europäischen Spieler-Transfermarkt, ist zu bezweifeln, auch wenn Exklusivität und die damit verbundene territoriale Beschränkung unbestrittenermassen tragende Säulen der Verwertung von audiovisuellen Übertragungsrechten an Sportveranstaltungen sind.

Zunächst ist dazu einmal der oben erwähnten Kernbotschaft entgegenzutreten: Auch nach der Entscheidung des EuGH bleibt es grundsätzlich dabei, dass die territoriale Exklusivität eines vom Liga-Veranstalter einem Lizenznehmer vertraglich eingeräumten Ausstrahlungsrechts, wonach urheberrechtlich geschützte Inhalte von einem Mitgliedstaat aus über Satellit ausgestrahlt werden dürfen, für sich allein nicht schon für die Annahme eines wettbewerbswidrigen Zwecks der Vereinbarung ausreicht<sup>15</sup>. Es besteht dazu nur eine Vermutung. Der EuGH hatte weiter grundsätzlich nur zwei Bestimmungen des englischen Copyright, Designs and Patents Act 1988, welche die Sanktionierung der Umgehung von Pay TV-Geschäftsmodellen zum Gegenstand haben, auf ihre Vereinbarkeit mit dem Unionsrecht zu überprüfen (vgl. vorne Ziff. I.4). Freilich fällt mit dem Urteil die damit verbundene Gefahr, gestützt auf diese Bestimmung wegen einer nicht autorisierten Ausstrahlung von zurückimportiertem englischem Live-Fussball strafrechtlich belangt zu werden, weg. Dennoch beurteilte der EuGH letztlich ausschliesslich diesen konkreten Einzelfall<sup>16</sup> und – entgegen dem mit der medialen Darstellung geweckten Anschein – eben nicht das audiovisuelle Vermarktungssystem der Premier League an sich. Insofern haben sich diesbezügliche frühere regulatorische Interventionen<sup>17</sup> insbesondere der Wett-

bewerbsbehörden viel direkter auf die Praxis der Vermarktung von Übertragungsrechten ausgewirkt.

Zur Frage der Rechtsnatur eines Übertragungsrechts an einem Fussball-Spiel äussert sich der Gerichtshof im dogmatischen Kontext der Rechtfertigung einer Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs (Art. 56 AEUV), nachdem er zum Schluss gelangt ist, die in den Ausgangsverfahren gegenständliche nationale Regelung verbiete im Inland die Einfuhr, den Verkauf und die Verwendung ausländischer Decodiervorrichtungen, die Zugang zu den Satellitenrundfunkdiensten aus einem anderen Mitgliedstaat gewähren, mithin diese ohne objektive Rechtfertigung eine verbotene Beschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs darstelle. Als möglicher Rechtfertigungsgrund stand das mit der Beschränkung verbundene Ziel zur Diskussion, geistige Eigentumsrechte zu schützen. Dazu musste zunächst einmal geprüft werden, ob sich die FAPL überhaupt auf Rechte des geistigen Eigentums berufen konnte, die einer solchen Rechtfertigung zugänglich sind. In lediglich 12 Erwägungszeilen (E. 96–99) stellt der Gerichtshof dazu fest, dass die FAPL an den Spielen der Premier League selbst kein Urheberrecht geltend machen könne, weil Sportereignisse nicht als geistige Schöpfungen angesehen werden können, die sich als Werke der Urheberrechtsrichtlinie einordnen liessen. Als Grund, weshalb dies «insbesondere» für Fussball-Spiele gelte, wird vorgebracht, diese unterlägen Spielregeln, die für eine künstlerische Freiheit im Sinne des Urheberrechts keinen Raum liessen. Der Gerichtshof begibt sich mit dieser Argumentation zeitlich direkt in die 1960er-Jahre zurück, als man sich in der auf klassische Kunstformen fixierten Urheber-

<sup>14</sup> Vgl. z.B. Tages-Anzeiger Online vom 4. Oktober 2011 ([www.tagesanzeiger.ch/sport/fussball](http://www.tagesanzeiger.ch/sport/fussball)); Zeit Online vom 4. Oktober 2011 ([www.zeit.de/sport/2011-10/eugh-sport-tv-abo](http://www.zeit.de/sport/2011-10/eugh-sport-tv-abo)).

<sup>15</sup> Vgl. dazu auch KUHN/LENTZE (Fn. 5), 225.

<sup>16</sup> KUHN/LENTZE (Fn. 5), 225.

<sup>17</sup> So z.B. schon die deutsche Globalvertrag-Entscheidung (BGHZ 110, 387 = BGH ZIP 1990 954 = NJW 1990 2818), die Praxis der EU-Kommission zum Eurovisionssystem der

EBU (ABl. 1993, L 179, 93; ABl. 2000, L 151, 18) oder zur UEFA Champions League-Vermarktung (ABl. 1999, C 99, 23; ABl. 2002, C 196, 3, Entscheidung COMP/C.2-37.398 17).

berrechtslehre allmählich bewusst wurde, dass sportliche Darbietungen dogmatisch vielleicht doch nicht ganz so einfach aus dem Tempel des herkömmlichen Urheberrechts ausgesperrt werden können, und sich ein brillanter Intellektueller wie MAX KUMMER dazu wie folgt winden musste: «Mancherlei Abwandlungen führen vom Ballett zum Eistanz, vom Variété-Künstler zum Kunstturner. Der Choreograph ist für seinen *Pas de deux* geschützt, gleichwohl ob auf Brett oder Eis vorgeführt. Wird aber dieser *Pas de deux* auf Olympia-Eis, im Wettkampf, dargestellt, fällt ein Rechtsschutz aus; Gegenteiliges ist noch nie erwogen worden<sup>18</sup>.» Obwohl seit KUMMER's Erklärungsversuch zwischenzeitlich in modernen Urheberrechtsordnungen auch die Idee der Zweckfreiheit Einlass gefunden hatte, und deshalb einer Darbietungsform nicht mehr allein schon wegen ihrer Einbettung in einen sportlichen Wettkampf ein urheberrechtlicher Werkschutz abgesprochen werden konnte, ist das neuzeitliche Verdikt aufgrund der herrschenden Lehre weiterhin alles andere als überraschend<sup>19</sup>. Dennoch ist die dafür vorgebrachte Minibegründung eine Enttäuschung, wenn man bedenkt, dass Diskussionen um einen urheberrechtlichen Schutz von Sportveranstaltungen nicht erst in der Gegenwart geführt werden, sondern schon seit längerer Zeit in Lehre und Praxis immer wieder auftauchen<sup>20</sup>. In der

Schweiz musste sich bislang erst einmal ein Gericht mit dieser Frage befassen und kam dabei zum gleichen Ergebnis wie der EuGH, jedoch mit dem Hinweis, es fehle an individuellem Schaffen und es überwiege der Zufallscharakter «in einem bestimmten (Spiel-) Rahmen»<sup>21</sup>. Man hätte sich allein aufgrund der in Praxis und Lehre existierenden völlig uneinheitlichen Begründungsansätze, sportlichen Darbietungen die urheberrechtliche Werkqualität abzusprechen, vom höchsten Europäischen Gericht eine etwas tiefer gehende Auseinandersetzung mit der Thematik gewünscht. Wenn man nämlich die Tatbestandselemente des Werkschutzes (Geistesschöpfung, Individualität und Kunstform<sup>22</sup>) wirklich konsequent und im Spiegel von neuzeitlichen Begebenheiten prüft, erstaunen die immer wieder hastig begründeten negativen Urteile.

Dies ist umso bedauerlicher, als die einst ebenfalls sehr umstrittene Frage, ob solchen Darbietungen dann *de lege ferenda* urheberrechtlicher Leistungsschutz zuerkannt werden soll, in zunehmendem Mass ebenso schnell positiv beantwortet wird. Der Beweis für diese Beobachtung liefert der EuGH mit dem vorliegenden Urteil, indem er direkt anschliessend an die Verneinung des Werkschutzes, auf die «Einzigartigkeit» und den «Originalcharakter» von Sportveranstaltungen hinweist (nachdem er beides aufgrund der Spielregeln wenige Zeilen vorher noch in Frage gestellt hat), die sie «möglicherweise» zu Gegenständen werden lässt, die einen mit dem Schutz von Werken vergleich-

baren Schutz verdienten (E. 100). In der Tat lassen sich die Unterschiede zwischen einem urheberrechtlichen Werkschutz und einem urheberrechtlichen Leistungsschutz für sportliche Darbietungen – als klassische Schöpfungen des Augenblicks, die erst durch den Einsatz von technischen Aufzeichnungsmitteln überhaupt erst mobilisiert werden können – selbst in der Theorie nur schwer finden<sup>23</sup>, wenn man einmal davon absieht, dass urheberrechtliche Leistungsschutzrechte allein den Schutz einer wirtschaftlichen Leistung betreffen und daher dogmatisch eigentlich gar nicht ins Urheberrecht hinein gehörten<sup>24</sup>. Vielmehr entscheidend ist aber, dass massenattraktive Sportveranstaltungen als immaterielle und flüchtige Produkte, bei denen letztlich nicht ganz klar ist, ob ihnen ein Urheberschutzrecht zugesprochen werden kann oder nicht, vom Zeitpunkt ihrer Schaffung an in einer Mittelstellung zwischen Urheberschutz und lauterkeitsrechtlichem Leistungsschutzrecht stehen. Überlässt man dem Erschaffer dieser Produkte weiterhin nur eine deliktische Abwehrposition, bleibt diesem eine sinnvolle ökonomische Verwertungskontrolle erschwert. Die Konsequenz in der Verwertungspraxis wird sein, von Beginn weg nur wenige Vertragspartner an einem Immaterialgut teilhaben zu lassen, um eine schmarotzerische Ausbeutung zu verhindern<sup>25</sup>, mithin erste Reaktionen, wonach das vorliegende Urteil vor allem fussballinteressierten «non-domestic-residents» schadet, die als Folge davon keinen oder nur massiv teureren englischen Live-Fussball sehen können, zutreffend sind.

<sup>18</sup> M. KUMMER, Das urheberrechtlich schützbare Werk, Bern 1968, 138; vgl. zu diesen frühen Diskussionen in der Schweiz aber auch A. TROLLER, Vorentwurf der Expertenkommission für ein schweizerisches Bundesgesetz betreffend das Urheberrecht – die leitenden Ideen, Schriftenreihe der Internationalen Gesellschaft für Urheberrecht e.V., Bd. 48, München 1972, 853.

<sup>19</sup> Vgl. dazu eingehend mit weiteren Verweisen, S. OSTERWALDER, Übertragungsrechte an Sportveranstaltungen, Bern/München 2004, 174 ff.

<sup>20</sup> So zu Recht auch G. POLL, Sportübertragungsrechte und «geistiges Eigentum» – Das «Karen Murphy»-Urteil des EuGH vom 4. Ok-

tober 2011 aus urheberrechtlicher Sicht, SpuRt 2012, 5.

<sup>21</sup> Appellationshof Bern, SpuRt 1995, 36.

<sup>22</sup> Art. 2 Abs. 1 URG; Art. 2 RBÜ; dass dies in der Öffentlichkeit tatsächlich auch so wahrgenommen wird, verdeutlichen auch publizistische Beiträge wie zuletzt z.B. von R. REICH, Porträt eines Skifahrers als Sprengkünstler – Notizen zum Rücktritt von Didier Cuche, NZZ vom 14. März 2012, 47, die sich anschaulich mit Sport als Kunstform auseinandersetzen.

<sup>23</sup> Vgl. dazu für das Schweizer Urheberrecht, OSTERWALDER (Fn. 19), 218 ff.

<sup>24</sup> Vgl. R. M. HILTY, Lizenzvertragsrecht: Systematisierung und Typisierung aus schutz- und schuldrechtlicher Sicht, Bern 2001, 51; DERS., Gedanken zum Schutz der nachbarrechtlichen Leistung – einst heute und morgen, UFITA 116 (1991), 35, 41 und 55.

<sup>25</sup> Vgl. HILTY (Fn. 24, Lizenzvertragsrecht), 78.

Die ökonomische Steuerung einer (gesellschaftlich bedeutenden) Materie – als solche darf massenattraktiver Fussballsport heute ohne Weiteres bezeichnet werden – wird dann sozusagen privatisiert, anstatt dass sie unter Einbezug von kollektiven Interessen und unter Wahrung der kommerziellen Interessen der Beteiligten rechtlich sauber reguliert wird. Dazu geht auch der im Zusammenhang mit der Rechtfertigung eines Leistungsschutzrechts angebrachte Hinweis des EuGH, die Union würde nach Art. 165 Abs. 1 AEUV zur Förderung der europäischen Dimension des Sports beitragen und dabei dessen besondere Merkmale, dessen auf freiwilligem Engagement basierenden Strukturen sowie dessen soziale und pädagogische Funktion berücksichtigen (E. 101), in die richtige Richtung. Schade ist allerdings, dass er sich nachfolgend dann selbst nicht an dieses hält und z.B. völlig ausser Acht lässt, dass eine englische Fussball-Liga in England immer noch ein viel höheres Zuschauerinteresse und damit eine höhere Zahlungsbereitschaft von Übertragungsrechteverwertern und Konsumenten zu generieren vermag als im fernen Griechenland. Weshalb es trotz der ungebrochenen Idee eines Binnenmarktes

sinnvoll sein könnte, in der Verwertungspraxis von Übertragungsrechten an nationalen Fussball-Spielen von verschiedenen und teilweise engen nationalen Märkten auszugehen (und deshalb auch eine gewisse Marktab-schottung zuzulassen), indem bei der Rechtedefinition zwischen sog. *domestic* und *non-domestic rights* unterschieden wird, blieb im Urteil leider unerörtert. Die Essenz davon ist im *Worst Case* wiederum eine Fokussierung auf eine exklusive vertragliche Beziehung zwischen Veranstalter und einem Verwerter auf einem grossen europäischen Markt, die jene vom Konsum ausschliesst, die für ein Produkt weniger bezahlen müssten, weil die Nachfrage bei ihnen kleiner ist als in einem Heimstaat der entsprechenden Fussball-Liga.

Es scheint nicht ungefährlich, bei diesem offensichtlich komplexen Spannungsfeld zwischen Binnenmarktziel und urheberrechtlichem Territorialitätsprinzip einen offensichtlichen Appell an die nationalen Gesetzgeber zu richten, über die Schaffung eines nationalen Sportleistungsschutzrechts nachzudenken. Vielmehr wäre es tatsächlich an der Zeit, sich auf europäischer Ebene in koordinierter Weise über die Schaffung eines neuen eigen-

ständigen Schutzrechts für Sportveranstalter Gedanken zu machen, das auf die besonderen Anforderungen in diesem speziellen Bereich zugeschnitten werden könnte<sup>26</sup>. Dies wäre als Reaktion auf das vorliegende Urteil auch deshalb wünschenswert, weil der Gerichtshof – fast schon unter «ferner liefen» – die Fussball-Übertragung in einem Pub als öffentliche Vorführung qualifiziert hat, entsprechend die Vorführung der in der Fussball-Live-Übertragung enthaltenen zahlreichen urheberrechtlich schützba-re Teile (Logo, Hymne, etc.) als Bestandteil von Art. 3 Abs. 1 der Urheberrechtsrichtlinie definierten Ausschliesslichkeitsrechte des Urhebers ohne Einwilligung des Rechtsinhabers eben doch nicht erfolgen darf. Die Flucht ins Marken- und Urheberrecht beim Design des sog. *Basic Feed* durch die Ligaveranstalter ist deshalb mit Sicherheit noch einmal forciert worden.

<sup>26</sup> Vgl. so POLL (Fn. 20); vgl. dazu auch R. M. HILTY/F. HENNING-BODEWIG, Leistungsschutzrechte zugunsten von Sportveranstaltern?, Rechtsgutachten, Stuttgart/München 2007, 91 ff.