

# GRUR<sup>Int</sup>

## Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Internationaler Teil

Zeitschrift  
der Deutschen  
Vereinigung für  
gewerblichen  
Rechtsschutz  
und Urheberrecht

In Zusammenarbeit  
mit dem Max-Planck-  
Institut für Innovation  
und Wettbewerb

[www.ip.mpg.de](http://www.ip.mpg.de)

Mit Inhalten des  
Journal of  
Intellectual Property Law  
& Practice

  
C.H. BECK

- 481** BORIS P. PAAL  
**Media Concentration in the Context of Competition Law and Media Law**
- 486** NATALIE ACKERMANN/JOANNA RINDELL  
**Should Trade Secrets be Protected by Private and/or Criminal Law: A Comparison Between Finnish and German Law**
- 493** STEPHAN BRIEM  
**Die Auslegung des Begriffs der „öffentlichen Wiedergabe“ in der Entscheidungspraxis des EuGH**
- 498** U.S. Supreme Court  
**Kein Einwand der Verwirkung bei nicht verjährtem Schadensersatzanspruch – SCA Hygiene v. First Quality**
- 507** Österr. OGH  
**Kein Unterlassungsanspruch nur aufgrund sittenwidrigen Markenrechtserwerbs – Fashion Television**
- 519** EuGH  
**Ausnahmsloses Werbeverbot für Zahnärzte mit Unionsrecht unvereinbar – Vanderborght**
- 534** LG Berlin  
**EuGH-Vorlage zum Leistungsschutzrecht für Presseverleger – VG Media / Google [Snippets]**
- 560** Journal of Intellectual Property Law & Practice  
**MIKE SNODIN**  
**Pharmaceutical innovations and obligations under TRIPS**

# 6/2017

Seiten 481 bis 568 · 66. Jahrgang · Juni 2017  
München · Frankfurt am Main





work.<sup>76</sup> This would lead to improved legal certainty and eventually to an improved balance of interests, let alone a legally and methodologically correct implementation of the TSD.

## V. Conclusion – Steps Forward

The reliance on criminal law is strong because of the consideration that the impact of a trade secrets violation can be detrimental to a company's business and market position. Moreover, industrial espionage is also seen as a severe threat calling for criminal penalization. Based on the Finnish case law, it can be noted that the focus lies on the impact of misappropriation on the company's business and market position when imposing sanctions. Thus, the impact of the illoyal act apparently outweighs the intention of the offender. Based on German case law, the BGH also seems to place more emphasis on how the trade secret has been misused than on how it was obtained.

The duty to implement the TSD raises the question about the remaining leeway for the Member States' own legislation. Several of the articles require full harmonization and Art. 2 supports implementation of the definition by all Member States. Due to the wide scope of the TSD it seems that the Member States will not be able to rely on existing law, but, rather, will have to at least amend

existing law in order to implement the provisions. As not all articles require full harmonization, there might be some scope to interpret the TSD in a manner consistent with applicable national law. Germany, however, is a good example of a country whose national legislation (e.g. on reverse engineering) will have to give way to the TSD despite the allowance for more extensive regulations.

As can be seen from recent case law in both Finland and Germany, there is some awareness of the importance of protecting trade secrets among practitioners. Whereas practice is aware of the growing importance of and need for trade secrets protection, the impact of the TSD on national legislation currently remains underestimated. Countries which traditionally focus on criminal law – such as Finland or Germany – will have to undergo a fundamental change and focus on private law remedies. Whether this should be done by amending existing law or by introducing a new draft is a matter of current discussion. However, to make the legislation clearer and ensure a sufficient regulation without gaps, implementing a new legal framework will prove to be the cleanest and most promising option.

<sup>76</sup> As seen in Secs. 142 et seq. PatG (German Patent Act) or Secs. 143 et seq. MarkenG (German Trademark Act).

STEPHAN BRIEM\*

## Die Auslegung des Begriffs der „öffentlichen Wiedergabe“ in der Entscheidungspraxis des EuGH – zugleich Anmerkung zum EuGH-Urteil *AKM/Zürs.net*

Die Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung des Begriffs der „öffentlichen Wiedergabe“ kann durchaus als *erratisch* bezeichnet werden. Neben einer unbestimmten Zahl möglicher Adressaten komme es darauf an, dass es sich um „recht viele Personen“ und um ein „neues Publikum“ handle. Das Vorliegen von „Erwerbszwecken“ sei für die Einstufung einer Wiedergabe als „öffentliche Wiedergabe“ nicht ausschlaggebend, doch auch nicht un-

erheblich. Ausgehend von der EuGH-Entscheidung *AKM/Zürs.net*<sup>1</sup> setzt sich dieser Beitrag kritisch mit der EuGH-Rechtsprechung zum Begriff der „öffentlichen Wiedergabe“ auseinander und zeigt auf, dass viele der vom EuGH entwickelten Kriterien für das Vorliegen einer „öffentlichen Wiedergabe“ unrichtig und nicht mit Art 11<sup>bis</sup> RBÜ in Einklang zu bringen sind.

### I. Ausgangslage

Das Vorabentscheidungsersuchen des Handelsgerichts Wien vom 16.2.2016 betraf die Auslegung des Art. 3 Abs. 1 und des Art. 5 Abs. 3 lit. o und Abs. 5 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft („Info-RL“) und Art. 11<sup>bis</sup> Abs. 1 Nr. 2 der Revidierten Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst in der Fassung Stockholm/Paris 1967/1971 („RBÜ“). Es erging im Rahmen eines Rechtsstreits zwischen der Staatlich genehmigte Gesellschaft der Autoren, Komponisten und Musikverleger registrierte Genossenschaft mbH (AKM) und der Zürs.net Betriebs GmbH (Zürs.net).

Das vorliegende Handelsgericht Wien wollte wissen, ob die Bestimmungen des österreichischen Urheberrechts, wonach die Übermittlung von Rundfunksendungen durch „Gemeinschaftsantennenanlagen“ wie diejenige der Beklagten im Ausgangsverfahren

a) nicht als neue Rundfunksendung gilt, wenn an die Anlage nicht mehr als 500 Teilnehmer angeschlossen sind und/oder

b) als Teil der ursprünglichen Rundfunksendung gilt, wenn es sich um die gleichzeitige, vollständige und unveränderte Übermittlung von Rundfunksendungen des österreichischen Rundfunks mithilfe von Leitungen im

\* Dr., Rechtsanwalt in Wien.

<sup>1</sup> EuGH, Urt. v. 16.3.2017, Rs. C-138/16, GRUR Int. 2017, 446 – *AKM/Zürs.net*.

Inland (Österreich) handelt, und diese Nutzung auch nicht durch ein anderes ausschließliches Recht der öffentlichen Wiedergabe mit Distanzelement im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG erfasst werden, daher nicht von der Zustimmung des Urhebers abhängig und auch nicht vergütungspflichtig sind, mit dem Unionsrecht bzw. dem Recht der Berner Übereinkunft als zum Rechtsbestand des Unionsrecht zählender internationaler Vereinbarung im Widerspruch stehen.

Der EuGH referierte zunächst den rechtlichen Rahmen. Nach Art. 1 Abs. 4 des WIPO-Urheberrechtsvertrages, der durch Beschluss 2000/278/EG des Rates vom 16.3.2000 im Namen der europäischen Gemeinschaft genehmigt worden ist, müssen die Vertragsparteien den Art. 1-21 der Berner Übereinkunft nachkommen. Art. 11<sup>bis</sup> Abs. 1 Nr. 2 der Berner Übereinkunft statuiert, dass die Urheber von Werken der Literatur und Kunst das ausschließliche Recht genießen, jede öffentliche Wiedergabe des durch Rundfunk gesendeten Werkes mit oder ohne Draht, wenn diese Wiedergabe von einem anderen als dem ursprünglichen Sendeunternehmen vorgenommen wird, zu erlauben.

Nach Art. 3 Abs. 1 der Info-RL sehen die Mitgliedstaaten vor, dass den Urhebern das ausschließliche Recht zusteht, die drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Wiedergabe ihrer Werke einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten.

AKM ist eine österreichische urheberrechtliche Verwertungsgesellschaft, die die Rechte von Autoren Komponisten und Musikverlegern wahrnimmt. Zürs.net betreibt in Zürs (Österreich) eine Kabelnetzanlage mit deren Hilfe sie Fernseh- und Hörfunksendungen der nationalen Rundfunkanstalt (ORF) und von anderen Rundfunkanstalten überträgt. Zum Zeitpunkt der Vorlageentscheidungen waren etwa 130 Teilnehmer an das Kabelnetz von Zürs.net angeschlossen. AKM begehrte von Zürs.net Auskunft über die Zahl der Teilnehmer, die zu verschiedenen Zeitpunkten an das von Zürs.net betriebene Kabelnetz angeschlossen waren und über die ausgestrahlten Inhalte. Darüber hinaus forderte AKM die Zahlung eines angemessenen Entgelts nach Überprüfung der zu erteilenden Auskünfte. Zürs.net verweigerte die Auskunft mit dem Hinweis darauf, dass nach § 17 Abs. 3 Nr. 2 lit. b öUrHG die Übermittlung von Rundfunksendungen durch Gemeinschaftsantennenanlagen mit nicht mehr als 500 Teilnehmern nicht als neue Rundfunksendung gilt und daher kein Ausschließungsrecht der AKM vorliege.

## II. Prüfung durch den EuGH

Der EuGH prüfte zunächst die zweite Vorlagefrage, nämlich, ob eine gleichzeitige, vollständige und unveränderte Übermittlung von Rundfunksendungen der nationalen Rundfunkanstalt mithilfe von Leitungen im Inland eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Info-RL oder Art. 11<sup>bis</sup> der RBÜ darstellt. Zunächst stellte der EuGH fest,<sup>2</sup> dass Art. 3 Abs. 1 der Info-RL im Wesentlichen Art. 11<sup>bis</sup> der RBÜ entspricht. Sodann behauptete der EuGH, dass, wenn er den Begriff der öffentlichen Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Info-RL auslege, dies nach seiner ständigen Rechtsprechung im Einklang mit der RBÜ erfolge.<sup>3</sup>

Seiner ständigen Rechtsprechungslinie folgend prüfte der EuGH zunächst das Vorliegen einer Wiedergabe und sodann das Vorliegen einer öffentlichen Wiedergabe, wobei er jedoch die Prüfung dieser beiden Tatbestandselemente in unübersichtlicher Weise miteinander verquickte. Aus dem Umstand, dass es im Ausgangsverfahren um eine Übertragung durch Kabel, also ein *anderes technisches Mittel* als bei der ursprünglichen Rundfunksendung geht, leitete der EuGH ab, dass Zürs.net eine Wiedergabe im Sinne von Art. 3 der Info-RL vornehme.<sup>4</sup> In der Folge prüfte der EuGH unrichtigerweise noch, ob sich die Kabelweiterleitung durch Zürs.net an ein „neues Publikum“ richtete.

## III. Kritik an der EuGH-Rechtsprechung

Damit wich der EuGH<sup>5</sup> von seiner Rechtsprechung in der Entscheidung *ITV Broadcasting/TV Catch Up*<sup>6</sup> ab. In dieser Entscheidung hatte der EuGH<sup>7</sup> festgestellt, dass sowohl die Sendung im Inland als auch das Internet-Streaming dieser Sendungen im Inland an die Öffentlichkeit von den Urhebern jeweils gesondert erlaubt werden muss, da jede Übertragung *unter spezifischen technischen Bedingungen nach einem unterschiedlichen Verfahren* zur Verbreitung der geschützten Werke durchgeführt wird und für die Öffentlichkeit bestimmt ist. Wie der EuGH in dieser Entscheidung richtig ausführte, braucht unter diesen Umständen nicht noch die Voraussetzung geprüft zu werden, ob es sich um ein „neues Publikum“ handelt, da dies nur in den Situationen erheblich ist, über die der Gerichtshof in seinen Urteilen *SGAE*,<sup>8</sup> *Football Association Premier League*<sup>9</sup> u.a. sowie *Airfield und Canal Digitaal*<sup>10</sup> zu entscheiden hatte.

In den EuGH-Entscheidungen *SGAE*, *Football Association Premier League* ging es jeweils um die öffentliche Wiedergabe von Fernseh- oder Rundfunksendungen durch das Aufstellen eines Fernseh- oder Rundfunkempfängers in einem Hotel oder einer Gaststätte. Da das Empfangen eines geschützten Werkes im privaten Bereich keinen urheberrechtlich relevanten Nutzungsvorgang darstellt, hatte der EuGH zu prüfen, ob in den genannten Fällen durch das Betreiben eines Fernseh- oder Rundfunkempfängers in einem öffentlich zugänglichen Hotel oder einer öffentlich zugänglichen Gaststätte ein „neues Publikum“ erreicht wird, dass der Urheber bei der Erteilung der Sendelizenz und der Bemessung der Vergütung hierfür nicht berücksichtigt hat. In beiden Fällen kam der EuGH zum Ergebnis, dass das Aufstellen und Betreiben eines Fernseh- oder Rundfunkempfängers in einem öffentlich zugänglichen Hotel und in einer öffentlich zugänglichen Gaststätte eine dem Ausschließungsrecht des Urhebers unterliegende öffentliche Wiedergabe darstellt. Diese rechtliche Beurteilung wurde in der Folge in der EuGH-Entscheidung *Reha Training/GEMA*<sup>11</sup> bestätigt.

<sup>2</sup> EuGH, GRUR Int. 2017, 446, Rdnr. 21 – *AKM/Zürs.net*.

<sup>3</sup> EuGH, GRUR Int. 2017, 446, Rdnr. 21 – *AKM/Zürs.net*.

<sup>4</sup> EuGH, GRUR Int. 2017, 446, Rdnr. 26 – *AKM/Zürs.net*.

<sup>5</sup> Achte Kammer.

<sup>6</sup> EuGH, Urt. v. 7.3.2013, Rs. C-607/11, GRUR Int. 2013, 380, Rdnr. 39 – *ITV Broadcasting/TV Catch Up*.

<sup>7</sup> Vierte Kammer.

<sup>8</sup> EuGH, Urt. v. 7.12.2006, Rs. C-306/05, GRUR Int. 2007, 316 – *SGAE/Rafael Hoteles*.

<sup>9</sup> EuGH, Urt. 4.10.2011, verb. Rs. C-403/08 und C-429/08, GRUR Int. 2011, 1063 – *Football Association Premier League*.

<sup>10</sup> EuGH, Urt. v. 13.10.2011, verb. Rs. C-431/09 und C-432/09, GRUR Int. 2011, 1058 – *Airfield/SABAM*.

<sup>11</sup> EuGH, Urt. v. 31.5.2016, Rs. C-117/15, GRUR Int. 2016, 692 – *Reha Training/GEMA*.



Die EuGH-Entscheidung *Airfield und Canal Digitaal* ist mit der Entscheidung *AKM/Zürs.net* insofern vergleichbar, als auch hier die öffentliche Wiedergabe einer Rundfunksendung unter *spezifischen technischen Bedingungen nach einem unterschiedlichen Verfahren* erfolgte. In dieser Entscheidung führte der EuGH sehr klar aus,<sup>12</sup> dass einer urheberrechtlichen Genehmigung bedarf, wer eine öffentliche Wiedergabe auslöst oder während einer solchen Wiedergabe in der Weise tätig wird, dass sie die geschützten Werke mittels der betreffenden Wiedergabe einem neuen Publikum zugänglich macht, d.h. einem Publikum, an das die Urheber der geschützten Werke nicht gedacht haben, als sie einer anderen Person eine Erlaubnis erteilt haben.

Diese Entscheidung war insofern richtig, als *Airfield* zum einen im Rahmen der indirekten Übertragung von Fernsehprogrammen<sup>13</sup> Signale eines Sendeunternehmens komprimierte und verschlüsselte, um sie in der Folge zum Satelliten Astra zu senden, und zum anderen im Rahmen der direkten Übertragung von Fernsehprogrammen<sup>14</sup> sich darauf beschränkte, Zugangsschlüssel an die betreffenden Sendeunternehmen zu senden, sodass die richtigen Codes angewandt wurden, damit die Abonnenten von *Airfield* die Programme später mithilfe der Decodierkarte dekodieren konnten. Bei der indirekten Übertragung von Fernsehprogrammen handelte es sich um eine Wiedergabe unter *spezifischen technischen Bedingungen nach einem unterschiedlichen Verfahren*, sodass hier das Vorliegen eines neuen Publikums nicht mehr zu prüfen war. Bei der direkten Übertragung von Fernsehprogrammen mittels Zurverfügungstellung der Decodiercodes handelte es sich um die Ermöglichung des Empfangs eines bestehenden Rundfunksignals. Hier war zu prüfen, ob durch die von *Airfield* zur Verfügung gestellten Decodiercodes ein neues Publikum erreicht wurde. Dies wurde vom EuGH bejaht.<sup>15</sup>

Im Sachverhalt *AKM/Zürs.net* erfolgte die Weiterleitung von Rundfunksendungen des ORF verbunden mit Rundfunksendungen anderer Sendeunternehmen durch Kabelleitungen. Die öffentliche Wiedergabe der Rundfunksendung des ORF erfolgte somit *unter spezifischen technischen Bedingungen nach einem unterschiedlichen Verfahren*. Damit ist jedoch, wie der EuGH in der Entscheidung *ITV Broadcasting/TV Catch Up*<sup>16</sup> richtig festgestellt hat, eine Prüfung, ob ein neues Publikum erreicht wird, weder erforderlich noch zulässig. Der EuGH führt dazu sehr klar aus:

„Jede dieser beiden Übertragungen muss einzeln und getrennt von den betreffenden Urhebern erlaubt werden, da jede von ihnen unter spezifischen technischen Bedingungen nach einem unterschiedlichen Verfahren zur Verbreitung der geschützten Werke durchgeführt wird und jede für die Öffentlichkeit bestimmt ist. Unter diesen Umständen braucht nicht noch die Voraussetzungen geprüft zu werden, ob es sich um ein neues Publikum handelt, da dies nur in den Situationen erheblich ist, über die der Gerichtshof in seinen Urteilen *SGAE*,<sup>17</sup> *Football Association Premier League*<sup>18</sup> u.a. sowie *Airfield* und *Canal Digitaal*<sup>19</sup> zu entscheiden hatte.“

Aus Erwägungsgrund 23 der Info-RL geht hervor, dass das für die öffentliche Wiedergabe geltende Urheberrecht jegliche drahtgebundene oder drahtlose Übertragung oder Weiterverbreitung eines Werkes einschließlich der Rundfunkübertragung an die Öffentlichkeit umfasst, die an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren

Ursprung nimmt, nicht anwesend ist. Ferner geht aus Art. 3 Abs. 3 der Info-RL hervor, dass das Recht, andere öffentliche Wiedergaben dieser Werke zu erlauben oder zu verbieten, mit der Genehmigung der Integration geschützter Werke in eine öffentliche Wiedergabe nicht erschöpft ist. Wie der EuGH in der Entscheidung *ITV Broadcasting/TV Catch Up*<sup>20</sup> richtig ausführt, hat der Gemeinschaftsgesetzgeber durch die Regelung der Fälle, in denen ein bestimmtes Werk Gegenstand mehrfacher Nutzung ist, erreichen wollen, dass *jede* Sendung oder Weiterverbreitung (auch Kabelweiterleitung) eines Werkes, die nach einem *spezifischen technischen Verfahren* erfolgt, grundsätzlich vom Urheber des betreffenden Werkes *einzeln* erlaubt werden muss. Nur dadurch kann das in Erwägungsgrund 9 der Info-RL angestrebte hohe Schutzniveau und die in Erwägungsgrund 10 angeführte angemessene Vergütung erreicht werden. Wird ein Werk mit Hilfe eines unterschiedlichen technischen Verfahrens der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, so liegt jedenfalls eine öffentliche Wiedergabe vor. Die Voraussetzung des „neuen Publikums“ ist nicht mehr zu prüfen.

Diese Voraussetzung ist nur dann zu prüfen, wenn die Wiedergabe des durch Rundfunk gesendeten Werkes ausschließlich durch das Aufstellen eines Fernseh- oder Radioempfangsgerätes in einem öffentlich zugänglichen Bereich bewirkt wird oder sonst kein unterschiedliches technisches Verfahren vom Ausgangsverfahren zur Anwendung kommt. Da die ursprüngliche Lizenzerteilung des Urhebers an das Sendeunternehmen das Empfangen durch private Fernseh- oder Radioempfangsgeräte berücksichtigt hat, ist hier zu prüfen, ob durch das Betreiben eines Fernseh- oder Radiogerätes in einem Hotel, einem Restaurant, einem Rehabilitationsinstitut oder wo immer ein neues Publikum erreicht wird, an das bei der ursprünglichen Lizenzerteilung, insbesondere auch in Bezug auf die Höhe der Vergütung, nicht gedacht worden ist. Bei den Entscheidungen *SGAE* und *Football Association Premier League* ging es jeweils darum, dass die Sendung eines Rundfunkunternehmens durch Aufstellen und Betreiben eines Fernseh- oder Radiogerätes in einem Hotel, in einer Gaststätte oder in einem sonstigen der Öffentlichkeit zugänglichen Ort öffentlich wiedergegeben worden ist.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte der EuGH somit lediglich zu prüfen gehabt, ob die Weiterleitung mittels Kabel im Inland *unter spezifischen technischen Bedingungen nach einem unterschiedlichen Verfahren* wie die ursprüngliche Rundfunksendung des ORF erfolgte und sich an einen unbestimmten Kreis von Adressaten richtete. Dies ist bei der Kabelweiterleitung durch die *Zürs.net* der Fall. Es handelt sich um ein *spezifisches technisches Verfahren*, das sich deutlich von der Rundfunksendung unterscheidet. Somit handelte es sich um

<sup>12</sup> EuGH, GRUR Int. 2011, 1058, Rdnr. 72 – *Airfield/SABAM*, unter Verweis auf EuGH, GRUR Int. 2007, 316, Rdnr. 40 und 42 – *SGAE/Rafael Hoteles*.

<sup>13</sup> EuGH, GRUR Int. 2011, 1058, Rdnr. 17 ff. – *Airfield/SABAM*.

<sup>14</sup> EuGH, GRUR Int. 2011, 1058, Rdnr. 26 ff. – *Airfield/SABAM*.

<sup>15</sup> EuGH, GRUR Int. 2011, 1058, Rdnr. 82 – *Airfield/SABAM*.

<sup>16</sup> EuGH, GRUR Int. 2013, 380, Rdnr. 39 – *ITV Broadcasting/TV Catch Up*.

<sup>17</sup> EuGH, GRUR Int. 2007, 316 – *SGAE/Rafael Hoteles*.

<sup>18</sup> EuGH, GRUR Int. 2011, 1063 – *Football Association Premier League*.

<sup>19</sup> EuGH, GRUR Int. 2011, 1058 – *Airfield/SABAM*.

<sup>20</sup> EuGH, GRUR Int. 2013, 380, Rdnr. 23 – *ITV Broadcasting/TV Catch Up*.

eine öffentliche Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Info-RL.

Die Kabelweiterleitung richtet sich grundsätzlich an einen unbestimmten Personenkreis. Jedermann, der bereit ist, einen Vertrag mit Zürs.net Betriebs GmbH abzuschließen, kann die von diesem Unternehmen weitergeleiteten Rundfunkprogramme auf seinem Fernseher ansehen. 130 Teilnehmer eines Kabelweiterleitungsnetzes können auch nicht als kleine oder unbedeutende Mehrzahl betroffener Personen bezeichnet werden, sodass die *de minimis*-Schwelle jedenfalls überschritten ist. Zudem ist zu beachten, dass die genannte Ausnahme nicht nur für Zürs.net, sondern für sämtliche Kabelnetzbetreiber Österreichs gilt, die Sendungen des ORF im Inland weiterleiten.

Bei richtiger rechtlicher Beurteilung hätte daher der EuGH feststellen müssen, dass nicht nur die Bestimmung des § 17 Abs. 3 Nr. 2 lit. b öUrhG (Gemeinschaftsantennenanlage mit nicht mehr als 500 Teilnehmern) gemeinschaftsrechtswidrig ist, sondern auch die im nächsten Satz enthaltene Formulierung:

„Im Übrigen gilt die gleichzeitige, vollständige und unveränderte Übermittlung von Rundfunksendungen des österreichischen Rundfunks mit Hilfe von Leitungen im Inland als Teil der ursprünglichen Rundfunksendung.“

Die Argumentation des EuGH, dass die Verbreitung der geschützten Werke mithilfe von Leitungen im Inland erfolgte und die betroffenen Personen daher von den Rechteinhabern bei Erteilung der Erlaubnis zur ursprünglichen Ausstrahlung dieser Werke durch die nationale Rundfunkanstalt berücksichtigt worden seien und daher kein neues Publikum durch die Kabelweiterleitung durch Zürs.net erreicht werde, überzeugt nicht. Nach dieser Argumentation müsste auch das Aufstellen und Betreiben von Fernseh- und Rundfunkempfangsgeräten in Hotels, Gaststätten, Rehabilitationszentren, etc. keine öffentliche Wiedergabe darstellen, da den Rechteinhabern bei Erteilung der Erlaubnis zur ursprünglichen Ausstrahlung ihrer Werke bewusst sein musste, dass diese auch über Empfangsgeräte in Hotels, Gaststätten, Rehabilitationszentren, etc. im Inland öffentlich wiedergegeben werden.

Die Entscheidung *AKM/Zürs.net* des EuGH weicht von den in den EuGH-Entscheidungen *ITV Broadcasting/TV Catch up* und *Airfield/SABAM* entwickelten Grundsätzen ab, die der EuGH in der Entscheidung *AKM/Zürs.net* selbst referiert.<sup>21</sup> Da es sich um eine öffentliche Wiedergabe durch ein eigenständiges technisches Verfahren (Kabelweiterleitung) handelte, war das Vorliegen eines „neuen Publikums“ nicht zu prüfen. Davon abgesehen ist es unrichtig, wenn der EuGH feststellt, dass alleine aufgrund der Kabelweiterleitung der Sendungen im Inland davon auszugehen ist, dass die Urheber bei Erteilung der Erlaubnis zur ursprünglichen Rundfunksendung dieser Werke durch den ORF die Kabelweiterleitung durch eine unbestimmte Anzahl von Kabelunternehmen mitbedacht haben. Richtig ist vielmehr, dass die Urheber gerade nicht davon ausgegangen sind, dass eine Kabelweiterleitung von der ursprünglichen Erlaubnis umfasst sei, sodass sehr wohl durch die Kabelweiterleitung ein „neues Publikum“ erreicht worden ist. Auch die Kabelweiterleitung von Rundfunkprogrammen des ORF im Inland in einem Bouquet mit ausländischen Rundfunkprogrammen stellt daher eine öffentliche Wiedergabe dar. Der EuGH hätte zu prüfen gehabt, ob es sich bei der

in § 17 Abs. 3 lit. b letzter Satz öUrhG genannten Ausnahme: „Im übrigen gilt die gleichzeitige, vollständige und unveränderte Übermittlung von Rundfunksendungen des österreichischen Rundfunks mithilfe von Leitungen im Inland als Teil der ursprünglichen Rundfunksendung.“ um eine Ausnahme für die Nutzung in bestimmten Fällen von geringer Bedeutung handelt,<sup>22</sup> die die normale Verwertung des Werkes nicht beeinträchtigt und die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich verletzt.<sup>23</sup> Diese Prüfung hätte letztlich dazu geführt, dass die genannte Ausnahmebestimmung in § 17 Abs. 3 lit. b letzter Satz öUrhG gegen Art. 3 Abs. 1 und 3 der Info-RL verstößt und daher ebenso gemeinschaftsrechtswidrig ist wie § 17 Abs. 3 Nr. 2 lit. b erster Satz öUrhG.<sup>24</sup>

#### IV. Urheberrechtlich relevante „Öffentlichkeit“

Grundsätzlich ist die Prüfung des Vorliegens einer urheberrechtlich relevanten Öffentlichkeit der Wiedergabe durch den EuGH dadurch geprägt, dass dieser mangels einer gemeinschaftsrechtlichen Regelung in einer Richtlinie oder Verordnung eine Vielzahl von nahezu beliebigen Kriterien heranzieht, um jeweils im Einzelfall zu bestimmen, ob eine Wiedergabe öffentlich erfolgt ist oder nicht. Dies führt zu einer großen Rechtsunsicherheit sowohl auf Seiten der Urheber und Leistungsschutzberechtigten als auch auf Seiten der Nutzer urheberrechtlich geschützter Werke. Damit wird die EuGH-Rechtsprechung selbst zu einem Hemmnis für einen funktionierenden innergemeinschaftlichen Austausch von urheberrechtlich geschützten Werken.

Bei der Prüfung des Vorliegens der öffentlichen Wiedergabe führte der EuGH zunächst aus, dass der Begriff öffentlich auf eine unbestimmte Zahl möglicher Adressaten abstellt und zudem „recht viele Personen“ voraussetze. Das Kriterium der unbestimmten Zahl möglicher Adressaten ist richtig, wenn auch nicht ausreichend. 3.000 Ballbesucher sind eine bestimmte Zahl möglicher Adressaten und doch wird niemand bestreiten, dass die Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werken über ein Fernsehempfangsgerät in einem Ballsaal eine öffentliche Wiedergabe darstellt. Ein bestimmter Adressatenkreis kann nur dann als nicht öffentlich gelten, wenn die Teilnehmer der Veranstaltung untereinander durch *persönliche Bande* verbunden sind, wie dies ist etwa bei einer Hochzeits- oder Trauergesellschaft der Fall ist.<sup>25</sup> Sind somit die Teilnehmer einer Veranstaltung durch persönliche Bande miteinander verbunden, so ist diese Veranstaltung im urheberrechtlichen Sinn nicht öffentlich, und zwar auch dann, wenn etwa an einer Hochzeit mehrere Hundert Personen teilnehmen. Eine Wiedergabe ist somit öffentlich, wenn die Nutzungsmöglichkeit im Wesentlichen jedermann freisteht, die Wiedergabe also nicht von vornherein auf einen in sich geschlossenen, nach außen begrenzten Kreis von Teilnehmern abgestimmt ist, aber auch dann, wenn die Wiedergabe zwar nicht jedermann zugänglich ist, der bestimmte oder bestimmbare Teilnehmerkreis aber nicht

<sup>21</sup> EuGH, GRUR Int. 2017, 446, Rdnr. 23 – *AKM/Zürs.net*.

<sup>22</sup> Art. 5 Abs. 3 lit. o Info-RL.

<sup>23</sup> Art. 5 Abs. 5 Info-RL. (Dreistufentest).

<sup>24</sup> § 17 Abs. 3 Nr. 2 lit. b erster Satz öUrhG wurde in der EuGH-Entscheidung *AKM/Zürs.net* als gemeinschaftsrechtswidrig beurteilt (Rdnr. 43).

<sup>25</sup> OGH, 4 Ob 230/03g, ÖBl 2005/18, 90 m. Anm. Dittrich = MR 2004, 201 m. Anm. Walter – *Begräbnisfeierlichkeit*.



durch solche Beziehungen verbunden ist, die seine Zusammenkunft als eine solche der Privatsphäre erscheinen lassen.<sup>26</sup>

Das Kriterium „recht vielen Personen“ ist völlig unbestimmt und ungeeignet, als Kriterium für das Vorliegen einer öffentlichen Wiedergabe zu dienen. Entwickelt wurde dieses Kriterium aus einer unglücklichen Formulierung in der EuGH-Entscheidung *SGAE/Rafael Hoteles*.<sup>27</sup> Der EuGH führte damals aus, dass der Umstand zu berücksichtigen sei, dass Hotelgäste gewöhnlich rasch aufeinanderfolgen. Im Allgemeinen gehe es um recht viele Personen, sodass diese angesichts des anzustrebenden hohen Schutzniveaus für die Urheber als Öffentlichkeit anzusehen sei. Der EuGH sagte damit nichts anderes, als dass beim Vorliegen einer sukzessiv-kumulativen Öffentlichkeit, wie dies in einer öffentlich zugänglichen Hotelhalle oder in einem öffentlich zugänglichen Hotelzimmer der Fall ist, recht viele Personen als Nutzer infrage kommen. Dies bedeutet jedoch nicht, dass „recht viele Personen“ ein notwendiges Kriterium für das Vorliegen einer Öffentlichkeit im urheberrechtlichen Sinn ist.

Zu Recht weist der EuGH in der Entscheidung *Reba Training/GEMA*<sup>28</sup> darauf hin, dass der Begriff „recht viele Personen“ so zu verstehen ist, dass dieser eine *bestimmte Mindestschwelle* beinhalte, sodass eine allzu kleine oder gar unbedeutende Mehrzahl betroffener Personen keine Öffentlichkeit im urheberrechtlichen Sinn bilden. Es handelt sich somit in Wahrheit um eine *de minimis*-Regelung. Aus der ständig wiederholten, unglücklichen Formulierung der „recht vielen Personen“ könnte man jedoch geradezu das Gegenteil ableiten. Nämlich, dass, wie der Wortsinne dieser Formulierung nahelegt, ziemlich viele Personen an einem Ort anwesend sein müssen, damit diese eine Öffentlichkeit im urheberrechtlichen Sinn bilden. Diese Einschränkung steht im klaren Widerspruch zu Art. 11<sup>bs</sup> RBÜ, der eine derartige restriktive Definition des Begriffs öffentliche Wiedergabe nicht zulässt. Es wäre wohl sinnvoller, wenn der EuGH sich zu einer *de minimis*-Schwelle (z.B. mindestens 30 Personen) durchringt, um von dieser unglücklichen und unrichtigen Formulierung „recht viele Personen“ wegzukommen.

Nur der Vollständigkeit halber soll hier darauf hingewiesen werden, dass auch das in verschiedenen EuGH-Entscheidungen verwendete Kriterium der gewerblichen Nutzung für das Vorliegen einer urheberrechtlich relevanten Öffentlichkeit unerheblich ist. Auch dieses vermeintliche Kriterium für das Vorliegen einer urheberrechtlich relevanten Öffentlichkeit geht auf eine ergänzende Argumentation in der EuGH-Entscheidung *SGAE/Rafael Hoteles* zurück. In dem Bemühen, seine Entscheidung auf möglichst viele Argumente zu stützen, führte der EuGH aus,<sup>29</sup> dass im Übrigen das Aufstellen eines Fernsehempfangsgerätes in einem Hotel eine zusätzliche Dienstleistung darstelle, die erbracht werde, um daraus einen gewissen Nutzen zu ziehen. Das Angebot dieser Dienstleistung wirke sich auf den Standard des Hotels und damit den Preis der Zimmer aus. Damit sei der Nachweis erbracht, dass die Wiedergabe unter Umständen, wie sie im Ausgangsverfahren vorliegen, Erwerbszwecken diene.

Aus dieser ergänzenden Argumentation leitete sodann die Dritte Kammer in der EuGH-Entscheidung *SCF/Del Corso* unrichtigerweise ab,<sup>30</sup> dass die kumulativ-sukzessive Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Rundfunk- sendungen an eine unbegrenzte Anzahl von Patienten

einer Arztpraxis keine öffentliche Wiedergabe darstelle, da diese Wiedergabe „nicht den Charakter eines Erwerbszwecks“ habe. Die Generalanwältin *Trstenjak* hat in ihrem überaus fundierten Schlussantrag<sup>31</sup> zu Recht betont, dass es für das Vorliegen einer öffentlichen Wiedergabe nicht darauf ankommt, ob der Nutzer damit eine Erwerbsabsicht verfolgt.<sup>32</sup> Die Generalanwältin hatte darauf hingewiesen, dass die Mitgliedstaaten gemäß Art. 5 Abs. 3 lit. a, b und j der Info-RL Ausnahmen und Beschränkungen vom Recht der öffentlichen Wiedergabe vorsehen können, sofern es sich um bestimmte privilegierte Nutzungen (z.B. Unterrichtszwecke, Nutzung durch behinderte Personen, etc.) handelt, soweit dies zur Verfolgung nichtkommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass auch nichtkommerzielle Nutzungen urheberrechtlich relevant sein können, wenn diese nicht den soeben genannten privilegierten Zwecken dienen.

Das Kriterium der gewerblichen Nutzung für das Vorliegen des Vorliegens einer urheberrechtlich relevanten Öffentlichkeit steht in Widerspruch zu Art. 11<sup>bs</sup> RBÜ, der ein derartiges Kriterium weder vorsieht noch zulässt. Die Große Kammer des EuGH hat dies in der Entscheidung *Reba Training/GEMA*<sup>33</sup> nicht ausdrücklich bestätigt, jedoch insofern abgeschwächt, als sie darauf hingewiesen hat, dass der gewerbliche Charakter für die Höhe der für eine solche Verbreitung gegebenenfalls geschuldeten Vergütung berücksichtigt werden kann. Dies ist richtig und unbestritten. Die vierte Vorlagefrage des Landgerichts Köln, das sich erlaubt hat, ausdrücklich nachzufragen, ob der EuGH seine Rechtsprechung in der Entscheidung *SCF/Del Corso* aufrechterhält, wurde leider nur implizit<sup>34</sup> dahingehend beantwortet, dass dies nicht der Fall ist.

## V. Fazit

Der EuGH hat zur Bestimmung des Vorliegens oder Nichtvorliegens einer urheberrechtlich relevanten „Öffentlichkeit“ eine Vielzahl von Parametern entwickelt. Diese sind zum Teil unbestimmt (z.B. „recht viele Personen“) und zum Teil ungeeignet (z.B. gewerbliche Nutzung). Dies führt zu einer inkohärenten und nahezu unvorhersehbaren Entscheidungspraxis des EuGH in Bezug auf das Vorliegen einer urheberrechtlich relevanten „Öffentlichkeit“. Der EuGH würde gut daran tun, sich auf einige wenige, jedoch gut ausformulierte Kriterien zu beschränken, die in Übereinstimmung mit Art. 11<sup>bs</sup> RBÜ stehen. Dies würde zu einer größeren Rechtssicherheit und damit zu einem reibungsloseren Austausch von urheberrechtlich geschützten Waren und Dienstleistungen in der Gemeinschaft führen.

<sup>26</sup> *Dittrich*, Österreichisches und internationales Urheberrecht, § 18 E 2; OGH, 4 Ob 249/03a, ÖBl 2004/58, 226 m. Anm. *Gamerith* = MR 2004, 262 m. Anm. *Walter* = GRUR Int. 2005, 730 – Radiogerät.

<sup>27</sup> EuGH, GRUR Int. 2007, 316, Rdnr. 38 – *SGAE/Rafael Hoteles*.

<sup>28</sup> EuGH, GRUR Int. 2016, 692, Rdnr. 43 – *Reba Training/GEMA*.

<sup>29</sup> EuGH, GRUR Int. 2007, 316, Rdnr. 44 – *SGAE/Rafael Hoteles*.

<sup>30</sup> EuGH, Urt. v. 15.3.2012, Rs. C-135/10, GRUR Int. 2012, 440, Rdnr. 88, 91, 99, 100 – *SCF/Del Corso*.

<sup>31</sup> EuGH, Rs. C-135/10, Schlussanträge der Generalanwältin *Trstenjak* vom 29.6.2011, Rdnr. 131 ff., BeckEuRS 2011, 620040.

<sup>32</sup> Die öffentliche Wiedergabe eines urheberrechtlich geschützten Werkes mithilfe eines Rundfunkempfangsgeräts vor mehreren hundert Personen im Rahmen einer politischen Wahlveranstaltung stellt auch dann eine öffentliche Wiedergabe gemäß Art. 3 Abs. 1 der Info-RL dar, wenn sie keinen gewerblichen, sondern politischen Zwecken dient.

<sup>33</sup> EuGH, GRUR Int. 2016, 692, Rdnr. 63 – *Reba Training/GEMA*.

<sup>34</sup> EuGH, GRUR Int. 2016, 692, Rdnr. 66 – *Reba Training/GEMA*.