

AUFSÄTZE ZUM IUM-SYMPIOSIUM ZUM UFITA- RELAUNCH

Die Konturierung der „öffentlichen Wiedergabe“ und des Öffentlichkeitsbegriffs durch den EuGH

Prof. Dr. Franz Hofmann, LL.M. (Cambridge)*

I. Die Bedeutung der Öffentlichkeit im Urheberrecht	335	2. Öffentlichkeit	341
II. Der überkommene nationale Öffentlichkeitsbegriff	336	a) Öffentlichkeit im engeren Sinne	342
1. Einheitlicher oder gespaltenen Öffentlichkeitsbegriff	336	(1) Unbestimmtheit des Adressatenkreises	342
2. Zahl der Mitglieder der Öffentlichkeit	337	(2) Recht viele Personen	343
3. Verbundenheit durch persönliche Beziehungen	337	b) Öffentlichkeit im normativen Sinne	344
4. Für Öffentlichkeit bestimmt	338	(1) Neues technisches Verfahren	344
5. Überholter nationaler Öffentlichkeitsbegriff	338	(2) Neues Publikum	346
III. Übersicht über das Recht der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 I InfoSoc-RL	339	3. Weitere Kriterien und individuelle Beurteilung	347
1. Handlung der Wiedergabe ...	339	4. Prüfungsstandort	349
		IV. Der europäische Öffentlichkeitsbegriff	351
		V. Fazit	352

Abstract

Der Beitrag untersucht den Öffentlichkeitsbegriff im Urheberrecht. Dieser wird maßgeblich durch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union (EuGH) zum Recht der öffentlichen Wiedergabe beeinflusst. Während der Öffentlichkeitsbegriff in einem weiteren Sinne die Reichweite des Verwertungsrechts normativ mitprägt, findet sich das überkommene Verständnis von Öffentlichkeit als Abgrenzung zu privaten Handlungen in modifizierter Form in einem Öffentlichkeitsbegriff im engeren Sinne.

* Der Verf. ist Inhaber des Lehrstuhls für Bürgerliches Recht, Recht des Geistigen Eigentums und Technikrecht an der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg. Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 29. Juni 2018 anlässlich eines Symposiums zum „UFITA-Relaunch“ zum Generalthema „Die Bedeutung von Öffentlichkeit und Privatheit im Medien-/Urheberrecht und in der Medienforschung“ in München gehalten hat.

I. Die Bedeutung der Öffentlichkeit im Urheberrecht

Die Grenze zwischen geistigen Eigentumsrechten und der Gemeinfreiheit verläuft bei den gewerblichen Schutzrechten einerseits und dem Urheberrecht andererseits unterschiedlich. Im Patent-, Gebrauchsmuster- und Designrecht sind Handlungen, die im privaten Bereich zu nichtgewerblichen Zwecken vorgenommen werden, vom Schutzrecht nicht umfasst (§ 11 Nr. 1 PatG; § 12 Nr. 1 GebrMG; § 40 Nr. 1 DesignG; Art. 20 I lit. a GGV). Das Markenrecht erstreckt sich gemäß § 14 II MarkenG und Art. 9 II UMV nur auf Handlungen im geschäftlichen Verkehr. Einen vergleichbaren Grundsatz der Freistellung privater Handlungen kennt das Urheberrecht demgegenüber nicht. Grundsätzlich wird auch die private Sphäre vom Urheberrecht durchdrungen.¹ Eine Trennlinie findet sich aber bei der Öffentlichkeit: Ausweislich von § 15 III UrhG fallen unkörperliche Wiedergaben nur dann in den Schutzbereich des Urheberrechts, wenn diese öffentlich sind. Auch das Verbreitungsrecht (§ 17 UrhG) setzt wie das Ausstellungsrecht (§ 18 UrhG) einen Öffentlichkeitsbezug voraus. Die Abgrenzung nicht öffentlicher Handlungen spielt aber nicht nur bei den Verwertungsrechten, sondern auch bei den Urheberpersönlichkeitsrechten und diversen Schranken eine Rolle.² Gemäß § 12 UrhG hat der Urheber das Recht zu bestimmen, ob und wie sein Werk zu veröffentlichen ist. Nach der Erstveröffentlichung ist die Inhaltsmitteilung in eigenen Worten vom Urheber nicht mehr zu verhindern (§ 12 II UrhG). Das Zitatrecht setzt voraus, dass das zitierte Werk veröffentlicht ist (§ 51 UrhG). Ähnlich ist die Rechtslage bei Sammlungen für den religiösen Gebrauch (§ 46 UrhG).³ Schließlich hat die Veröffentlichung bei anonymen und pseudonymen Werken Bedeutung für die Berechnung der Schutzdauer (§ 66 UrhG).

Bereits diese Beispiele machen deutlich, dass der Öffentlichkeitsbegriff zu den urheberrechtlichen Schlüsselbegriffen zählt. Der nationale Öffentlichkeitsbegriff sieht sich jedoch vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) unter Druck. Der EuGH hat zuletzt allen voran die in Art. 3 InfoSoc-RL (RL 2001/29/EG) geregelte öffentliche Wiedergabe (neu) geformt. Für Wiedergaben, die sich an ein Publikum richten, das an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend ist, ist Art. 3 InfoSoc-RL vollharmonisiert.⁴ Aber auch in Art. 4 InfoSoc-RL oder den Schrankenbestimmungen aus Art. 5 InfoSoc-RL sowie in Art. 8, 9 Vermiet- und Verleih-RL (RL 2006/115/EG) oder Art. 4 I lit. c Computerprogramm-RL (RL 96/9/EG) spielt die Frage der Öffentlichkeit eine Rolle. Vor diesem Hintergrund will folgender Beitrag den europäischen Öffentlichkeitsbegriff erkunden. Zunächst wird die bisher im deutschen Recht

1 BGH GRUR 1955, 492 (496 f.) – Grundig-Reporter; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 7. Aufl. 2015, § 13 Rn. 412; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel*, Urheberrecht, 3. Aufl. 2013, Einl. Rn. 23.

2 Vgl. auch § 5 II UrhG.

3 Weitere Beispiele: §§ 48, 49, 60a UrhG.

4 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 30 – Stichting Brein/Ziggo u.a. [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 35 – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler]; vgl. Erwägungsgrund 23 S.2 InfoSoc-RL (RL 2001/29/EG).

hierzu vertretene Sicht vorgestellt (II.). Im Anschluss folgt ein Überblick über die Rechtsprechung des EuGH zur öffentlichen Wiedergabe (III.). Auch wenn sich die normative Diskussion um die Reichweite des Verwertungsrechts aus Art. 3 InfoSoc-RL vom Öffentlichkeitsbegriff abspalten lässt, zeigt sich doch, dass der EuGH auch dem Kriterium der Öffentlichkeit in einem weiteren Sinne neue Funktionen zuweist. Das überkommene Verständnis von Öffentlichkeit findet sich im Unionsrecht in modifizierter Form in einem Öffentlichkeitsbegriff im engeren Sinne (IV.).

II. Der überkommene nationale Öffentlichkeitsbegriff

Nach § 15 III S. 1 UrhG ist eine Wiedergabe öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. § 15 III S. 2 UrhG definiert die Öffentlichkeit wie folgt: „Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.“

1. Einheitlicher oder gespaltener Öffentlichkeitsbegriff

Strittig ist zunächst, ob diese Definition nur für die öffentliche Wiedergabe gilt oder eine allgemeingültige Definition für das gesamte Urheberrecht liefert.⁵ Nach einer Auffassung soll der Begriff der Öffentlichkeit je nach Regelungskontext unterschiedlich verstanden werden. Namentlich *Schack* will den Veröffentlichungsbegriff in § 6 I UrhG enger sehen als in § 15 III UrhG.⁶ Dass dafür eine Notwendigkeit besteht, versucht er am Beispiel von Hochschulvorlesungen zu verdeutlichen. In einer lebendigen Vorlesung könne man nicht stets auf Veröffentlichungsreife bedacht sein. Hochschullehrer seien daher vor Zitaten gemäß § 51 UrhG zu schützen, die nach dieser Schranke erst ab Veröffentlichung des zitierten Werkes zulässig sind. Mit Blick auf die Verwertungsrechte sollen Hochschulvorlesungen aber öffentlich sein.⁷ Der Schutz des Urhebers erfordere demnach eine weite Auslegung des Öffentlichkeitsbegriffs bei Verwertungsrechten. Soweit aber Nachteile für den Urheber drohen, bedürfe es einer engen Auslegung.⁸ Eine solche „Rosinenpickerei“ lehnt die Gegenansicht ab. Der Wortlaut gebe keine Anhaltspunkte für eine unterschiedliche Auslegung ein und desselben Begriffs innerhalb eines Gesetzes. Gesteht man zu, dass das Urheberrecht auf einen Ausgleich der unterschiedlichen Interessen angelegt ist, könne der Öffentlichkeitsbegriff nicht einseitig zugunsten der Urheber ausgelegt werden.⁹

5 Vgl. auch *Marl*, Der Begriff der Öffentlichkeit im Urheberrecht, 2017, S. 297 ff.

6 *Schack* (Fn. 1), § 9 Rn. 262; so auch *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, 5. Aufl. 2015, § 6 Rn. 7.

7 *Schack* (Fn. 1), § 13 Rn. 443.

8 *Dreier* (Fn. 6), § 6 Rn. 7.

9 *Katzenberger/Metzger*, in: *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 6 Rn. 8.

2. Zahl der Mitglieder der Öffentlichkeit

§ 15 III S. 1 UrhG stellt auf eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit ab. Anders als nach der europäischen Rechtsprechung (dazu u. III. 2. a)), sollten nach überkommener Vorstellung bereits wenige Personen ausreichen.¹⁰ Der BGH erachtete beispielsweise zwei Personen in einem Zweibettzimmer in einem Krankenhaus als ausreichend.¹¹ Nicht entscheidend sollte sein, ob die mehreren Personen an einem Ort versammelt sind oder nicht.¹²

3. Verbundenheit durch persönliche Beziehungen

Weiter stellt § 15 III UrhG auf die Verbundenheit durch persönliche Beziehungen ab. An der Öffentlichkeit fehlt es, wenn die Personen untereinander oder mit dem Verwerter persönlich verbunden sind. Der Begriff der persönlichen Verbundenheit wurde vom BGH nicht nur im Sinne familiärer oder freundschaftlicher Beziehungen verstanden, sondern „entscheidend dadurch beeinflusst [...], ob ein enger gegenseitiger Kontakt besteht, der bei den Beteiligten das Bewußtsein hervorruft, persönlich untereinander verbunden zu sein“.¹³ Dies kann nach der Rechtsprechung selbst bei einer großen Zahl von Personen der Fall sein. Bei einer Hochzeitsfeier mit rund 600 Personen kann die jeweilige Beziehung der Hochzeitsgäste zum Brautpaar unter sämtlichen Besuchern das Gefühl erzeugen, einer geschlossenen Gesellschaft anzugehören.¹⁴ Gleiches gilt für den Krankenhausaufenthalt in einem Zweipersonenzimmer. Hier sei zu berücksichtigen, dass der gebotene gemeinsame Aufenthalt der Patienten in einem relativ kleinen Raum in einem hohen Maß gegenseitige Rücksichtnahme und Vertrauen erfordere. Wörtlich sagt der BGH: „Anders stellt sich die Sachlage aber dar, wenn einander fremde Menschen – wie hier die Bewohner eines Zweibettzimmers eines Krankenhauses – gehalten sind, den anderen an ihrem privaten Bereich teilnehmen zu lassen. Sie öffnen damit (notgedrungen) einen Teil ihres persönlichen Lebensbereichs dem Zimmergenossen, ohne daß damit die private Sphäre, die auch insoweit im Krankenzimmer herrscht, aufgegeben wird. Der Aufenthalt der Kranken in einem Zweibettzimmer bringt vielmehr eine gemeinsame private Sphäre mit sich, deren Achtung die Zimmerbewohner auch von Dritten verlangen können, die sich nicht um ihre Behandlung zu kümmern haben. Die Revision weist zutreffend darauf hin, daß gerade wegen der Behandlungsbedürftigkeit, des Ruhe- und Schonungsbedürfnisses von Kranken für den Bereich eines Krankenzimmers eine Privatheit unter Ausschluß der Öffentlichkeit anzunehmen ist.“¹⁵ Das Gefühl, „einer in sich geschlossenen Gemeinschaft anzugehören“ kann hingegen bei einem Abschlussball

10 BGH GRUR 2009, 845 Rn. 35 – Internet-Videorecorder I.

11 BGH GRUR 1996, 875 (876) – Zweibettzimmer im Krankenhaus.

12 Dreier (Fn. 6), § 15 Rn. 41.

13 BGH GRUR 1996, 875 (876) – Zweibettzimmer im Krankenhaus.

14 AG Bochum GRUR-RR 2009, 166 (167).

15 BGH GRUR 1996, 875 (876 f.).

fehlen, bei dem nicht nur mehrere Kurse erstmals zusammengeführt werden, sondern auch Angehörige teilnehmen.¹⁶

4. Für Öffentlichkeit bestimmt

Weiter kommt es darauf an, für wen die Wiedergabe bestimmt ist. Sie muss für eine Öffentlichkeit bestimmt sein („bestimmungsmäßiger Adressatenkreis“).¹⁷ Wenn ein Opernsänger unter der Dusche singt, nimmt er auch dann keine öffentliche Wiedergabe vor, wenn Passanten dem schönen Gesang von der Straße aus lauschen können. Ähnlich ist die Rechtslage bei Handyklingeltönen. Hier geht es um ein Signal für den Handybesitzer, nicht um Wiedergaben von Musik für die Öffentlichkeit.¹⁸ Schon deshalb, weil sich dies letztlich nicht vermeiden lässt, muss eine öffentliche Wiedergabe ausscheiden.¹⁹ Entscheidend ist der objektiv zu bestimmende Wille des Verwerfers.²⁰

5. Überholter nationaler Öffentlichkeitsbegriff

Allerdings ist der nationale Öffentlichkeitsbegriff weithin unionsrechtskonform auszulegen.²¹ Das Tatbestandsmerkmal „durch persönliche Beziehungen verbunden“ ist so zu verstehen, dass eine solche Verbundenheit anzunehmen ist, wenn es sich bei dem möglichen Empfängerkreis nicht mehr um „Personen allgemein“ handelt.²² Es wird daher dafür plädiert, die national geprägte Definition der Öffentlichkeit in § 15 III UrhG zu streichen.²³ Auch wenn der Öffentlichkeitsbegriff jenseits europäischer Vorgaben beispielsweise in § 6 UrhG oder § 19 UrhG nationale Lösungen zulasse, sei ein gespaltener Öffentlichkeitsbegriff unzumutbar.²⁴ Die deutsche Rechtsprechung hat den europäischen Öffentlichkeitsbegriff in jedem Fall bereits rezipiert.²⁵

16 BGH GRUR 1960, 338 (339) – Tanzstundenabschlussbälle; s. a. BGH GRUR 1955, 549 – Betriebsfeiern.

17 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 9), § 15 Rn. 364; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 11. Aufl. 2014, § 15 Rn. 32.

18 *Mushardt*, *Rechtliche Rahmenbedingungen für den Vertrieb von Handyklingeltönen*, 2014, S. 89 ff.

19 *Schack* (Fn. 1), § 13 Rn. 444.

20 *Dustmann* (Fn. 17), § 15 Rn. 32.

21 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 9), § 15 Rn. 361; vgl. *J. B. Nordemann*, GRUR 2016, 245, 246; *Roder*, GRUR Int. 2016, 999, 1001.

22 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 9), § 15 Rn. 376.

23 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 9), § 15 Rn. 354; zurückhaltender *Marl* (Fn. 5), S. 324.

24 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 9), § 15 Rn. 355.

25 Nur BGH GRUR 2016, 71 – Ramses.

III. Übersicht über das Recht der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 I InfoSoc-RL

Der europäische Öffentlichkeitsbegriff wurde vom EuGH maßgeblich anhand der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 InfoSoc-RL entwickelt. Die vom EuGH hierzu entwickelten Kriterien sind nun einzuführen. Diese sind grundsätzlich auch dann relevant, wenn es um den Begriff der „öffentlichen Wiedergabe“ in Art. 8 II Vermiet- und Verleihrichtlinie (RL 2006/115/EG) geht.²⁶ Der Begriff der öffentlichen Wiedergabe ist bei Rechten der Urheber und Rechten von Leistungsschutzberechtigten im Grundsatz in gleicher Weise auszulegen.²⁷ Nach dem Wortlaut von Art. 3 I InfoSoc-RL sehen die Mitgliedstaaten vor, dass dem Urheber das ausschließliche Recht zusteht, die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe seiner Werke einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten. Zumindes im Ausgangspunkt geht der EuGH von einer zweistufigen Prüfung aus. Es bedarf zwei kumulativer Tatbestandsmerkmale: zum einen einer „Handlung der Wiedergabe“ (1.), zum anderen einer „öffentlichen“ Wiedergabe (2.).²⁸ Zusätzlich spielen weitere Kriterien eine Rolle (3.), die mal mehr der einen, mal mehr der anderen Stufe zugeordnet werden (4.).

1. Handlung der Wiedergabe

Der Begriff „Handlung der Wiedergabe“ ist weit zu verstehen.²⁹ Er umfasst „jede denkbare und praktikable Wiedergabeart.“³⁰ Abzustellen ist auf die Handlung eines Werknutzers.³¹ Umfasst ist jede Übertragung geschützter Werke unabhängig vom eingesetzten technischen

26 EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 31, 33 – Reha Training; EuGH GRUR 2016, 1152 – Rn. 33 – GS Media; s. a. EuGH GRUR 2017, 385 Rn. 17 ff. – Verwertungsgesellschaft Rundfunk/Hettegger Hotel Edelweiss.

27 EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 22 ff. – Reha Training; EuGH GRUR 2012, 156 Rn. 183 ff., 188 – Football Association Premier League und Murphy.

28 EuGH GRUR 2018, 911 Rn. 19 – Land Nordrhein-Westfalen/Dirk Renckhoff [Cordoba]; EuGH GRUR 2018, 68 Rn. 41 – VCAST/RTI; EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 24 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2017, 510 Rn. 22 – AKM/Zürs.net; EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 29 – Stichting Brein/Wullems [Filmspieler]; EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 32 – GS Media BV/Sanoma; EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 37 – Reha Training; EuGH GRUR 2016, 60 Rn. 15 – SBS/SABAM; EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 16 – Svensson/Retriever Sverige; EuGH GRUR 2013, 500 Rn. 21 und Rn. 31 – ITV Broadcasting.

29 EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 17 – Svensson/Retriever Sverige; EuGH GRUR 2014, 473 Rn. 26 – OSA.

30 EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 61 – Phonographic Performance.

31 v. *Ungern-Sternberg* (Fn. 9), § 15 Rn. 60.

Mittel oder Verfahren.³² Jede Übertragung, die nach einem spezifischen technischen Verfahren erfolgt, muss grundsätzlich vom Urheber des betreffenden Werkes einzeln erlaubt werden.³³ Eine Handlung der Wiedergabe liegt insbesondere vor, wenn ein Werk einer Öffentlichkeit in der Weise zugänglich gemacht wird, dass deren Mitglieder an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl dazu Zugang haben. Darauf, dass der Zugang zum Werk tatsächlich ausgenutzt wird, kommt es nicht an.³⁴ Es ist damit beispielsweise unerheblich, dass empfangsbereite Fernsehgeräte nur potenziell, aber nicht tatsächlich genutzt werden.³⁵ Als Wiedergabe ordnet der EuGH daher ein, wenn der Betreiber einer Kureinrichtung, einer Gastwirtschaft oder eines Hotels geschützte Werke absichtlich dadurch überträgt, dass er willentlich ein Signal über Fernseh- oder Radioempfänger in Zimmer der jeweiligen Einrichtung verbreitet.³⁶ Auch die Übertragung programmtragender Signale an mehrere Signalverteiler über Satellit, Kabel oder xDSL ist eine Handlung der Wiedergabe; die Übertragung erfolgt durch verschiedene technische Mittel.³⁷ Selbst die bloße Bereitstellung eines Hyperlinks soll nach dem EuGH eine Handlung der Wiedergabe darstellen.³⁸ Ein Link vermittelt den Nutzern der Seite, auf denen sich der Link befindet, direkten Zugang zum ohne Zugangsbeschränkung veröffentlichten Werk.³⁹ Die Bereitstellung anklickbarer Links zu geschützten Werken erweist sich damit als „Zugänglichmachung“ und somit als „Handlung der Wiedergabe“.⁴⁰ Bloßes Vorhalten von Geräten ist ausweislich von Erwägungsgrund 27 nicht umfasst. Der EuGH hat gleichwohl eine Wiedergabehandlung bejaht, wenn ein Hotelbetreiber in seinen Gästezimmern Abspielgeräte und Tonträger vorhält, damit die Gäste Werke genießen können. Ohne sein Tätigwerden wären die Werke den Gästen nicht zugänglich.⁴¹ Der EuGH sieht eine zentrale Rolle des Nutzers.⁴² In diesem Sinne kann auch der Verkauf eines

32 EuGH GRUR 2018, 68 Rn. 42 – VCAST/RTI; EuGH GRUR 2017, 510 Rn. 23 – AKM/Zürs.net; EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 38 – Reha Training; EuGH GRUR 2016, 60 Rn. 16 – SBS/SABAM; EuGH GRUR 2012, 156 Rn. 193 – Football Association Premier League u. Murphy.

33 EuGH GRUR 2017, 510 Rn. 23 – AKM/Zürs.net; EuGH GRUR 2016, 60 Rn. 17 – SBS/SABAM; EuGH GRUR 2013, 500 Rn. 24 – ITV Broadcasting.

34 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 31 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 37 – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler]; EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 19 – Svensson/Retriever Sverige.

35 EuGH GRUR 2007, 225 – Rn. 43 – SGAE/Rafael.

36 EuGH GRUR 2014, 473 Rn. 26 – OSA; EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 54 – Reha Training; EuGH GRUR 2017, 385 Rn. 17 f. – Verwertungsgesellschaft Rundfunk/Hettegger Hotel.

37 EuGH GRUR 2016, 60 Rn. 18 – SBS/SABAM.

38 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 48 – GS Media BV/Sanoma; kritisch *Ohly*, GRUR 2016, 1155 (1156).

39 EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 18 ff. – Svensson/Retriever Sverige; EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 37 – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler].

40 EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 20 – Svensson/Retriever Sverige.

41 EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 67 – Phonographic Performance.

42 EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 67 – Phonographic Performance; zur zentralen Rolle des Nutzers s. u. III. 3.

Abspielgeräts mit vorinstallierten Links („Filmspeler“) nicht nur das bloße „Bereitstellen von Einrichtungen“ begründen.⁴³ Konkret ging es in der Entscheidung „Filmspeler“ um den Verkauf eines multimedialen Medienabspielers, der urheberrechtlich geschützte audiovisuelle Werke ohne die Erlaubnis ihrer Inhaber frei zugänglich machen kann. Der „Filmspeler“ ist ein Gerät, das als Verbindung zwischen einem Bild- oder Tonsignal und einem Fernsehbildschirm fungiert. Auf dem Medienabspieler war eine Open-Source-Software installiert, mit der in einer einfach zu bedienenden grafischen Oberfläche über bestimmte Menüstrukturen Dateien gelesen werden konnten. In diese Software waren im Internet zugängliche Add-ons eingefügt, von denen einige speziell zu Webseiten führten, auf denen Internetnutzern geschützte Werke ohne Erlaubnis der Urheberrechtsinhaber zur Verfügung gestellt wurden.⁴⁴

Schließlich können Unterstützungshandlungen für eine Wiedergabebehandlung ausreichen. In einem dezentral organisierten Filesharing-System, wie es von der Plattform „The Pirate Bay“ angeboten wurde, haben die Betreiber der Online-Plattform die streitgegenständlichen Werke nicht selbst auf ihrer Plattform zur Verfügung gestellt. Allerdings haben sie auf ihrer Plattform Torrent-Dateien indexiert und erfasst, die wiederum den Nutzern der Plattform ermöglichten, diese Werke aufzufinden und im Rahmen eines „Peer-to-peer“-Netzes zu teilen. Ohne die Mittlerrolle der Plattform wäre der Zugang zu den Werken wesentlich erschwert.⁴⁵ Selbst wenn eine Online-Filesharing-Plattform wie „The Pirate Bay“ also Werke nicht selbst öffentlich zugänglich macht, können Mittlertätigkeiten als Handlung einer Wiedergabe anzusehen sein.⁴⁶

2. Öffentlichkeit

Die „Öffentlichkeit“ der Wiedergabe wird ebenfalls zweistufig ermittelt. Zum einen bedarf es einer Öffentlichkeit im engeren Sinne (a)). *Ohly* spricht mit Blick auf dieses Kriterium von einer Öffentlichkeit im quantitativen Sinne;⁴⁷ der Generalanwalt sieht einen „quantitativen Aspekt“.⁴⁸ *Grünberger* prüft in diesem Sinne einen „Öffentlichkeitsbezug“.⁴⁹ Daneben ist eine Öffentlichkeit im qualitativen,⁵⁰ normativen bzw. weiteren Sinne erforderlich (b)).

43 EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 40 f. – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler].

44 EuGH GRUR 2017, 610 – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler].

45 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 36 f. – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay].

46 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 39 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay].

47 *Ohly*, GRUR 2016, 1155 (1156).

48 Generalanwalt, Schlussantrag EuGH ZUM 2018, 506 Rn. 91 – Cordoba.

49 *Grünberger*, ZUM 2016, 977 (981).

50 *Ohly*, GRUR 2016, 1155 (1156).

a) *Öffentlichkeit im engeren Sinne*

Die Wiedergabe muss öffentlich erfolgen. Mit Blick auf die „Öffentlichkeit“ verlangt der EuGH erstens (1) eine „unbestimmte Zahl potenzieller Leistungsempfänger“ („unbestimmte Zahl möglicher⁵¹ bzw. potenzieller Adressaten“;⁵² „unbestimmte Zahl möglicher Fernsehzuschauer“)⁵³ und zweitens (2) „recht viele Personen“ („ziemlich große Zahl von Personen“).^{54,55}

(1) *Unbestimmtheit des Adressatenkreises*

Unbestimmtheit der Öffentlichkeit liegt vor, wenn es um die Zugänglichmachung eines Werkes „in geeigneter Weise für Personen allgemein,^[56] also nicht auf besondere Personen beschränkt, die einer privaten Gruppe angehören“, geht.⁵⁷ Der EuGH bemüht hier das Glossar der WIPO.⁵⁸ Öffentlichkeit wird als Gegensatz zu Privatheit („nicht privat“) verstanden.⁵⁹ Das ist beispielsweise bei Hotelgästen der Fall. Der Zugang der Gäste zu den Dienstleistungen des Hotels beruht auf deren persönlicher Entscheidung und wird lediglich durch die Aufnahmekapazität des fraglichen Hotels begrenzt.⁶⁰ Wird ein „Filmspieler“ öffentlich vertrieben, sind sämtliche potenziellen Erwerber des Abspielgeräts, die über eine Internetverbindung verfügen und somit Werke empfangen können, Adressaten der Wiedergabe. Es liegt damit eine unbestimmte Zahl von Adressaten vor.⁶¹

Anders soll dies in einer Zahnarztpraxis sein. Die Patienten eines Zahnarztes bildeten üblicherweise eine Gesamtheit von Personen, deren Zusammensetzung weitgehend stabil sei. Es handle sich demnach um eine bestimmte Gesamtheit potenzieller Leistungsempfänger. Da andere Personen grundsätzlich keinen Zugang zur Behandlung durch den Zahnarzt

51 EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 41 – Reha Training; EuGH GRUR 2018, 68 Rn. 45 – VCAST/RTI.

52 EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 21 – Svensson/Retriever Sverige.

53 EuGH GRUR 2007, 225 – Rn. 37 – SGAE/Rafael.

54 EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 21 – Svensson/Retriever Sverige.

55 EuGH GRUR 2018, 911 Rn. 22 – Land Nordrhein-Westfalen/Dirk Renckhoff [Cordoba]; EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 27 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 36 – GS Media BV/Sanoma; EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 41 – Reha Training; EuGH GRUR 2016, 60 Rn. 21 – SBS/SABAM; EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 33 – Phonographic Performance; EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 84 – SCF.

56 EuGH ZUM 2005, 549 Rn. 30 – Mediakabel (unbestimmte Zahl möglicher Fernsehzuschauer = Allgemeinheit).

57 EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 42 – Reha-Training; EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 34 – Phonographic Performance; EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 85 – SCF.

58 EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 85 – SCF.

59 EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 72 – Phonographic Performance.

60 EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 41 – Phonographic Performance.

61 EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 45 – Stichting Brein/Wullems [Filmspieler].

hätten, gehe es nicht um „Personen allgemein“.⁶² Auch die Weiterleitung programmtragender Signale an Vertriebshändler soll nicht öffentlich sein. Das Sendeunternehmen überträgt die Signale an individuelle und bestimmte Verteiler; die Fernsehzuschauer selbst haben darauf keinen Zugriff.⁶³

(2) *Recht viele Personen*

Eine „allzu kleine oder gar unbedeutende Mehrzahl betroffener Personen“ genügt hierfür in jedem Fall nicht. Es besteht eine bestimmte Mindestschwelle.⁶⁴ Allerdings ist die kumulative Wirkung ausreichend.⁶⁵ Es kommt folglich nicht darauf an, wie viele Personen gleichzeitig Zugang zu demselben Werk haben, sondern auch, wie viele von ihnen in der Folge Zugang zu ebendiesem Werk haben.⁶⁶ Das rein quantitative Kriterium sah der EuGH bei einer Filesharing-Plattform als erfüllt an. Ein „bedeutender Teil“ der Abonnenten habe über die Filesharing-Plattform „The Pirate Bay“ Mediendateien heruntergeladen. Die Plattform werde von einer „beträchtlichen Zahl Personen“ genutzt. Wenn „mehrere zehn Millionen ‚peers‘“ jederzeit und gleichzeitig auf über diese Plattform geteilte geschützte Werke zugreifen können, handelt es sich nicht nur um eine „unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten“ (dazu sogleich), sondern auch um eine „große Zahl“ von Personen.⁶⁷ Gleiches gilt für Verlinkungen im Internet. Eine Linksetzung betrifft „sämtliche potenziellen Nutzer der von ihm betriebenen Seite“, was eine „unbestimmte und ziemlich große Zahl von Adressaten“ darstellt.⁶⁸ Auch bei einem Online-Videorekorder ist dieses Kriterium offensichtlich erfüllt.⁶⁹ Kurzum: Unbeschränkte Internetangebote begründen einen urheberrechtsrelevanten Empfängerkreis. Um „recht viele Personen“ geht es auch bei Hotels. Hier ist zudem der Umstand zu berücksichtigen, dass Hotelgäste gewöhnlich rasch aufeinanderfolgen.⁷⁰ In einem Hotel soll sich ebenfalls ein großer Adressatenkreis finden. Anders sei dies aber wiederum in einer Zahnarztpraxis: Hier stellte der EuGH darauf ab, dass die Zahl der Werkempfänger unerheblich oder sogar unbedeutend sei, da der Kreis der gleichzeitig in der Pra-

62 EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 95 – SCF.

63 EuGH GRUR 2016, 60 Rn. 22 – SBS/SABAM.

64 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 41 – Stichting Brein/Ziggo [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 43 – Reha Training; EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 35 – Phonographic Performance; EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 86 – SCF.

65 EuGH GRUR 2007, 225 – Rn. 38 f. – SGAE/Rafael.

66 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 41 – Stichting Brein/Ziggo [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 44 – Reha Training; EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 35 – Phonographic Performance; EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 87 – SCF.

67 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 42 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay].

68 EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 22 – Svensson/Retriever Sverige.

69 EuGH GRUR 2018, 68 Rn. 47 – VCAST/RTI.

70 EuGH GRUR 2007, 225 – Rn. 38 – SGAE/Rafael; EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 42 – Phonographic Performance.

xis anwesenden Personen im Allgemeinen sehr begrenzt sei.⁷¹ Die aufeinanderfolgenden Patienten hörten nicht denselben Tonträger.⁷² In einer Kureinrichtung ist wiederum sowohl gleichzeitig als auch nacheinander eine unbestimmte und recht große Zahl von Personen beherbergt.⁷³ Der bloße Umstand, dass die Patienten einer Kureinrichtung dort während eines längeren Zeitraums untergebracht sind als Gäste eines Hotels, ist unerheblich.⁷⁴

b) Öffentlichkeit im normativen Sinne

Auf der zweiten Stufe kommt es entweder darauf an, „dass ein geschütztes Werk unter Verwendung eines technischen Verfahrens, das sich von dem bisher verwendeten unterscheidet“ wiedergegeben wird (1) oder alternativ das geschützte Werk für ein „neues Publikum“ wiedergegeben wird (2).⁷⁵ Ob der Empfangsort privat oder öffentlich ist, ist unerheblich.⁷⁶

(1) Neues technisches Verfahren

Jede Übertragung oder Weiterverbreitung eines Werkes, die nach einem spezifischen technischen Verfahren erfolgt, muss grundsätzlich vom Urheber des betreffenden Werkes einzeln erlaubt werden.⁷⁷ Ein solches spezifisches technisches Verfahren sah der EuGH bei einem Online-Videorekorder.⁷⁸ Die ursprüngliche Übertragung durch den Fernsehsender und die Übertragung durch den Online-Videorekorder würden „unter spezifischen technischen Bedingungen nach einem unterschiedlichen Verfahren zur Verbreitung der Werke durchgeführt.“⁷⁹ Jede Übertragung sei für eine jeweilige Öffentlichkeit bestimmt.⁸⁰ Es lägen damit zwei unterschiedliche öffentliche Wiedergaben vor.⁸¹ Auf ein neues Publikum kommt es dann nicht an.⁸² Dies hat der EuGH zuvor in der Entscheidung „ITV Broadcasting“ herausgearbeitet. Die Weiterverbreitung terrestrischer Fernsehsendungen über das In-

71 EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 96 – SCF.

72 EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 96 – SCF; vgl. aber EuGH GRUR 2007, 225 Rn. 37 ff. – SGAE/Rafael.

73 EuGH GRUR 2014, 473 Rn. 29 – OSA.

74 EuGH GRUR 2014, 473 Rn. 30 – OSA.

75 EuGH GRUR 2018, 68 Rn. 50 – VCAST/RTI; EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 28 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 33 – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler]; EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 37 – GS Media BV/Sanoma; EuGH GRUR 2014, 1196 Rn. 14 – BestWater.

76 EuGH GRUR 2007, 225 – Rn. 50 – SGAE/Rafael.

77 EuGH GRUR 2018, 68 Rn. 41 – VCAST/RTI; EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 39 – Reha Training.

78 EuGH GRUR 2018, 68 – VCAST/RTI.

79 EuGH GRUR 2018, 68 Rn. 48 – VCAST/RTI.

80 EuGH GRUR 2018, 68 Rn. 48 – VCAST/RTI.

81 EuGH GRUR 2018, 68 Rn. 49 – VCAST/RTI.

82 EuGH GRUR 2018, 68 Rn. 50 – VCAST/RTI.

ternet erfolge nach einem spezifischen technischen Verfahren, das sich von demjenigen der ursprünglichen Wiedergabe unterscheidet.⁸³

Dieses Kriterium ist normativ aufgeladen. So entschied der EuGH in der Entscheidung „AKM/Zürs.net“, dass eine Übertragung per Kabel ein anderes technisches Mittel als bei der ursprünglichen Rundfunksendung sei.⁸⁴ Dass damit eine Handlung der Wiedergabe vorliegt, ist unproblematisch. Allerdings wäre folgerichtig eine Einordnung der Übertragung als öffentlich deshalb zu erwarten, weil ein anderes technisches Verfahren verwendet wird. Das prüft der EuGH aber nicht. Stattdessen springt der EuGH sogleich auf das Tatbestandsmerkmal „neues Publikum“.⁸⁵ Obwohl der EuGH zuvor festgestellt hat, dass bei der Weitersendung „ein anderes technisches Mittel“ verwendet wird, verneint er – ohne dies auszusprechen – die Öffentlichkeit der Wiedergabe aus normativen Erwägungen.⁸⁶ Vordergründig geht es um die Unterscheidung zwischen technischem Verfahren und spezifischen technischen Verfahren. In der Sache erfolgt eine Wertung: Ein Bruch digital/analog wird als spezifisches technisches Verfahren gewertet,⁸⁷ nicht aber die Weitersendung, wenn auch mit anderen technischen Mitteln.⁸⁸

Der EuGH hat auch bei Verlinkungen darauf abgestellt, dass die Wiedergabe durch den Link nach demselben technischen Verfahren erfolgt wie die ursprüngliche Wiedergabe, weil beides „im Internet“ geschieht.⁸⁹ Ein Hyperlink und die Webseite, auf die er verweise, verschaffen Zugang zu dem geschützten Werk „nach demselben technischen Verfahren, nämlich im Internet.“⁹⁰ Man könnte natürlich auch darauf abstellen, dass die Wiedergabe einmal über einen Upload auf der eigenen Seite, einmal über die Technik der Verlinkung, mithin nach unterschiedlichen technischen Verfahren, erfolgt. Dies wäre zumal dann anzunehmen, wenn die Verlinkung im Wege des „Framing“ bewerkstelligt wird.⁹¹ Der EuGH erkennt dann auch, dass die „Framing-Technik“ dazu verwendet werden kann, ein Werk der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, ohne es kopieren zu müssen.⁹² Daher schiebt er vorsichtshalber noch als Argument nach, dass – soweit das verlinkte Werk im Internet bereits frei zugänglich war – kein „neues Publikum“ vorliegt.⁹³ Durch die Formulierung „unbeschadet

83 EuGH GRUR 2013, 500 Rn. 26, 39 – ITV Broadcasting.

84 EuGH GRUR 2017, 510 Rn. 26 – AKM/Zürs.net.

85 EuGH GRUR 2017, 510 Rn. 27 ff. – AKM/Zürs.net.

86 Grünberger, ZUM 2018, 271 (284 f.); Ungern-Sternberg, GRUR 2018, 225 (232).

87 EuGH GRUR 2013, 500 Rn. 37 ff. – ITV Broadcasting/TVC.

88 Grünberger ZUM 2018, 271 (284 f.); vgl. Ungern-Sternberg, GRUR 2018, 225 (232); Peukert, ZUM 2017, 881 (889).

89 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 42 – GS Media BV/Sanoma; EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 24 – Svensson/Retriever Sverige.

90 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 42 – GS Media/Sanoma ua.

91 Verneinend EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 29 f. – Svensson/Retriever Sverige; EuGH GRUR 2014, 1196 Rn. 17 f. – BestWater; EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 40 – GS Media BV/Sanoma.

92 EuGH GRUR 2014, 1196 Rn. 18 – BestWater; vgl. Ungern-Sternberg (Fn. 9), § 15 Rn. 83.

93 EuGH GRUR 2014, 1196 Rn. 18 – BestWater.

dessen“⁹⁴ weicht er die Alternativität von neuem Publikum oder neuem technischen Verfahren auf. In jedem Fall wird klar, dass es sich um ein normatives Kriterium handelt.

(2) *Neues Publikum*

Statt eines neuen technischen Verfahrens verlangt der EuGH alternativ, dass die Wiedergabe für ein „neues Publikum“ erfolgt. Hierunter versteht der EuGH ein Publikum, an das die Inhaber des Urheberrechts nicht gedacht hatten oder das nicht berücksichtigt wurde, als sie die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe erlaubten.⁹⁵ Ein neues Publikum liegt demnach vor, wenn das ursprüngliche Werk nicht frei im Internet gestanden hat und nun Dritten zugänglich gemacht wird. Finden sich namentlich technische Schutzmaßnahmen und werden diese umgangen, liegt entsprechend ein neues Publikum vor.⁹⁶ Ermöglicht ein anklickbarer Link es den Nutzern der Seite, auf der sich der Link befindet, „beschränkende Maßnahmen zu umgehen“, die auf der Seite, auf der das geschützte Werk zu finden ist, getroffen wurden, um den Zugang der Öffentlichkeit zu beschränken, liegt also eine neue Öffentlichkeit vor.⁹⁷ Gleiches gilt, wenn das ursprüngliche Werk ohne Zustimmung des Berechtigten im Internet zugänglich gemacht worden ist. Auch dann liegt ein neues Publikum vor, wenn auf dieses Werk verlinkt wird.⁹⁸ Der EuGH zieht in dieser Konstellation eine subjektive Komponente heran (dazu u. III. 3.).⁹⁹ Ist erwiesen, dass der Verlinkende wusste oder hätte wissen müssen, dass der von ihm gesetzte Link Zugang zu einem unbefugt im Internet veröffentlichten Werk verschafft, liegt im Ergebnis eine öffentliche Wiedergabe vor.¹⁰⁰ Ist ein Werk mit Erlaubnis des Berechtigten frei zugänglich, waren Zielpublikum der ersten Seite alle potenziellen Besucher dieser Seite.¹⁰¹ Es sei davon auszugehen, dass die Inhaber des Urheberrechts, als sie diese Wiedergabe auf der Ausgangsseite erlaubt haben, an alle Internetnutzer als Publikum gedacht haben.¹⁰² Insofern liegt kein neues Publikum vor, wenn auf diese Seite verlinkt wird. Zugriff hat dasselbe Publikum.¹⁰³ Das Setzen eines Hyperlinks auf eine Webseite zu Werken, die auf einer anderen Webseite frei zugänglich sind, stellt damit keine öffentliche Wiedergabe dar.¹⁰⁴ Abzugrenzen ist dies von originären Uploads. Hier

94 EuGH GRUR 2014, 1196 Rn. 18 – BestWater.

95 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 28 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 37 – GS Media BV/Sanoma; EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 45 – Reha Training; EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 24 – Svensson/Retriever Sverige.

96 Vgl. EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 50 – GS Media BV/Sanoma.

97 EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 31 – Svensson/Retriever Sverige.

98 Bereits angedeutet EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 31 – Svensson/Retriever Sverige.

99 EuGH GRUR 2016, 1152 – GS Media BV/Sanoma.

100 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 49 – GS Media BV/Sanoma.

101 EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 26 – Svensson/Retriever Sverige.

102 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 42 – GS Media BV/Sanoma.

103 EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 26 ff. – Svensson/Retriever Sverige.

104 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 40 – GS Media BV/Sanoma.

liegt ein neues Publikum vor, selbst wenn das originär zugänglich gemachte Werk bereits mit Zustimmung des Urhebers im Internet verfügbar ist.¹⁰⁵ In dieser Variante besteht das Publikum, an das der Urheberrechtssinhaber gedacht hatte, als er der Wiedergabe seines Werkes auf der Webseite zugestimmt hatte, auf der es ursprünglich veröffentlicht wurde, nur aus den Nutzern dieser Webseite und nicht aus den Nutzern der Webseite, auf der das Werk später ohne Zustimmung des Urheberrechtssinhabers eingestellt worden ist, oder sonstigen Internetnutzern.¹⁰⁶

Um ein neues Publikum geht es auch, wenn ein Hotel seinen Gästen durch den Anschluss von Fernsehgeräten in deren Zimmern Zugang zu Fernsehsendungen gewährt. Gibt der Urheber seine Erlaubnis zur Übertragung seines Werkes durch den Rundfunk, will er nur die unmittelbare Zuhörerschaft erfassen, also solche Besitzer von Empfangsgeräten, die die Sendung allein oder im privaten oder familiären Kreis empfangen. Ermöglicht ein Hotel seinen Gästen den Empfang von Fernsehsendungen durch das Aufstellen von Fernsehgeräten in den Gästezimmern, wird der Empfängerkreis hingegen vergrößert.¹⁰⁷ Dies gilt auch für Kureinrichtungen, Gastwirtschaften und Reha-Einrichtungen.¹⁰⁸

3. Weitere Kriterien und individuelle Beurteilung

Für die Beurteilung, ob ein Nutzer eine Handlung der „öffentlichen Wiedergabe“ vornimmt, sollen neben der vorgestellten zweistufigen Prüfung eine „Reihe weiterer Kriterien zu berücksichtigen [sein], die unselbstständig und miteinander verflochten sind.“¹⁰⁹ Sie sind „einzeln und in ihrem Zusammenwirken mit den anderen Kriterien anzuwenden, da sie im jeweiligen Einzelfall in sehr unterschiedlichem Maß vorliegen können.“¹¹⁰ Der EuGH weist auch darauf hin, dass der Begriff „öffentliche Wiedergabe“ gemäß Art. 3 I InfoSoc-RL eine „individuelle Beurteilung“ erfordert.¹¹¹ Unter den weiteren Kriterien finden sich allen voran

105 EuGH GRUR 2018, 911 – Land Nordrhein-Westfalen/Dirk Renckhoff [Cordoba].

106 EuGH GRUR 2018, 911 Rn. 35 – Land Nordrhein-Westfalen/Dirk Renckhoff [Cordoba].

107 EuGH GRUR 2007, 225 – Rn. 40 ff. – SGAE/Rafael.

108 EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 47 – Reha Training.

109 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 25 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 35 – Reha Training; EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 79 – SCF.

110 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 25 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 30 – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler]; EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 34 – GS Media BV/Sanoma; EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 35 – Reha Training; EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 30 – Phonographic Performance.

111 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 23 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 28 – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler]; EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 33 – GS Media BV/Sanoma; EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 29 – Phonographic Performance; EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 76 – SCF.

die „zentrale Rolle des Nutzers“¹¹² und die Vorsätzlichkeit seines Handelns.¹¹³ Der EuGH führt damit ein subjektives Kriterium ein, wonach es darauf ankommt, ob der Nutzer Dritten Zugang zum Werk verschaffen will oder zumindest in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens tätig wird. Das gilt insbesondere, wenn ohne das Tätigwerden des Nutzers Dritte das Werk nicht oder nur schwer empfangen könnten, obwohl sich beispielsweise die Dritten eigentlich innerhalb des Empfangsbereichs einer Sendung aufhalten.¹¹⁴ Eine Filesharing-Plattform wie „The Pirate Bay“, die bei der Werkvermittlung eine „zentrale Rolle“ spielt, begeht daher dann eine Handlung der Wiedergabe, wenn sie „in voller Kenntnis der Konsequenzen ihres Verhaltens“ tätig wird.¹¹⁵ Wird ein Publikum nur „zufällig“, also nicht gezielt, erreicht, genügt dies nicht.¹¹⁶

Die zentrale Rolle des Nutzers ist ferner bei Hotels relevant. Stellt der Betreiber eines Hotels in seinen Gästezimmern Fernseh- oder Radiogeräte auf, zu denen er ein Sendesignal übermittelt, befinden sich die Gäste zwar innerhalb des Empfangsgebiets des die Schutzgegenstände übermittelnden Signals. Sie können jedoch nur auf Grund des absichtlichen Tätigwerdens des Hotelbetreibers in den Genuss der Werke (bzw. sonstigen Schutzgegenstände) kommen.¹¹⁷ Gleiches gilt im Fall, wenn der Betreiber einer Kureinrichtung seinen Patienten über Rundfunk ausgestrahlte Werke durch Fernseh- oder Radiogeräte zugänglich macht, indem er das als Träger der geschützten Werke fungierende empfangene Signal in den Zimmern der Einrichtung verbreitet.¹¹⁸ Wer in voller Kenntnis der Folgen seines Handelns eine Vorinstallation von Add-ons auf einem multimedialen Medienabspieler vornimmt, dessen Erwerbern speziell Zugang zu geschützten Werken, die auf Streamingseiten ohne Erlaubnis von Urheberrechtinhabern veröffentlicht wurden, verschafft und es ihnen ermöglicht, diese Werke auf ihren Fernsch Bildschirmen anzusehen, begeht eine öffentliche Wiedergabe.¹¹⁹ Da diese Handlung die Herstellung der unmittelbaren Verbindung zwischen den Webseiten, die die Werke unerlaubt verbreiten, und den Käufern des multimedialen Medienabspielers ermöglicht, ohne die diese kaum in den Genuss der geschützten Werke

112 EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 31 – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler]; EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 31 – Phonographic Performance; EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 82 – SCF.

113 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 26 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 35 – GS Media BV/Sanoma.

114 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 26 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 35 – GS Media BV/Sanoma; EuGH GRUR 2007, 225 – Rn. 42 – SGAE/Rafael; EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 31 – Phonographic Performance; EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 82 – SCF.

115 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 36 f. – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay].

116 EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 48 – Reha Training; EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 91 – SCF.

117 EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 40 – Phonographic Performance.

118 EuGH GRUR 2014, 473 Rn. 24, 26 – OSA.

119 EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 41 – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler].

kommen könnten, erschöpft sich eine solche Tätigkeit nicht in der bloßen körperlichen Bereitstellung von Einrichtungen.¹²⁰

Auch ob die Wiedergabe Erwerbszwecken dient, soll nicht unerheblich, wenn auch nicht ausschlaggebend, sein.¹²¹ Ermöglicht der Betreiber eines Hotels seinen Gästen, dass diese in ihren Zimmern Fernsehempfang haben, ist die damit verfolgte Gewinnerzielungsabsicht bei der Auslegung zu berücksichtigen.¹²² Verschafft der Hotelbetreiber seinen Gästen Zugang zu Werken oder Tonträgern, wirkt sich dies auf den Standard des Hotels und auf die Zimmerpreise aus.¹²³ Umgekehrt kann zugunsten des Nutzers berücksichtigt werden, wenn dieser aus der Wiedergabe keinen wirtschaftlichen Nutzen ziehen kann. Dies kann dann der Fall sein, wenn es an der „Aufnahmebereitschaft“ des Publikums fehlt.¹²⁴ Patienten einer Zahnarztpraxis messen Hintergrundmusik (angeblich) keine Bedeutung zu, sodass dies für die Attraktivität der Praxis keine Rolle spielen soll. Der Zahnarzt soll darüber keine zusätzlichen Kunden gewinnen.¹²⁵

Schließlich finden sich unter den weiteren Kriterien letztlich auch Grundrechtserwägungen.¹²⁶ Allgemein muss der Begriff „öffentliche Wiedergabe“ weit verstanden werden,¹²⁷ ohne freilich die (grundrechtlich geschützten) Interessen der Nutzer von Werken aus den Augen zu verlieren.¹²⁸

4. Prüfungsstandort

Insgesamt erweist sich die öffentliche Wiedergabe als ein „generalklauselartiges Recht“.¹²⁹ Die Prüfung der unterschiedlichen Tatbestandsmerkmale stellt sich als eine Art „bewegliches System“ dar,¹³⁰ bei dem mal mehr das eine, mal mehr das andere, mitunter aber auch einmal ein bereits vergessenes geblautes Kriterium¹³¹ eine Rolle spielt. Auf welcher Stufe

120 EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 41 – Stichting Brein/Wullems [Filmspieler].

121 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 29 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 38 – GS Media BV/Sanoma; EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 49 – Reha Training; EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 36 – Phonographic Performance; EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 88 – SCF.

122 EuGH GRUR 2007, 225 – Rn. 44 – SGAE/Rafael.

123 EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 44 – Phonographic Performance.

124 EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 91, 97 f. – SCF.

125 EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 94, 97 f. – SCF.

126 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 44 f. – GS Media BV/Sanoma.

127 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 22 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 30 – GS Media BV/Sanoma; EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 36 – Reha Training; EuGH GRUR 2011, 220 Rn. 54 – BSA/Kulturministerium; EuGH GRUR 2007, 225 – Rn. 36 – SGAE/Rafael.

128 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 31, 44 f. – GS Media BV/Sanoma.

129 *Ungern-Sternberg*, GRUR 2018, 225 (228 f.).

130 *Ohly*, GRUR 2016, 1155 (1156).

131 Vgl. *F. Hofmann*, K&R 2016, 706 (707).

dabei die „weiteren Kriterien“ zu berücksichtigen sind, ist nicht immer frei von Zweifeln.¹³² Die zentrale Rolle des Nutzers, also das subjektive Kriterium, prüfte der EuGH bei der Frage, ob eine Handlung der Wiedergabe vorliegt. Wörtlich formuliert der EuGH, dass der Nutzer „nämlich eine Wiedergabe vor[nimmt], wenn er in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens tätig wird, um seinen Kunden Zugang zu einem geschützten Werk zu verschaffen“.¹³³ Dies sei insbesondere dann der Fall, wenn die Kunden das ausgestrahlte Werk ohne dieses Tätigwerden grundsätzlich nicht empfangen könnten.¹³⁴ Grundsätzlich sei „jede Handlung, mit der ein Nutzer in voller Kenntnis der Sachlage seinen Kunden Zugang zu geschützten Werken gewährt, eine ‚Handlung der Wiedergabe‘“.¹³⁵ Allerdings spielt die Kenntnis auch bei der Frage der Öffentlichkeit, konkret bei der Beurteilung eines „neuen Publikums“, eine Rolle.¹³⁶ Hat der Urheberrechtsnutzer Kenntnis, dass er Zugang zu Werken gewährt, die ohne Zustimmung der Rechtsinhaber veröffentlicht wurden, oder konnte er dies nicht verkennen, liegt eine „öffentliche“ Wiedergabe vor. Mitunter lässt sich eine klare Zuordnung aber nicht erkennen.¹³⁷ In der Entscheidung „Reha-Training“ wird der Wille des Nutzers eines Werks einmal als „Wiedergabe“ eingeordnet, aber die „zentrale Rolle des Nutzers“ auch im „Zusammenhang“ mit dem neuen Publikum diskutiert.¹³⁸ Dass der Nutzer „absichtlich“ und „willentlich“ ein Signal über Fernseh- oder Radioempfänger in den Zimmern der Patienten verbreitet, spielt in der Entscheidung „OSA“ allerdings wiederum bei der „Wiedergabe“ eine Rolle.¹³⁹ Die Erwerbszwecke hat der EuGH im Zusammenhang mit einer „Wiedergabe“¹⁴⁰ aber auch mit Blick auf das „neue Publikum“ in Verbindung gebracht.¹⁴¹ Dieses Kriterium hat der EuGH bei Verlinkungen auf rechtswidrige Inhalte angewendet. „Zum Zweck der individuellen Beurteilung“ will der EuGH berück-

132 Zur Strukturierung der „individuellen Beurteilung“ anhand von Wiedergabehandlung und Öffentlichkeit *Grünberger*, ZUM 2018, 271 (279 mit Fn. 148); selbst die Frage der „Öffentlichkeit“ hat der EuGH in einer Aufzählung der zusätzlichen Kriterien genannt („[a]ls Zweites hat er festgestellt“), vgl. EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 35 ff. – GS Media BV/Sanoma; noch ohne das „zweistufige Schema“ EuGH GRUR 2007, 225 – SGAE/Rafael.

133 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 26 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 31 – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler].

134 EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 31 – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler].

135 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 34 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay].

136 EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 46 – Reha Training; ähnlich EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 43 ff. – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler]; vgl. *Grünberger*, ZUM 2016, 977 (981).

137 Vgl. *Ohly*, GRUR 2016, 1155 (1156); vgl. EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 51 und Rn. 52 – GS Media BV/Sanoma; vgl. aber *Leistner*, ZUM 2016, 980 (981), der eine Zuordnung beim neuen Publikum vornimmt.

138 EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 45 f. und Rn. 54 – Reha Training.

139 EuGH GRUR 2014, 473 Rn. 24, 26 – OSA.

140 EuGH GRUR 2017, 790 Rn. 29 – Stichting Brein/Ziggo BV [The Pirate Bay]; EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 34 – Stichting Brein/Wullems [Filmspeler].

141 Vgl. EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 48 ff. – GS Media BV/Sanoma; *Marl* (Fn. 5), S. 319, hält dies (wie auch die zentrale Rolle des Nutzers) für eine Frage der Öffentlichkeit.

sichtigen, dass jemand, der ohne Gewinnerzielungsabsicht eine Verlinkung vornimmt, „nicht weiß und vernünftigerweise nicht wissen kann“, dass das Werk, auf das verlinkt wird, mit oder ohne Zustimmung des Berechtigten veröffentlicht wurde.¹⁴² Praktisch läuft dies bei privaten Verlinkungen auf ein „notice-and-take-down“ hinaus.¹⁴³ Nimmt jemand hingegen eine Verlinkung mit Gewinnerzielungsabsicht vor, kann von dem Linksetzer erwartet werden, dass er die erforderlichen Nachprüfungen vornimmt, um sich zu vergewissern, dass das betroffene Werk auf der Webseite, auf die verlinkt wird, nicht unbefugt öffentlich zugänglich gemacht wurde. Es sei zu vermuten, dass ein solches Setzen von Hyperlinks in voller Kenntnis der Geschüttheit des Werkes und der etwaig fehlenden Erlaubnis des Berechtigten vorgenommen wurde.¹⁴⁴ Die Vermutung ist indes widerleglich.¹⁴⁵

Unabhängig davon, ob man diese zusätzlichen Kriterien als eigenständigen Prüfungspunkt ansieht oder bei der Wiedergabehandlung bzw. der „Öffentlichkeit“ (im weiteren Sinne) verortet, geht es in der Sache um die Konturierung des Verwertungsrechts aus Art. 3 InfoSoc-RL. Darüber wird entschieden, ob bestimmte Handlungen in den Schutzbereich des Urheberrechts fallen oder nicht.¹⁴⁶ Mit dieser Einsicht kann abschließend der europäische Öffentlichkeitsbegriff skizziert werden (u. IV.).

IV. Der europäische Öffentlichkeitsbegriff

Traditionell dient das Tatbestandsmerkmal „öffentlich“ bei den Verwertungsrechten dazu, private Nutzungshandlungen abzugrenzen. So hat nach dem BGH der Bezug zur Öffentlichkeit in § 17 I UrhG den Zweck, die bloße private Weitergabe an Dritte, mit denen eine persönliche Beziehung besteht, vom Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers auszunehmen.¹⁴⁷ Weitergaben an einen Freund oder einen Bekannten begründen damit keinen Eingriff in das Urheberrecht.¹⁴⁸ Unkörperliche Wiedergaben, die sich nicht an die Öffentlichkeit richten, sind vom Ausschließlichkeitsrecht ebenfalls nicht umfasst. Eine Vergütung ist hier zum einen wegen der wirtschaftlichen Belanglosigkeit unkörperlicher Verwertungen ohne Öffentlichkeitsbezug nicht geboten.¹⁴⁹ Bei der „Eigenart dieser Werknutzung“ stehe nach dem BGH „keine wesentliche Einbuße des Urhebers zu befürchten [...], wenn sie bei Vornahme im privaten Bereich von der Vergütungspflicht freigestellt wird.“¹⁵⁰ Zum anderen

142 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 47 – GS Media BV/Sanoma.

143 Vgl. EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 49, 53 – GS Media BV/Sanoma („weil [der Linksetzer] beispielsweise vom Urheberrechtssinhaber darauf hingewiesen wurde“).

144 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 51 – GS Media BV/Sanoma.

145 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 51 – GS Media BV/Sanoma.

146 Vgl. F. Hofmann, ZUM 2018, 641; Ohly, GRUR 2018, 996.

147 BGH GRUR 2007, 691 Rn. 27 – Staatsgeschenk; vgl. Haberstumpf, GRUR Int. 2013, 627, 632.

148 Loewenheim (Fn. 9), § 17 Rn. 16.

149 BGH GRUR 1955, 492, 496 – Grundig-Reporter.

150 BGH GRUR 1955, 492, 496 – Grundig-Reporter.

ließen sich derartige Handlungen im privaten Bereich, beispielsweise das Singen eines „Gute-Nacht-Liedes“ für die Tochter, nicht vernünftig kontrollieren.¹⁵¹ Im europäischen Urheberrecht sorgt der Begriff der Öffentlichkeit weitergehend für die Konturierung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe schlechthin. Das ist zumindest dann der Fall, wenn man die normativen Erwägungen des EuGH, wie sie sich in den weiteren unselbständigen und miteinander verflochtenen Kriterien spiegeln, einem weiten Öffentlichkeitsbegriff zuschreiben möchte. In diesem Sinne werden beispielsweise sozial erwünschte Handlungen wie Verlinkungen aus dem Schutzbereich des Urheberrechts herausgenommen oder die Verantwortlichkeit von Intermediären in das Recht der öffentlichen Wiedergabe integriert.¹⁵² Der Generalanwalt wollte in seinen Schlussanträgen zur „Cordoba“-Entscheidung sogar „Schrankenfunktionen“ in das Recht der öffentlichen Wiedergabe einbauen.¹⁵³ Die Frage ist freilich, ob es sich dabei spezifisch um Probleme des Öffentlichkeitsbegriffs handelt. Die Reichweite des Verwertungsrechts, die vom EuGH flexibler gehandhabt wird als das überkommene nationale Recht, kann von der Öffentlichkeit im Sinne einer Abgrenzung zu privaten Handlungen durchaus abgegrenzt werden.¹⁵⁴ Im oben beschriebenen Prüfungsschema ist dies deutlich geworden: Die Öffentlichkeit im engeren Sinne (o. III. 2. a)) lässt sich von der normativen Öffentlichkeit (= Definition der Reichweite des Verwertungsrechts, o. III. 2. b)) unterscheiden. Es findet sich damit zugleich ein enger Öffentlichkeitsbegriff. Dieser spaltet sich im Kern in drei Punkte auf: (1) eine hinreichend große Zahl an Wiedergabempfehlern, (2) die Unbestimmtheit des Zielpublikums und (3) die Bestimmung für die Öffentlichkeit. Der Betreiber einer Einrichtung muss sich also mit der Wiedergabe gezielt an das Publikum wenden.¹⁵⁵ Das Publikum darf nicht nur zufällig erreicht werden.¹⁵⁶ Die Details wurden oben herausgearbeitet (o. III. 2. a)).

V. Fazit

Der Öffentlichkeitsbegriff im Unionsrecht unterscheidet sich vom überkommenen deutschen Verständnis von „Öffentlichkeit“. Trotz inhaltlicher Unterschiede besteht aber die strukturelle Gemeinsamkeit, dass es im Kern um die Abgrenzung privater Handlungen geht. Dass der EuGH bei der öffentlichen Wiedergabe unter den Begriff „öffentlich“ weitere Tatbestandsmerkmale wie namentlich das „neue Publikum“ fasst, ändert daran nichts. Auf diese Weise steckt der EuGH die Reichweite des Schutzbereichs des Urheberrechts ab.

151 Vgl. *F. Hofmann*, ZGE 2016, 482, 492 ff.

152 *J. B. Nordemann*, GRUR Int. 2018, 526; *Ohly*, GRUR Int. 2018, 517; *ders.*, ZUM 2017, 793; *Raue*, ZGE 2017, 514, 519 f.; *Rosati*, GRUR-Prax 2018, 367, 369; *Grünberger*, ZUM 2018, 271, 279; *ders.*, ZUM 2018, 321, 329 f.; *F. Hofmann*, EuZW 2018, 517, 518 f.; *ders.*, ZUM 2017, 750, 752; *Jaworski/J. B. Nordemann*, GRUR 2017, 567, 571 f.

153 Sehr kritisch *F. Hofmann*, ZUM 2018, 641, 647.

154 Vgl. aber *Marl* (Fn. 5), S. 318.

155 EuGH GRUR 2012, 597 Rn. 37 – Phonographic Performance.

156 EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 91 – SCF.

Fallgruppenartig werden namentlich Verlinkungen aus dem Schutzbereich herausgenommen sowie die Intermediärhaftung dogmatisch über die öffentliche Wiedergabe erfasst. Diese normativen Erwägungen lassen sich indes von der Frage der Öffentlichkeit im eigentlichen Sinne abgrenzen.