

Recht der öffentlichen Werkwiedergabe im harmonisierten Urheberrecht

by **Helmut Haberstumpf***

Abstract: This article analyses the criteria which the European Court applies to interpret the right of communication to the public. It shows that the criteria that determine the concepts “public” and “act of communication” are not adequate to outline this right. The concept “public” remains vague because the applied criteria do not make clear under which conditions an act of communication is directed to a private or public group. The concept “act of communication” is unspecific because it fails to distinguish the right of communication to the public from the distribution right. The jurisdiction of the European Court neglects to acknowledge that the granted exclusive rights of authors are not only rights to prohibit the use of their works, but primarily to authorize them. Authors should be able to control the exploitation of their works and negotiate a fair remuneration. It is to be hoped that the recently adopted Directive 2019/790 on copyright and related rights in the Digital Single Market, which harmonizes the European copyright contract law, will help to eliminate these deficits.

Dieser Beitrag unterzieht die Kriterien in der Rechtsprechung des EuGH zum Recht der öffentlichen Wiedergabe einer kritischen Analyse. Es soll gezeigt werden, dass die zum Begriff der Öffentlichkeit und der Wiedergabe entwickelten Einzelkriterien nicht geeignet sind, dieses Recht adäquat zu konturieren. Der Begriff der Öffentlichkeit bleibt unbestimmt, da die dafür entwickelten Kriterien keinen Beitrag dazu leisten, wann sich eine Wiedergabe an eine private oder öffentliche Gruppe richtet. Der Begriff der Wiedergabe ist konturlos, da er keine Abgrenzung zum Verbreitungsrecht liefert und vernachlässigt, dass auch die Verwertungsrechte des europäischen Rechts primär Erlaubnisrechte sind, die es dem Urheber ermöglichen sollen, die wirtschaftliche Verwertung seines geschützten Werkes zu steuern und eine angemessene Vergütung für dessen Nutzung aushandeln zu können. Es ist zu hoffen, dass die gerade verabschiedete neue Richtlinie 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, die erstmals das Urhebervertragsrecht harmonisiert, diese Defizite beseitigt.

Keywords: File-Sharing; Framing; Hyperlinks; Inhaltsplattformen; Linksetzung; Öffentlichkeit; Öffentliche Wiedergabe; Private Wiedergabe; Öffentliches Zugänglichmachen; Sendung; Störerhaftung; Täterhaftung; Wiedergabe

© 2019 Helmut Haberstumpf

Everybody may disseminate this article by electronic means and make it available for download under the terms and conditions of the Digital Peer Publishing Licence (DPPL). A copy of the license text may be obtained at <http://nbn-resolving.de/urn:nbn:de:0009-dppl-v3-en8>.

Recommended citation: Helmut Haberstumpf, Recht der öffentlichen Werkwiedergabe im harmonisierten Urheberrecht, 10 (2019) JIPITEC 187 para 1

A. Einleitung

1 Der Verteilungskampf um die Gewinne, die mit der öffentlichen Wiedergabe von geschützten Werken und Leistungen im Internet erzielt werden, tritt in eine heiße Phase. Selten hat es ein urheberrechtliches Thema geschafft, die Schlagzeilen der Medien und der öffentlichen Diskussion derart zu beherrschen, wie die Auseinandersetzungen um die neue Richtlinie über

das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt zeigen. Sie ist am 17.4.2019 durch die endgültige Zustimmung des Rates In Kraft getreten.¹ Mit ihren vertragsrechtlichen

* Prof. Dr. jur., Vorsitzender Richter am LG a.D.

1 Richtlinie 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17.4.2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt, ABL. EU 2019 Nr. L 130, S. 92.

Bestimmungen will sie eine schmerzliche Lücke im europäischen Urheberrecht schließen und dazu beitragen, dass die ins Hintertreffen geratenen Urheber und Leistungsschutzberechtigten einen angemessenen Anteil am Kuchen bekommen können. In diesem Beitrag soll zwar nicht näher auf die Regelungen der neuen Richtlinie eingegangen, sondern versucht werden, das Recht der öffentlichen Wiedergabe in der Rechtsprechung des EuGH darzustellen.² Als Fazit wird sich jedoch ergeben, dass die am meisten umstrittene Vorschrift des Art. 17 der Richtlinie, nach der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten wie YouTube, Twitter, Facebook und Co. für Urheberrechtsverletzungen unmittelbar haften und verpflichtet sein sollen, die Erlaubnis der Rechtsinhaber zu fairen und angemessenen Bedingungen einzuholen, eigentlich eine urheberrechtliche Selbstverständlichkeit zum Ausdruck bringt, die sich bereits aus dem bisher geltenden Recht der öffentlichen Wiedergabe ableiten lässt.

B. Die Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Recht der öffentlichen Werkwiedergabe

- 2 Das Recht der öffentlichen Wiedergabe von Werken ist in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG (InfoSoc-RL) geregelt. Es ist wie das Vervielfältigungs- und das Verbreitungsrecht nach Art. 2 und 4 InfoSoc-RL europaweit im Sinn eines Maximalschutzes harmonisiert. Soweit der Anwendungsbereich der Richtlinie reicht, darf deren Schutzniveau weder über- noch unterschritten werden.
- 3 Da der Begriff der öffentlichen Wiedergabe in Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL nicht definiert und auch nicht durch beispielhafte Aufzählung von Einzelrechten näher erläutert ist, kommt dem EuGH die maßgebende Rolle zu, seinen Sinn und die Tragweite mit Blick auf die Ziele der Richtlinie und den Zusammenhang, in dem er steht, zu konturieren. Dies hat er seit etwas über einem Jahrzehnt in einer sich steigernden Zahl an Entscheidungen versucht, deren Begründungen häufig vom traditionellen Rechtsverständnis in Deutschland und in anderen Mitgliedstaaten abweichen und uns nach Ansicht vieler Kommentatoren zwingen, sich von vertraut gewordenen Grundsätzen zu verabschieden. Verkrustete Dogmen aufzubrechen und mit europaweit einheitlichen Lösungen auf die Herausforderungen zu reagieren, die neuartige

wirtschaftliche und technische Rahmenbedingungen an das Urheberrecht stellen, ist zwar begrüßenswert. Das Problem aber ist, dass es schwer fällt, in der Rechtsprechung des EuGH einheitliche und widerspruchsfreie Entwicklungslinien zu erkennen, die aufzeigen, wohin die Reise geht. Wenn man versucht, das harmonisierte Recht der öffentlichen Wiedergabe aus der Sicht des EuGH zu skizzieren, kann man deshalb nicht darauf vertrauen, dass ein einigermaßen festes Fundament vorhanden ist, von dem aus es weiter entwickelt werden könnte. Oft werfen die aufgestellten Grundsätze und Begründungen mehr Fragen auf als sie beantworten und können in der nächsten Entscheidung bereits wieder in Frage gestellt sein.

I. Die Entscheidung „Football Association Premier League“

- 4 Die entscheidenden Weichen wurden in der Entscheidung des EuGH „Football Association Premier League“ gestellt,³ wo es u.a. um die Frage ging, ob der Begriff der öffentlichen Wiedergabe im Sinn von Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL auch die Übertragung durch Rundfunk gesendeter Werke – hier von Fußballspielen – über einen Fernseh Bildschirm und Lautsprecher für die sich in einer Gastwirtschaft aufhaltenden Gäste umfasst. Dass der EuGH eine öffentliche Wiedergabe durch den Gastwirt bejahte, ist im Ergebnis zutreffend und nicht besonders aufregend. Insoweit befindet er sich nämlich im Einklang mit dem internationalen Urheberrecht gem. Art. 11^{bis} Abs. 1 Nr. 3 RBÜ. Auch in Deutschland ist die Rechtslage klar. Das in § 22 UrhG definierte Recht, Funksendungen durch Bildschirm, Lautsprecher oder ähnliche technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen, ist als Zweitverwertungsrecht konzipiert, dem eine Funksendung vorausgeht. Ein Gastwirt, der im Gastraum sein Fernsehgerät einschaltet und eine bestimmte Sendung auswählt, macht sie über den Bildschirm und Lautsprecher für die anwesenden Gäste wahrnehmbar. Wenn nicht gerade eine Veranstaltung einer geschlossenen Gesellschaft stattfindet, sind sie Mitglieder der Öffentlichkeit gem. § 15 Abs. 3 S. 2 UrhG, da sie normalerweise nicht untereinander und auch nicht zum Gastwirt durch persönliche Beziehungen verbunden sind.
- 5 Bemerkenswert an der Entscheidung des EuGH ist aber, mit welcher Begründung er diesen Vorgang unter Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL subsumiert. Ausgehend u.a. von Art. 11^{bis} Abs. 1 Nr. 3 RBÜ zieht er den Schluss, dass der Begriff der öffentlichen Wiedergabe weit zu verstehen ist und jede Übertragung geschützter Werke unabhängig von dem eingesetzten technischen

² Eine aktuelle Übersicht geben v. Ungern-Sternberg GRUR 2019, 1 ff.; Grünberger ZUM 2019, 281, 288 f. Vgl. auch Hofmann, UFITA 2/2018, 334 ff.

³ EuGH GRUR 2012, 156.

Mittel oder Verfahren umfasst,⁴ also sowohl das öffentliche Wahrnehmbarmachen des Werkes als auch dessen Sendung. Ersteres tut der Gastwirt, indem er absichtlich den dort anwesenden Gästen über einen Fernseh Bildschirm und Lautsprecher den Zugang zu einer Rundfunksendung gewährt. Damit diese Art der Wiedergabe eine öffentliche ist, müsse sie allerdings für ein „neues Publikum“ übertragen werden, d.h. für ein Publikum, das von den Urhebern der geschützten Werke nicht berücksichtigt worden sei, als sie deren Nutzung für das ursprüngliche Publikum zugestimmt hätten. Da nach Ansicht des EuGH die Urheber, wenn sie die Sendung 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, sei das vom Gastwirt im Gastraum erreichte Publikum ein neues (öffentliches) Publikum.⁵ In diese Argumentation schleicht sich hier bereits ein Denkfehler ein, der sich durch die nachfolgende Rechtsprechung des EuGH durchzieht und sich insbesondere bei der Setzung eines Links auf fremde Webseiten im Internet bemerkbar macht. Zum Tatbestand einer erlaubnispflichtigen Sendung gehört nach völlig unbestrittener Ansicht nämlich der Empfang nicht, was der Gerichtshof im Übrigen in Rn. 171, 194 dieses Urteils und einer Reihe weiterer Entscheidungen⁶ ausdrücklich betont. Wenn also der Urheber einer Rundfunkanstalt eine Sendeerlaubnis erteilt, gestattet er ihr, Sendesignale, die sein Werk enthalten, auszusenden, und Personen, die über geeignete Empfangsanlagen verfügen, gleichzeitig den Empfang zu ermöglichen, gleichgültig, ob ihre Empfangsanlagen überhaupt in Betrieb sind und ob sie Privatpersonen, Gebäudeeigentümer, Gastwirte, Hoteliers, Justizvollzugsanstalten, Betreiber von Altenheimen, Unternehmer, Behörden usw. sind. Wenn er nur die Sendung an Privatpersonen erlauben würde, müssten Sendeunternehmen jeweils sicherstellen, dass die Sendesignale nur von Privatpersonen empfangen werden können. Das macht aber normalerweise kein Sendeunternehmen und entspricht auch nicht dem Interesse und dem Willen der Beteiligten. Die Sendeerlaubnis bezieht sich deshalb nicht darauf, was Empfänger der Sendung mit ihr machen. Für die Frage, ob sie eine von der Sendung unabhängige eigenständige urheberrechtlich relevante Handlung vornehmen, ist vielmehr allein entscheidend, ob sie einen Tatbestand der gesetzlich gewährten Verwertungsrechte verwirklichen, was der EuGH im Fall des Gastwirts im Ergebnis auch zutreffend bejaht.

4 EuGH GRUR 2012, 156 Rn. 193 – Football Association Premier League.

5 EuGH GRUR 2012, 156 Rn. 198 f. – Football Association Premier League.

6 Z.B. EuGH GRUR 2013, 500 Rn. 28 – ITV Broadcasting/TVC.

6 Mit diesem Ergebnis handelt er sich jedoch die Schwierigkeit ein, dass nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers in Erwägungsgrund 23 InfoSoc-RL eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 nur solche Wiedergaben an Personen der Öffentlichkeit umfassen soll, die am Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend sind. Am Ort der Wiedergabe im Gastraum sind die Gäste aber notwendig anwesend, weil sie sonst nicht auf den Fernseh Bildschirm blicken könnten. Um diese Hürde zu überwinden, argumentiert der EuGH, dass Erwägungsgrund 23 sich nur auf persönliche Darbietungen – etwa durch einen Vortrag oder eine musikalische Aufführung durch Interpreten entsprechend § 19 Abs. 1 und 2 UrhG – beziehe und die Gäste am Ort, wo die Sendung durch die ausstrahlende Rundfunkanstalt ihren Ursprung genommen habe, nicht anwesend seien. Damit wird der Ort der Wiedergabe vom Gastraum zu dem Ort vorverlagert, wo das Sendeunternehmen seine Signale ausgestrahlt hat. Konsequenz weitergedacht, würde das im Widerspruch zum Ergebnis des EuGH allerdings bedeuten, dass die nachfolgende Wiedergabe durch den Gastwirt nur ein Teilaspekt der Sendung wäre und die Sendeerlaubnis des Urhebers auch die im Gastraum versammelten Gäste einbeziehen würde. Die Gäste wären dementsprechend kein neues Publikum. Zu seinem richtigen Ergebnis kommt der EuGH somit mit einem falschen Argument.

7 Aus dieser Begründung wird deutlich, dass der Gerichtshof den Anwendungsbereich der InfoSoc-RL verlässt und das Recht der öffentlichen Wiedergabe als ein generalklauselartiges Recht auffasst, das mit Ausnahme der Wiedergabe durch persönliche Darbietung alle Wiedergabearten, durch die ein Werk mittels technischer Einrichtungen einer *anwesenden* Öffentlichkeit wahrnehmbar gemacht wird, sowie alle Vorgänge umfasst, durch die es drahtgebunden oder drahtlos am Ort der Wiedergabe *abwesenden* Mitgliedern der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird. Übersetzt in die Terminologie des UrhG umfasst es damit das Vorführungsrecht des § 19 Abs. 4, das Recht der Wiedergabe durch Bild- und Tonträger gem. § 21, das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a, der Sendung gem. §§ 20 bis 20b und das Recht der Wiedergabe von Funksendungen und öffentlicher Zugänglichmachung nach § 22 UrhG.

II. Konkretisierung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe

8 Welche Handlungen im Einzelfall unter dieses Recht fallen, hat der EuGH in einer Reihe von Folgeentscheidungen konkretisiert. In ständiger Rechtsprechung geht er inzwischen von folgenden Grundsätzen aus. Sie sind umfassend in der neueren

Entscheidung „Filmspeler“⁷ zusammengestellt.

- (1) Mit Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL verfügen die Urheber über ein Recht vorbeugender Art, das es ihnen erlaubt, sich bei Nutzern ihrer Werke vor der öffentlichen Wiedergabe, die diese Nutzer durchzuführen beabsichtigen, einzuschalten, und zwar, um diese zu verbieten.⁸
- (2) Der weit auszulegende Begriff „öffentliche Wiedergabe“ erfordert eine individuelle Beurteilung.⁹
- (3) Der Begriff vereint zwei kumulative Tatbestandsmerkmale, nämlich eine Handlung der Wiedergabe und eine öffentliche Wiedergabe.¹⁰
- (4) Um zu beurteilen, ob ein Nutzer eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe vornimmt, sind eine Reihe weiterer Kriterien zu berücksichtigen, die unselbstständig und miteinander verflochten sind. Sie sind deshalb einzeln und in ihrem Zusammenwirken mit den anderen Kriterien anzuwenden, da sie im jeweiligen Einzelfall in sehr unterschiedlichem Maß vorliegen können.¹¹
- (5) Dem Nutzer kommt die zentrale Rolle zu. Er nimmt eine Wiedergabe vor, wenn er in voller Kenntnis der Folgen seines Handelns tätig wird, um seinen Kunden Zugang zu einem geschützten Werk zu verschaffen, und zwar insbesondere dann, wenn ohne dieses Tätigwerden die Kunden das ausgestrahlte Werk grundsätzlich nicht empfangen können.¹²
- (6) Er muss sich gezielt an das Publikum richten, das in der einen oder anderen Weise für die Wiedergabe aufnahmebereit ist und nicht bloß zufällig „erreicht“ wird.¹³
- (7) „Öffentlichkeit“ bedeutet begrifflich eine unbestimmte Zahl potenzieller Leistungsempfänger, die keiner privaten Gruppe angehören dürfen¹⁴ und die ferner aus recht

vielen Personen bestehen müssen.¹⁵

- (8) Zur Bestimmung dieser Zahl kommt es nicht nur darauf an, wie viele Personen gleichzeitig Zugang zu demselben Werk haben, sondern auch darauf, wie viele von ihnen in der Folge Zugang zu diesem Werk haben.¹⁶
- (9) Nicht unerheblich ist es, ob eine Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL Erwerbszwecken dient.¹⁷
- (10) Für die Einstufung als öffentliche Wiedergabe ist es schließlich erforderlich, dass ein geschütztes Werk unter Verwendung eines technischen Verfahrens, das sich von dem bisher verwendeten unterscheidet, oder ansonsten für ein „neues Publikum“ wiedergegeben wird, d.h. für ein Publikum, an das die Inhaber des Urheberrechts nicht gedacht hatten, als sie die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe erlaubten.¹⁸

1. Begriff der Öffentlichkeit

- 9 Auf den ersten Blick sieht das wie ein praxistauglicher Katalog einzelner Tatbestandsmerkmale aus, deren systematische Durchprüfung zu einem mehr oder weniger eindeutigen Ergebnis führt. Dieser Eindruck trägt aber leider, weil der EuGH schon die unter den Kriterien (6) bis (10) angesprochenen nach Kriterium (4) unselbstständigen, miteinander verflochtenen und für den *Begriff der Öffentlichkeit* maßgebenden Einzelkriterien nicht einheitlich und widerspruchsfrei anwendet. So bezeichnet er in der Entscheidung „ITV Broadcasting/TVC“¹⁹ das Kriterium der Verfolgung eines Erwerbszwecks explizit als unerheblich, misst ihm aber andererseits in der Entscheidung „GS Media/Sanoma“²⁰ die ganz entscheidende Bedeutung bei. Einerseits ist die *einmalige* Übertragung eines Fußballspiels in einer Gaststätte eine öffentliche Wiedergabe, auch wenn sich in ihr gerade niemand, nur wenige Personen oder für Fußball nicht aufnahmebereite Personen, z.B. Frauen, aufhalten, während dies bei der Wiedergabe von Musiksendungen im Wartezimmer eines Zahnarztes nicht der Fall sein soll,²¹ obwohl

7 EuGH GRUR 2017, 610.

8 EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 25 – Stichting Brein/Wullems (Filmspeler).

9 EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 28 – Stichting Brein/Wullems (Filmspeler) unter Berufung auf EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 33 – GS Media/Sanoma.

10 EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 29 – Stichting Brein/Wullems (Filmspeler).

11 EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 30 – Stichting Brein/Wullems (Filmspeler).

12 EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 31 – Stichting Brein/Wullems (Filmspeler).

13 EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 91 – SCF.

14 EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 85 – SCF.

15 EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 32 – Stichting Brein/Wullems (Filmspeler).

16 EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 87 – SCF.

17 EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 34 – Stichting Brein/Wullems (Filmspeler).

18 EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 47 – Stichting Brein/Wullems (Filmspeler).

19 EuGH GRUR 2013, 500 Rn. 43.

20 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 51.

21 EuGH GRUR 2012, 593 Rn. 95 ff. – SCF. *Grünberger* ZUM 2019, 281, 294, meint mit Recht, dass diese Entscheidung als „Ausrutscher“ betrachtet werden sollte.

Zahnärzte und ihr Sprechstundenpersonal sicherlich anderes zu tun haben, als jeden Tag ein neues individuelles Musikprogramm zusammenzustellen, sondern erfahrungsgemäß einen bestimmten Musiksender oder Tonträger wählen, womit bestimmte Musikstücke immer wieder übertragen werden, so dass gemäß Kriterium (8) in der Folge recht viele Patienten einschließlich ihrer Begleitpersonen in den Genuss *derselben* Musikwerke kommen. Anders soll es dagegen wieder sein, wenn Sendungen in Behandlungs- und Wartezimmern eines Reha-Zentrums über bereitgestellte Fernseh- oder Radiogeräte den dort befindlichen Personen wahrnehmbar gemacht werden.²²

- 10 Wie die vom EuGH entwickelten Einzelkriterien zum Begriff der Öffentlichkeit im Einzelfall zu gewichten sind und wie sie zusammenspielen, bleibt unklar, sodass mit ihnen jedes beliebige Ergebnis begründet werden könnte. Der wesentliche Grund liegt meines Erachtens darin, dass sie keinen Beitrag dazu leisten, wann die Personen, an die sich der wiedergebende Nutzer nach den Kriterien (5) und (6) gezielt richtet, Personen der Öffentlichkeit oder Personen sind, die einer privaten Gruppe angehören. Anders als § 15 Abs. 3 S. 2 UrhG definiert der EuGH den Begriff der privaten Gruppe nämlich nicht, sondern setzt ihn in Kriterium (7) als bekannt voraus. Stattdessen weist er nur vage daraufhin, dass Personen der Öffentlichkeit Personen „allgemein“ sein müssen, die ferner aus recht vielen Personen bestehen. Wenn man aber weiß, welche Eigenschaften Personen einer privaten Gruppe haben, dann weiß man auch, welche Personen keine private Gruppe sind, sondern eine Öffentlichkeit bilden. Deren Zahl und die weiteren Kriterien des EuGH spielen dann keine Rolle mehr. In der Tat sind sie weder einzeln noch in ihrer Kumulation notwendig und hinreichend für die Annahme von Öffentlichkeit und erweisen sich damit letztlich als irrelevant. Die Anzahl geladener Gäste auf einer großen Hochzeitsfeier kann recht viele Personen umfassen, ohne dass man am privaten Charakter dieser Veranstaltung zweifeln könnte.²³ Umgekehrt bleibt eine als öffentlich angekündigte Musikaufführung eine öffentliche, auch wenn sich am Veranstaltungsort recht wenige Personen einfinden. Aufnahmebereitschaft kann bestehen oder fehlen, gleichgültig, ob die Adressaten und Teilnehmer einer privaten oder öffentlichen Gruppe angehören. Auch das Verfolgen eines Erwerbszwecks ist irrelevant. Das Fehlen eines Erwerbszwecks beim Wiedergebenden etwa bei Wohltätigkeitsveranstaltungen i.S.v. § 52 UrhG²⁴

schließt Öffentlichkeit nicht aus, wie umgekehrt eine private Gruppe eine private Gruppe bleibt, wenn sie dem Veranstalter der Wiedergabe ein Entgelt zahlen muss. Schließlich trägt auch das Kriterium (10) des neuen Publikums zur Bestimmung des Begriffs der Öffentlichkeit nichts bei, weil es implizit voraussetzt, dass das neue Publikum ein öffentliches ist.

- 11 Dass auch nur *eine einzige Person* ein Mitglied der Öffentlichkeit sein kann, ergibt sich ferner aus Art. 4 Abs. 1 InfoSoc-RL (§ 17 Abs. 1 UrhG), wo die Verbreitung eines Werkexemplars durch Verkauf, Eigentums- und Besitzübertragung²⁵ notwendig nur an eine Einzelperson erfolgt. Die Kriterien (7) und (8) können deshalb die Regel des § 15 Abs. 3 S. 2 UrhG nicht ersetzen. Aus dieser Diagnose möchte ich folgenden Therapieversuch ableiten: Die Kriterien des EuGH zum Begriff der Öffentlichkeit sollten so angewendet werden, dass sie im Einklang mit dem überkommenen Verständnis des Begriffs der Öffentlichkeit nach § 15 Abs. 3 UrhG stehen.²⁶ Dem Nutzer, der in voller Kenntnis der Folgen seines Handelns das Werk einem anwesenden Publikum wahrnehmbar oder einem abwesenden Publikum zugänglich macht, kommt entsprechend Kriterien (5) und (6) die Rolle zu, zu bestimmen, um welchen Personenkreis es sich handelt (s. § 15 Abs. 3 S. 1 UrhG). Ob dieses Publikum ein öffentliches oder privates ist, richtet sich nach § 15 Abs. 3 S. 2 UrhG. Ist es ein öffentliches, muss es sich um eine Mehrzahl von Personen handeln, um eine Abgrenzung zum Verbreitungsrecht des Art. 4 InfoSoc-RL bzw. § 17 UrhG zu erreichen, das sich auf die Eigentums- oder Besitzübertragung von einzeln identifizierbaren Werkexemplaren bezieht, die dem Erschöpfungsgrundsatz unterliegen. Mit einem einzelnen Akt der unkörperlichen Wiedergabe können dagegen gleichzeitig oder in der Folge eine Vielzahl von Personen erreicht werden. Erschöpfung im Hinblick auf nachfolgende Akte gleicher Art tritt deshalb nach Art. 3 Abs. 3 InfoSoc-RL nicht ein.

2. Begriff der Wiedergabe

- 12 Wirklich neue Wege beschreitet der EuGH dagegen bei seinen Bemühungen, dem grundlegenden Begriff der Wiedergabe Konturen zu verleihen. Um ihn zu umreißen, stellt der Gerichtshof in Kriterium (5) auf die zentrale Rolle des Nutzers ab. Dieser nimmt eine Wiedergabe vor, wenn er absichtlich, d.h. in voller Kenntnis der Folgen seines Handelns seinen Kunden Zugang zu geschützten Werken gewährt. Das ist nach der Entscheidung „Football

22 EuGH GRUR 2016, 684 Rn. 65, 47 – Reha-Training; ebenso BGH GRUR 2018, 608 Rn. 34 ff. – Krankenhausradio.

23 So AG Bochum GRUR-RR 2009, 166 f., im Hinblick auf 600 geladene Gäste einer türkischen Hochzeit.

24 Entsprechende Ausnahmebestimmungen enthält die InfoSoc-RL in Art. 5 Abs. 2 Buchst. e, Abs. 3 Buchst. b und g.

25 S. EuGH GRUR 2008, 604 Rn. Rn. 33 ff. – Le-Corbusier-Möbel.

26 Zur Streichung dieser Vorschrift, wie es *v. Ungern-Sternberg*, in Schrickler/Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 15 Rn. 354, befürwortet, besteht daher keine Veranlassung.

Association Premier League“ der Fall, wenn er Werke einem anwesenden Publikum mittels technischer Einrichtungen wahrnehmbar macht oder wenn er Sendesignale ausstrahlt, die von einem abwesenden Publikum empfangen werden können. Dazu zählt nach dem Wortlaut des Art. 3 Abs. 1 und 2 InfoSoc-RL auch das Zugänglichmachen eines Werkes etwa über eine Internetseite, von der es von einem abwesenden Publikum von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl abgerufen werden kann.

- 13 Dabei hat der EuGH es aber in einer Reihe von Nachfolgeentscheidungen nicht belassen, sondern den Begriff auf Sachverhalte ausgedehnt, in denen der Nutzer ein Werk weder wahrnehmbar macht, noch sendet oder auf einer Webseite zum Abruf durch Personen von Orten und Zeiten ihrer Wahl zugänglich macht. Ein erstes Beispiel ist die Entscheidung „Phonographic Performance (Ireland)“,²⁷ wo er entgegen Erwägungsgrund 27 der InfoSoc-RL das bloße Bereitstellen von bespielten Bild- oder Tonträgern zusammen mit geeigneten Abspielgeräten in Hotelzimmern als eine Wiedergabehandlung des Hoteliers wertet. Dieser sendet nämlich die auf den Trägern befindlichen Werke nicht in die Hotelzimmer und macht sie auch nicht wahrnehmbar. Letzteres macht vielmehr der Gast, wenn er den Träger in das Wiedergabegerät einlegt und dieses einschaltet. Ein anderes Beispiel ist das Setzen eines offen verweisenden Hyperlinks durch eine Suchmaschine auf eine fremde Webseite, auf der Werke ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers für alle Internetnutzer frei zugänglich sind, wie es in den Entscheidungen „Svensson/Retriever Sverige“²⁸ und „GS Media/Sanoma“²⁹ geschehen ist. In letzterem Fall hatte der Generalanwalt³⁰ meines Erachtens zu Recht noch dafür plädiert, dass die Handlung des Linksetzers kein „act of communication“ i.S.v. Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL sei, weil er nur auf eine Webseite verweise und deren Inhalte nicht selbst zugänglich macht. Dieser Auffassung ist der EuGH jedoch nicht gefolgt und hat dahingehend differenziert, ob der Linksetzer eine Einzelperson oder ein Unternehmer ist, der mit Gewinnerzielungsabsicht tätig wird.³¹ Im ersteren Fall sei zu vermuten, dass die Einzelperson nicht wisse oder vernünftigerweise nicht wissen könne, dass auf der fremden Webseite Werke ohne Erlaubnis des Urheberrechtsinhabers veröffentlicht wurden, sie handele daher im Allgemeinen nicht in voller Kenntnis ihres Tuns. Bei einem Linksetzer mit Gewinnerzielungsabsicht sei dagegen zu vermuten, dass er die Kenntnis i.S.v. Kriterium (5) hat. Auch der bloße Verkauf eines multimedialen Abspielgerätes

soll nach der Entscheidung „Filmspeler“³² eine Wiedergabehandlung sein, wenn auf ihm sog. Add-ons vorinstalliert sind, die Hyperlinks auf frei zugängliche Webseiten enthalten, auf denen geschützte Werke zum Teil ohne Erlaubnis der Rechtsinhaber öffentlich zugänglich gemacht werden, und damit sogar noch geworben wird. In diesem Zusammenhang gehört schließlich auch die Entscheidung „The Pirate Bay“³³, in der der Gerichtshof das Betreiben einer File-Sharing-Plattform als Wiedergabehandlung ansah, obwohl der Betreiber der Plattform die getauschten Werke nicht selbst zugänglich macht, sondern ihre Nutzer, die mehrheitlich ohne Erlaubnis der Urheber handeln.

- 14 Aus den aufgeführten Beispielen lässt sich deutlich die Tendenz ablesen, den Tatbestand des Rechts auch auf Handlungen zu erweitern, die mit einer fremden rechtswidrigen Urheberrechtsverletzung in einem Zusammenhang stehen und für die nach deutschem Recht eine differenzierte Störerhaftung eintreten würde. Das generalklauselartige Recht der öffentlichen Wiedergabe wird auf diese Weise als ein rein deliktisches Haftungsmodell, als ein System von Verbotensrechten, interpretiert, in das jede Person als *Täter einer Urheberrechtsverletzung* einbezogen ist, für die es gerechtfertigt und geboten ist, sie irgendwie auf Unterlassung, Beseitigung oder Schadensersatz im Zusammenhang mit einer rechtswidrigen Urheberrechtsverletzung in Haftung zu nehmen. Darauf weist insbesondere auch Kriterium (1) hin, wo der Gerichtshof das Recht der öffentlichen Wiedergabe als Recht vorbeugender Art bezeichnet, das es Urhebern erlaubt, vor der Nutzung durch andere sich einzuschalten, und zwar *um diese zu verbieten*. Diese Auslegung von Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL im Sinne eines deliktischen täterschaftlichen Haftungsmodells hat im deutschen Schrifttum vielfach Anhänger gefunden,³⁴ die u.a. darauf verweisen, dass der BGH im Bereich des Wettbewerbsrechts mit der Entscheidung „Jugendgefährdende Medien bei eBay“³⁵ einen ähnlichen Weg eingeschlagen hat. Für diesen Ansatz kann ins Feld geführt werden, dass es sich bei den Fällen „Filmspeler“ und „The Pirate Bay“ um besonders krasse Beispiele handelte, in denen es nicht akzeptabel gewesen wäre, die in Anspruch Genommenen ungeschoren davon kommen zu lassen. Er hat schließlich den Vorteil, dass man in weiterem Umfang als nach der Rechtsprechung

27 EuGH GRUR 2012, 597.

28 EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 30 f.

29 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 40 ff.

30 BeckRS 2016, 80592 Rn. 45.

31 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 46 ff. – GS Media/Sanoma.

32 EuGH GRUR 2017, 610.

33 EuGH GRUR 2017, 790.

34 Z.B. Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 97 Rn. 144a, 150 ff.; Leistner GRUR 2017, 755, 758 ff.; Ohly, in Festschrift für Gernot Schulze, 2017, 387, 393 ff.

35 GRUR 2007, 890 Rn. 36 ff.

des BGH³⁶ zu Tätern gemachte Störer ebenfalls zur Zahlung von Schadensersatz heranziehen könnte.

- 15 Dennoch handelt es sich um einen Irrweg, der ohne gedankliche Brüche kaum mit dem europäischen Recht in Einklang zu bringen ist und vor allem die drängenden Probleme des Urheberrechts im Internet nicht adäquat löst. Der vom EuGH entwickelte Begriff der Wiedergabe ist zunächst völlig konturlos. Jeder Buchhändler, der Buchexemplare verkauft, handelt in voller Kenntnis der Folgen seines Handelns, um seinen der Öffentlichkeit angehörigen Kunden Zugang zu geschützten Werken zu verschaffen; ohne sein Tätigwerden könnten sie es über dieses Medium nicht aufnehmen. Dasselbe gilt auch für jeden Elektrofachmarkt, der seinen Kunden bespielte Ton- oder Bildträger zusammen mit geeigneten Abspielgeräten verkauft; ohne sein Tätigwerden könnten seine Kunden die auf den Trägern verkörperten Werke nicht wahrnehmen und/oder zu einer öffentlichen Wiedergabe benutzen. Wenn man Kriterium (5) ernst nimmt, müsste man also das Verbreitungsrecht als Unterfall des Rechts der öffentlichen Wiedergabe ansehen, wie es beispielsweise in der Entscheidung „Phonografic Performance (Ireland)“³⁷ geschehen ist, wo der Hotelier bespielte Tonträger den Gästen mietweise für die Dauer ihres Aufenthalts zur Verfügung stellte. Das steht aber wiederum in Widerspruch zu der Entscheidung „UsedSoft/Oracle“³⁷, in der der Gerichtshof die kaufrechtliche Online-Verbreitung von geschützter Software an Mitglieder der Öffentlichkeit als Unterfall des Verbreitungsrechts wertet, für die der Erschöpfungsgrundsatz eingreift.³⁸ Um zu einer Abgrenzung zum Verbreitungsrecht zu kommen, muss man also schon vor der Anwendung der Kriterien des EuGH wissen, was man durch ihre Durchprüfung erst herausbringen will. Wir haben es somit auch hier mit einem typischen Fall eines Zirkelschlusses zu tun.

- 16 Mit seinem Modell fällt der EuGH in das rechtshistorisch überwundene Zeitalter der allgemeinen Nachdruckverbote und Privilegien zurück, die den privilegierten Autoren, Druckern und Verlegern ebenfalls nur hoheitlich sanktionierte, individuelle Verbotsrechte gewährten. Erst mit der Theorie des geistigen Eigentums setzte sich der Gedanke durch, dass dem Schöpfer eines geistigen Werkes primär ein Erlaubnisrecht zuwächst, über das er in autonomer Freiheit verfügen kann und das es ihm ermöglichen soll, durch Einräumung dinglicher Nutzungsrechte oder durch schuldrechtliche

Gestattung eine angemessene Vergütung mit einem Interessierten aushandeln zu können, sodass es gar nicht erst zu einer Rechtsverletzung kommt. Dieses Verfügungsrecht macht nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG³⁹ den gem. Art. 14 Abs. 1 GG grundgesetzlich geschützten Kern des Urheberrechts aus. Wichtiges Ziel der InfoSoc-RL ist es nach Erwägungsgrund 10 dementsprechend, dass Urheber für die Nutzung ihrer Werke eine angemessene Vergütung erhalten. Ist die Nutzung bereits erfolgt, ist die Verhandlungsposition des Rechtsinhabers geschwächt. Ein gesetzlich gewährter nachträglicher Vergütungs- oder Schadensersatzanspruch ist dafür kein adäquater Ersatz.⁴⁰ Auch die harmonisierten Verwertungsrechte sind folglich *verletzungsfrei* auszulegen und gewähren, wie der Wortlaut der einschlägigen Richtlinien unzweideutig besagt, nicht bloß Rechte vorbeugender Art, um die Nutzung durch andere zu verbieten, sondern primär, sie zu *erlauben*. In einem solchen System von Erlaubnisrechten nimmt nicht ein rechtswidrig handelnder Nutzer die zentrale Rolle ein, sondern der Urheber. Ein Erlaubnisrecht, das sich nur auf Handlungen bezieht, die ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers vorgenommen werden, gibt keinen Sinn. Ebenso sind Handlungen, für die ein zum Täter gemachter Störer haftet, nicht sinnvoll lizenzierbar, da dies ja darauf hinauslaufen würde, dem Störer zu erlauben, eine fremde rechtsverletzende Handlung zu fördern oder auszunutzen und damit zu perpetuieren. Durch den gegen einen Störer gerichteten Unterlassungs- oder Schadensersatzanspruch wird die fremde Rechtsverletzung weder aus der Welt geschafft noch kompensiert, so dass für die Beteiligten in ökonomischer Hinsicht kein hinreichender Anreiz gegeben ist, sich auf Verhandlungen über eine kaum kalkulierbare angemessene Vergütung überhaupt einzulassen. Für den Urheber nicht, da er bestrebt sein muss, die illegale Quelle insgesamt zu stoppen, für den Störer nicht, da er nur daran interessiert sein kann, dass sie für ihn weitersprudelt.

- 17 Ein weiterer Grund, der es verbietet, von der Störerhaftung auf eine täterschaftliche Haftung zu schließen, liegt darin, dass Störer wegen ihrer ziemlich verschiedenen Verursachungsbeiträge im Einzelfall unterschiedlichen Sanktionen ausgesetzt sind – auch bei ihnen muss sich ein gegebener Unterlassungsanspruch an der konkreten Verletzungsform orientieren – und je nach Zumutbarkeit unterschiedliche Prüfpflichten beachten müssen. Denjenigen, der den jeweiligen Tatbestand eines Verwertungsrechts eigenhändig verwirklicht, treffen dagegen nicht etwa gesteigerte Prüfpflichten, sondern gar keine. Er muss wie jeder, der geschützte Leistungen verwertet, nur

36 BGH ZUM 2010, 696 Rn. 17 – Sommer unseres Lebens: Störer haften nicht auf Schadensersatz.

37 EuGH GRUR 2012, 904 Rn. 53 ff.

38 Auf die Parallelen zwischen der Rechtsprechung des EuGH zum Recht der öffentlichen Wiedergabe und dem Verbreitungsrecht weist Jütte, UFITA 2/2018, 354, 364 ff., hin.

39 Z.B. BVerfG GRUR 2014, 169 Rn. 87 – Übersetzerhonorare.

40 So explizit BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 73 – Metall auf Metall.

sicherstellen, dass er die erforderliche Erlaubnis des Rechtsinhabers bekommt. Auch wenn er sich überobligationsmäßig darum bemüht hat, rechtmäßig zu handeln, hilft ihm das nicht. Er haftet verschuldensunabhängig auf Unterlassung und Beseitigung, wenn er sie nicht hat. Die Frage, ob er dabei bestimmte Sorgfalts- oder Verkehrspflichten missachtet hat, spielt deshalb nur für die Frage des Verschuldens nach § 97 Abs. 2 S. 1 UrhG eine Rolle, d.h. für die Frage, ob gegen ihn auch ein Schadensersatzanspruch begründet ist. Bei der Störerhaftung bildet dagegen die Verletzung von Prüfpflichten erst die Grundlage, ihn überhaupt auf Unterlassung, Beseitigung und ggfs. auf Schadensersatz in Anspruch nehmen zu können.⁴¹ Die Rechtsfolgen der Haftung als Täter und als Störer sind nicht äquivalent.⁴²

- 18 Darin liegt auch der entscheidende Unterschied zur Situation im Lauterkeitsrecht, wo die anspruchsberechtigten Mitbewerber und Verbände zwar gegen rechtswidrige Wettbewerbshandlungen vorgehen, sie aber nicht erlauben können. Aus diesem Grund hält der BGH für die Bereiche des Urheber-, Kennzeichen- und Namensrechts an der Lehre zur Störerhaftung, wo es nicht um die Ahndung von Verhaltensunrecht, sondern um die Verletzung tatbestandsmäßiger absoluter Rechte geht, weiterhin mit Recht fest.⁴³ Auch im harmonisierten Urheberrecht hat die Unterscheidung zwischen täterschaftlicher Haftung und Haftung als Vermittler (Störer) eine gesetzliche Grundlage, nämlich in Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL, wonach die Mitgliedstaaten sicher zu stellen haben, dass die Rechtsinhaber gegen Vermittler gerichtliche Anordnungen beantragen können, deren Dienste von einem Dritten zur Verletzung des Urheberrechts genutzt werden. Die Haftung von Vermittlern (Störern) wird also bei den Sanktionen verortet, nicht aber bei den Tatbeständen der Verwertungsrechte. Im *McFadden-Urteil*⁴⁴ hat der EuGH im Übrigen die Rechtsprechung des BGH zur Störerhaftung im Ergebnis gebilligt und klargestellt, dass es den Vorgaben der E-Commerce-, der Durchsetzung- und InfoSoc-Richtlinie nicht widerspricht, wenn z.B. ein Access-Provider auf Unterlassung, zur Tragung von Gerichts- und Abmahnkosten verurteilt wird.⁴⁵

- 19 Nicht nur in vertragsrechtlicher, sondern auch

41 Z.B. *Jan Bernd Nordemann*, in *Fromm/Nordemann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 97 Rn. 144a.

42 Wenn der BGH in Rn. 97 f. der Entscheidung „Cordoba II“ (GRUR 2019, 813) das Gegenteil ausgedrückt haben sollte, würde er sich in einen Widerspruch zu der in Rn. 100, 106 geäußerten Auffassung setzen, die Störerhaftung begründe keine Haftung auf Schadensersatz.

43 Z.B. BGH GRUR 2013, 370 Rn. 19 – *Alone in the Dark*.

44 EuGH GRUR 2016, 1146 Rn. 72 ff.

45 Dazu eingehend *Leistner*, in *Schricker/Loewenheim*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 97 Rn. 107 ff.

in haftungsrechtlicher Hinsicht müssen also die Tatbestände der Verwertungsrechte verletzungsfrei ausgelegt werden, damit Klarheit herrscht, was der Urheber erlauben und wofür er durch Verfügung über seine Erlaubnisrechte eine angemessene Vergütung aushandeln kann. Dieses Verfügungsrecht kann durch die Ausweitung der täterschaftlichen Haftung auf Störerfälle und Gewährung von *nachträglichen Schadensersatzansprüchen* nicht adäquat ersetzt werden. Das bedeutet allerdings nicht, wie der BGH in „Sommer unseres Lebens“⁴⁶ apodiktisch ausgeführt hat, dass Störer, die einen adäquat kausalen Beitrag zu einer unerlaubten fremden Urheberrechtsverletzung bei schuldhafter Verletzung ihrer Verkehrs- und Prüfpflichten gem. § 823 Abs. 1 BGB nicht auch zu Schadensersatzleistungen herangezogen werden könnten und sollten, um gem. §§ 249 ff. BGB die wirtschaftlich nachteiligen Folgen ihres jeweiligen Tatbeitrags für den Urheber zu kompensieren. Da sie aber keine Täter sind, kann ein gegen sie begründeter Schadensersatzanspruch nicht gemäß § 97 Abs. 2 S. 2 und 3 UrhG nach dem Gewinn des Störers oder nach der Lizenzanalogie berechnet werden. Urheber haben vielmehr das Recht, tatbestandsmäßige Handlungen zu erlauben oder zu verbieten, nicht aber mit Handlungen von Störern, die die Tatbestände der Verwertungsrechte nicht eigenhändig verletzen, Gewinne zu erzielen. Auch die Berechnung des Schadensersatzanspruchs gegen einen rechtswidrig und schuldhaft handelnden Störer nach der Lizenzanalogie ist nicht angebracht, weil dessen Handlung vernünftigerweise nicht sinnvoll lizenzierbar ist.

- 20 Als Zwischenergebnis ergibt sich aus den vorstehenden Erwägungen: Statt sich an dem Haftungsmodell des EuGH zu orientieren, sollte man vielmehr genau auf die Tatbestände der jeweiligen gesetzlich gewährten Verwertungsrechte und den erkennbaren Willen des europäischen Gesetzgebers blicken und fragen, was der Urheber im Einzelfall erlaubt, wenn er eine unter den Tatbestand fallende Handlung erlaubt, bzw. erlauben würde, wenn er sie erlaubt. Das europäische Recht gibt keine Handhabe, dessen tatsächlichen Willen mit normativen Erwägungen zu unterlaufen.⁴⁷ Die Klärung des jeweiligen Tatbestands ist Dreh- und Angelpunkt auch für Haftungsfragen. Erst wenn feststeht, dass ein Verwertungsrecht verletzt ist, stellt sich die davon unabhängige Frage,⁴⁸ wer in welchem Umfang für sie

46 BGH GRUR 2010, 633 Rn. 17 – *Sommer unseres Lebens*; ebenso BGH GRUR 2019, 813 Rn. 106 – *Cordoba II*.

47 So aber *Grünberger* ZUM 2019, 573, 577, gegen BGH GRUR 2016, 171 Rn. 35 – *Die Realität II*, *Ohly* GRUR 2018, 996, 1000, *ders.* GRUR Int. 2018, 517, 519 f.; vgl. auch *Haberstumpf* GRUR 2016, 763, 768 ff.

48 Vgl. *Hofmann*, *Der Unterlassungsanspruch als Rechtsbehelf*, 2017, S. 182 ff., der überzeugend darlegt, dass die Verwertungsrechte des Immaterialgüterrechts (Stammrechte) kategorial von den Rechtsfolgerechten (z.B.

einzustehen hat und welche konkreten Rechtsfolgen ihn treffen. Das europäische Recht hat in der Enforcement-RL 2004/48/EG und E-Commerce-RL 2000/31/EG hierfür einen rechtlichen Rahmen vorgegeben. Man kann zwar darüber streiten, ob er mit den strafrechtlich geprägten Begriffen Täter, Anstifter, Teilnehmer und Störer der deutschen Dogmatik ausreichend ausgefüllt ist.⁴⁹ Eine Abgrenzungslinie ist aber unausweichlich: Die primäre Haftung derjenigen, die allein oder zusammen mit anderen den Verletzungstatbestand eigenhändig verwirklichen und die die volle Härte des nationalen und europäischen Haftungsregimes trifft, und die sekundäre Haftung, denen diejenigen ausgesetzt sind, die nur einen kausalen Beitrag zur Rechtsverletzung leisten oder von ihr profitieren.⁵⁰ Beides kann nicht zusammenfallen.⁵¹ Wo die Grenzlinie im Einzelnen zu ziehen ist, ist jedoch nicht mehr Thema dieses Beitrages.

III. Urheberrecht im Internet

1. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

21 Die argumentativen Schwächen der EuGH-Rechtsprechung machen sich besonders beim Verteilungskampf im Internet bemerkbar, bei dem die Urheber und ihre lizenzierten Verwerter klar ins Hintertreffen geraten sind. Hier steht das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gem. Art. 3 Abs. 1, 2 InfoSoc-RL und des gleichlautenden § 19a UrhG im Vordergrund. Nach dem derzeitigen Stand der Technik wird es so ausgeübt, dass eine Person das Werk auf einer Webseite im Internet präsentiert, auf der es Internetnutzer durch Ansteuern dieser Webseite über ein drahtgebundenes oder drahtloses Kommunikationsnetz anschauen, anhören oder ggfs. von der aus sie es herunterladen, senden oder auf einer eigenen Webseite erneut öffentlich zugänglich machen können. Ebenso wie beim Senderecht spielt es für die Erfüllung des Tatbestands keine Rolle, ob es zum Aufruf der Webseite kommt.

Ansprüche nach §§ 97 ff. UrhG), die ihre Verletzung nach sich zieht, zu trennen sind.

49 Ausführlich dazu Jan Bernd Nordemann in Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 97 Rn. 144a, 150 ff.; Grünberger ZUM 2019, 281, 292 ff., unter Bezugnahme auf zwei Vorlagebeschlüsse des BGH GRUR 2018, 1239 – uploaded – und GRUR 2018, 1132 – YouTube. In seiner aktuellen Entscheidung „Cordoba II“ (GRUR 2019, 813 Rn. 107 ff.) hält der BGH jedoch an seiner traditionellen Rechtsprechung zu dieser Frage fest.

50 Ohly GRUR Int. 2018, 517, 519, 522, 525.

51 BGH GRUR 2018, 178 Rn. 60 ff. – Vorschaubilder III, m. Anm. Ohly.

22 Die Inhalte einer Internetseite werden in einer Seitenbeschreibungssprache niedergeschrieben, mit der üblicherweise auch Links gesetzt werden, die verschiedene Dateien mit der Webseite verknüpfen. Mit Links kann auf Dateien Bezug genommen werden, die auf eigenen Rechnern des Webseitenbetreibers gespeichert sind, aber auch auf Dateien, die sich auf fremden Rechnern befinden und mit einer fremden Webseite verknüpft sind. Im ersten Fall ist die Rechtslage eindeutig. Der Webseitenbetreiber, der auf diese Weise die Inhalte der miteinander verknüpften Dateien auf seiner Internetseite erscheinen lässt, macht sie den an das Internet angeschlossenen Mitgliedern der Öffentlichkeit als Teil seines eigenen Angebots zugänglich. Das ist der Standardfall des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung. Im zweiten Fall stellt sich dagegen die Frage, ob der Webseitenbetreiber, der auf die Inhalte einer anderen Internetseite verweist, diese *erneut* öffentlich zugänglich macht und dafür eine gesonderte Erlaubnis des Rechtsinhabers benötigt. Diese Grundfrage ist bis heute nicht befriedigend gelöst. Im Paperboy-Urteil⁵² hat der BGH sie mit der Begründung verneint, dass der Link nur die Funktion eines technischen Verweises auf die schon zugänglich gemachten Inhalte der fremden Webseite habe. Da hatte er Links im Auge, die z.B. in den Linklisten von Suchmaschinen erscheinen. Anders hat er jedoch die Fälle beurteilt, in denen der den Link setzende Webseitenbetreiber aus objektiver Sicht sich die fremden Inhalte zu Eigen macht, indem er nach außen sichtbar die inhaltliche Verantwortung für sie übernimmt, beispielsweise sich umfassende Nutzungsrechte an ihnen einräumen lässt und Dritten anbietet, diese Inhalte kommerziell zu nutzen.⁵³

2. Verlinkung auf frei zugängliche Internetseiten

23 Der EuGH sieht das anders. Er unterscheidet nicht zwischen offen verweisenden Links, wie sie vor allem Suchmaschinen verwenden und die zum „guten Funktionieren des Internets beitragen“⁵⁴, und verdeckten Links, durch die beispielsweise mittels der Technik des Framing Inhalte fremder Webseiten in die Webseite des zweiten Betreibers so eingebettet werden, dass sie Teil seines eigenen Angebots werden. Das Setzen von Hyperlinks auf eine Webseite zu einem geschützten Werk, das mit der Erlaubnis des Rechtsinhabers auf einer anderen Webseite ohne Zugangsbeschränkungen, d.h. frei zugänglich, gemacht wurde, stelle keine öffentliche Wiedergabe dar, weil kein neues Publikum erreicht

52 BGH GRUR 2003, 958, 962.

53 BGH GRUR 2010, 616 Rn. 21 ff. – marions-kochbuch.de.

54 So EuGH GRUR 2018, 911 Rn. 40 – Renckhoff (Cordoba).

werde.⁵⁵ Ein solcher Schluss könne jedoch nicht gezogen werden, wenn eine solche Erlaubnis fehle. Nach der schon erwähnten Entscheidung des EuGH „GS Media/Sanoma“⁵⁶ erfülle in diesen Fällen der Linksetzer den Tatbestand des Rechts, wenn er wisse oder vernünftigerweise nicht wissen könne, dass das betreffende Werk auf der Zielwebseite ohne Erlaubnis des Rechtsinhabers veröffentlicht worden sei. Bei Linksetzern, die eine Gewinnerzielungsabsicht verfolgen, sei zu vermuten, dass sie diese Kenntnis hätten, bei Einzelpersonen dagegen nicht. Abgesehen davon, dass es an einer empirischen Basis fehlt, die beide Vermutungen stützen könnten – Einzelpersonen wissen oft sehr genau, wo sich die unerlaubten Inhalte befinden und greifen gezielt darauf zu –, leidet das Argument des EuGH an dem grundlegenden Denkfehler, der schon in der Entscheidung „Football Association Premier League“ zu konstatieren war. Ein Urheber, der einer bestimmten Person erlaubt, sein Werk in bestimmter Weise zu verwerten, erlaubt nicht anderen Personen, dasselbe zu tun. Wenn er einem Sendeunternehmen gestattet, Sendesignale, die sein Werk enthalten, auszustrahlen, dann gestattet er den Empfängern nicht, das Werk in derselben Weise weiterzusenden (Art. 11^{bis} Abs. 1 Nr. 2 RBÜ) oder sonstwie zu nutzen. Und das kann für das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht anders sein. Jede Internetseite ist zwar von allen ans Netz angeschlossenen Nutzern aufrufbar. Das heißt aber nicht, dass das Angebot eines bestimmten Webseitenbetreibers alle ans Netz angeschlossenen Nutzer anspricht und faktisch erreicht. Anbieter von Inhalten im Netz konkurrieren nämlich miteinander und sprechen je nach Ausrichtung, Attraktivität, Beliebtheit usw. unterschiedliche Personenkreise mit unterschiedlichen Nutzergewohnheiten an. Wenn ein Urheber gegen Vergütung einem Anbieter im Internet das Recht einräumen will, es auf seiner Webseite öffentlich zugänglich zu machen, können sie deren Höhe deshalb nicht an der Gesamtheit der Internetgemeinschaft orientieren, sondern nur im Hinblick auf die Personenkreise und deren Nutzergewohnheiten kalkulieren, die der zu lizenzierende Verwerter voraussichtlich erreicht. Diejenigen Personenkreise, die andere Webseitenbetreiber durch Einbettung erlaubter fremder Webseiteninhalte in das eigene Angebot erreichen, bilden deshalb stets ein neues Publikum mit der Folge, dass sie eine gesonderte Erlaubnis des Urhebers benötigen. Der BGH hat dementsprechend in der Entscheidung „Die Realität II“⁵⁷ dem Urheber mit Recht die Befugnis zugesprochen, seine Erlaubnis auf die Webseite seines Lizenznehmers

zu beschränken.

- 24 Mit seiner Rechtsprechung zur Linksetzung ermöglicht es der EuGH dagegen insbesondere den großen Akteuren, das Netz systematisch nach frei zugänglichen Internetseiten zu durchsuchen, geschützte Inhalte, deren Veröffentlichung der Urheber ohne Zugangsbeschränkungen erlaubt hat, in ihr eigenes Angebot zu integrieren, damit Gewinne zu machen und den lizenzierten Webseitenbetreiber womöglich wirtschaftlich zur Seite zu drücken, sodass Urheber und sein Verwerter im Netz nichts mehr verdienen. Im Ergebnis führt der EuGH entgegen Art. 3 Abs. 3 InfoSoc-RL den Erschöpfungsgrundsatz ein, verfehlt die in Erw. grd. 10 formulierte Zielsetzung der InfoSoc-RL und missachtet den grundgesetzlich garantierten Kern des geistigen Eigentums von Urhebern, indem er ihnen weitgehend die Möglichkeit nimmt, die wirtschaftliche Nutzung ihrer geschützten Leistungen im Internet zu steuern und eine angemessene Beteiligung an ihrer wirtschaftlichen Nutzung sicherzustellen.

3. Die Entscheidung des EuGH „Renckhoff (Cordoba)“

- 25 In diesem Zusammenhang lässt allerdings die neueste Entscheidung des EuGH vom 7. Aug. 2018 „Renckhoff (Cordoba)“⁵⁸ aufhorchen. Sie erging auf Vorlagefragen des BGH⁵⁹ und betrifft folgenden Sachverhalt: Eine Schülerin hatte eine Fotografie von einer ohne Zugangsbeschränkungen versehenen Webseite, wo es mit Zustimmung des Rechtsinhabers veröffentlicht war, in einem Referat verwendet, dieses auf einem eigenen Rechner und dem Schulserver kopiert und das Referat auf die Webseite der Schule eingestellt. Der BGH hatte gemeint, dass die Schülerin den Tatbestand des § 19a UrhG verwirklicht und der Träger der Schule, gegen den die Klage des Fotografen gerichtet war, gem. § 99 UrhG mithaftet.⁶⁰ Dieser Beurteilung stimmte der EuGH mit der bemerkenswerten Begründung zu, dass sich mit der Erlaubnis des Fotografen sein Recht nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL nicht erschöpft habe. Die Schülerin erreiche damit auch ein neues Publikum, weil das Publikum, an das der Rechtsinhaber gedacht habe, als er die Wiedergabe auf der ursprünglichen Webseite erlaubt habe, „nur aus den Nutzern dieser Webseite und nicht aus den Nutzern der Webseite bestehe, auf der das Werk später ohne Zustimmung des Rechtsinhabers eingestellt worden

55 EuGH GRUR 2014, 360 Rn. 24 und 31 – Svensson/Retriever Sverige; EuGH GRUR 2014, 1196 – BestWater International; EuGH GRUR 2017, 610 Rn. 48 – Filmspeler.

56 EuGH GRUR 2016, 1152 Rn. 44 ff.

57 BGH GRUR 2016, 171 Rn. 35.

58 EuGH GRUR 2018, 911; ihm folgend BGH GRUR 2019, 813 Rn. 33 ff. – Cordoba II.

59 BGH GRUR 2017, 514 – Cordoba I.

60 Dazu ausführlich BGH GRUR 2019, 813 Rn. 70 ff. – Cordoba II.

sei, oder sonstigen Internetnutzern“.⁶¹ Damit bestätigt der EuGH zunächst, dass die Erlaubnis zur Veröffentlichung des Werkes auf einer frei zugänglichen Webseite andere Beteiligte nicht dazu berechtigt, dasselbe zu tun. Seine anderslautende vorherige Rechtsprechung zur Linksetzung sei auf diesen Fall allerdings nicht anwendbar, weil die Schülerin das strittige Bild vorher auf ihrem privaten Server und dem Schulserver vervielfältigt und dann auf die Webseite der Schule eingestellt habe. Sie habe eine entscheidende Rolle bei der Wiedergabe des Werkes für ein neues Publikum gespielt.⁶² Die Reaktionen im deutschen Schrifttum sind positiv,⁶³ was wenig verwunderlich ist. Denn das Verhalten der Beteiligten bildet gerade den Standardfall, für den aus der Sicht des Urhebers das Recht des § 19a UrhG geschaffen wurde. Wer wie die Schülerin ein von ihr geschaffenes Werk im Internet verbreiten will, kann dies natürlich über eine eigene Internetseite tun oder einem Webseitenbetreiber das Werk überlassen und ihm erlauben, es öffentlich zugänglich zu machen. Im vorliegenden Fall hatte die Schülerin womöglich auf Anregung oder Veranlassung ihres Lehrers die Webseite ihrer Schule gewählt; sie hätte sich aber z.B. auch für die Plattformen Twitter oder YouTube entscheiden und ihnen nach deren Geschäftsbedingungen entsprechende unentgeltliche Nutzungsrechte einräumen können. Was die strittige Fotografie angeht, war sie jedoch nicht Inhaberin eines Nutzungsrechts nach § 19a UrhG, so dass sie es der Schule oder einem anderen Webseitenbetreiber nicht übertragen oder einräumen konnte.

- 26 Dem Ergebnis, dass hier eine öffentliche Zugänglichmachung vorgenommen wurde, wird man sicherlich zustimmen können. An der Vorlagefrage des BGH, der Antwort des EuGH und der Reaktion des BGH auf diese ist jedoch zu kritisieren, dass beide die Schülerin als Täterin der Verletzungshandlung am Recht des Fotografen nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL bzw. § 19a UrhG ansehen und die Schule als Betreiberin der Webseite nur als Störer daneben haften lassen wollen, weil in diesem Spezialfall mit § 99 des deutschen UrhG eine Zurechnungsnorm besteht, die Unternehmer und Auftraggeber für rechtswidrige Verletzungshandlungen ihrer Arbeitnehmer und Beauftragten einstehen lässt. Hätte die Schülerin ihr Referat dagegen auf einer der genannten Internetplattformen veröffentlicht und vorher auf deren Rechnern gespeichert, gibt es keine entsprechende Zurechnungsnorm. Man müsste sie deshalb als alleinige Täterin⁶⁴ einstufen mit der Folge, dass der Fotograf sich nur an sie

hätte wenden können, um seinen Anspruch auf angemessene Vergütung im Internet und Zahlung von Schadensersatz⁶⁵ zu verwirklichen. Für den Rechtsinhaber ist dieses Ergebnis wenig attraktiv, da er zur Durchsetzung seines Rechts sich an die normalerweise wirtschaftlich schwächste Partei unter den Beteiligten halten müsste. Er läuft ferner Gefahr, dass er die Schülerin nicht zwingen könnte, seine Fotografie vom Schulserver und von der Schulwebseite bzw. vom Server und der Webseite der gewählten Internetplattform zu entfernen; denn darüber hat sie keine Kontrolle. Er wird sich deshalb vernünftigerweise, wie im vorliegenden Fall auch geschehen, primär an den Webseitenbetreiber wenden, ihn zur Sperrung seines geschützten Werkes auffordern und versuchen, ihn auf Schadensersatz in Anspruch nehmen.

- 27 Die Schülerin als primäre Verletzerin des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung haften zu lassen, überzeugt aber auch in urhebervertragsrechtlicher Hinsicht nicht. Wer nämlich als Nichtberechtigter über bestimmte urheberrechtliche Nutzungsrechte rechtsgeschäftlich verfügt, nimmt die darunterfallenden Handlungen nicht selbst vor⁶⁶, sondern der Erlaubnisempfänger, wenn er die vermeintlich erlaubten Handlungen vollzieht. So liegt es fern, allein den Autor eines Sprachwerks wegen Verletzung des Verbreitungsrechts heranzuziehen, wenn er einem Verleger ein Manuskript mit unzulässigen Zitaten oder Abbildungen aus anderen Werken überlässt und ihm erlaubt, es in Buchform zu verbreiten. Es spricht nichts dafür, bei der Verbreitung von Werken im Internet durch Webseitenbetreiber anders zu verfahren. Denn diese haben die Kontrolle darüber, welche Inhalte als Teil ihres Angebots auf ihren Seiten erscheinen und benötigen ein entsprechendes Nutzungsrecht bzw. eine Erlaubnis des Rechtsinhabers. Und das trifft im Fall „Cordoba“ auf die Schule zu, die im eigenen Interesse eine eigene Webseite betreibt, um die Schule und ihre Einrichtungen im Internet zu präsentieren und u.a. auch mit Leistungsergebnissen ihrer Schüler und Schülerinnen für sich zu werben.
- 28 Mit diesen Überlegungen lässt sich somit bereits auf der Grundlage des geltenden europäischen Rechts rechtfertigen, Urhebern gegenüber Inhaltsweitergabediensten wie YouTube, Twitter, Facebook und Co., die von ihren Nutzern auf ihren Webseiten mit oder ohne vorherige Speicherung eingestellte Werke öffentlich zugänglich machen, einen unmittelbaren Anspruch auf angemessene Vergütung zuzubilligen und sie als Täter für Urheberrechtsverletzungen unmittelbar in Haftung zu nehmen, wenn sie dies ohne gesonderte

61 EuGH GRUR 2018, 911 Rn. 35 – Renckhoff (Cordoba).

62 EuGH GRUR 2018, 911 Rn. 46 – Renckhoff (Cordoba).

63 Grünberger ZUM 2019, 281, 289; Ohly GRUR 2018, 996; Hofmann ZUM 2018, 641, 645.

64 So BGH GRUR 2019, 813 Rn. 109 – Cordoba II.

65 BGH GRUR 2019, 813 Rn. 93, 100 – Cordoba II.

66 BGH GRUR 1999, 152, 154 – Spielbankaffäre; BGH GRUR 1999, 579, 580 f. – Hunger und Durst.

Erlaubnis des Rechtsinhaber tun. Diese Lösung hat insbesondere den Vorteil, dass Urheber, die Webseitenbetreibern das Zugänglichmachen ihrer Werke erlauben, einen unabhängigen Anspruch auf Anpassung der vereinbarten Vergütung gemäß § 32 Abs. 1 S. 3 und 32a Abs. 1 UrhG haben, wenn diese hinter der angemessenen zurückbleibt und in ein auffälliges Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung durch den Lizenznehmer gerät. Die neue Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt trägt dem mit ihrer am heftigsten umstrittenen Vorschrift des Art. 17 Abs. 1 bis 3 Rechnung,⁶⁷ drückt insoweit nur eine urheberrechtliche Selbstverständlichkeit aus und sieht in den Art. 18 und 20 Ansprüche auf Anpassung der Vergütung vor, die im deutschen Recht mit den §§ 32 ff. UrhG bereits vorgenommen worden sind. Bei der Umsetzung der neuen Richtlinie wird es somit darauf ankommen, die bereits vorhandenen lizenzrechtlichen Instrumente soweit zu ertüchtigen, dass Internetplattformen für ihr großes Repertoire an geschützten Werken und Leistungen leicht die erforderlichen Nutzungsrechte gegen angemessene Vergütung erwerben können, sodass sich die Verwendung von kostenaufwendigen und fehlerhaften Upload-Filtern, deren Einrichtung weder im Interesse der Nutzer noch der Plattformen steht, erübrigt.

4. Konsequenzen für die Zulässigkeit von Links auf Inhalte fremder Webseiten

29 Im Renckhoff-Urteil lehnt der EuGH es ab, Konsequenzen für die Frage zu ziehen, wann ein Webseitenbetreiber, der einen Link auf die Inhalte einer frei zugänglichen Webseite setzt, eine gesonderte Erlaubnis des Urhebers benötigt. Da er das bisher verwendete Hauptargument, der Linksetzer erreiche damit kein neues Publikum, nicht mehr aufrecht erhält, sieht er jetzt den entscheidenden Unterschied darin, dass der Urheber sein Werk von der ursprünglichen Webseite entfernen könnte, so dass der Link ins Leere geht, während im entschiedenen Fall das von der frei zugänglichen Webseite bezogene Foto auf dem Schulserver gespeichert blieb.⁶⁸ Dieses Argument überzeugt aus mehreren Gründen nicht. Dass es nicht stimmt, ergibt folgende Kontrollüberlegung. Hätte die Schülerin die fragliche Fotografie nicht auf ihrem Rechner und dem Schulserver gespeichert, sondern mittels eines verdeckten Links direkt auf die fremde Webseite verwiesen, wäre das Ergebnis dasselbe geblieben. Sie und die Schule hätten dann aber nach

der Entscheidung des EuGH „GS Media/Sanoma“ keine öffentliche Wiedergabe vorgenommen, da beide ohne Gewinnerzielungsabsicht handelten. Geht man davon aus, müsste in jedem Fall, in dem ein Webseitenbetreiber bzw. eine Inhaltsplattform in Anspruch genommen wird, positiv geklärt werden, dass der beanstandete Inhalt nicht durch Verlinkung in das eigene Webseitenangebot eingebettet wurde, sondern vorher auf einem eigenen Server dauerhaft abgespeichert war oder ist.

30 Die Rechtsprechung des EuGH zur Frage der Linksetzung zwingt den Urheber und seinen Internetverwerter dazu, das Werk vom Netz nehmen, wenn sie nicht wollen, dass andere Webseitenbetreiber es in ihr Angebot einverleiben. Dann sind sie allerdings nicht mehr im Netz präsent, was nicht ihrem Interesse entspricht. Um ihre wirtschaftlichen Interessen im Internet zu wahren, bietet ihnen der EuGH als Alternative das Geschäftsmodell an, das Werk auf einer mit Zugangsbeschränkungen versehenen Webseite ggfs. gegen Entgelt zu präsentieren.⁶⁹ Dann laufen sie allerdings Gefahr, dass das Werk in geringem Maße zur Kenntnis genommen wird und sie Nachteile gegenüber anderen Rechtsinhabern und Webseitenbetreibern befürchten müssen, die ihre Werke ohne Zugangsbeschränkungen im Netz unentgeltlich veröffentlichen und sich auf andere Weise finanzieren, so dass sie häufig aus Konkurrenzgründen mit ihnen gleichziehen müssen, um im Netz präsent zu bleiben. Für welche Alternative sie sich auch entscheiden, es läuft auf dasselbe hinaus: Urhebern und ihren lizenzierten Verwertern wird weitgehend die Möglichkeit genommen, eine angemessene Vergütung sichern zu können. Es ist schlichtweg nicht akzeptabel, dass Webseitenbetreiber das Netz systematisch nach frei zugänglichen Webseiten durchsuchen, die passenden Inhalte durch Verlinkung in ihr eigenes Angebot inkorporieren, mit Werbeeinnahmen und dem Verkauf von Nutzerdaten immense Gewinne erzielen können, ohne die betroffenen Rechtsinhaber daran beteiligen zu müssen. Linksetzer, die auf diese Weise vorgehen, benötigen daher stets eine gesonderte Erlaubnis der Rechtsinhaber und müssen eine angemessene Vergütung zahlen, weil sie jeweils ein neues Publikum ansprechen, gleichgültig, ob auf den fremden Webseiten geschützte Werke mit oder ohne Zustimmung der Urheber bereit gehalten werden. Gegenüber anderen Webseitenbetreibern, die ihre Inhalte mit Dateien auf eigenen Rechnern verknüpfen, ersparen sie sich zusätzlich, eigene Rechnerkapazitäten vorzuhalten, sodass sie besonders kostengünstig arbeiten können.

⁶⁷ Dazu Hofmann ZUM 2019, 617 ff.; Dreier GRUR 2019, 771, 776 ff. Von einem Paradigmenwechsel zu sprechen (Wandtke/Hauck ZUM 2019, 627, 636), scheint deshalb stark übertrieben zu sein.

⁶⁸ Zustimmend Grünberger ZUM 2019, 281, 291.

⁶⁹ Grünberger ZUM 2019, 281, 290, ebenso Schubert ZUM 2018, 726, 727 f., halten dies dagegen ohne Weiteres für zumutbar.

31 Daraus resultiert allerdings die Frage, wann im Einzelfall ein Linksetzer die fremden Inhalte in sein eigenes Webseitenangebot inkorporiert. Hierzu hat der BGH in der zitierten Entscheidung „marions-kochbuch.de“ bereits die wesentlichen Hinweise gegeben. Er macht sich die fremden Inhalte wirtschaftlich zu Eigen, wenn er etwa in seinen Nutzungsbedingungen nach außen hin sichtbar deutlich macht, die Kontrolle über die auf seiner Webseite erscheinenden Inhalte auszuüben, sich vertraglich bereit erklärt, im Fall einer Urheberrechtsverletzung sie von der Webseite zu entfernen, sich umfassende Nutzungsrechte einräumen lässt und seinen Kunden seinerseits Nutzungsbeschränkungen auferlegt.⁷⁰ Das ist dagegen nicht der Fall, wenn Suchmaschinen auf ihren Webseiten Linklisten bereithalten und mit Wort- oder Tonfetzen und verkleinerten Vorschaubildern nur andeuten, welche Inhalte die nachgewiesenen Webseiten haben.⁷¹ Das ist ebenfalls nicht der Fall, wenn Internetdienste und Plattformen nur den technischen Zugang zu den Kommunikationsnetzen vermitteln (sog. Accessprovider), Speicherplätze zur Verfügung stellen (sog. Hostprovider) oder die technische Infrastruktur bereitstellen und für die Übermittlung von Inhalten im Netz sorgen. In diesen Fällen machen sie die geschützten Inhalte nicht selbst öffentlich zugänglich und müssen daher keine angemessene Vergütung an die Rechtsinhaber zahlen. Dies schließt natürlich nicht aus, dass sie im Einzelfall als Störer oder Teilnehmer an fremder Urheberrechtsverletzung deliktisch auf Unterlassung, Beseitigung ihres Beitrags und Schadensersatz deliktisch haftbar sind.

C. Fazit

32 Als Fazit ist festzuhalten: Die Rechtsprechung des EuGH zum Recht der öffentlichen Wiedergabe krankt daran, dass sie dieses Recht nur unter dem Gesichtspunkt der Haftung betrachtet und seine vertragsrechtlichen Implikationen vernachlässigt. Diese Haltung ist damit erklärlich, dass das Urhebervertragsrecht bislang nicht harmonisiert war. Wenn durch die neue Richtlinie zum Urheberrecht im Binnenmarkt diese Lücke geschlossen wird, wird sich der EuGH bei der Auslegung der Verwertungsrechte entsprechend anpassen müssen. Einen kleinen Schritt in diese Richtung hat er mit der Entscheidung „Renckhoff (Cordoba)“ inzwischen getan.

⁷⁰ So z.B. Nr. 8.2, 8.4, 10, 6.1 der Nutzungsbedingungen von YouTube (Stand 10.5.2019) und Nr. 3 und 4 der Allgemeinen Geschäftsbedingungen von Twitter.

⁷¹ So BGH GRUR 2010, 628 Rn. 33 ff. – Vorschaubilder I; ebenso im Ergebnis BGH GRUR 2018, 178 Rn. 76 ff. – Vorschaubilder III.