



Sammlung der Rechtsprechung

SCHLUSSANTRÄGE DER GENERALANWÄLTIN
VERICA TRSTENJAK
vom 29. Juni 2011¹

Rechtssache C-135/10

SCF Consorzio Fonografici
gegen
Marco Del Corso

(Vorabentscheidungsersuchen der Corte d'appello di Torino [Italien])

„Urheberrechte und verwandte Schutzrechte — Richtlinien 92/100/EWG und 2006/115/EG —
Rechte der ausübenden Künstler und der Tonträgerhersteller — Art. 8 Abs. 2 —
Öffentliche Wiedergabe — Mittelbare Wiedergabe von Tonträgern im Rahmen von Radiosendungen,
die im Wartezimmer einer Zahnarztpraxis wiedergegeben werden — Erforderlichkeit eines
Erwerbszwecks — Angemessene Vergütung“

Inhaltsverzeichnis

I	– Einleitung	3
II	– Anwendbares Recht	4
	A – Völkerrecht	4
	1. Das Rom-Abkommen	4
	a) für eine private Nutzung	4
	2. Das WPPT	5
	3. Das TRIPS	7
	B – Unionsrecht	7
	1. Die Richtlinie 92/100	7
	2. Die Richtlinie 2006/115	9
	3. Richtlinie 2001/29	11

¹ — Originalsprache: Deutsch.

C – Nationales Recht	13
III – Sachverhalt, Verfahren vor den nationalen Gerichten und Vorlagefragen	13
IV – Verfahren vor dem Gerichtshof	15
V – Vorbemerkungen	15
VI – Zur vierten und fünften Vorlagefrage	16
A – Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	16
B – Zur Zulässigkeit der Vorlagefragen	18
C – Rechtliche Würdigung	19
1. Zur Auslegung von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 durch den Gerichtshof	19
2. Zur im vorliegenden Fall einschlägigen Rechtsnorm	21
3. Zur Auslegung von Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115	21
a) Autonome Begriffe des Unionsrechts	22
b) Völkerrechtlicher und unionsrechtlicher Kontext	22
c) Zum Begriff der öffentlichen Wiedergabe	22
i) Zum Begriff der Wiedergabe	23
– Berücksichtigung des 27. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2001/29	24
– Berücksichtigung des 23. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2001/29	24
– Zwischenergebnis	26
ii) Zum Begriff der Öffentlichkeit	27
iii) Zu den weiteren Einwänden	29
– Zur Erforderlichkeit eines Eintrittsgelds	29
– Zum Erwerbszweck	29
– Zum Willen der Patienten	30
– Zu den weiteren Einwänden	30
iv) Ergebnis	31
d) Zu den weiteren Voraussetzungen	31
4. Ergebnis	31
VII – Zur ersten bis dritten Vorlagefrage	31
A – Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten	32

B – Zulässigkeit der Vorlagefragen	32
C – Rechtliche Würdigung	33
VIII – Ergebnis	34

I – Einleitung

1. Wie die Erfindung des Buchdrucks durch Gutenberg letztendlich zu einem urheberrechtlichen Schutz von schriftlichen Werken geführt hat, hat die Erfindung des Phonographen durch Edison nicht nur die wirtschaftliche Bedeutung des Urheberrechtsschutzes von musikalischen Werken gestärkt, sondern auch der Einführung von verwandten Schutzrechten für die ausübenden Künstler und die Tonträgerhersteller den Boden bereitet. Wird ein Tonträger genutzt, so betrifft dies nicht nur das Recht des Urhebers am wiedergegebenen urheberrechtlichen Werk, sondern auch die verwandten Schutzrechte der ausübenden Künstler und der Tonträgerhersteller.

2. Das vorliegende Vorabentscheidungsersuchen der Corte d'appello di Torino (im Folgenden: vorlegendes Gericht) betrifft den Anspruch auf angemessene Vergütung nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums² bzw. der Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (kodifizierte Fassung)³, der für die öffentliche Wiedergabe eines bereits zu Handelszwecken veröffentlichten Tonträgers zu zahlen ist.

3. Das vorliegende Gericht möchte erstens wissen, ob ein Zahnarzt, der in seiner Praxis Radiosendungen hörbar macht, eine angemessene Vergütung für die mittelbare öffentliche Wiedergabe der Tonträger zahlen muss, die in den Radiosendungen wiedergegeben werden.

4. Zweitens fragt das vorliegende Gericht, ob die völkerrechtlichen Regeln, die den unionsrechtlichen Regeln über das Recht auf angemessene Vergütung zugrunde liegen, in einem Rechtsstreit zwischen Privaten unmittelbar anwendbar sind und in welchem Verhältnis diese völkerrechtlichen Regeln zu den unionsrechtlichen Regeln stehen.

5. Die erste Frage steht in einem engen inhaltlichen Zusammenhang mit dem Urteil SGAE/Rafael Hoteles⁴. Dort hat der Gerichtshof zunächst festgestellt, dass eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft⁵ vorliegt, wenn ein Hotelbetreiber mittels in den Gastzimmern aufgestellter Fernsehapparate ein Signal verbreitet, und zwar unabhängig davon, mit welcher Technik das Signal übertragen wird. Weiter hat er darin festgestellt, dass der private Charakter von Gastzimmern der Öffentlichkeit der Wiedergabe nicht entgegensteht. Im vorliegenden Fall stellt sich insbesondere die Frage, ob diese Rechtsprechung, die in Hinblick auf die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlich

2 — ABl. L 346, S. 61.

3 — ABl. L 376, S. 28.

4 — Urteil vom 7. Dezember 2006, SGAE/Rafael Hoteles (C-306/05, Slg. 2006, I-11519).

5 — ABl. L 167, S. 10.

geschützten Werken nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 ergangen ist, auf den Begriff der öffentlichen Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 92/100 bzw. der Richtlinie 2006/115 übertragbar ist, der sich auf die verwandten Schutzrechte der ausübenden Künstler und der Tonträgerhersteller bezieht.

6. Darüber hinaus weist die vorliegende Rechtssache einen engen Zusammenhang mit der Rechtssache C-162/10, *Phonographic Performance*, auf, in der ich meine Schlussanträge am gleichen Tag wie die in der vorliegenden Rechtssache verlese. In der Rechtssache *Phonographic Performance* stellt sich insbesondere die Frage, ob der Betreiber eines Hotels oder eines Gästezimmers, der auf den Zimmern Fernseh- und/oder Radioapparate aufstellt und zu diesen ein Sendesignal übermittelt, verpflichtet ist, eine angemessene Vergütung für eine mittelbare öffentliche Wiedergabe der Tonträger zu zahlen, die in den Radio- und Fernsehsendungen genutzt werden.

II – Anwendbares Recht

A – Völkerrecht

1. Das Rom-Abkommen

7. Art. 12 des Abkommens von Rom vom 26. Oktober 1961 über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (im Folgenden: Rom-Abkommen)⁶ sieht vor:

„Wird ein zu Handelszwecken veröffentlichter Tonträger oder ein Vervielfältigungsstück eines solchen Tonträgers für die Funksendung oder für irgendeine öffentliche Wiedergabe unmittelbar benützt, so hat der Benützer den ausübenden Künstlern, den Herstellern von Tonträgern oder beiden eine einzige angemessene Vergütung zu zahlen. Für den Fall, dass die Beteiligten sich nicht einigen, kann die nationale Gesetzgebung die Aufteilung dieser Vergütung regeln.“

8. Art. 15 Abs. 1 Buchst. a des Rom-Abkommens bestimmt:

„1. Jeder vertragsschließende Staat kann in seiner nationalen Gesetzgebung Ausnahmen von dem mit diesem Abkommen gewährleisteten Schutz in den folgenden Fällen vorsehen:

a) für eine private Nutzung“

9. Art. 16 Abs. 1 Buchst. a des Rom-Abkommens lautet:

„1. Ein Staat, der Mitglied dieses Abkommens wird, übernimmt damit alle Verpflichtungen und genießt alle Vorteile, die darin vorgesehen sind. Jedoch kann ein Staat jederzeit durch eine beim Generalsekretär der Organisation der Vereinten Nationen hinterlegte Mitteilung erklären:

a) hinsichtlich des Artikels 12:

(i) dass er keine Bestimmung dieses Artikels anwenden wird;

(ii) dass er die Bestimmungen dieses Artikels für bestimmte Benutzungen nicht anwenden wird;

⁶ — Wiedergabe nach dem deutschen *Bundesgesetzblatt* 1965 II S. 1245.

- (iii) dass er die Bestimmungen dieses Artikels für Tonträger nicht anwenden wird, deren Hersteller nicht Angehöriger eines vertragschließenden Staates ist;
- (iv) dass er für die Tonträger, deren Hersteller Angehöriger eines anderen vertragschließenden Staates ist, den Umfang und die Dauer des in diesem Artikel vorgesehenen Schutzes auf den Umfang und die Dauer des Schutzes beschränken wird, den dieser vertragschließende Staat den Tonträgern gewährt, die erstmals von einem Angehörigen des Staates, der die Erklärung abgegeben hat, festgelegt worden sind; wenn jedoch der vertragschließende Staat, dem der Hersteller angehört, den Schutz nicht dem oder den gleichen Begünstigten gewährt wie der vertragschließende Staat, der die Erklärung abgegeben hat, so gilt dies nicht als Unterschied im Umfang des Schutzes;

...

10. Italien ist Vertragspartei des Rom-Abkommens und hat eine Erklärung nach Art. 16 Abs. 1 Buchst. a Ziff. ii, iii und iv abgegeben.

11. Die Union ist keine Vertragspartei des Rom-Abkommens. Diesem können nur Staaten beitreten.

2. Der WPPT

12. Der WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (im Folgenden: WPPT) vom 20. September 1996⁷ enthält völkerrechtliche Regeln zu den verwandten Schutzrechten, die über das Rom-Abkommen hinausgehen.

13. Art. 1 WPPT bestimmt:

„Verhältnis zu anderen Übereinkünften

(1) Die zwischen den Vertragsparteien bestehenden Pflichten aus dem am 26. Oktober 1961 in Rom geschlossenen Internationalen Abkommen über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen (nachstehend ‚Rom-Abkommen‘) werden durch diesen Vertrag nicht beeinträchtigt.

(2) Der durch diesen Vertrag vorgesehene Schutz lässt den Schutz der Urheberrechte an Werken der Literatur und Kunst unberührt und beeinträchtigt ihn in keiner Weise. Daher darf keine Bestimmung dieses Vertrags in einer Weise ausgelegt werden, die diesem Schutz Abbruch tut.

(3) Dieser Vertrag steht weder in Verbindung mit anderen Verträgen, noch berührt er Rechte oder Pflichten aus anderen Verträgen.“

14. Art. 2 WPPT, der Begriffsbestimmungen regelt, bestimmt in seinen Buchst. f und g:

„Im Sinne dieses Vertrags

- f) bedeutet ‚Sendung‘ die drahtlose Übertragung von Tönen oder von Bildern und Tönen oder deren Darstellungen zum Zwecke des Empfangs durch die Öffentlichkeit;

⁷ — Siehe Beschluss 2000/278/EG des Rates vom 16. März 2000 über die Zustimmung – im Namen der Europäischen Gemeinschaft – zum WIPO-Urheberrechtsvertrag und zum WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger – WIPO-Urheberrechtsvertrag (WCT) – WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WPPT), ABl. L 89, S. 6.

- g) bedeutet ‚öffentliche Wiedergabe‘ einer Darbietung oder eines Tonträgers die öffentliche Übertragung der Töne einer Darbietung oder der auf einem Tonträger festgelegten Töne oder Darstellungen von Tönen auf einem anderen Wege als durch Sendung. Im Sinne von Artikel 15 umfasst ‚öffentliche Wiedergabe‘ das öffentliche Hörbarmachen der auf einem Tonträger festgelegten Töne oder Darstellungen von Tönen.“

15. In Kapitel 2 des WPPT finden sich Rechte der ausübenden Künstler, in Kapitel 3 des WPPT Rechte der Tonträgerhersteller. Kapitel 4 des WPPT enthält gemeinsame Bestimmungen für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller. Art. 15 WPPT, der in diesem Kapitel geregelt ist, betrifft das Vergütungsrecht für Sendung und öffentliche Wiedergabe und bestimmt:

„(1) Werden zu gewerblichen Zwecken veröffentlichte Tonträger unmittelbar oder mittelbar für eine Sendung oder öffentliche Wiedergabe benutzt, so haben ausübende Künstler und Tonträgerhersteller Anspruch auf eine einzige angemessene Vergütung.

(2) Die Vertragsparteien können in ihren Rechtsvorschriften bestimmen, dass der ausübende Künstler oder der Tonträgerhersteller oder beide von dem Benutzer die Zahlung der einzigen angemessenen Vergütung verlangen. Die Vertragsparteien können Rechtsvorschriften erlassen, die in Ermangelung einer Vereinbarung zwischen dem ausübenden Künstler und dem Tonträgerhersteller die Bedingungen festlegen, nach denen die einzige angemessene Vergütung zwischen ausübenden Künstlern und Tonträgerherstellern aufzuteilen ist.

(3) Jede Vertragspartei kann in einer beim Generaldirektor der WIPO hinterlegten Notifikation erklären, dass sie die Bestimmungen in Absatz 1 nur in Bezug auf bestimmte Nutzungsarten anwenden oder die Anwendung in einer anderen Weise einschränken wird oder dass sie diese Bestimmungen überhaupt nicht anwenden wird.

(4) Tonträger, die drahtgebunden oder drahtlos in einer Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind, gelten im Sinne dieses Artikels als zu gewerblichen Zwecken veröffentlicht.“

16. Art. 16 WPPT, der den Titel „Beschränkungen und Ausnahmen“ trägt, bestimmt:

„(1) Die Vertragsparteien können in ihren Rechtsvorschriften in Bezug auf den Schutz der ausübenden Künstler und der Hersteller von Tonträgern Beschränkungen und Ausnahmen gleicher Art vorsehen, wie sie in ihren Rechtsvorschriften im Zusammenhang mit dem Schutz des Urheberrechts an Werken der Literatur und Kunst vorgesehen sind.

(2) Die Vertragsparteien begrenzen die Beschränkungen und Ausnahmen in Bezug auf die in diesem Vertrag vorgesehenen Rechte auf bestimmte Sonderfälle, die weder die normale Verwertung der Darbietung oder des Tonträgers beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen der ausübenden Künstler oder Tonträgerhersteller unzumutbar verletzen.“

17. Nach Art. 23 Abs. 1 WPPT verpflichten sich die Vertragsparteien, in Übereinstimmung mit ihren Rechtsordnungen die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Anwendung dieses Vertrags sicherzustellen.

18. Italien und die Union sind Vertragsparteien des WPPT. Weder Italien noch die Union haben eine Erklärung nach Art. 15 Abs. 3 WPPT abgegeben.

3. Das TRIPS

19. Art. 14 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums⁸ (im Folgenden: TRIPS), der den Schutz von ausübenden Künstlern, Herstellern von Tonträgern (Tonaufnahmen) und Sendeunternehmen regelt, bestimmt:

„(1) In Bezug auf die Festlegung ihrer Darbietung auf einem Tonträger haben ausübende Künstler die Möglichkeit, folgende Handlungen zu verhindern, wenn diese ohne ihre Erlaubnis vorgenommen werden: die Festlegung ihrer nicht festgelegten Darbietung und die Vervielfältigung einer solchen Festlegung. Ausübende Künstler haben auch die Möglichkeit, folgende Handlungen zu verhindern, wenn diese ohne ihre Erlaubnis vorgenommen werden: die Funksendung auf drahtlosem Weg und die öffentliche Wiedergabe ihrer lebenden Darbietung.

(2) Die Hersteller von Tonträgern haben das Recht, die unmittelbare oder mittelbare Vervielfältigung ihrer Tonträger zu gestatten oder zu verbieten.

...

(6) Die Mitglieder können in Bezug auf die nach den Absätzen 1, 2 und 3 gewährten Rechte in dem durch das Rom-Abkommen gestatteten Umfang Bedingungen, Beschränkungen, Ausnahmen und Vorbehalte vorsehen. Jedoch findet Artikel 18 der Berner Übereinkunft (1971) sinngemäß auch auf die Rechte der ausübenden Künstler und der Hersteller von Tonträgern an Tonträgern Anwendung.“

B – Unionsrecht⁹

1. Die Richtlinie 92/100

20. Die Erwägungsgründe 5, 7 bis 10, 15 bis 17 und 20 der Richtlinie 92/100 lauten wie folgt:

„(5) Dem angemessenen Schutz von urheberrechtlich geschützten Werken und Gegenständen der verwandten Schutzrechte durch Vermiet- und Verleihrechte sowie dem Schutz von Gegenständen der verwandten Schutzrechte durch das Aufzeichnungsrecht, Vervielfältigungsrecht, Verbreitungsrecht, Senderecht und Recht der öffentlichen Wiedergabe kommt daher eine grundlegende Bedeutung für die wirtschaftliche und kulturelle Entwicklung der Gemeinschaft zu.

...

(7) Um ihre Tätigkeit ausüben zu können, bedürfen Urheber und ausübende Künstler eines angemessenen Einkommens als Grundlage für weiteres schöpferisches und künstlerisches Arbeiten. Die insbesondere für die Herstellung von Tonträgern und Filmen erforderlichen Investitionen sind außerordentlich hoch und risikoreich. Die Möglichkeit, ein solches Einkommen sicherzustellen und solche Investitionen abzusichern, kann nur durch einen angemessenen Rechtsschutz für die jeweils betroffenen Rechtsinhaber wirkungsvoll gewährleistet werden.

⁸ — Anhang 1 C zum WTO-Abkommen, ABl. 1994, L 336, S. 214.

⁹ — In Anlehnung an die im EUV und im AEUV verwendeten Bezeichnungen wird der Begriff „Unionsrecht“ als Gesamtbegriff für Gemeinschaftsrecht und Unionsrecht verwendet. Soweit es im Folgenden auf einzelne primärrechtliche Bestimmungen ankommt, werden die *ratione temporis* geltenden Vorschriften angeführt.

- (8) Diese schöpferischen, künstlerischen und unternehmerischen Tätigkeiten sind größtenteils selbständige Tätigkeiten, und ihre Ausübung muss durch die Schaffung eines gemeinschaftsweit harmonisierten Rechtsschutzes erleichtert werden.
- (9) Soweit diese Tätigkeiten hauptsächlich Dienstleistungen darstellen, muss auch ihre Erbringung erleichtert werden, indem ein gemeinschaftsweit harmonisierter rechtlicher Rahmen geschaffen wird.
- (10) Die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten sollte in der Weise erfolgen, dass die Rechtsvorschriften nicht in Widerspruch zu den internationalen Übereinkommen stehen, auf denen das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte in vielen Mitgliedstaaten beruhen.

...

- (15) Es wird eine Regelung benötigt, durch die ein unverzichtbares Recht auf angemessene Vergütung für die Urheber und ausübenden Künstler gewährleistet wird, denen zugleich die Möglichkeit erhalten bleiben muss, mit der Wahrnehmung dieses Rechts an ihrer Stelle tätig werdende Verwertungsgesellschaften zu beauftragen.
- (16) Die angemessene Vergütung kann in Form einer oder mehrerer Zahlungen jederzeit bei Abschluss des Vertrages oder später entrichtet werden.
- (17) Diese angemessene Vergütung muss dem Umfang des Beitrages der beteiligten Urheber und ausübenden Künstler zum Tonträger bzw. Film Rechnung tragen.

...

- (20) Die Mitgliedstaaten können einen weiterreichenden Schutz für Inhaber von verwandten Schutzrechten vorsehen, als er in Artikel 8 dieser Richtlinie vorgeschrieben ist.“

21. Art 8 der Richtlinie 92/100 trägt den Titel „Öffentliche Sendung und Wiedergabe“. Er bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen für ausübende Künstler das ausschließliche Recht vor, drahtlos übertragene Rundfunksendungen und die öffentliche Wiedergabe ihrer Darbietungen zu erlauben oder zu verbieten, es sei denn, die Darbietung ist selbst bereits eine gesendete Darbietung oder beruht auf einer Aufzeichnung.

(2) Die Mitgliedstaaten sehen ein Recht vor, das bei Nutzung eines zu Handelszwecken veröffentlichten Tonträgers oder eines Vervielfältigungsstücks eines solchen Tonträgers für drahtlos übertragene Rundfunksendungen oder eine öffentliche Wiedergabe die Zahlung einer einzigen angemessenen Vergütung durch den Nutzer und die Aufteilung dieser Vergütung auf die ausübenden Künstler und die Tonträgerhersteller gewährleistet. Besteht zwischen den ausübenden Künstlern und den Tonträgerherstellern kein diesbezügliches Einvernehmen, so können die Bedingungen, nach denen die Vergütung unter ihnen aufzuteilen ist, von den Mitgliedstaaten festgelegt werden.

(3) Die Mitgliedstaaten sehen für Sendeunternehmen das ausschließliche Recht vor, die drahtlose Weitersendung ihrer Sendungen sowie die öffentliche Wiedergabe ihrer Sendungen, wenn die betreffende Wiedergabe an Orten stattfindet, die der Öffentlichkeit gegen Zahlung eines Eintrittsgeldes zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten.“

22. Art. 10 der Richtlinie 92/100 bestimmt:

(1) Die Mitgliedstaaten können Beschränkungen der in Kapitel II genannten Rechte in folgenden Fällen vorsehen:

a) für eine private Benutzung;

...

(2) Unbeschadet des Absatzes 1 kann jeder Mitgliedstaat für den Schutz der ausübenden Künstler, Tonträgerhersteller, Sendeunternehmen und Hersteller der erstmaligen Aufzeichnungen von Filmen Beschränkungen der gleichen Art vorsehen, wie sie für den Schutz des Urheberrechts an Werken der Literatur und der Kunst vorgesehen sind. Zwangslizenzen können jedoch nur insoweit vorgesehen werden, als sie mit den Bestimmungen des Rom-Abkommens vereinbar sind.

(3) Absatz 1 Buchstabe a) lässt bestehende und künftige Rechtsvorschriften in Bezug auf die Vergütung für die Vervielfältigung zur privaten Benutzung unberührt.“

2. Die Richtlinie 2006/115

23. In der Richtlinie 2006/115 ist die Richtlinie 92/100 konsolidiert worden. Die Erwägungsgründe 3, 5 bis 7, 12, 13 und 16 der Richtlinie 2006/15 lauten wie folgt:

„(3) Dem angemessenen Schutz von urheberrechtlich geschützten Werken und Gegenständen der verwandten Schutzrechte durch Vermiet- und Verleihrechte sowie dem Schutz von Gegenständen der verwandten Schutzrechte durch das Aufzeichnungsrecht, Verbreitungsrecht, Senderecht und Recht der öffentlichen Wiedergabe kommt daher eine grundlegende Bedeutung für die wirtschaftliche und kulturelle Entwicklung der Gemeinschaft zu.

...

(5) Um ihre Tätigkeit ausüben zu können, bedürfen Urheber und ausübende Künstler eines angemessenen Einkommens als Grundlage für weiteres schöpferisches und künstlerisches Arbeiten. Die insbesondere für die Herstellung von Tonträgern und Filmen erforderlichen Investitionen sind außerordentlich hoch und risikoreich. Die Möglichkeit, ein solches Einkommen sicherzustellen und solche Investitionen abzusichern, kann nur durch einen angemessenen Rechtsschutz für die jeweils betroffenen Rechtsinhaber wirkungsvoll gewährleistet werden.

(6) Diese schöpferischen, künstlerischen und unternehmerischen Tätigkeiten sind größtenteils selbständige Tätigkeiten. Die Ausübung dieser Tätigkeiten sollte durch die Schaffung eines gemeinschaftsweit harmonisierten Rechtsschutzes erleichtert werden. Soweit diese Tätigkeiten hauptsächlich Dienstleistungen darstellen, sollte ihre Erbringung durch einen gemeinschaftsweit harmonisierten rechtlichen Rahmen erleichtert werden.

(7) Die Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten sollte in der Weise erfolgen, dass die Rechtsvorschriften nicht in Widerspruch zu den internationalen Übereinkommen stehen, auf denen das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte in vielen Mitgliedstaaten beruhen.

...

(12) Es wird eine Regelung benötigt, durch die ein unverzichtbares Recht auf angemessene Vergütung für die Urheber und ausübenden Künstler gewährleistet wird, denen zugleich die Möglichkeit erhalten bleiben muss, mit der Wahrnehmung dieses Rechts an ihrer Stelle tätig werdende Verwertungsgesellschaften zu beauftragen.

(13) Die angemessene Vergütung kann in Form einer oder mehrerer Zahlungen jederzeit bei Abschluss des Vertrages oder später entrichtet werden. Sie sollte dem Umfang des Beitrages der beteiligten Urheber und ausübenden Künstler zum Tonträger bzw. Film Rechnung tragen.

...

(16) Die Mitgliedstaaten sollten einen weiterreichenden Schutz für Inhaber von verwandten Schutzrechten vorsehen können, als er in dieser Richtlinie hinsichtlich der öffentlichen Sendung und Wiedergabe vorgeschrieben ist.“

24. Kapitel 2 der Richtlinie regelt dem Urheberrecht verwandte Schutzrechte. Art. 8 der Richtlinie, der die öffentliche Sendung und Wiedergabe betrifft, bestimmt:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen für ausübende Künstler das ausschließliche Recht vor, drahtlos übertragene Rundfunksendungen und die öffentliche Wiedergabe ihrer Darbietungen zu erlauben oder zu verbieten, es sei denn, die Darbietung ist selbst bereits eine gesendete Darbietung oder beruht auf einer Aufzeichnung.

(2) Die Mitgliedstaaten sehen ein Recht vor, das bei Nutzung eines zu Handelszwecken veröffentlichten Tonträgers oder eines Vervielfältigungsstücks eines solchen Tonträgers für drahtlos übertragene Rundfunksendungen oder eine öffentliche Wiedergabe die Zahlung einer einzigen angemessenen Vergütung durch den Nutzer und die Aufteilung dieser Vergütung auf die ausübenden Künstler und die Tonträgerhersteller gewährleistet. Besteht zwischen den ausübenden Künstlern und den Tonträgerherstellern kein diesbezügliches Einvernehmen, so können die Bedingungen, nach denen die Vergütung unter ihnen aufzuteilen ist, von den Mitgliedstaaten festgelegt werden.

(3) Die Mitgliedstaaten sehen für Sendeunternehmen das ausschließliche Recht vor, die drahtlose Weitersendung ihrer Sendungen sowie die öffentliche Wiedergabe ihrer Sendungen, wenn die betreffende Wiedergabe an Orten stattfindet, die der Öffentlichkeit gegen Zahlung eines Eintrittsgeldes zugänglich sind, zu erlauben oder zu verbieten.“

25. Art. 10 der Richtlinie trägt den Titel „Beschränkung der Rechte“ und lautet wie folgt:

„(1) Die Mitgliedstaaten können Beschränkungen der in diesem Kapitel genannten Rechte in folgenden Fällen vorsehen:

a) für eine private Benutzung;

...

(2) Unbeschadet des Absatzes 1 kann jeder Mitgliedstaat für den Schutz der ausübenden Künstler, Tonträgerhersteller, Sendeunternehmen und Hersteller der erstmaligen Aufzeichnungen von Filmen Beschränkungen der gleichen Art vorsehen, wie sie für den Schutz des Urheberrechts an Werken der Literatur und der Kunst vorgesehen sind.

Zwangslizenzen können jedoch nur insoweit vorgesehen werden, als sie mit den Bestimmungen des Rom-Abkommens vereinbar sind.

(3) Die in den Absätzen 1 und 2 genannten Beschränkungen dürfen nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden, in denen die normale Verwertung des Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden.“

26. Art. 14 der Richtlinie trägt den Titel „Aufhebung“ und bestimmt:

„Die Richtlinie 92/100/EWG wird unbeschadet der Verpflichtungen der Mitgliedstaaten hinsichtlich der in Anhang I Teil B genannten Fristen für die Umsetzung der dort genannten Richtlinien in innerstaatliches Recht aufgehoben.

Verweisungen auf die aufgehobene Richtlinie gelten als Verweisungen auf die vorliegende Richtlinie und sind nach Maßgabe der Entsprechungstabelle in Anhang II zu lesen.“

3. Die Richtlinie 2001/29

27. Die Erwägungsgründe 9 bis 12, 15, 23, 24 und 27 der Richtlinie 2001/29 lauten wie folgt:

„(9) Jede Harmonisierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte muss von einem hohen Schutzniveau ausgehen, da diese Rechte für das geistige Schaffen wesentlich sind. Ihr Schutz trägt dazu bei, die Erhaltung und Entwicklung kreativer Tätigkeit im Interesse der Urheber, ausübenden Künstler, Hersteller, Verbraucher, von Kultur und Wirtschaft sowie der breiten Öffentlichkeit sicherzustellen. Das geistige Eigentum ist daher als Bestandteil des Eigentums anerkannt worden.

(10) Wenn Urheber und ausübende Künstler weiter schöpferisch und künstlerisch tätig sein sollen, müssen sie für die Nutzung ihrer Werke eine angemessene Vergütung erhalten, was ebenso für die Produzenten gilt, damit diese die Werke finanzieren können. Um Produkte wie Tonträger, Filme oder Multimediaprodukte herstellen und Dienstleistungen, z. B. Dienste auf Abruf, anbieten zu können, sind beträchtliche Investitionen erforderlich. Nur wenn die Rechte des geistigen Eigentums angemessen geschützt werden, kann eine angemessene Vergütung der Rechtsinhaber gewährleistet und ein zufrieden stellender Ertrag dieser Investitionen sichergestellt werden.

(11) Eine rigorose und wirksame Regelung zum Schutz der Urheberrechte und verwandten Schutzrechte ist eines der wichtigsten Instrumente, um die notwendigen Mittel für das kulturelle Schaffen in Europa zu garantieren und die Unabhängigkeit und Würde der Urheber und ausübenden Künstler zu wahren.

(12) Ein angemessener Schutz von urheberrechtlich geschützten Werken und sonstigen Schutzgegenständen ist auch kulturell gesehen von großer Bedeutung. Nach Artikel 151 des Vertrags hat die Gemeinschaft bei ihrer Tätigkeit den kulturellen Aspekten Rechnung zu tragen.

...

(15) Die Diplomatische Konferenz, die unter der Schirmherrschaft der Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) im Dezember 1996 stattfand, führte zur Annahme von zwei neuen Verträgen, dem WIPO-Urheberrechtsvertrag und dem WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger, die den Schutz der Urheber bzw. der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller zum Gegenstand haben. In diesen Verträgen wird der internationale Schutz des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, nicht zuletzt in Bezug auf die sog. ‚digitale Agenda‘, auf den neuesten Stand gebracht; gleichzeitig werden die Möglichkeiten zur Bekämpfung der Piraterie weltweit verbessert. Die Gemeinschaft und die meisten Mitgliedstaaten haben die Verträge bereits unterzeichnet, und inzwischen wurde mit den Vorbereitungen zu ihrer Genehmigung

bzw. Ratifizierung durch die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten begonnen. Die vorliegende Richtlinie dient auch dazu, einigen dieser neuen internationalen Verpflichtungen nachzukommen.

...

- (23) Mit dieser Richtlinie sollte das für die öffentliche Wiedergabe geltende Urheberrecht weiter harmonisiert werden. Dieses Recht sollte im weiten Sinne verstanden werden, nämlich dahin gehend, dass es jegliche Wiedergabe an die Öffentlichkeit umfasst, die an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend ist. Dieses Recht sollte jegliche entsprechende drahtgebundene oder drahtlose öffentliche Übertragung oder Weiterverbreitung eines Werks, einschließlich der Rundfunkübertragung, umfassen. Dieses Recht sollte für keine weiteren Handlungen gelten.
- (24) Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung von Schutzgegenständen nach Artikel 3 Absatz 2 sollte dahin gehend verstanden werden, dass es alle Handlungen der Zugänglichmachung derartiger Schutzgegenstände für Mitglieder der Öffentlichkeit umfasst, die an dem Ort, an dem die Zugänglichmachung ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend sind; dieses Recht gilt für keine weiteren Handlungen.

...

- (27) Die bloße Bereitstellung der Einrichtungen, die eine Wiedergabe ermöglichen oder bewirken, stellt selbst keine Wiedergabe im Sinne dieser Richtlinie dar.“

28. Art. 3 Abs. 1 und 2 der Richtlinie 2001/29 lautet:

„(1) Die Mitgliedstaaten sehen 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.

(2) Die Mitgliedstaaten sehen für folgende Personen das ausschließliche Recht vor, zu erlauben oder zu verbieten, dass die nachstehend genannten Schutzgegenstände drahtgebunden oder drahtlos in einer Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind:

- a) für die ausübenden Künstler in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Darbietungen;
- b) für die Tonträgerhersteller in Bezug auf ihre Tonträger;

...

- d) für die Sendeunternehmen in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Sendungen, unabhängig davon, ob diese Sendungen drahtgebunden oder drahtlos, über Kabel oder Satellit übertragen werden.“

C – Nationales Recht

29. Das italienische Gesetz Nr. 633 vom 22. April 1941 über den Schutz des Urheberrechts und anderer, verwandter Rechte (im Folgenden: Urheberrechtsgesetz) bestimmt in Art. 72:

„Vorbehaltlich der dem Urheber gemäß Titel I zustehenden Rechte hat der Hersteller von Tonträgern für die Dauer und unter den Voraussetzungen, wie sie in den nachstehenden Artikeln festgelegt werden, das ausschließliche Recht:

- a) die unmittelbare oder mittelbare, vorübergehende oder dauerhafte Vervielfältigung seiner Tonträger auf jede Art und Weise und in jeder Form, ganz oder teilweise und mit jedwedem Vervielfältigungsverfahren zu erlauben;
- b) die Verbreitung der Exemplare seiner Tonträger zu erlauben. Das ausschließliche Verbreitungsrecht erschöpft sich im Gebiet der Europäischen Gemeinschaft nur, wenn der Erstverkauf des Trägers mit der Tonaufzeichnung in einem Mitgliedstaat durch den Hersteller oder mit dessen Genehmigung erfolgt;
- c) die Vermietung oder Verleihung der Exemplare seiner Tonträger zu erlauben. Dieses Recht erschöpft sich nicht durch den Verkauf der Exemplare oder deren Verbreitung in irgendeiner Form;
- d) die öffentliche Zugänglichmachung seiner Tonträger in der Weise zu erlauben, dass sie jedem an Orten und zu Zeiten seiner Wahl zugänglich sind. Dieses Recht erschöpft sich nicht durch irgendeine Maßnahme der öffentlichen Zugänglichmachung.“

30. Art. 73 des Urheberrechtsgesetzes (zuletzt geändert durch Art. 12 Abs. 1 des Decreto Legislativo Nr. 68 vom 9. April 2003) bestimmt:

„1. Der Hersteller von Tonträgern und die ausübenden Künstler, die die auf den Tonträgern aufgezeichneten oder vervielfältigten Darbietungen ausgeführt haben, haben unabhängig von den ihnen zustehenden Verbreitungs-, Vermietungs- und Verleihrechten ein Recht auf Vergütung für die gewerbliche Nutzung der Tonträger in Film, Rundfunk und Fernsehen einschließlich der öffentlichen Wiedergabe über Satellit, bei öffentlichen Tanzveranstaltungen, in öffentlichen Lokalen oder im Zusammenhang mit jeder anderen öffentlichen Nutzung der Tonträger. Die Ausübung dieses Rechts steht dem Hersteller zu, der die Vergütung mit den ausübenden Künstlern teilt...“

31. Der folgende Art. 73a des Urheberrechtsgesetzes (eingefügt durch Art. 9 Abs. 1 des Decreto Legislativo Nr. 685 vom 16. November 1994) lautet:

„Die ausübenden Künstler sowie der Hersteller des verwendeten Tonträgers haben ein Recht auf angemessene Vergütung, auch wenn die Nutzung im Sinne des Art. 73 nicht gewerblich erfolgt...“

III – Sachverhalt, Verfahren vor den nationalen Gerichten und Vorlagefragen

32. Die Società Consortile Fonografici (im Folgenden: SCF) ist eine Gesellschaft zur Wahrnehmung von Urheberrechten in Italien und im Ausland. Sie vertritt die ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller.

33. Als Beauftragte für die Verwaltung, den Einzug und die Aufteilung der Gebühren der ihr angehörenden Tonträgerhersteller in Italien und im Ausland verfolgt SCF insbesondere die folgenden Tätigkeiten:

- a) Eintreiben der Vergütungen für die gewerbliche Nutzung von Tonträgern in Rundfunk und Fernsehen einschließlich der öffentlichen Wiedergabe über Satellit, von Filmaufnahmen bei öffentlichen Tanzveranstaltungen, in öffentlichen Lokalen oder im Zusammenhang mit anderen Nutzungen,
- b) Eintreiben der Vergütungen für nichtgewerbliche Nutzungen,
- c) Verwaltung der Genehmigungsrechte für die Weiterverbreitung von Tonträgern über Kabel und
- d) Verwaltung der Vervielfältigungsrechte für Tonträger.

34. SCF verhandelte mit der Associazione Dentisti Italiani (Verband italienischer Zahnärzte) über den Abschluss eines Kollektivabkommens zur Festlegung der Höhe der entsprechenden angemessenen Vergütung im Sinne der Art. 73 oder 73a des Urheberrechtsgesetzes für die Wiedergabe von Tonträgern einschließlich der in privaten Berufspraxen wie auch immer durchgeführten Verbreitung.

35. Nachdem diese Verhandlungen gescheitert waren, erhob SCF vor dem Tribunale di Torino gegen Herrn Del Corso, einen Zahnarzt, Klage auf Feststellung, dass dieser in seiner privaten Zahnarztpraxis in Turin im Hintergrund geschützte Tonträger abspielt hat und dass für diese Tätigkeit als eine öffentliche Wiedergabe im Sinne des italienischen Urheberrechtsgesetzes sowie des Völkervertragsrechts und des Unionsrechts eine angemessene Vergütung zu entrichten ist. Die Höhe der Vergütung sollte in einem weiteren Verfahren festgelegt werden.

36. Herr Marco Del Corso beantragte Klageabweisung. Er stützte dies erstens darauf, dass SCF sich nur für den Fall auf das Urheberrecht berufen könne, in dem er selbst die Tonträger benutze; die Tonträger in seiner Privatpraxis würden allerdings über den Rundfunk übertragen. Daher schulde der Rundfunksender eine angemessene Vergütung, für das Anhören der Rundfunksendung werde hingegen keine angemessene Vergütung geschuldet. Zweitens liege keine öffentliche Wiedergabe vor, da eine private Zahnarztpraxis nicht als öffentlicher Ort angesehen werden könne. Patienten sei die Praxis erst nach Vereinbarung eines Termins zugänglich.

37. Das Tribunale di Torino hat die Klage abgewiesen. Es hat seine Entscheidung darauf gestützt, dass keine Wiedergabe zu gewerblichen Zwecken vorliege und zudem die Zahnarztpraxis privat und somit kein öffentlicher oder der Öffentlichkeit zugänglicher Ort sei.

38. SCF hat vor dem vorlegenden Gericht Berufung gegen dieses Urteil eingelegt. Herr Marco Del Corso hat Zurückweisung der Berufung beantragt.

39. Der Generalanwalt der Italienischen Republik bei dem vorlegenden Gericht ist dem Verfahren beigetreten und hat ebenfalls Zurückweisung der Berufung beantragt.

40. Das vorlegende Gericht ist der Auffassung, dass die völkerrechtlichen, unionsrechtlichen und nationalen Bestimmungen alle ein Recht der Tonträgerhersteller vorsehen, eine Vergütung für die Nutzung der von ihnen hergestellten Tonträger für eine öffentliche Wiedergabe zu verlangen. Der Anspruch auf angemessene Vergütung für eine erneute öffentliche Wiedergabe werde nicht dadurch ausgeschlossen oder absorbiert, dass bereits der Rundfunksender eine angemessene Vergütung entrichtet habe. Die Erlaubnis, die einem Rundfunksender erteilt werde, beinhalte zwar auch, dass die Sendung durch einen Besitzer eines technischen Empfangsgeräts privat genutzt werden könne. Die Nutzung in einem öffentlichen Kontext, etwa in einem öffentlichen Lokal oder durch eine Vielzahl von Personen über einen potenziellen allgemeinen Zugang bringe aber einen zusätzlichen Nutzen

hervor, der als solcher getrennt vergütet werden müsse. Es stelle sich allerdings die Frage, ob der Begriff der öffentlichen Wiedergabe auch die Wiedergabe innerhalb privater Berufspraxen wie der von Zahnärzten umfasse, in die der Patient in der Regel nach einer vorherigen Terminvereinbarung komme und in der das Radioprogramm ungeachtet seines Willen abgespielt werde.

41. Vor diesem Hintergrund hat das vorlegende Gericht folgende Vorlagefragen gestellt:

1. Sind das Abkommen von Rom über die verwandten Schutzrechte vom 26. Oktober 1961, das TRIPS-Übereinkommen (Übereinkommen über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums) und der WIPO-Vertrag über Darbietungen und Tonträger (WPPT) in der Gemeinschaftsrechtsordnung unmittelbar anzuwenden?
2. Sind die vorgenannten Quellen des einheitlichen Völkervertragsrechts ferner in Privatrechtsbeziehungen unmittelbar wirksam?
3. Stimmen die jeweiligen Begriffe der „öffentlichen Wiedergabe“ in den angeführten Vorschriften des Völkervertragsrechts mit denen des Gemeinschaftsrechts in den Richtlinien 92/100 und 2001/29 überein? Falls nicht, welche Quelle hat Vorrang?
4. Stellt die kostenlose Wiedergabe von Tonträgern innerhalb von Praxen von Zahnärzten, die einer wirtschaftlichen Tätigkeit freiberuflicher Art nachgehen, für die Patienten, die unabhängig von ihrem Willen in den Genuss dieser Wiedergabe kommen, eine „öffentliche Wiedergabe“ oder eine „öffentliche Zugänglichmachung“ im Sinne des Art. 3 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29 dar?
5. Begründet diese Verbreitung für die Tonträgerhersteller ein Recht auf Vergütung?

IV – Verfahren vor dem Gerichtshof

42. Das Vorabentscheidungsersuchen ist am 15. März 2010 bei der Kanzlei des Gerichtshofs eingegangen.

43. Im schriftlichen Verfahren haben SCF, Herr Marco Del Corso, die italienische und die irische Regierung sowie die Kommission Erklärungen eingereicht.

44. An der gemeinsamen mündlichen Verhandlung in der vorliegenden Rechtssache und in der Rechtssache C-162/10, Phonographic Performance, die am 7. April 2011 stattgefunden hat, haben Vertreter der Klägerin im Ausgangsverfahren, von SFC, von Herrn Marco Del Corso, der italienischen, der irischen, der griechischen und der französischen Regierung sowie der Kommission teilgenommen.

V – Vorbemerkungen

45. Mit seinen Vorlagefragen möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob ein Zahnarzt, der in seiner Praxis Radiosendungen wiedergibt, die in den Radiosendungen genutzten Tonträger mittelbar öffentlich wiedergibt und dafür eine angemessene Vergütung zahlen muss.

46. Ich werde im Folgenden zunächst auf die vierte und fünfte Vorlagefrage eingehen, die auf die Auslegung von unionsrechtlichen Bestimmungen gerichtet sind. Anschließend werde ich auf die erste bis dritte Frage eingehen, die völkerrechtliche Bestimmungen betreffen.

VI – Zur vierten und fünften Vorlagefrage

47. Mit der vierten und fünften Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob ein Zahnarzt, der ein Radioprogramm in seinem Wartezimmer hörbar macht, die Tonträger, die in der Radiosendung genutzt werden, im Sinne des Art. 3 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29 öffentlich wiedergibt oder öffentlich zugänglich macht und dafür eine angemessene Vergütung zahlen muss.

A – Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

48. In der mündlichen Verhandlung haben alle Verfahrensbeteiligten – teilweise unter Abweichung von ihren schriftlichen Ausführungen – zum Ausdruck gebracht, dass Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 bzw. der Richtlinie 92/100 und nicht Art. 3 der Richtlinie 2001/29 die für den vorliegenden Fall einschlägige Vorschrift ist.

49. Nach Auffassung von SCF und der *französischen Regierung* liegt eine öffentliche Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 vor. Der Begriff der öffentlichen Wiedergabe in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 und in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 müsse unionsweit einheitlich und gleichlaufend ausgelegt werden. Das zu Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 ergangene Urteil SGAE/Rafael Hoteles sei somit auf Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 übertragbar. Zunächst ergebe sich dies aus dem Wortlaut und dem Zweck der Richtlinien. Dem stehe nicht entgegen, dass die Richtlinie 2006/115 keinen mit dem 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 vergleichbaren Erwägungsgrund enthalte, dem zufolge der Begriff der öffentlichen Wiedergabe weit auszulegen sei. Der 23. Erwägungsgrund sei nämlich insofern redundant. Soweit in den beiden Richtlinien von einem unterschiedlichen Schutzniveau ausgegangen werde, beziehe sich das auf die Ausgestaltung der Rechte, nicht aber auf den Begriff der öffentlichen Wiedergabe. Weiter ergebe sich aus dem Umstand, dass den Urhebern nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 ein ausschließliches Recht eingeräumt werde, den Tonträgerherstellern und den ausübenden Künstlern nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 dagegen nur ein wirtschaftliches Recht, nicht, dass der Begriff der öffentlichen Wiedergabe in diesen beiden Vorschriften unterschiedlich ausgelegt werden müsse. Ferner spreche für eine gleichlaufende Auslegung, dass auf völkerrechtlicher Ebene der WPPT und der WCT ebenfalls einen gleichlaufenden Begriff der öffentlichen Wiedergabe vorsähen. Im Übrigen sei das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache SENA¹⁰ nicht anwendbar, da sich der Gerichtshof darin lediglich mit dem Begriff der Angemessenheit der Vergütung auseinandergesetzt habe. Darüber hinaus ergebe sich aus der Systematik der Richtlinie 2001/29, dass die Interessen weiterer Betroffener nicht bei der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe berücksichtigt werden dürften. Schließlich weist die französische Regierung darauf hin, dass eine einheitliche Auslegung des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe deswegen geboten sei, weil diese nach der Richtlinie 2006/116/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 über die Schutzdauer des Urheberrechts und bestimmter verwandter Schutzrechte¹¹ Bedeutung für die Schutzdauer des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte habe.

50. In einem Fall wie dem vorliegenden ist nach Auffassung von SCF und der französischen Regierung eine öffentliche Wiedergabe anzunehmen.

51. Erstens weist SCF darauf hin, dass auf jeden Zahnarzt im Durchschnitt eine beträchtliche Zahl an Patienten entfiele. Weiter spreche gegen die Öffentlichkeit der Wiedergabe auch nicht, dass die Patienten nur auf Termin und auf vertraglicher Grundlage Zugang zur Zahnarztpraxis hätten.

¹⁰ — Urteil vom 6. Februar 2003, SENA (C-245/00, Slg. 2003, I-1251).

¹¹ — ABl. L 372, S. 12.

52. Soweit es zweitens um die Frage gehe, ob die Verfolgung eines Erwerbszwecks Voraussetzung für eine öffentliche Wiedergabe sei, weist SCF zunächst darauf hin, dass diese Frage vom vorliegenden Gericht nicht gestellt worden sei. Hilfsweise trägt SCF vor, dass ein solcher Zweck nicht erforderlich sei. Zunächst sehe der Wortlaut des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 dies nicht vor. Weiter spreche hiergegen die Systematik der Richtlinie 2006/115 und der Richtlinie 2001/29. Aus Art. 5 der Richtlinie 2001/29, der nach Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 auch auf die verwandten Schutzrechte der Tonträgerhersteller und der ausübenden Künstler anwendbar sei, ergebe sich, dass der fehlende Erwerbszweck erst auf Ebene der Ausnahmen und Beschränkungen berücksichtigt werde und somit nicht bereits im Rahmen des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe zu berücksichtigen sei. Ferner sei ein solcher Zweck auch nach der Rechtsprechung nicht erforderlich. Schließlich sei auch nicht entscheidend, ob die öffentliche Wiedergabe sich auf die Wahl des Zahnarztes auswirke. Wenn das Ziel eines hohen Schutzniveaus für Urheberrechte erreicht werden solle, könne die Wiedergabe von Tonträgern im Zusammenhang mit der Ausübung von freien Berufen nicht von vorneherein aus dem Schutzbereich der betroffenen Immaterialgüterrechte ausgenommen werden.

53. Drittens tragen SCF und die französische Regierung vor, dass nicht auf die Patienten, sondern auf den Zahnarzt als Nutzer des Tonträgers abzustellen sei. Der Umstand, dass die Wiedergabe unabhängig vom Willen des Patienten erfolge und dass dieser gegebenenfalls kein Interesse an einer Wiedergabe habe, sei daher nicht erheblich.

54. Herr Marco Del Corso hält die vierte und fünfte Vorlagefrage wegen mangelnder Entscheidungserheblichkeit für unzulässig. Es sei weder nachgewiesen worden, dass er seinen Patienten gegenüber auf Tonträgern gespeicherte Werke wiedergegeben habe, noch, dass er hierfür Eintrittsgeld verlangt habe.

55. Weiter liege hier weder eine öffentliche Wiedergabe noch eine öffentliche Zugänglichmachung vor. Eine öffentliche Wiedergabe eines Tonträgers liege nur dann vor, wenn dieser an einem öffentlichen Ort oder der Öffentlichkeit geöffneten Ort vor einem Publikum tatsächlich wiedergegeben werde oder wenn dieser in privaten Räumlichkeiten vor einem zahlenden Publikum von signifikanter Größe wiedergegeben werde. Hier sei die erforderliche Öffentlichkeit nicht gegeben. Erstens stellten die Patienten einer Zahnarztpraxis kein Publikum dar, da sie keine eigenständige soziale, wirtschaftliche oder juristische Dimension hätten. Zweitens stehe die auf vertraglicher Grundlage erbrachte spezifische, persönliche und intellektuelle Leistung des Zahnarztes im Vordergrund. Wenn in diesem Zusammenhang Musik abgespielt werde, werde damit kein Erwerbszweck verfolgt. Drittens könne der Zahnarzt, der auch die Persönlichkeitsrechte seiner Patienten wahren müsse, seine Leistungen nicht gleichzeitig erbringen, so dass seine Patienten nicht zur selben Zeit in seiner Praxis versammelt seien. Viertens hätten die Patienten kein Eintrittsgeld gezahlt. Fünftens seien die Berechnungen von SCF zur Zahl der Patienten eines Zahnarztes nicht zutreffend. Auch eine öffentliche Zugänglichmachung liege nicht vor. Herr Marco Del Corso führt weiter aus, dass die von SCF vertretene Auffassung als Folge hätte, dass auch der Genuss von Musik in privaten Räumen durch eine Privatperson eine öffentliche Wiedergabe darstellen würde.

56. Nach Auffassung der *italienischen Regierung* ist die vierte Vorlagefrage zu verneinen. Der Gerichtshof habe im Urteil SGAE/Rafael Hoteles eine öffentliche Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 angenommen. Anwendbar sei im vorliegenden Fall allerdings Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 92/100. Hier liege keine öffentliche Wiedergabe im Sinne dieser Vorschrift vor. Erstens handle es sich bei der Praxis eines Zahnarztes um einen privaten Ort, an dem sich Patienten nur nach Terminvereinbarung aufhalten würden. Doch auch wenn nicht diesem physischen Ansatz gefolgt werde, sondern einem funktionalen Ansatz, könne in einem Fall wie dem vorliegenden keine öffentliche Wiedergabe angenommen werden. Zwar sei nicht entscheidend, wie viele Personen gleichzeitig in der Praxis anwesend seien. Es müsse nämlich eine sukzessiv-kumulative Betrachtungsweise angewendet werden. Es müssten aber die von den Patienten verfolgten Zwecke berücksichtigt werden. Die im Rahmen der Richtlinie relevante Öffentlichkeit seien nur die Personen, die bereit seien, Geld zu zahlen mit Blick auf die Möglichkeit, den Inhalt der Tonträger zu hören,

oder unter Berücksichtigung dieser Möglichkeit. Es sei nämlich nicht gerechtfertigt, den Tonträgerherstellern und ausübenden Künstlern ein wirtschaftliches Recht einzuräumen, wenn die öffentliche Wiedergabe selbst keine wirtschaftliche Bedeutung habe. In Hinblick auf Hotelgäste sei eine wirtschaftliche Bedeutung zu bejahen, da der Zugang zu Radio- und Fernsehprogrammen ein Teil des Angebots des Hotelbetreibers sei, das von den Hotelgästen berücksichtigt werde. In Hinblick auf Patienten in einer Zahnarztpraxis sei die wirtschaftliche Bedeutung allerdings zu verneinen. Die Wiedergabe von Tonträgern könne zwar den Aufenthalt der Patienten angenehmer gestalten, weise aber keinen unmittelbaren oder mittelbaren Zusammenhang mit dem Wert der Leistung des Zahnarztes auf. Nach Auffassung der italienischen Regierung muss die fünfte Vorlagefrage nicht beantwortet werden, da die vierte Vorlagefrage zu verneinen sei.

57. Nach Auffassung der *Kommission* und der *irischen Regierung* darf der Begriff der öffentlichen Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 92/100 nicht ohne Weiteres mit dem Begriff der öffentlichen Wiedergabe in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 gleichgesetzt werden. Vielmehr müsse dieser Begriff in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 mit Blick auf die Unterschiede zwischen diesen beiden Vorschriften enger ausgelegt werden. Insbesondere müsse berücksichtigt werden, dass nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 dem Urheber ein ausschließliches Recht eingeräumt werde, dem Tonträgerhersteller nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 92/100 dagegen nur ein Recht auf angemessene Vergütung. Auch entspreche es nicht den völkerrechtlichen und den unionsrechtlichen Vorgaben, wenn den Urhebern und den Tonträgerherstellern derselbe Schutz gewährt werden würde.

58. Die Kommission hat zunächst in ihrem Schriftsatz ausgeführt, dass bei der Auslegung des Begriffs der Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 Art. 2 Buchst. g und Art. 15 WPPT berücksichtigt werden müssten. Es seien somit auch mittelbare Übertragungen erfasst und es reiche aus, dass die auf den Tonträgern fixierten Töne hörbar gemacht würden. Daher sei in einem Fall wie dem vorliegenden eine Wiedergabe anzunehmen. Allerdings sei die Wiedergabe nicht öffentlich. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs zu Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 könne nicht auf Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 92/100 übertragen werden. Vielmehr müssten die öffentliche oder private Natur des Orts der Wiedergabe und das wirtschaftliche Ziel der Wiedergabe berücksichtigt werden. Letzteres fehle im vorliegenden Fall, weil ein Arzt nicht nach dem Kriterium der Attraktivität des Wartezimmers, sondern nach dem persönlichen Vertrauen ausgesucht werde und die Wiedergabe keinen Einfluss auf die Qualität der Leistung des Arztes habe.

59. In der mündlichen Verhandlung hat die Kommission dagegen die Auffassung vertreten, dass in einem Fall wie dem vorliegenden bereits nicht von einer Wiedergabe ausgegangen werden könne. Nach Auffassung der Kommission hat sich der Gerichtshof im Urteil SGAE/Rafael Hoteles darauf beschränkt, den Begriff der Öffentlichkeit der Wiedergabe zu definieren, nicht aber den Begriff der Wiedergabe. Der Begriff der Wiedergabe sei so zu interpretieren, wie dies Generalanwältin Kokott in ihren Schlussanträgen in der Rechtssache Football Association¹² vorgeschlagen habe. Aus dem 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 lasse sich entnehmen, dass vom Begriff der öffentlichen Wiedergabe nur die Personen erfasst würden, die sich nicht an dem Ort befänden, an dem die Übertragung ihren Ursprung nehme. Die Übertragung einer Sendung auf einem Radioapparat in einer Zahnarztpraxis finde allerdings vor einem Publikum statt, das an dem Ort des Ursprungs der Übertragung anwesend sei. Anders könne dies sein, wenn das Signal, das über einen solchen Apparat wiedergegeben werde, zunächst in ein Netz eingespeist würde.

B – Zur Zulässigkeit der Vorlagefragen

60. Die vierte und fünfte Vorlagefrage sind zulässig.

12 — Schlussanträge von Generalanwältin Kokott vom 3. Februar 2011 in den noch anhängigen Rechtssachen Football Association Premier League u. a. (C-403/08 und C-429/08).

61. Erstens ist der Einwand von Herrn Marco Del Corso zurückzuweisen, dass diese Fragen unerheblich seien, weil die Wiedergabe des Radioprogramms gegenüber den Patienten nicht nachgewiesen worden sei. Aus dem Vorlagebeschluss geht nämlich hervor, dass das vorlegende Gericht von einer solchen Wiedergabe ausgeht. Aufgrund des Kooperationsverhältnisses zwischen dem vorlegenden Gericht und dem Gerichtshof im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV ist der Gerichtshof gehalten, von dem Sachverhalt auszugehen, der ihm vom vorlegenden Gericht mitgeteilt worden ist.¹³

62. Soweit Herr Marco Del Corso sich zweitens darauf beruft, dass er kein Eintrittsgeld von seinen Patienten für die Wiedergabe der Radioprogramme verlangt habe, führt dies ebenfalls nicht zur Unerheblichkeit der Vorlagefragen. Das vorlegende Gericht möchte nämlich gerade wissen, ob sich auch in einem solchen Fall aus den unionsrechtlichen Vorgaben ein Vergütungsanspruch gegen den Zahnarzt ergeben kann.

C – Rechtliche Würdigung

63. Hintergrund der vierten und fünften Vorlagefrage ist das Urteil des Gerichtshofs in der Rechtssache SGAE/Rafael Hoteles¹⁴. Darin hat der Gerichtshof klargestellt, dass ein Hotelbetreiber, der ein Fernsehsignal mittels Fernsehapparaten, die in den Hotelzimmern aufgestellt sind, verbreitet, die in der Fernsehsendung genutzten Werke im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 öffentlich wiedergibt. Diese Bestimmung regelt das ausschließliche Recht eines Urhebers, die öffentliche Wiedergabe seiner Werke zu erlauben oder zu verbieten. Im vorliegenden Rechtsstreit streiten die Parteien insbesondere darüber, ob diese Rechtsprechung, die in Hinblick auf Urheberrechte und Hotelzimmer ergangen ist, auf die verwandten Schutzrechte der Tonträgerhersteller und der ausübenden Künstler übertragbar ist, wenn in einer Zahnarztpraxis eine Radiosendung hörbar ist, in der Tonträger genutzt werden. Vor diesem Hintergrund möchte ich zunächst auf die Auslegung des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 durch den Gerichtshof im Urteil SGAE/Rafael Hoteles eingehen (1). Daran anschließend werde ich darlegen, welche die im vorliegenden Fall einschlägige unionsrechtliche Bestimmung ist (2) und wie diese auszulegen ist (3).

1. Zur Auslegung von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 durch den Gerichtshof

64. Der Gerichtshof hat seine Entscheidung, dass die Verbreitung eines Signals mittels in Hotelzimmern aufgestellter Fernsehapparate, die ein Hotel für seine Gäste vornimmt, unabhängig von der Übertragungstechnik des Signals eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 dieser Richtlinie darstellt, wie folgt begründet:

65. Erstens hat er auf die Erwägungsgründe der Richtlinie 2001/29 Bezug genommen. Zunächst hat er auf den 23. Erwägungsgrund verwiesen, dem zufolge der Begriff der öffentlichen Wiedergabe in einem weiten Sinne verstanden werden muss.¹⁵ Weiter hat er ausgeführt, dass nur so das im neunten und zehnten Erwägungsgrund erwähnte Ziel erreicht werden könne, ein hohes Schutzniveau für die Urheber zu erreichen und ihnen für die Nutzung ihrer Werke eine angemessene Vergütung zu gewähren.¹⁶

13 — Vgl. in diesem Sinne Urteile vom 27. März 1963, Da Costa u. a. (28/62 bis 30/62, Slg. 1963, 65, 81), vom 1. März 1973, Bollmann (62/72, Slg. 1973, 269, Randnr. 4), vom 10. Juli 1997, Palmisani (C-261/95, Slg. 1997, I-4025, Randnr. 31), und vom 12. Februar 2008, Kempter (C-2/06, Slg. 2008, I-411, Randnrn. 41 f.).

14 — Bereits in Fn. 4 angeführt.

15 — Ebd., Randnr. 36.

16 — Ebd., Randnr. 36.

66. Als Zweites hat sich der Gerichtshof auf seine Rechtsprechung zu anderen unionsrechtlichen Bestimmungen berufen.¹⁷

67. Drittens hat er auf die kumulativen Wirkungen abgestellt, die sich daraus ergäben, dass die Hotelgäste in Hotelzimmern gewöhnlich rasch aufeinander folgten und somit die Zugänglichmachung zu den Werken eine erhebliche Bedeutung erlangen könne.¹⁸

68. Viertens hat der Gerichtshof festgestellt, dass nach Art. 11bis Abs. 1 Ziff. ii der Revidierten Berner Übereinkunft (im Folgenden: RBÜ) eine eigenständige öffentliche Wiedergabe vorliege, wenn eine Sendung, die von einer ursprünglichen Sendeanstalt übermittelt werde, von einer weiteren Sendeanstalt weiterverbreitet werde. Damit werde das Werk nämlich mittelbar durch die Wiedergabe der Radio- und Fernsehsendung einem neuen Publikum gegenüber wiedergegeben.¹⁹

69. Fünftens hat der Gerichtshof in diesem Zusammenhang unter Verweis auf den WIPO-Leitfaden die Öffentlichkeit einer solchen mittelbaren Wiedergabe mit Blick auf die bereits erteilte Erlaubnis des Urhebers definiert. Er hat herausgestellt, dass die Erlaubnis des Urhebers zur Übertragung seines Werks durch den Rundfunk nur die unmittelbare Zuhörerschaft erfasse, also die Besitzer von Empfangsgeräten, welche die Sendung allein im privaten bzw. familiären Kreis empfangen. Allerdings werde dann, wenn die Übertragung zu dem Zweck erfolge, einen weiteren Kreis, oft gegen Vergütung, zu unterhalten, ein zusätzlicher Teil der Öffentlichkeit in die Lage versetzt, das Werk anzuhören oder anzusehen. Die Wiedergabe der Sendung über Lautsprecher oder eine ähnliche Vorrichtung sei dann nicht mehr nur der Empfang der Sendung selbst, sondern eine eigenständige Handlung, durch die das gesendete Werk für ein neues Publikum wiedergegeben werde.²⁰

70. Sechstens hat er festgestellt, dass die Gäste eines Hotels ein neues Publikum darstellten. Das Hotel werde als Einrichtung tätig, die in voller Kenntnis der Folgen ihres Verhaltens den Gästen Zugang zu den geschützten Werken verschaffe.²¹

71. Siebtens hat der Gerichtshof darauf hingewiesen, dass es für eine öffentliche Wiedergabe ausreiche, wenn das Werk der Öffentlichkeit in der Weise zugänglich gemacht werde, dass deren Mitglieder dazu Zugang hätten.²²

72. Achters hat der Gerichtshof berücksichtigt, dass die Verschaffung des Zugangs zu den ausgestrahlten Werken eine zusätzliche Dienstleistung darstelle, die erbracht werde, um daraus einen gewissen Nutzen zu ziehen. In einem Hotel diene sie sogar Erwerbszwecken, da sich diese Dienstleistung auf den Standard des Hotels und somit auf den Preis der Zimmer auswirke.²³

17 — Ebd., Randnr. 37. In diesem Zusammenhang hat er sich zunächst auf das Urteil vom 2. Juni 2005, *Mediakabel* (C-89/04, Slg. 2005, I-4891, Randnr. 30) berufen, in dem er im Zusammenhang mit Art. 1 Buchst. a der Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität (ABl. L 298, S. 23) den Begriff des Empfangs einer Fernsehsendung durch die Allgemeinheit so ausgelegt hat, dass es auf eine unbestimmte Zahl möglicher Fernsehzuschauer ankommt. Weiter hat er sich auf das Urteil des Gerichtshofs vom 14. Juli 2005, *Lagardère Active Broadcast* (C-192/04, Slg. 2005, I-7199, Randnr. 31), berufen, in dem er im Zusammenhang mit Art. 1 Abs. 2 Buchst. a der Richtlinie 93/83/EWG des Rates vom 27. September 1993 zur Koordinierung bestimmter urheber- und leistungsschutzrechtlicher Vorschriften betreffend Satellitenrundfunk und Kabelweiterverbreitung (ABl. L 248, S. 15) den Begriff der öffentlichen Wiedergabe über Satellit so ausgelegt hat, dass es auf eine unbestimmte Zahl möglicher Hörer ankommt.

18 — Ebd., Randnrn. 38 f.

19 — Ebd., Randnr. 40.

20 — Ebd., Randnr. 41.

21 — Ebd., Randnr. 42.

22 — Ebd., Randnr. 43.

23 — Ebd., Randnr. 44.

73. Neuntens hat der Gerichtshof allerdings einschränkend klargestellt, dass die bloße Bereitstellung von Empfangsgeräten als solche keine Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 darstelle. Dagegen stelle die Verbreitung eines Signals mittels in den Hotelzimmern aufgestellter Fernsehapparate, die ein Hotel für seine Gäste vornehme, eine öffentliche Wiedergabe im Sinne dieser Vorschrift dar, und zwar unabhängig davon, mit welcher Technik das Signal übertragen werde.²⁴

2. Zur im vorliegenden Fall einschlägigen Rechtsnorm

74. Das vorlegende Gericht nimmt in seiner vierten Vorlagefrage Bezug auf Art. 3 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2001/29. Diese Bestimmung ist im vorliegenden Fall nicht einschlägig. Art. 3 Abs. 2 Buchst. a und b der Richtlinie 2001/29 ist nicht anwendbar, weil diese Bestimmung lediglich den Fall der Zugänglichmachung regelt, in der die Tonträger bzw. die Ausführungen und Darbietungen Mitgliedern der Öffentlichkeit an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich gemacht werden. Ein solcher Fall liegt bei der Übertragung eines Radioprogramms nicht vor. Der Vollständigkeit halber möchte ich darauf hinweisen, dass auch Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 nicht einschlägig ist, weil es vorliegend nicht um urheberrechtlich geschützte Werke, sondern um die verwandten Schutzrechte der Tonträgerhersteller und der ausübenden Künstler geht.

75. Vielmehr ist Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 92/100 bzw. Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 einschlägig. Nach diesen Bestimmungen müssen die Mitgliedstaaten bei Nutzung eines zu Handelszwecken veröffentlichten Tonträgers oder eines Vervielfältigungsstücks eines solchen Tonträgers für drahtlos übertragene Rundfunksendungen oder eine öffentliche Wiedergabe die Zahlung einer einzigen angemessenen Vergütung durch den Nutzer und die Aufteilung dieser Vergütung auf die ausübenden Künstler und die Tonträgerhersteller vorsehen.

76. Da der Gerichtshof befugt ist, dem vorlegenden Gericht alle Hinweise zu geben, die für die Beurteilung der Rechtssache im Ausgangsverfahren von Belang sind,²⁵ werde ich im Folgenden auf die Auslegung dieser einschlägigen Bestimmungen eingehen. Weiter werde ich, da die Richtlinie 92/100 in der Richtlinie 2006/115 konsolidiert worden ist und Art. 8 Abs. 2 in beiden Richtlinien identisch ist, im Folgenden lediglich auf Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 eingehen, wobei das Gesagte entsprechend auch für Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 92/100 gilt. Ferner werde ich im Folgenden der Einfachheit halber nur den Fall berücksichtigen, in dem es um einen zu Handelszwecken veröffentlichten Tonträger geht, wobei die Ausführungen entsprechend auch für ein Vervielfältigungsstück eines solchen Tonträgers gelten.

3. Zur Auslegung von Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115

77. Vorab möchte ich klarstellen, dass es sich bei den Voraussetzungen des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 um autonome Begriffe des Unionsrechts handelt (a), die unter Berücksichtigung ihres völkerrechtlichen Kontexts auszulegen sind (b). Daran anschließend werde ich auf den Begriff der öffentlichen Wiedergabe (c) sowie die weiteren Voraussetzungen des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 eingehen (d).

24 — Ebd., Randnrn. 45 f.

25 — Urteile vom 18. Januar 2001, Stockholm Lindöpark (C-150/99, Slg. 2001, I-493, Randnr. 38), und vom 18. Juni 2009, Stadeco (C-566/07, Slg. 2009, I-5295, Randnr. 43).

a) Autonome Begriffe des Unionsrechts

78. Bei den in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie verwendeten Begriffen handelt es sich mangels Verweises auf das Recht der Mitgliedstaaten um autonome Begriffe des Unionsrechts. Im Interesse einer einheitlichen Anwendung des Unionsrechts in allen Mitgliedstaaten und aus Rücksicht auf den Gleichheitssatz in der gesamten Union sind diese einheitlich auszulegen.²⁶ Nur so kann zudem das im sechsten Erwägungsgrund der Richtlinie 2006/115 genannte Ziel erreicht werden, die Ausübung der schöpferischen, künstlerischen und unternehmerischen Tätigkeiten durch einen gemeinschaftsweit harmonisierten rechtlichen Rahmen zu erleichtern.

79. Allerdings kann in bestimmten Fällen trotz Vorliegens eines autonomen Begriffs des Unionsrechts nur eine sehr eingeschränkte Harmonisierung vorgenommen worden sein, so dass die Regelungsdichte des Begriffs sehr niedrig ist. In solchen Fällen wird unionsrechtlich nur ein weiterer Regelungsrahmen vorgegeben, der von den Mitgliedstaaten auszufüllen ist.²⁷ Davon ist der Gerichtshof bei dem Begriff der Angemessenheit der Vergütung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 ausgegangen.²⁸ Da die Beurteilung der Regelungsdichte eines Begriffs allerdings für jeden in einer Bestimmung genannten Begriff einzeln erfolgen muss, können daraus keine Rückschlüsse für die weiteren in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 verwendeten Begriffe gezogen werden.

b) Völkerrechtlicher und unionsrechtlicher Kontext

80. Weiter ist zu berücksichtigen, dass die Bestimmung über das Recht auf angemessene Vergütung nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 mit Blick auf ihren völkerrechtlichen Kontext ausgelegt werden muss.

81. Das Recht auf angemessene Vergütung ist nämlich auf völkerrechtlicher Ebene in Art. 12 des Rom-Abkommens und in Art. 15 WPPT geregelt. Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 muss somit mit Blick auf diese völkerrechtlichen Bestimmungen ausgelegt werden.

82. Soweit es um den WPPT geht, ergibt sich dies bereits daraus, dass die Union selbst Vertragspartei ist. Nach ständiger Rechtsprechung sind die Bestimmungen des Unionsrechts nämlich insbesondere dann im Lichte eines völkerrechtlichen Vertrags auszulegen, wenn die Union Vertragspartei ist und mit diesen unionsrechtlichen Bestimmungen den Vertrag durchführen möchte.²⁹

83. Soweit es um das Rom-Abkommen geht, ist zwar darauf hinzuweisen, dass die EU selbst keine Vertragspartei des Rom-Abkommens ist. Allerdings ergibt sich aus dem siebten Erwägungsgrund der Richtlinie 2006/115, dem zufolge keine Harmonisierung in einer Weise erfolgen soll, dass die Rechtsvorschriften in Widerspruch zum Rom-Abkommen stehen, dass die Bestimmungen des Rom-Abkommens berücksichtigt werden müssen.

c) Zum Begriff der öffentlichen Wiedergabe

84. Von seinem Wortlaut her lässt sich der Begriff der öffentlichen Wiedergabe unterscheiden in zwei Elemente. Erstens muss eine Wiedergabe vorliegen. Zweitens muss diese Wiedergabe öffentlich sein.

26 — Urteil SGAE/Rafael Hoteles (bereits in Fn. 4 angeführt, Randnr. 31).

27 — Urteil vom 6. Februar 2003, SENA (bereits in Fn. 10 angeführt, Randnr. 34).

28 — Ebd., Randnrn. 34 bis 38.

29 — Urteile vom 10. September 1996, Kommission/Deutschland (C-61/94, Slg. 1996, I-3989, Randnr. 52), und SGAE/Rafael Hoteles (bereits in Fn. 4 angeführt, Randnr. 35). Siehe hierzu Rosenkranz, F., „Die völkerrechtliche Auslegung des EG-Sekundärrechts dargestellt am Beispiel der Urheberrechts“, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2007, S. 238 ff., 239 f.

i) Zum Begriff der Wiedergabe

85. Was unter einer Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 zu verstehen ist, wird zwar in dieser Richtlinie nicht ausdrücklich definiert. Dem Wortlaut und dem Kontext dieser Bestimmung können allerdings Hinweise darauf entnommen werden, wie dieser Begriff auszulegen ist.

86. Wie oben dargelegt,³⁰ sind für die Auslegung des Begriffs der Wiedergabe in dieser Bestimmung die Vorgaben des Art. 12 des Rom-Abkommens und des Art. 15 WPPT zu berücksichtigen. Für den Begriff der Wiedergabe sind insbesondere Art. 15 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 2 Buchst. g WPPT von Bedeutung. Art. 15 Abs. 1 sieht vor, dass ausübende Künstler und Tonträgerhersteller bei einer unmittelbaren oder mittelbaren Benutzung für eine Sendung oder eine öffentliche Wiedergabe einen Anspruch auf eine einzige angemessene Vergütung haben. In Art. 2 Buchst. g WPPT ist der Begriff der öffentlichen Wiedergabe eines Tonträgers definiert als die öffentliche Wiedergabe eines der auf einem Tonträger festgelegten Töne oder Darstellung von Tönen auf einem anderen Weg als durch Sendung. Weiter wird dort präzisiert, dass es für eine öffentliche Wiedergabe im Sinne des Art. 15 WPPT ausreicht, wenn die auf einem Tonträger festgelegten Töne hörbar gemacht oder dargestellt werden.

87. Daraus lassen sich folgende Schlussfolgerungen für den Begriff der Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 ziehen:

88. Erstens erfasst Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 sowohl unmittelbare als auch mittelbare Wiedergaben. Dafür sprechen zunächst der offene Wortlaut und die Entstehungsgeschichte der Vorschrift. Aus der Entstehungsgeschichte der Richtlinie 92/100 ergibt sich nämlich, dass eine weitere Konkretisierung des Begriffs der Wiedergabe durch den Zusatz der Wörter „unmittelbar oder mittelbar“ nicht für notwendig erachtet wurde, da bei der Verwendung des Begriffs der Wiedergabe offensichtlich sei, dass auch mittelbare Wiedergaben erfasst würden.³¹ Für eine solche Auslegung spricht seit seinem Inkrafttreten nunmehr auch Art. 15 WPPT, nach dessen Vorgaben ein Anspruch auch für mittelbare Übertragungen bestehen muss.³²

89. Zweitens genügt es für eine Wiedergabe, dass Töne, die auf dem Tonträger festgelegt sind, hörbar gemacht werden. Darauf, ob ein Gast die Töne tatsächlich gehört hat, kommt es nicht an. Dafür spricht zunächst Art. 2 Buchst. g WPPT, der auf das Hörbarmachen abstellt. Weiter dürfte es nach dem Sinn und Zweck der Richtlinie 2006/115 ausreichen, wenn der Gast die rechtliche und praktische Möglichkeit zum Genuss der Tonträger hat.³³ Eine solche Auslegung hat auch den Vorzug, dass sie sich in dieser Hinsicht mit der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 deckt.

90. Werden diese Vorgaben berücksichtigt, so spricht viel dafür, den Begriff der Wiedergabe in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 so auszulegen, dass ein Zahnarzt in einem Fall wie dem vorliegenden, in dem er über ein Radio in seiner Praxis Radiosendungen für seine Patienten hörbar macht, die in den Radiosendungen genutzten Tonträger mittelbar wiedergibt.

91. Die Kommission trägt in diesem Zusammenhang vor, dass der Begriff der öffentlichen Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 grundsätzlich nicht weiter ausgelegt werden dürfe als der Begriff der öffentlichen Wiedergabe in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29. Es sei zu berücksichtigen, dass der Unionsgesetzgeber ein höheres Schutzniveau für Urheberrechte als für die

30 — Siehe Nrn. 80 ff. dieser Schlussanträge.

31 — Reinbothe, J., Lewinski, S., *The E.C. Directive on Rental and Lending Rights and on Piracy*, Sweet & Maxwell 1993, S. 97.

32 — Art. 12 des Rom-Abkommens sieht einen solchen Anspruch nur für unmittelbare Übertragungen vor. Die Vertragsparteien des WPPT sind in dieser Hinsicht bewusst über das Rom-Abkommen hinausgegangen.

33 — Siehe in diesem Zusammenhang Nr. 67 der Schlussanträge von Generalanwältin Sharpston vom 13. Juli 2006 in der Rechtssache SGAE/Rafael Hoteles (bereits in Fn. 4 angeführt), sowie Nr. 22 der Schlussanträge von Generalanwalt La Pergola vom 9. September 1999 in der Rechtssache Egeda (C-293/98, Slg. 2000, I-629).

verwandten Schutzrechte der Tonträgerhersteller und der ausübenden Künstler habe vorsehen wollen und es somit systemwidrig sei, Tonträgerherstellern und ausübenden Künstlern nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 weiter gehende Rechte zu gewähren als Urhebern nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29.

92. Es stellen sich somit die Fragen, ob der 23. und der 27. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 bei der Auslegung des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 berücksichtigt werden müssen und ob dies dazu führt, dass in einem Fall wie dem vorliegenden keine Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 vorliegt.

– Berücksichtigung des 27. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2001/29

93. Zunächst stellt sich die Frage, ob unter Berücksichtigung des 27. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2001/29 in einem Fall wie dem vorliegenden keine Wiedergabe angenommen werden kann.

94. Nach diesem Erwägungsgrund stellt das bloße Bereitstellen der Einrichtungen, die eine Wiedergabe ermöglichen oder bewirken, selbst keine Wiedergabe dar. Dieser Erwägungsgrund ist im Zusammenhang mit der vereinbarten Erklärung der Vertragsparteien zu Art. 8 WCT zu sehen. Nach dieser Erklärung stellt die Bereitstellung der materiellen Voraussetzungen, die eine Wiedergabe ermöglichen, für sich genommen keine Wiedergabe im Sinne des WCT oder der RBÜ dar.

95. Dies kann meines Erachtens nicht so verstanden werden, dass in einem Fall wie dem vorliegenden keine Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 oder des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 angenommen werden kann.³⁴ Es scheint mir vielmehr so zu verstehen zu sein, dass Personen, die Abspielgeräte zur Verfügung stellen, ohne zugleich Kontrolle über den Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken zu haben, damit noch keine öffentliche Wiedergabe vornehmen. Dies ist beispielsweise dann der Fall, wenn Fernseh- oder Radioapparate verkauft oder vermietet werden oder wenn ein Internet Service Provider lediglich den Internetzugang zur Verfügung stellt. In einem Fall wie dem vorliegenden beschränkt sich der Zahnarzt allerdings nicht darauf, lediglich die Abspielgeräte zur Verfügung zu stellen. Vielmehr macht er selbst die Radiosendungen für seine Patienten hörbar und somit mittelbar die in den Radiosendungen genutzten Tonträger.

96. Der 27. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 steht somit in einem Fall wie dem vorliegenden der Annahme einer Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 und des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 nicht entgegen.

– Berücksichtigung des 23. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2001/29

97. Nach dem 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 ist das Recht auf öffentliche Wiedergabe dahin gehend zu verstehen, dass es jegliche Wiedergabe an die Öffentlichkeit umfasst, die an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend ist.

98. Die Kommission hat in der mündlichen Verhandlung (unter Abweichung von ihrem bisherigen schriftlichen Vortrag) vorgebracht, dass unter Berücksichtigung dieses Erwägungsgrundes Zweifel am Vorliegen einer Wiedergabe bestünden. In diesem Zusammenhang hat sie auf die Schlussanträge der Generalanwältin Kokott in den Rechtssachen *Football Association Premier League* u. a.³⁵ verwiesen, in denen diese unter Bezugnahme auf diesen Erwägungsgrund die Auffassung vertreten hat, dass der Empfang einer Fernsehsendung durch ein selbstempfangendes Fernsehgerät keine Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 darstelle. Eine Wiedergabe liege nur dann vor, wenn

34 — So auch Ullrich, J. N., „Die ‚öffentliche Wiedergabe‘ von Rundfunksendungen in Hotels nach dem Urteil ‚SGAE‘ des EuGH (Rs. C-306/05)“, *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* 2008, S. 112 ff., 117 f.

35 — Bereits in Fn. 12 angeführt.

eine weitere, eigenständige Übertragung der ursprünglichen Sendung vorgenommen werde, wie z. B. dann, wenn das ursprüngliche Signal einer Sendung empfangen und über einen Verteiler auf verschiedene Geräte übermittelt werde.³⁶ Vor diesem Hintergrund vertritt die Kommission nunmehr die Auffassung, dass sich der Gerichtshof im Urteil SGAE/Rafael Hoteles lediglich mit dem Element der Öffentlichkeit der Wiedergabe, nicht aber mit dem Element der Wiedergabe selbst auseinandergesetzt habe.

99. Dem kann nicht gefolgt werden.

100. Dem 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 kann nämlich nicht entnommen werden, dass in einem Fall wie dem vorliegenden keine Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 angenommen werden kann.

101. Entgegen dem Vortrag der Kommission hat sich der Gerichtshof im Urteil SGAE/Rafael Hoteles nicht auf die Auslegung des Elements der Öffentlichkeit der Wiedergabe beschränkt. Vielmehr hat er in diesem Urteil klargestellt, dass es für die Annahme einer Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 ausreicht, wenn durch die Verbreitung eines Signals mittels eines Fernsehapparats der Zugang zu einem Werk verschafft wird. Der Gerichtshof hat nämlich ausdrücklich präzisiert, dass eine öffentliche Wiedergabe unabhängig davon vorliegt, mit welcher Technik das Signal übertragen wird.³⁷ Diese Präzisierung kann meines Erachtens nur so verstanden werden, dass es für das Vorliegen einer Wiedergabe nicht darauf ankommt, ob die Fernsehgeräte die Sendung selbst empfangen oder ob zuvor eine neue, von der ursprünglichen Sendung zu unterscheidende Übermittlung des Signals zu dem Fernseher erfolgt.

102. Somit stehen sich bezüglich der Auslegung des Begriffs der Wiedergabe zwei nicht miteinander vereinbare Ansätze gegenüber. Der vom Gerichtshof vertretene Ansatz stellt unabhängig von den technischen Einzelheiten das Ziel eines angemessenen Schutzes der Urheber in den Vordergrund und soll daher im Folgenden als funktionaler Ansatz bezeichnet werden. Der Ansatz, auf den sich die Kommission beruft, stellt dagegen darauf ab, ob eine weitere Übermittlung des Signals erfolgt ist oder ob es sich um ein selbstempfangendes Gerät handelt. Da dieser Ansatz auf die technischen Einzelheiten abstellt, soll er im Folgenden als technischer Ansatz bezeichnet werden.

103. Aus meiner Sicht sprechen die besseren Gründe für den vom Gerichtshof angewendeten funktionalen Ansatz.

104. Erstens spricht für den funktionalen Ansatz das Ziel eines angemessenen Schutzes der Urheberrechte und der verwandten Schutzrechte, das in den Erwägungsgründen 9 und 10 der Richtlinie 2001/29 und den Erwägungsgründen 5, 12 und 13 der Richtlinie 2006/115 zum Ausdruck kommt. Wird dieses Ziel berücksichtigt, scheint es mir überzeugender zu sein, darauf abzustellen, welcher Empfängerkreis von der Erlaubnis bzw. von der angemessenen Vergütung umfasst wird.

105. Zweitens kann dem funktionalen Ansatz nicht entgegengehalten werden, dass dieser völkerrechtlich nicht vorgegeben ist. Zwar wurde auf völkerrechtlicher Ebene keine Einigung hinsichtlich der Verbindlichkeit dieses Kriteriums erzielt.³⁸ Dies spricht allerdings nicht dagegen, das Kriterium auf unionsrechtlicher Ebene anzuwenden. Die einschlägigen völkerrechtlichen Regeln sehen nämlich lediglich einen Mindestschutz für die Urheberrechte und die verwandten Schutzrechte vor, über welche die Vertragsparteien hinausgehen können. Zudem ist in diesem Zusammenhang darauf

36 — Ebd., Nrn. 127 bis 147.

37 — Siehe die Darstellung des Urteils in den Nrn. 65 bis 73 dieser Schlussanträge.

38 — Siehe Nr. 50 der Schlussanträge von Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache SGAE/Rafael Hoteles (bereits in Fn. 4 angeführt).

hinzuweisen, dass die Anwendung eines funktionalen Ansatzes den Vertragsparteien zwar nicht in völkervertragsrechtlich verbindlicher Weise vorgeschrieben wird, dass dessen Anwendung den Vertragsparteien jedoch in nicht rechtsverbindlichen Auslegungsdokumenten wie dem WIPO-Leitfaden nahegelegt wird.³⁹

106. Drittens vermag ich entgegen der Auffassung der Kommission dem 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 und ihrer Entstehungsgeschichte nicht mit hinreichender Deutlichkeit zu entnehmen, dass der Unionsgesetzgeber die öffentliche Wiedergabe einer Sendung durch selbstempfangende Geräte von dem Begriff der Wiedergabe im Sinne des Art. 3 der Richtlinie hat ausschließen wollen.

107. Im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens hatte das Europäische Parlament vorgeschlagen, in diesem Erwägungsgrund klarzustellen, dass das Recht auf öffentliche Wiedergabe sich nicht auf direkte Aufführungen und Darbietungen erstreckt. Die Kommission hatte dies in ihrem geänderten Vorschlag akzeptiert. Der Rat hat diesen Vorschlag zwar inhaltlich unterstützt, hat aber beschlossen, den Begriff der direkten Aufführung nicht zu nennen, da dadurch mangels einer einheitlichen Definition Rechtsunsicherheit entstehen könnte. Stattdessen hat es der Rat vorgezogen, den tatsächlichen Umfang des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe im Sinne des Art. 3 der Richtlinie 2001/29 zu klären.⁴⁰

108. Das Ziel des 23. Erwägungsgrundes ist somit, direkte Aufführungen und Darbietungen vom Begriff der öffentlichen Wiedergabe auszunehmen, ohne diesen Begriff zu verwenden. Wie der Formulierung dieses Erwägungsgrundes zu entnehmen ist, hat der Unionsgesetzgeber dieses Ziel dadurch zu erreichen versucht, dass er einen Teil der Personen vom Begriff der relevanten Öffentlichkeit ausgenommen hat, und zwar den Teil, der an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, anwesend ist.⁴¹ Es kommt somit auf die Entfernung des Publikums vom Ort des Ursprungs der Wiedergabe an, nicht dagegen auf technische Aspekte.

109. Aus dem Ziel, das der Unionsgesetzgeber mit dem 23. Erwägungsgrund verfolgt hat, und der Formulierung dieses Erwägungsgrundes kann somit der Schluss gezogen werden, dass der Unionsgesetzgeber lediglich den Kreis der Personen einschränken wollte, die als Öffentlichkeit in Betracht kommen, nicht aber den Begriff der Wiedergabe.

110. Zusammenfassend ist festzustellen, dass sich weder im 23. Erwägungsgrund noch in der Entstehungsgeschichte der Richtlinie 2001/29 eine hinreichend sichere Grundlage dafür findet, dass der Begriff der Wiedergabe in ihrem Art. 3 Abs. 1 in technischer Hinsicht auf Fälle beschränkt werden sollte, in denen eine von der ursprünglichen Sendung zu unterscheidende Übermittlung des Signals zu einem Fernseh- oder Radioapparat erfolgt, und dass der Selbstempfang durch Fernseh- oder Radiogeräte von diesem Begriff ausgeschlossen werden sollte.

– Zwischenergebnis

111. Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass ein Zahnarzt in einem Fall, in dem er über einen Radioapparat eine Radiosendung in seiner Praxis hörbar macht, die Tonträger im Sinne von Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 mittelbar wiedergibt, die in der Radiosendung genutzt werden.

39 — Urteil SGAE/Rafael Hoteles (bereits in Fn. 4 angeführt, Randnr. 41).

40 — Siehe die Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament gemäß Artikel 251 Absatz 2 Unterabsatz 2 EG-Vertrag betreffend den vom Rat angenommenen gemeinsamen Standpunkt im Hinblick auf den Erlass einer Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, SEK (2000) 1734 endg.

41 — Walter, M., Lewinsky, S., *European Copyright Law*, Oxford University Press 2010, S. 981.

ii) Zum Begriff der Öffentlichkeit

112. Was unter der Öffentlichkeit der Wiedergabe zu verstehen ist, ist in der Richtlinie 2006/115 ebenfalls nicht definiert.

113. Anders als bei der Definition des Begriffs der Wiedergabe hilft in diesem Zusammenhang die Legaldefinition der öffentlichen Wiedergabe in Art. 2 Buchst. g WPPT nicht weiter. Dort wird nämlich das zu definierende Element der Öffentlichkeit der Wiedergabe im definierenden Teil nicht weiter konkretisiert. Vielmehr wird dort lediglich ausgeführt, dass das Hörbarmachen öffentlich sein muss, so dass sich die Legaldefinition insofern als substanzlos erweist.

114. Allerdings kann in diesem Zusammenhang auf die oben dargelegte Rechtsprechung des Gerichtshofs zur Auslegung des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 verwiesen werden.⁴² Wie ich in meinen Schlussanträgen vom heutigen Tag in der Rechtssache Phonographic Performance dargelegt habe, ist der Begriff der Öffentlichkeit in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 und in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 grundsätzlich gleichläufig auszulegen. Ich verweise daher an dieser Stelle auf die entsprechenden Ausführungen in den Nrn. 96 bis 111 dieser Schlussanträge.

115. Werden die Kriterien angesetzt, die der Gerichtshof in der Rechtssache SGAE/Rafael Hoteles herausgearbeitet hat, so spricht viel dafür, auch in einem Fall wie dem vorliegenden von einer öffentlichen Wiedergabe auszugehen. Denn auch in einem Fall wie dem vorliegenden werden die Tonträger mittelbar über das Hörbarmachen der Radiosendung einem neuen Publikum gegenüber wiedergegeben. Im Wartezimmer einer Zahnarztpraxis werden sich die Patienten zwar weniger lange aufhalten, ihre Aufenthalte werden allerdings rascher aufeinander folgen als in Hotelzimmern, so dass auch hier von einer sukzessiv-kumulativen Wirkung auszugehen ist, die zu einer Zugänglichmachung zu den Tonträgern von einer erheblichen Bedeutung führt.

116. Es stellt sich allerdings auch in diesem Zusammenhang die Frage, ob aufgrund der oben bereits genannten Gründe der Begriff der öffentlichen Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 unter Berücksichtigung des 23. Erwägungsgrundes der Richtlinie 2001/29 so auszulegen ist, dass in einem Fall wie dem vorliegenden keine öffentliche Wiedergabe angenommen werden kann. Wie oben ausgeführt, hat der Unionsgesetzgeber im 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 aus dem Personenkreis, der als Öffentlichkeit im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie zu berücksichtigen ist, die Personen ausnehmen wollen, die an dem Ort, an dem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, anwesend sind. Damit soll erreicht werden, dass direkte Aufführungen und Darbietungen nicht vom Begriff der öffentlichen Wiedergabe erfasst werden.⁴³

117. Die Kommission trägt mit Verweis auf die Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Football Association Premier League u. a. vor, dass damit der Personenkreis ausgeschlossen werden soll, der sich am Ort eines selbstempfangenden Fernsehers befindet. Bei einem selbstempfangenden Fernseher sei der Ort des Ursprungs der Wiedergabe nämlich der Ort, an dem der Fernseher stehe.⁴⁴

118. Dem ist nicht zu folgen.

119. Erstens ist diese Ansicht nicht mit dem Ansatz des Gerichtshofs im Urteil SGAE/Rafael Hoteles vereinbar. Diesem Urteil kann nämlich entnommen werden, dass der Ort des Ursprungs der Wiedergabe auch bei einem selbstempfangenden Fernsehgerät nicht dort ist, wo der Fernseher steht.⁴⁵

42 — Siehe Nrn. 65 bis 73 dieser Schlussanträge.

43 — Siehe Nrn. 106 bis 109 dieser Schlussanträge.

44 — Siehe Nrn. 144 und 146 der Schlussanträge von Generalanwältin Kokott in der Rechtssache Football Association Premier League u. a. (bereits in Fn. 12 angeführt).

45 — Anderenfalls könnte bei einem selbstempfangenden Fernsehgerät keine öffentliche Wiedergabe vorliegen, was der Gerichtshof in diesem Fall allerdings angenommen zu haben scheint.

120. Für den Ansatz des Gerichtshofs sprechen auch die besseren Argumente. Der im 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 erfolgte Bezug auf den Ort des Ursprungs der Wiedergabe kann nämlich nicht so verstanden werden, dass dies bei selbstempfangenden Fernsehgeräten der Ort ist, an dem der Fernseher steht.

121. Zunächst legt das natürliche Sprachverständnis des Wortes „Ursprung“ nahe, dass damit nicht der Ort gemeint ist, an dem die Wiedergabe letztlich erfolgt.

122. Weiter spricht für ein solches Verständnis die bereits oben angesprochene Entstehungsgeschichte der Richtlinie. Mit der Präzisierung im 23. Erwägungsgrund wollte der Unionsgesetzgeber nämlich erreichen, dass die öffentliche Aufführung und Darbietung nicht vom Begriff der öffentlichen Wiedergabe erfasst wird.⁴⁶ Dieses Ziel ist dann erreicht, wenn das Publikum, das keine räumliche Distanz zur ursprünglichen Aufführung oder Darbietung des Werks aufweist, vom Begriff der öffentlichen Wiedergabe ausgenommen wird.⁴⁷ Zuhörer eines Radioprogramms verfügen aber über eine solche räumliche Distanz.

123. Darüber hinaus spricht der Zusammenhang des 23. Erwägungsgrundes mit dem 24. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 gegen einen Ansatz, nach dem der Ort des Ursprungs der Wiedergabe bei einem selbstempfangenden Gerät der Ort des Geräts sein soll. Nach dem 24. Erwägungsgrund soll das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung nach Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie 2001/29 nämlich dahin gehend verstanden werden, dass es alle Handlungen der Zugänglichmachung für Mitglieder der Öffentlichkeit erfasst, die an dem Ort, an dem die Zugänglichmachung ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend sind. Würde auch in diesem Zusammenhang unter dem Ort, an dem die Zugänglichmachung ihren Ursprung nimmt, der Ort verstanden werden, an dem das Gerät steht, auf dem der Tonträger letztlich abgespielt wird, so würde Art. 3 Abs. 2 der Richtlinie weitgehend seiner praktischen Wirksamkeit beraubt werden. Denn dies wird in vielen Fällen ein Gerät in einem privaten Haushalt sein. Überzeugender scheint es mir daher zu sein, den 23. und auch den 24. Erwägungsgrund so zu verstehen, dass nur das Publikum der direkten Darbietung oder Aufführung als am Ort des Ursprungs der Wiedergabe anwesendes Publikum vom Begriff der Wiedergabe nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 ausgeschlossen wird.

124. Ferner spricht gegen den Ansatz, dem zufolge der Ort des Ursprungs der Wiedergabe bei einem selbstempfangenden Radioapparat der Ort ist, an dem sich der Apparat befindet, dass dieser zu inkohärenten Ergebnissen führen würde. Danach würde nämlich in einem Fall, in dem in einer Bar eine Vielzahl selbstempfangender Radioapparate aufgestellt würde, keine Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 vorliegen. Dagegen würde in einem Fall, in dem in dieser Bar lediglich zwei Radioapparate aufgestellt würden, und auf diese durch ein im Keller des Gebäudes aufgestelltes Gerät ein Signal weitergeleitet würde, eine Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 vorliegen. Es erscheint mir unwahrscheinlich, dass der Unionsgesetzgeber ein solch inkohärentes Ergebnis in Kauf nehmen wollte.

125. In einem Fall wie dem vorliegenden ist der Ort, an dem die Wiedergabe im Sinne des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 ihren Ursprung nimmt, somit der Ort, an dem die ursprüngliche Darbietung oder Aufführung auf den Tonträger aufgenommen wurde.

126. Der Einwand der Kommission ist daher bereits deswegen zurückzuweisen, weil aus den vorgenannten Gründen dem 23. Erwägungsgrund nicht entnommen werden kann, dass das Publikum vor einem selbstempfangenden Fernseher nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 nicht berücksichtigt werden kann.

⁴⁶ — Siehe Nrn. 104 f. dieser Schlussanträge.

⁴⁷ — Reinbothe, J., „Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft“, *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht – Internationaler Teil* 2001, S. 733 ff., 736.

127. Sollte der Gerichtshof unter Abweichung von seiner bisherigen Rechtsprechung den Begriff der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 so auslegen, dass eine Wiedergabe an das Publikum vor einem selbstempfangenden Gerät nicht erfasst wird, so wäre der Einwand der Kommission zweitens deswegen zurückzuweisen, weil ein solcher Ansatz nicht auf den Begriff der Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 übertragen werden kann. Der Begriff der Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 muss nämlich mit Rücksicht auf Art. 15 in Verbindung mit Art. 2 Buchst. g WPPT ausgelegt werden. Danach liegt eine Wiedergabe von Tonträgern auch dann vor, wenn die auf einem Tonträger festgelegten Töne öffentlich hörbar gemacht werden. Damit wird zumindest vom Begriff der Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 auch das Publikum erfasst, das an dem Ort der Wiedergabe anwesend ist.⁴⁸

128. Der 23. Erwägungsgrund der Richtlinie 2001/29 gebietet somit keine Auslegung des Begriffs der Öffentlichkeit der Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115, nach der bei selbstempfangenden Radioapparaten das am Ort des Radioapparats anwesende Publikum nicht berücksichtigt wird.

iii) Zu den weiteren Einwänden

129. Auch die weiteren Einwände der Verfahrensbeteiligten greifen nicht durch.

– Zur Erforderlichkeit eines Eintrittsgelds

130. Zunächst hängt das Vorliegen einer Wiedergabe an die Öffentlichkeit im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 nicht davon ab, dass ein Eintrittsgeld gezahlt wird. Erstens weist nichts im Wortlaut von Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 auf eine solche Voraussetzung hin. Zweitens spricht dagegen der systematische Zusammenhang mit Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie. Diese Vorschrift sieht für Sendeunternehmen ein ausschließliches Recht vor, eine öffentliche Wiedergabe ihrer Sendungen zu erlauben oder zu verbieten, wenn die betreffende Wiedergabe an Orten stattfindet, die der Öffentlichkeit gegen Zahlung von Eintrittsgeld zugänglich sind. Daraus, dass diese Bestimmung kumulativ sowohl das Vorliegen einer öffentlichen Wiedergabe fordert als auch die Wiedergabe an Orten, die der Öffentlichkeit gegen Zahlung von Eintrittsgeld zugänglich sind, kann *a contrario* gefolgert werden, dass das Vorliegen einer öffentlichen Wiedergabe weder die Öffentlichkeit des Ortes noch die Zahlung von Eintrittsgeld voraussetzt.

– Zum Erwerbszweck

131. Weiter scheinen mir die Einwände, dass keine öffentliche Wiedergabe angenommen werden könne, weil im vorliegenden Fall die Zahnarztleistung und nicht die Wiedergabe der Tonträger im Vordergrund stehe und weil der Zahnarzt ohne Erwerbsabsicht gehandelt habe, nicht überzeugend zu sein.

132. Erstens kommt es für das Vorliegen einer öffentlichen Wiedergabe nicht darauf an, ob der Nutzer damit eine Erwerbsabsicht verfolgt.

133. Zunächst legt der Begriff der öffentlichen Wiedergabe nicht nahe, dass es auf einen Erwerbszweck ankommt.

48 — Lewinsky, S., *International Copyright and Policy*, Oxford University Press 2008, S. 481.

134. Weiter spricht nicht nur der Zusammenhang mit dem bereits erwähnten Art. 8 Abs. 3 der Richtlinie 2006/115 gegen ein solches Erfordernis, sondern auch der Zusammenhang mit Art. 5 der Richtlinie 2001/29, auf den Art. 10 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 verweist. So sieht Art. 5 Abs. 3 Buchst. a, b und j der Richtlinie 2001/29 vor, dass die Mitgliedstaaten Ausnahmen vom Recht der öffentlichen Wiedergabe und Beschränkungen dessen vorsehen können, soweit es um bestimmte privilegierte Nutzungen geht und kein bzw. kein über die privilegierte Tätigkeit hinausgehender kommerzieller Zweck verfolgt wird. Daraus ergibt sich im Umkehrschluss, dass eine öffentliche Wiedergabe auch dann vorliegen kann, wenn kein kommerzieller Zweck bzw. kein Erwerbszweck verfolgt wird.

135. Ferner ergibt sich auch aus dem Urteil SGAE/Rafael Hoteles nicht, dass es auf einen Erwerbszweck ankommt. Dort hat der Gerichtshof zwar den Erwerbszweck der Hotelbetreiber hervorgehoben. Dies bedeutet aber nicht, dass er dies als eine zwingende Voraussetzung einer öffentlichen Wiedergabe angesehen hat.⁴⁹

136. Darüber hinaus dürfte ein Abstellen auf den Erwerbszweck zu schwierigen Abgrenzungsproblemen führen. Es müsste dann nämlich je nach Leistung entschieden werden, ob die Wiedergabe eines Tonträgers so unwesentlich ist, dass sie im Vergleich zur Hauptleistung zurücktritt.

137. Schließlich ist vor dem Hintergrund dieser Argumente auch das Argument der italienischen Regierung zurückzuweisen, der zufolge ein wirtschaftliches Recht wie das in Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 nicht gewährt werden dürfe, wenn der Nutzer mit der öffentlichen Wiedergabe keinen Erwerbszweck verfolge. Mir leuchtet nicht ein, weshalb der Urheber im Beispielsfall einer politischen Veranstaltung ein ausschließliches Recht, der Tonträgerhersteller und die ausübenden Künstler dagegen gar kein Recht haben sollen. Außerdem kann der mangelnde Erwerbszweck des Nutzers nach Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 im Rahmen der Beurteilung berücksichtigt werden, welche Vergütung für eine solche Nutzung angemessen ist.

138. Zweitens möchte ich hilfsweise darauf hinweisen, dass in einem Fall wie dem vorliegenden ein Erwerbszweck durchaus angenommen werden kann. Auch wenn Radiosendungen, die Patienten in einer Zahnarztpraxis hören, sicherlich nicht zu einem wesentlichen Bestandteil der Leistung des Zahnarztes zählen, kann doch nicht abgestritten werden, dass sie einen praktischen Nutzen haben können. Für Patienten im Wartezimmer wird es nämlich regelmäßig angenehmer sein, Radiosendungen zu hören als das Geräusch des Bohrers aus dem Behandlungszimmer. Außerdem dienen solche Sendungen der Unterhaltung während Wartezeiten, die in Arztpraxen regelmäßig anfallen. Der Umstand, dass sich der Preis der Behandlung nicht danach richtet, ob Tonträger hörbar sind oder nicht, ist meines Erachtens nicht dazu geeignet, eine Erwerbsabsicht auszuschließen. Für die Annahme einer solchen Absicht genügt es nämlich, dass es sich um ein Element der Leistung handelt, die geeignet sein kann, das Gesamtbild der Leistung aus Sicht des Patienten zu verbessern. Dies scheint mir aufgrund der vorgenannten Argumente zu bejahen zu sein.

– Zum Willen der Patienten

139. Ferner spielt auch der Umstand, dass die Wiedergabe ohne den Willen der Patienten erfolgt und von diesen gegebenenfalls sogar als störende Berieselung empfunden wird, keine Rolle für die Beurteilung der Öffentlichkeit der Wiedergabe.

– Zu den weiteren Einwänden

140. Auch die weiteren Einwände greifen nicht durch.

49 — In diesem Sinne Walter, M., Lewinsky, S. (bereits in Fn. 41 angeführt), S. 990.

141. Erstens setzt die Öffentlichkeit der Wiedergabe im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 nicht voraus, dass die Öffentlichkeit eine eigenständige soziale, wirtschaftliche oder juristische Dimension hat. Zunächst dürfte eine solche auch in anderen Fällen fehlen, in denen eine Öffentlichkeit zweifelsohne gegeben sein dürfte, wie beispielsweise in Bahnhöfen oder Metrostationen. Weiter kommt es im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in Hinblick auf die Öffentlichkeit nicht auf die Dimension oder die Homogenität der Gruppe von Personen an, welche die Öffentlichkeit darstellen können.⁵⁰

142. Zweitens ist auch der Einwand, dass die Patienten eines Zahnarztes nicht alle gleichzeitig in seiner Praxis versammelt sind, unter Verweis darauf zurückzuweisen, dass eine kumulative Wirkung ausreicht, die auch durch zeitlich sukzessive Aufenthalte im Wartezimmer erreicht werden kann.

iv) Ergebnis

143. Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 ist somit so auszulegen, dass eine öffentliche Wiedergabe im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, wenn ein Zahnarzt in seinem Wartezimmer ein Radio aufstellt und darüber ein Radioprogramm ausstrahlt.

d) Zu den weiteren Voraussetzungen

144. Zur weiteren Voraussetzung des Nutzers im Sinne des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 ist festzustellen, dass derjenige, der die Tonträger öffentlich wiedergibt, diese auch im Sinne dieser Vorschrift nutzt.

145. Hinsichtlich der Verpflichtung zur Zahlung einer angemessenen Vergütung verweise ich auf die Nrn. 118 bis 144 meiner Schlussanträge vom heutigen Tag in der Rechtssache C-162/10, Phonographic Performance.

4. Ergebnis

146. Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 ist somit so auszulegen, dass ein Zahnarzt, der in seiner Praxis einen Radioapparat aufstellt und darüber Radiosendungen für seine Patienten hörbar macht, zur Zahlung einer angemessenen Vergütung für die mittelbare Wiedergabe der Tonträger verpflichtet ist, die in den Radiosendungen genutzt werden.

VII – Zur ersten bis dritten Vorlagefrage

147. Mit seiner ersten und zweiten Vorlagefrage möchte das vorlegende Gericht wissen, ob die einschlägigen völkerrechtlichen Vorschriften des Rom-Abkommens, des WPPT und des TRIPS in der Unionsrechtsordnung unmittelbar anwendbar sind und ob sich auch Privatpersonen unmittelbar auf diese berufen können. Mit seiner dritten Vorlagefrage möchte es wissen, ob der Begriff der öffentlichen Wiedergabe im Sinne der von ihm genannten völkerrechtlichen Bestimmungen mit dem der Richtlinien 92/100 und 2001/29 übereinstimmt und falls nicht, welche Quelle gegebenenfalls Vorrang hat.

50 — In diesem Sinne Walter, M., Lewinsky, S. (bereits in Fn. 41 angeführt), S. 990.

A – Wesentliches Vorbringen der Verfahrensbeteiligten

148. Nach Auffassung von *SCF* sind diese Fragen zu bejahen. Die betreffenden völkerrechtlichen Bestimmungen seien allesamt integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung und in privatrechtlichen Beziehungen unmittelbar anwendbar. Weiter müsse das Unionsrecht im Rahmen des Möglichen in einer völkerrechtskonformen Weise ausgelegt werden, könne aber über die völkerrechtlichen Vorgaben hinausgehen. Das Unionsrecht könne ein höheres Schutzniveau erreichen als die einschlägigen völkerrechtlichen Vorgaben, da sich die Regeln betreffend das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte in ständiger Entwicklung befänden.

149. Nach Auffassung von *Herrn Marco del Corso* ist das Rom-Abkommen in der Unionsrechtsordnung unmittelbar anwendbar, weil dieses in das TRIPS integriert worden sei, dem die Europäische Union beigetreten sei. Auch dem WPPT sei die Europäische Union beigetreten. Auf die Frage des Vorrangs komme es nicht an, weil die einschlägigen völkerrechtlichen und unionsrechtlichen Regelungen identisch seien.

150. Nach Auffassung der *italienischen Regierung* sind die ersten drei Fragen nicht zu beantworten. Die Europäische Union habe die Richtlinien erlassen, um den WPPT umzusetzen. Es komme somit nur auf die Auslegung dieser Richtlinien an.

151. Nach Auffassung der *Kommission* sind die ersten beiden Fragen zu verneinen. Hinsichtlich des Rom-Abkommens ergebe sich dies bereits daraus, dass dieses nicht Teil der Rechtsordnung der Union sei. Hinsichtlich des TRIPS und des WPPT weist die Kommission darauf hin, dass das vorlegende Gericht keine spezifischen Bestimmungen benannt habe. Soweit es um die Bestimmungen gehe, welche das vorlegende Gericht in seinem Vorabentscheidungsersuchen genannt habe, seien diese Fragen zu verneinen. Nach der ständigen Rechtsprechung des Gerichtshofs sei eine Bestimmung eines völkerrechtlichen Vertrags nur dann unmittelbar anwendbar, wenn sie eine klare, präzise und unbedingte Verpflichtung beinhalte, die von keinem weiteren Umsetzungsakt abhängt. In Hinblick auf das GATT habe der Gerichtshof es stets abgelehnt, dass dieser völkerrechtliche Vertrag unmittelbare Wirkung entfalte. Diese Rechtsprechung gelte auch für das TRIPS und den WPPT. Wie das TRIPS sehe auch der WPPT vor, dass die Vertragsparteien die Bestimmungen dieser Abkommen umsetzen müssten. Dies werde durch Art. 14 WCT und Art. 23 Abs. 1 WPPT bestätigt, die ausdrücklich vorsähen, dass die Vertragsparteien die erforderlichen Maßnahmen ergreifen, um die Umsetzung dieser Verträge zu gewährleisten. Die Union habe diese Umsetzungsmaßnahmen in der Richtlinie 2001/29 ergriffen.

B – Zulässigkeit der Vorlagefragen

152. Zwar habe ich erhebliche Zweifel daran, ob das vorlegende Gericht vor dem Hintergrund der hier gegebenen Antworten auf die vierte und fünfte Vorlagefrage einen praktischen Bedarf an den Antworten zur ersten bis dritten Vorlagefrage haben wird. In der vierten und fünften Frage ist Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 nämlich unter Beachtung der völkerrechtlichen Vorgaben ausgelegt worden. Soweit das vorlegende Gericht diese mit den völkerrechtlichen Vorgaben übereinstimmende Richtlinienbestimmung im Ausgangsverfahren berücksichtigen kann, wird es auf die eigenständige Anwendung der völkerrechtlichen Vorschriften nicht mehr ankommen.

153. Dennoch können die Fragen nicht als nicht entscheidungserheblich zurückgewiesen werden. Die Frage nach einer unmittelbaren Anwendung der völkerrechtlichen Bestimmungen könnte nämlich dann relevant werden, wenn das vorlegende Gericht Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 im Ausgangsverfahren nicht berücksichtigen kann. Zwar scheint es mir möglich zu sein, die entsprechenden nationalen Vorschriften richtlinienkonform (und damit auch völkerrechtskonform) auszulegen. Ob eine solche Auslegung möglich ist, ist aber letztlich eine Frage des nationalen Rechts,

für die allein das vorlegende Gericht zuständig ist. In dem (aus meiner Sicht unwahrscheinlichen) Fall, dass eine richtlinienkonforme Auslegung nicht möglich sein sollte, dürfte eine unmittelbare Anwendung des Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie allerdings bereits daran scheitern, dass es sich um einen Rechtsstreit zwischen Privaten handelt.

154. Insofern kann den ersten drei Vorlagefragen die Entscheidungserheblichkeit letztlich nicht abgesprochen werden.

C – Rechtliche Würdigung

155. Mit Blick darauf, dass die Beantwortung der ersten drei Vorlagefragen aus den vorgenannten Gründen wohl nur einen eingeschränkten praktischen Nutzen für die Zwecke des Ausgangsverfahrens haben wird, möchte ich mich bei der Beantwortung dieser Fragen allerdings kurz fassen.

156. Voraussetzung für die unmittelbare Anwendbarkeit einer völkervertragsrechtlichen Vorschrift ist, dass diese Teil eines von der Union geschlossenen völkerrechtlichen Abkommens ist und unter Berücksichtigung ihres Wortlauts und im Hinblick auf den Sinn und Zweck des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung enthält, deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängen. Sie muss somit hinreichend bestimmt und unbedingt sein.⁵¹

157. Art. 12 des Rom-Abkommens kann bereits deswegen keine unmittelbar anwendbare Vorschrift des Unionsrechts sein, weil die Union keine Vertragspartei dieses Abkommens ist.

158. Soweit das vorlegende Gericht sich auf das TRIPS beruft, ist zunächst darauf hinzuweisen, dass dieses Übereinkommen keine Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 2006/115 entsprechende Bestimmung enthält. Art. 14 des TRIPS, der die verwandten Schutzrechte der ausübenden Künstler und der Tonträgerhersteller regelt, enthält nämlich kein entsprechendes Recht der ausübenden Künstler oder der Tonträgerhersteller auf angemessene Vergütung.⁵²

159. Ohnehin würde gegen eine unmittelbare Anwendbarkeit einer Bestimmung des TRIPS die sehr restriktive Haltung des Gerichtshofs hinsichtlich der unmittelbaren Anwendbarkeit der WTO-Übereinkünfte im Allgemeinen sprechen. Nach ständiger Rechtsprechung, die aufgrund der vorgenannten Gründe an dieser Stelle nicht eingehend gewürdigt werden soll, sind die WTO-Übereinkünfte und somit auch das TRIPS aufgrund ihrer Natur und ihrer Struktur nicht für eine unmittelbare Anwendung geeignet.⁵³

160. Soweit es um die unmittelbare Anwendung von Art. 15 WPPT geht, stellt sich erstens die Frage, ob dieses Abkommen grundsätzlich beabsichtigt, Privaten unmittelbar Rechte einzuräumen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere Art. 23 Abs. 1 WPPT zu berücksichtigen, nach dem sich die Vertragsparteien verpflichten, in Übereinstimmung mit ihren Rechtsordnungen die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen, um die Anwendung dieses Vertrags sicherzustellen. Diese Bestimmung könnte so verstanden werden, dass es den Mitgliedstaaten obliegt, weitere Maßnahmen zu ergreifen, was gegen die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmungen des WPPT sprechen könnte. Dafür könnte unterstützend angeführt werden, dass eine Vielzahl der Bestimmungen des WPPT den Vertragsparteien ein weites Ermessen einräumen. Allerdings stellt sich die Frage, ob Art. 23 Abs. 1 WPPT einer unmittelbaren Anwendung bestimmter Vorschriften des WPPT entgegensteht, soweit diese hinreichend bestimmt und unbedingt sind.

51 — Urteile des Gerichtshofs vom 30. September 1987, Demirel (12/86, Slg. 1987, 3719, Randnr. 14), und vom 16. Juni 1998, Racke (C-162/96, Slg. 1998, I-3655, Randnr. 31).

52 — Siehe hierzu Correa, C., *Trade related aspects of intellectual Property rights*, Oxford University Press 2007, S. 156 und 162, sowie Busche, J., Stoll, P.-T., *TRIPS – Internationales und europäisches Recht des geistigen Eigentums*, Carl Heymanns Verlag 2007, S. 268 und 272.

53 — Urteil vom 23. November 1999, Portugal/Rat (C-149/96, Slg. 1999, I-8395, Randnr. 47).

161. Für die Zwecke des vorliegenden Falles muss diese Frage nicht beantwortet werden. Aus Art. 2 Buchst. g und Art. 15 WPPT ergeben sich nämlich keine hinreichend bestimmten Vorgaben darüber, ob das Recht auf angemessene Vergütung auch in Fällen wie dem vorliegenden greift, in dem der Begriff der Wiedergabe funktional verstanden wird und die Öffentlichkeit der Wiedergabe mit Hilfe des Gedankens einer sukzessiv-kumulativen Öffentlichkeit begründet wird. Es besteht nämlich Übereinstimmung darüber, dass hinsichtlich dieser Fälle dem WPPT keine festen Vorgaben zu entnehmen sind. Aufgrund der fehlenden Hinweise zur Abgrenzung der Begriffe der öffentlichen und der privaten Wiedergabe im WPPT besteht für dessen Vertragsparteien ein erheblicher Spielraum bei der Entscheidung, wann sie eine öffentliche Wiedergabe annehmen.⁵⁴

162. Dagegen kann nicht eingewendet werden, dass der Gerichtshof sich in seinem Urteil SGAE/Rafael Hoteles zur Auslegung des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 auf die einschlägigen völkerrechtlichen Vorschriften gestützt hat. Der Gerichtshof hat sich nämlich bei der entscheidenden Frage, ob das Kriterium eines neuen Hörerkreises als Kriterium für das Vorliegen einer neuen öffentlichen Wiedergabe herangezogen werden kann, nicht auf die Bestimmungen der RBÜ bezogen. Dieses Kriterium war nämlich von den Vertragsparteien der RBÜ bewusst verworfen worden.⁵⁵ Der Gerichtshof hat sich zur Stützung seiner Auslegung vielmehr auf den WIPO-Leitfaden zur RBÜ, also auf ein nicht rechtsverbindliches Dokument gestützt. Die rechtsverbindliche Konkretisierung des Begriffs der Öffentlichkeit ist somit nicht bereits schon auf der Ebene der betreffenden völkerrechtlichen Bestimmungen, sondern erst auf der Ebene des Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29 auf unionsrechtlicher Ebene erfolgt.

163. Auch Art. 2 Buchst. g und Art. 15 WPPT sind somit keine Bestimmungen, auf die sich die Parteien des Ausgangsverfahrens unmittelbar berufen können.

VIII – Ergebnis

164. Aus den vorgenannten Gründen schlage ich dem Gerichtshof vor, wie folgt auf die Vorlagefragen zu antworten:

1. Art. 8 Abs. 2 der Richtlinie 92/100/EWG des Rates vom 19. November 1992 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums bzw. der Richtlinie 2006/115/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Dezember 2006 zum Vermietrecht und Verleihrecht sowie zu bestimmten dem Urheberrecht verwandten Schutzrechten im Bereich des geistigen Eigentums (kodifizierte Fassung) sind so auszulegen, dass ein Zahnarzt, der in seinem Wartezimmer einen Radioapparat aufstellt und darüber eine Radiosendung für seine Patienten hörbar macht, verpflichtet ist, eine angemessene Vergütung für die mittelbare öffentliche Wiedergabe der Tonträger zu zahlen, die in der Radiosendung genutzt werden.
2. Nach den Maßstäben des Unionsrechts sind weder Art. 12 des Abkommens von Rom vom 26. Oktober 1961 über den Schutz der ausübenden Künstler, der Hersteller von Tonträgern und der Sendeunternehmen noch Art. 15 des WIPO-Vertrags vom 20. September 1996 über Darbietungen und Tonträger (WPPT), noch Art. 14 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS) völkerrechtliche Vorschriften, auf die sich eine Partei in einem Rechtsstreit zwischen Privaten unmittelbar berufen kann.

54 — Siehe Lewinski, S., Walter, M. (bereits in Fn. 41 angeführt), S. 988.

55 — Siehe Nr. 50 der Schlussanträge von Generalanwältin Sharpston in der Rechtssache SGAE/Rafael Hoteles (bereits in Fn. 4 angeführt).