

DIE «NEUHEIT» EINER ÖFFENTLICHKEIT IM URHR – ZUGLEICH ANMERKUNG ZU OGH 4 OB 249/15V

Michael Sonntag

Assoz.-Professor, Johannes Kepler Universität Linz, Institut für Netzwerke und Sicherheit
Altenbergerstr. 69, 4040 Linz, AT
michael.sonntag@ins.jku.at; <http://www.ins.jku.at/>

Schlagworte: *Öffentlichkeit, Streaming, Urheberrecht*

Abstract: *Der Europäische Urheberrechtsbegriff der «öffentlichen Wiedergabe» führt zu vielen Auslegungsproblemen. Der OGH entschied, dass das «Umgehen» einer Vorspann-Werbung in einem Online-Radiostream durch einen direkten Link eine derartige öffentliche Wiedergabe sei, da hiermit eine neue Öffentlichkeit erreicht werde. Dies ist kritisch zu sehen, da keine zusätzlichen Personen erreicht werden. Basierend auf der EuGH-Rechtsprechung wird theoretisch und mit Beispielen herausgearbeitet, wie die «Neuheit» einer Öffentlichkeit im Urheberrecht festgestellt werden kann, und das Ergebnis auf den konkreten Fall angewendet.*

1. Einleitung

In der Entscheidung 4 Ob 249/15v vom 23. Februar 2016 (=JusIT 2016/104 [STAUDEGGER]) entschied der OGH, dass ein Link auf eine frei zugängliche Internet-Radiosendung verboten ist, wenn dadurch eine dem Spielbeginn vorgeschaltete Werbung ersetzt wird. Dies basiert auf folgenden Szenarien: Auf der «Original»-Webseite erschien vor Streaming des Radioprogramms ein Video-Werbespot («Preroll-Werbung»). Auf der Konkurrenz-Webseite sah man zuerst ebenfalls Video-Werbung, bevor wiederum das Radioprogramm automatisch gestreamt wurde.¹ In beiden Fällen kam der eigentliche Inhalt (=das Radioprogramm) vom selben Server, d.h. es wurde nur verlinkt, aber nicht vervielfältigt oder durchgeleitet – beides wäre urheberrechtlich eindeutig problematisch. Es wurde «lediglich» die Werbung, mit welcher der Original-Sender Geld verdient, durch andere Werbung ersetzt, mit der dessen Konkurrenz Einnahmen erzielt.

Technisch erfolgt die Vorspann-Werbung, indem beim Webseitenbesuch mittels JavaScript zuerst das Video abgespielt und erst anschließend der Stream-Player für das Radioprogramm gestartet wird. Dies bedeutet jedoch auch, dass der «nackte» Radiostream technisch über einen direkten Link zugänglich und durch Eingabe dieser Adresse (z.B. in der Browser-Adresszeile) unmittelbar erreichbar ist. Auf der Original-Webseite ist dieser direkte Link für Besucher nicht sichtbar/anklickbar.² Im Text der Konkurrenz-Webseite wird weiters darauf hingewiesen, dass es sich um eigene Werbung handelt und diese nicht zum Radiostream gehört.

2. Verfahrensverlauf und Entscheidungen

Geklagt wurde aufgrund von zwei Rechtsgrundlagen: § 76a UrhG (Weiterverteilung von Rundfunksendungen in Form von Weitersendung) als Hauptbegehren und § 1 UWG (Unlauterer Wettbewerb in Form schmarotzerischer Ausbeutung, Behinderung der Original-Werbung sowie Irreführung von Nutzern durch deren Falsch-

¹ Bei Einsatz von Firefox + Adblocker+ NoScript sind sowohl auf der Original-Webseite <http://www.kronehit.at/alles-ueber-kronehit/kronehit-empfangen/> (alle Websites abgerufen am 19. Dezember 2016) wie auch auf der Konkurrenz-Webseite <http://kronehit.radio.de/> der Stream ohne jegliche Vorspann-Werbung zugänglich. Es wird in beiden Fällen das Radioprogramm gestartet, ohne dass irgendeine Video-Werbung angezeigt wird.

² Zumindest nicht auf der in Fn. 1 angeführte Seite. <http://www.kronehit.at/alles-ueber-kronehit/kronehit-empfangen/streams/> enthält diese Links direkt sichtbar (mit dem URL als Link-Text!), wurde jedoch per Suchmaschine gefunden. Diese Seite konnte bei kurzer Suche nicht von der Startseite aus über Links erreicht werden.

zuordnung der Konkurrenz-Werbung zum Original-Radiostream) als Eventualbegehren. Die erste Instanz gab dem Eventualbegehren statt und behandelte das Hauptbegehren nicht (Abweisung ohne Begründung). Es werde die Leistung der Klägerin ohne Bezahlung für eigene geschäftliche Zwecke genützt; weiters werde die Werbung der Klägerin beeinträchtigt, da diese unterdrückt werde. Das Berufungsgericht gab dem Hauptbegehren statt, da die Verlinkung auf die Streams als Weitersenden und «Zugänglichmachung» anzusehen sei. Die «Neue Öffentlichkeit» sei dadurch gegeben, dass auf der Original-Webseite ein Copyrightvermerk angeführt werde, was einer technischen Beschränkung gleichstehen würde.

Der OGH diskutierte zuerst ausführlich, ob eine «Weitersendung» nur drahtlos oder auch drahtgebunden erfolgen kann, sowie was unter einer «Sendeanlage» zu verstehen sei. Er kam zum Schluss, dass auch eine Kabelsendung erfasst wäre und dort eingesetzte Anlagen ebenfalls Sendeanlagen seien.³ Weiter stellte er fest, dass ein Verlinken dem Senden des § 76a UrhG gleichzustellen ist. Er entschied, dass die Werbung einem Abonnement entspricht, da beide der Finanzierung des Sendeunternehmens dienen. Daraus folgt, dass ein direkter Link auf den Radiostream unter deren Umgehung eine neue Öffentlichkeit erreicht, da der Stream alleine auf der Original-Webseite nicht zugänglich ist (siehe jedoch Fn. 2). Die Konkurrenz-Webseite wurde daher zur Unterlassung verurteilt; über den UWG-Antrag wurde nicht mehr entschieden.

3. Die «Neuheit» des Publikums

Laut der Entscheidung EuGH 13. Februar 2014, Rs. C-466/12 – *Svensson*, ist für eine «öffentliche Wiedergabe» erforderlich: Eine weit zu verstehende Wiedergabehandlung, eine Öffentlichkeit (erfordert eine ziemlich große Anzahl an Personen), sowie die «Neuheit» dieser Öffentlichkeit. Letzteres bedeutet, dass die ursprüngliche Veröffentlichung für einen anderen Personenkreis erfolgte als die fragliche Handlung. Als Beispiel wird eine zugriffsbeschränkende Maßnahme angeführt, z.B. Zugang nur für Abonnenten. Weitere Hinweise dazu sind insb. in den Entscheidungen EuGH 21. Oktober 2014, Rs. C-348/13 – *Bestwater*, EuGH 31. Mai 2016, Rs. C-117/15 – *Reha-Training*, sowie EuGH 8. September 2016, Rs. C-160/15 – *GS Media*, zu finden.

3.1. Zur Entscheidung des OGH

Der OGH geht im Hinblick auf die «Neuheit» korrekterweise davon aus, dass der EuGH nicht auf eine bloße Erklärung des Website-Betreibers, sondern die faktische Zugänglichkeit der Inhalte abstellt. Anschließend wird das «Entfernen» der Werbung durch einen direkten Link als neue Öffentlichkeit gewertet, denn ohne Werbung war der Radiostream auf der Original-Webseite so nicht zugänglich.⁴ Allerdings konnte faktisch bereits vorher jeder dem Radiostream zuhören – er musste nur einen Werbespot ertragen. Nachher konnte ebenso jeder auf der (anderen) Webseite den Stream hören – wieder mit einem (anderen) Werbespot davor. Real ergab sich an der Zugänglichkeit des Streams (nicht jedoch der Werbung auf der Original-Webseite!) keinerlei Änderung. Dass der Radiostream-Link (=ohne Werbung davor) nicht unmittelbar für Besucher ersichtlich/anklickbar war, wird vom OGH als relevanter Unterschied ähnlich einer Abo-Schranke bewertet. Allerdings ist keine Person beschreibbar, die vorher auf der Original-Website keinen Zugang zum Radiostream erlangt hätte, dies aber auf der Konkurrenz-Webseite konnte⁵ – im Gegensatz zu einem technisch durchgesetzten (!) Abonnement-Erfordernis. Konkret kann hier nicht einmal argumentiert werden, dass einzelne Personen den Besuch während der Werbung (z.B. aufgrund dieser) abgebrochen hätten, da auf der Konkurrenz-Webseite gleichartige

³ Dem ist zuzustimmen, doch wäre m.M. zuerst zu erörtern, worum es sich beim «Internet» handelt, denn bei weitem nicht jeder Internetzugang ist drahtgebunden (siehe z.B. Mobiltelefone oder WLAN) und der OGH stellt explizit auf ein «Kabelnetz» ab. Allerdings basiert Streaming auf Einzelverbindungen und nicht auf Broadcasts wie Radio.

⁴ Der Autor verweist auf Fn. 1: Es dauerte einige Zeit bis er den Sachverhalt nachvollziehen konnte. Der Einsatz von AdBlockern ist weit verbreitet; diese Benutzer müssen dann nie Werbung vor dem Radioprogramm sehen.

⁵ Siehe EuGH *Svensson*, Rz. 31: «[...] und es sich damit um einen Eingriff handelt, ohne den die betreffenden Nutzer auf die verbreiteten Werke nicht zugreifen könnten [...]. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Werk auf der Seite, auf der die ursprüngliche Wiedergabe erfolgte, nicht mehr öffentlich zugänglich ist oder wenn es nunmehr auf dieser Seite nur einem begrenzten Publikum zugänglich ist, während es auf einer anderen Internetseite ohne Erlaubnis der Urheberrechtsinhaber zugänglich ist.»

Werbung (u.U. sogar der exakt gleiche Werbespot) vorkam. Die Zugänglichkeit für Besucher war daher absolut identisch – die einzigen Unterschiede waren, auf welcher Website sich der Link befand, sowie wer das Geld für den Werbespot einstreifte⁶. Sowohl technisch gesehen wie auch für Nutzer war ansonsten nicht der geringste Unterschied erkennbar. Dies kann m.M. nach daher keine «neue» Öffentlichkeit des Radiostreams begründen.

Es ist anzumerken, dass der klagende Radiosender den Radiostream und die Website selbst kaum aus philanthropischen Gründen betreibt. Der Betrieb der Website – selbst ohne jegliche verkaufte Werbung darauf, welcher Art auch immer – ist eindeutig eine geschäftliche Handlung mit Marketingcharakter: Es sollen mehr Hörer gewonnen werden. Ein dort befindlicher direkter Link auf einen Radiostream ohne vorgeschaltete Werbung (siehe Fn. 2) wäre laut OGH legal zu kopieren – doch auch ein solcher umgeht bzw. verhindert die Werbewirkung der Website selbst. Es würde daher ebenso «Werbung» entfernt/ersetzt und ein «neues» Publikum entstände, welches ohne zumindest periphere Website-Wahrnehmung den Stream nicht erreichte. Der Unterschied zur Entscheidung ist lediglich, dass es dort um externe Werbung ging, die Einnahmen generiert, während die Website Eigenwerbung ist, mit der man versucht, sonstige Ausgaben (Werbung an anderen Stellen oder in anderen Medien) zu reduzieren. Wenn der OGH darauf abstellt, dass ein Link immer dann verboten wäre, wenn dadurch eine «Bedingung» umgangen wird (Abschnitt 4.3 g), so ist darin kein Unterschied mehr zu dem Fall zu sehen, dass zuvor die den Link enthaltende Webseite «betrachtet» werden muss (selbst per Lesezeichen ist wenigstens die direkt beinhaltende Webseite nicht zu umgehen). Ebenso wurde in EuGH *Bestwater* das Framing eines YouTube Videos als zulässig angesehen, obwohl die einbettende Webseite jedenfalls gewerblich genutzt wurde und in direkter Konkurrenz zur Original-Webseite stand. Auch dort war die Kenntnisnahme der das Video umgebenden Original-Webseite mitsamt ihrem Werbewert unumgänglich, wurde jedoch durch die Einbettung in eine Konkurrenz-Webseite mit Werbewert für Andere ersetzt.

Das Abstellen des OGH auf die wirtschaftliche Gleichwertigkeit einer Zugangsbeschränkung auf Abonnenten und dem Vorschalten von Werbung, beides diene der Finanzierung, ist problematisch. Laut EuGH *Reha-Training*, Rz. 49 ist «der gewerbliche Charakter der Verbreitung eines geschützten Werks für die Einstufung einer solchen Verbreitung als «öffentliche Wiedergabe» zwar mit Sicherheit nicht ausschlaggebend, doch hierfür – u.a. zur Bestimmung der möglichen Vergütung für diese Verbreitung – auch nicht unerheblich». Weiters enthält das vom EuGH als Beispiel angeführte «Abonnement» zwei Elemente: Das kommerzielle (Entgeltzahlung) und das technische (Sicherstellung der Zahlung durch Zugriffsverhinderung ohne diese). Der OGH stellt auf das erste Element ab, der EuGH hingegen auf das zweite (Rz. 31: Es kommt auf die beschränken Maßnahmen an – die zu einem bestimmten Zweck, der Finanzierung, getroffen wurden). D.h. relevant ist nicht der wirtschaftliche Aspekt, sondern die effektive Einschränkung des Nutzerkreises. Der Unterschied liegt daher darin, dass bei einem Abonnement nicht jeder Besucher der Webseite das Werk ohne besonderen Zusatzaufwand genießen kann, bei einem vorgeschalteten Werbespot hingegen schon.

Zusätzlich führt der OGH selbst an (Abschnitt 4.3 d), dass ein bloßes Verbot auf der Webseite nicht ausreichen kann, da sonst jede Verlinkung eine neue Wiedergabe wäre, wenn der Rechteinhaber das so wollte. Diese Argumentation kann nicht überzeugen, da es auch bei der konkreten Fallgestaltung rein auf den Willen des Rechteinhabers ankommt: Schaltet er einen Werbespot vor oder nicht? Ausschlaggebend muss vielmehr sein, wie sich dieser Wille manifestiert: Werden gewisse Besucherkreise einigermaßen wirksam am Werkgenuss gehindert (und dies dann umgangen) oder nicht? Denn ein einziger Radio-Werbespot ist von der «Abschreckungswirkung» einem Werbebanner direkt über dem Link oder einer Erklärung, dass direkte Links verboten seien, gleichzuhalten. Benutzer ignorieren regelmäßig alle diese Elemente oder nehmen sie nicht zur Kenntnis. Faktisch sind sie jedoch, zumindest nicht ohne AdBlocker oder besondere technische Kenntnisse, nicht verhinderbar und unterbinden einen Zugriff auf das «reine» Werk ohne derartige Umgebung.

⁶ D.h. im Wesentlichen wirtschaftliche Betrachtung; ZEMANN, OGH 23. Februar 2016, 4 Ob 249/15v, ecolex 2016, S. 275

3.2. Vorschlag für «Neuheits»-Kriterien

Als Grundlage für die Beurteilung der Publikums-«Neuheit» kann die auf der EuGH-Entscheidung fußende Feststellung des OGH dienen, dass es auf die faktische Zugänglichkeit ankommt. D.h., existieren Elemente, die eine nennenswerte Personenzahl am Werkkonsum hinderten, welche dieses nun aufgrund der Handlungen Dritter (hier: Verlinkung) wahrnehmen können? Entsprechend erzeugen ein neues Publikum:

- Benutzerregistrierung: Erfordert aktives Handeln, Datenpreisgabe, meist zusätzlich eine E-Mail-Bestätigung etc. Dies ist ein realer Aufwand, bei dem ein nicht zu ignorierender Besucheranteil den Vorgang abbricht/verweigert. Es kommt hierbei nicht auf eine Gegenleistung an, z.B. Kosten, erforderliche Zustimmung zum Empfang von Werbung, Verifizierung eingegebener Daten (d.h. keine Anmeldung mit erfundenen Daten). Ein Zugang ohne derartige Beschränkung erreicht daher zumindest in kleinen Teilen (was aber bereits ausreicht) zusätzliches, und damit neues, Publikum.
- Captcha: Ähnlich ist das Lösen eines Rätsels (Eingabe als Grafik dargestellten Textes, Erkennen von Bild-Elementen etc.) zu bewerten. Menschen mit Beeinträchtigungen erleiden Schwierigkeiten, weiters nimmt nicht jeder die Mühe auf sich. Ist das «Rätsel» trivial (z.B. «Klicken Sie auf das Bild»); siehe unten), ist von keiner relevanten Einschränkung und unbegrenzter Öffentlichkeit auszugehen. Werden besondere Fähigkeiten verlangt, ist ein Minimum an Mühe erforderlich, oder unmittelbarer Erfolg nicht mehr für fast jeden garantiert, entsteht durch Umgehung neue Öffentlichkeit.
- Zahlung: Ist Bezahlung irgendeiner Art erforderlich, auch z.B. anonym, so ist davon auszugehen, dass manche Besucher dies verweigern werden oder nicht durchführen können, z.B. mangels Verfügbarkeit der angebotenen Zahlungsarten. Eine Veröffentlichung ohne derartiges Erfordernis ermöglicht einem breiteren und damit neuen Personenkreis Zugang.
- Software-Installation: Muss zusätzliche Software, z.B. eine besondere App, installiert werden, so ist dies einerseits nicht für alle Nutzer akzeptabel, andererseits z.B. in Unternehmen oft verboten und technisch unterbunden.⁷ Durch den Wegfall eines solchen Erfordernisses wird daher eine neue Öffentlichkeit geschaffen. Dies dürfte durch einen bloßen Link nur in Ausnahmefällen möglich sein.
- Quelltext-Analyse: Ist der Werk-Link zwar auf einer Webseite vorhanden, aber für Besucher unzugänglich⁸, erzeugt Extraktion und Verbreitung neue Öffentlichkeit. Etwa ein im Quelltext auskommentierter Link (z.B. Vorbereitung für spätere Veröffentlichung), sodass er weder sicht- noch anklickbar ist und vom Browser nicht aktiviert wird. Dies erforderte für Werkgenuss eine Quelltext-Analyse, was fast alle Besucher ausschließt. Weiters wäre zu prüfen, ob das Werk dann überhaupt öffentlich ist (siehe unten)⁹.
- Geographische Einschränkungen: Browser können (nach Benutzerrückfrage) ihren aktuellen Ort feststellen. Wird dies verwendet, um nur bestimmten Besuchern das Werk anzubieten, z.B. aus Lizenzgründen, so ist eine Verlinkung ohne derartige Restriktion eine neue Öffentlichkeit. Dies kann z.B. i.V.m. ausgeblendeten Links vorkommen, die erst nach Prüfung des Ortes angezeigt werden.
- Zusätzliche Hardware: Wird z.B. ein Werk lediglich im Radio wiedergegeben, so ermöglicht eine Verbreitung im Internet, selbst bei Beschränkung auf den gleichen geographischen Bereich, zusätzlichen Personen den Werkgenuss. Denn ohne ein Radiogerät (welcher Art auch immer), wäre dies nicht möglich. Dass stattdessen ein anderes Gerät erforderlich ist, kann nicht als Ausgleich dienen.¹⁰ Erst wenn

⁷ Daher keine Ausnahme für «häufige» Software, z.B. Flash-Player. Aus Sicherheitsgründen ist dieser oft verboten. Ausgenommen ist lediglich Standard-Software, wie z.B. Browser (die für das WWW immer erforderlich ist).

⁸ Wird also z.B. nicht automatisch abgespielt, in ein Unterfenster geladen oder sonst irgendwie angezeigt.

⁹ Zusätzlich stellt sich das Problem, ob derartige Öffentlichkeit mit Zustimmung des Rechteinhabers besteht.

¹⁰ Vergleiche dazu den Sachverhalt von EuGH *Reha-Training*: Das Darbieten eines Fernsehprogramms im Wartezimmer eines Reha-Zentrums könnte jederzeit durch mobile Fernsehgeräte ersetzt werden. Diese würden aber die Patienten selbst mitbringen/betreiben müssen, was diese sich durch das Angebot des Zentrums ersparen.

beide Geräte in der Praxis fast immer gemeinsam vorkommen könnte man dies ausschließen. Für Links trifft diese Möglichkeit offensichtlich nicht zu.

- DRM: Kopierschutzmaßnahmen erlauben die Werkkonsumation nur auf bestimmten Geräten. Dies bedeutet nicht, dass das Werk nicht öffentlich wäre; derart geschützte Werke können in großer Zahl sowie an nicht im Vorhinein bestimmte Personen verbreitet werden. Eine schutzlose Bereitstellung eröffnet dagegen zusätzlichen Nutzern Zugang. Für bloße Links besitzt dies keine Bedeutung.
- Übersetzungen: Mittels Online-Diensten ist vollautomatische Textübersetzung möglich. Die Qualität ist schlecht, aber verständlich. Durch die zusätzliche Sprache wird er einer signifikanten neuen Benutzergruppe zugänglich: Ist ein Text z.B. Deutsch, so ermöglicht ein Link/JavaScript vielen weiteren Menschen nicht nur theoretische, sondern auch praktische Nutzung. Durch bloße Links ist dies jedoch normalerweise nicht realisierbar. Setzt die Website dies bereits selbst ein, können u.U. durch spezielle Links zusätzliche, bisher nicht vorgesehene, Sprachen «hinzugefügt» werden.

Gegenbeispiele, die keine neue Öffentlichkeit begründen, sind:

- Kurze Wartezeit: Handelt es sich wirklich nur um kurze Wartezeiten (1-5 Sekunden, z.B. für Caching, Warten auf einen Synchronisationspunkt, Laden einer Webseite oder ihrer Elemente), so ist davon auszugehen, dass Besucher bleiben würden. Deshalb erweitert sich der Personenkreis nicht.
- Manuelle Aktivierung: Muss zum Starten des Videos/Audios etc. auf einen klar als solchen gekennzeichneten Link/Schaltfläche geklickt werden, wird niemand ausgeschlossen.¹¹ Dies muss aufwands- und komplexitätsmäßig ähnlich zu «Klicken sie auf folgenden Link» ähneln. Siehe EuGH *Bestwater*, wo exakt dies nötig war. Das erforderliche Ankreuzen eines Kästchens wird gerade noch zulässig sein.¹²
- Ignorieren zusätzlicher paralleler Elemente: Würde auf der Original-Webseite mit dem Beginn des Streams ein Werbungs-Popup geöffnet, auf der Konkurrenz-Webseite hingegen nicht, bildet dies keine Beschränkung. Das Werk ist unmittelbar zugänglich und der Besucher hat lediglich «nichts» zu tun, um es zu konsumieren. Die zusätzlichen Elemente dürfen jedoch keine Interaktion erfordern; dies wäre je nach Aufwand/Komplexität ähnlich wie Captchas oder manuelle Aktivierung zu werten.
- Entfernen/Umgehen von Werbung: Das Entfernen von neben/über einem Werk oder auf einer vorge-schalteten Webseite angezeigter Werbung durch direkte Links schafft keine neue Öffentlichkeit. Wie in OGH 17. Dezember 2002, 4 Ob 248/02b – *Meteodata*, festgestellt sind Deep-Links, auch wenn sie an Homepage-Werbung «vorbeiführen», zulässig. Nichts anderes erfolgt hier – bzw. im Fall *Bestwater*.
- Triviale technische Analyse erforderlich: Wird z.B. ein Bild in einer Webseite angezeigt, so ist kein Link hierfür sichtbar. Dieser muss aus dem Webseiten-Quelltext (oder über das Öffnen des Bilds in einem separaten Fenster und Kopieren der Adresszeile) extrahiert werden. Dies ist keine komplexe Aufgabe und grundsätzlich immer erforderlich. Ohne diese Aufgaben wäre z.B. der Fall *Bestwater* unmöglich gewesen, da dort der YouTube-Link aus dem Quelltext der Webseite extrahiert werden musste, dies jedoch als keine neue Öffentlichkeit beurteilt wurde.
- Verbote/Copyrightvermerk: Eine bloße Aussage kann die «Öffentlichkeit» nicht verändern – diese ist eine (nicht) vorliegende Tatsache. Ansonsten könnte durch bloßen Text jegliche Verlinkung verboten werden (ebenso der OGH) – was eindeutig den EuGH-Entscheidungen widerspricht, die zumindest manche Fälle als legal ansehen, und zwar unabhängig vom Willen des Rechteinhabers.
- Wünsche und Anregungen: Die Bitte um Spenden oder die Vornahme von Handlungen (z.B. «Bitte klicken Sie auf Werbebanner/Deaktivieren Sie ihren Ad-Blocker») sind bloß deklarativ und halten effektiv niemanden davon ab, diese zu ignorieren und das Werk dennoch zu konsumieren.

¹¹ Z.B. Klicken auf «Play»/«Wiedergabe starten», falls der Radiostream nicht autom. mit dem Anzeigen der Webseite beginnt.

¹² Ist mit dem Kästchen die Akzeptanz von AGB verbunden (=Vertragsabschluss), sieht das Ergebnis anders aus.

- Darstellung auf einer anderen Website/anderer Umgebung: Dies ist ein notwendiges Charakteristikum, ohne das die direkte Verlinkung durch Dritte unmöglich ist. Der bloße Umstand, dass es nun einen zusätzlichen Link auf das Werk gibt und es damit leichter auffindbar wird (und z.B. in Suchergebnissen weiter vorne angezeigt wird), bewirkt keine *neue* Öffentlichkeit, sondern nur eine mengenmäßige Ausweitung der bereits vorher Existierenden.

Zusammengefasst ist festzustellen, dass tatsächlich «zusätzliche» Nutzer erforderlich sind, um eine neue Öffentlichkeit zu erzeugen: EuGH *Reha-Training*, Rz. 46, unter Verweis auf EuGH 7. Dezember 2006, Rs. C-306/05 – *SGAE*, sowie EuGH 4. Oktober 2011, Rs. C403/08 – *Football Association Premier League* (Hervorhebung durch Verf.): «[...] damit eine öffentliche Wiedergabe vorliegt, dieser Nutzer in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens einem zusätzlichen Publikum Zugang zu der Rundfunksendung, die das geschützte Werke enthält, verschaffen und sich dabei zeigen muss, dass die Personen, die dieses «neue» Publikum darstellen, ohne dieses Tätigwerden grundsätzlich nicht in den Genuss des ausgestrahlten Werks kommen könnten, obwohl sie sich im Sendegebiet der Sendung aufhalten». Der Verweis auf das Sendegebiet ist hier derart zu interpretieren, dass ein Werkgenuss nicht ohnehin vollkommen ausgeschlossen erscheint, aber ein relevantes Hindernis dem entgegensteht. Dieses Hindernis wird nun von jemandem entfernt, der damit eine zusätzliche und daher neue Öffentlichkeit generiert. Dies ist auch teleologisch sinnvoll: Wer nicht ein zumindest einigermaßen wirksames¹³ Hindernis aufstellt, hat das Werk für jeden veröffentlicht. Durch bloße Erklärungen oder Alibi-Maßnahmen soll er dies nicht ungeschehen machen können. Denn wer die unbeschränkte Öffentlichkeit des Internets sucht, hat damit einhergehenden Nachteile zu akzeptieren.

3.3. Versuch einer Abgrenzung

Die neue Öffentlichkeit sollte daher m.M. nach wie folgt abgegrenzt werden: *Existiert eine zumindest kleine Gruppe an potentiellen Nutzern, die vorher das Werk nicht oder nur mit mehr als minimalem Zusatzaufwand genießen konnte, nachher aber schon, und die damit gezielt erreicht werden sollen?* Die Zustimmung des Rechteinhabers in die Original-Veröffentlichung wird hier vorausgesetzt.

Die «kleine Gruppe» ist darauf zurückzuführen, dass der EuGH das Recht der öffentlichen Wiedergabe «weit» verstanden haben will. Lediglich unerhebliche Personenanzahlen können daher ignoriert werden, eine große Anzahl ist allerdings ebenso wenig erforderlich. Es muss sich nicht um tatsächliche Nutzer handeln, sondern auch potentielle Werkkonsumenten sind ausreichend. Es ist daher nicht nötig, einen real erhöhten Werkkonsum nachzuweisen, sondern nur, dass ein solcher möglich wurde. Konnte diese Gruppe das Werk vorher gar nicht konsumieren, nach der zusätzlichen Tätigkeit hingegen schon, so ist eindeutig eine «neue» Öffentlichkeit gegeben. Diese liegt zusätzlich schon dann vor, wenn zwar theoretisch jeder das Werk hätte konsumieren können, aber eine ähnliche Gruppe wie oben (eine nicht vernachlässigbare Anzahl an Personen) dies aufgrund tatsächlicher Umstände nicht getan hätte. Dies entspricht dem Beispiel des EuGH mit einer Benutzeranmeldung: Jeder hätte sich anmelden und den Preis bezahlen können, aber nicht jeder hätte dies auch getan, selbst wenn ein Interesse am dadurch nutzbaren Werk bestand.¹⁴

Geringfügige Änderungen und Umstände für die Nutzer sind hierbei zu ignorieren, wie z.B. dass sich der bemängelte Link im OGH-Fall auf einer anderen Website befand, bzw. man sich im Saal des Reha-Zentrums so setzen musste, dass man auf den Bildschirm sehen konnte. Wichtig ist hierbei, dass diese Umstände auf die Art der zusätzlichen öffentlichen Wiedergabe zurückzuführen sind und sie das Publikum nicht zu sehr reduzieren. Daher ist insb. auf die Aktivität der Besucher abzustellen: Müssen diese explizit eine Handlung vornehmen (Benutzeranmeldung, Zahlung etc.) oder lediglich etwas unterlassen (Ignorieren/Erdulden der Werbung)?

¹³ HEIDINGER, ROMAN, Webradio – Kabelweitersendung – Linkhaftung – Umgehung einer Vorspannungswerbung («preroll»), MR 2016, S. 135 stellt darauf ab, ob eine Schutzmaßnahme als solche erkennbar ist: Dies ist m.M. nach zu wenig, da bloße Erkennbarkeit wieder nur einer «Deklaration» entsprechen würde. Daher das Erfordernis einer zumindest geringen Wirksamkeit.

¹⁴ Weiters kann der Anbieter dann bestimmte Kunden ausschließen, z.B. mangels Bonität oder nur regional erworbenen Rechten.

Dass nicht jeder Besucher eine aktive Handlung durchführen wird ist leicht verständlich und reduziert daher den Nutzerkreis. Eine bloße Unterlassung ist demgegenüber sehr viel wahrscheinlicher und häufiger, da der Benutzer sich aktiv «wegbewegen» müsste. Eine «neue» Öffentlichkeit ist daher im ersten Fall regelmäßig anzunehmen, bei Unterlassung hingegen nur in Ausnahmefällen.¹⁵

Die Verbreitung muss auch zielgerichtet erfolgen, d.h. das Publikum darf nicht nur zufällig zu einem solchen werden, sondern der Verbreiter muss darauf abzielen, zusätzliche Personen zu erreichen (siehe EuGH 15. März 2012, Rs. C-135/10 – *SCF*, Rz. 91), wobei hierfür u.A. die Aufnahmebereitschaft des Publikums relevant (aber nicht ausschlaggebend oder separates Merkmal: EuGH *Reha-Training*, Rz. 49) ist.

3.4. Anwendung auf den OGH-Fall

Übertragen auf das gegenständliche Urteil bedeutet dies, dass jeder Internet-Nutzer (befindet sich im «Sendegebiet») das Werk (den Radiostream) jederzeit auf der Original-Webseite genießen konnte. Durch den zusätzlichen Link änderte sich dies nicht, da nun kein «größeres» Publikum Radio hören konnte als vorher. Der Radiosender hätte daher für einen Erfolg argumentieren müssen, dass seine Werbung so abschreckend war, dass zumindest einige Besucher die Webseite vor Beginn des Radioprogramms verlassen würden, dies bei der Konkurrenz-Webseite jedoch nicht der Fall sei, und deswegen nun mehr Leute ihr Programm hören.¹⁶ Ein spezifisches Abzielen auf eine «neue» Gruppe ist weiters damit abzulehnen, dass auf der Konkurrenz-Webseite ebenfalls Werbung vorgeschaltet wurde, somit die Zielgruppe identische zum Original war: Radiohörer die bereit sind, zuvor einen Werbespot zu erdulden. Eine neue Zielgruppe wäre allerhöchstens dann konstruierbar, wenn auf der Konkurrenz-Webseite keine Werbung vorgeschaltet wäre. Dies würde jedoch ebenso wenig zu einer Erhöhung der Hörerzahl des Radiostreams führen¹⁷, sondern lediglich zu einer Hörer-Verlagerung zu einer anderen Webseite. Eine neue Öffentlichkeit läge deswegen selbst dann nicht vor.

4. Variante: Inzwischen entfernter Link bei verbleibendem Werk

Interessant ist, wie folgender Fall zu lösen wäre: Ein Werk wird auf einer Webseite ohne jede Einschränkung öffentlich zugänglich gemacht. Nach langer Zeit (=viele externe Links darauf, sowie von Suchmaschinen indiziert) wird der Link von der Webseite entfernt, das Werk selbst bleibt jedoch am Server vorhanden. Auf der Ursprungsseite ist das Werk daher für *niemanden* mehr zugänglich, über andere Quellen hingegen schon.

Laut OGH (Abschnitt 4.3 f) wäre hier eine neue Öffentlichkeit gegeben: Da bei jeder (erfolgreichen) Verlinkung das Werk immer auch durch direkte Adresseingabe erreichbar ist, könne daraus alleine nicht auf eine unbegrenzte Öffentlichkeit geschlossen werden. Ebenso vermutlich der EuGH.¹⁸ Denn bei solcher Auslegung der EuGH-Entscheidungen wäre ansonsten jeder funktionierende Link zulässig – was der EuGH so eindeutig nicht aussagt. Dem ist zuzustimmen, da der EuGH in keiner Entscheidung eine absolute Wirksamkeit der die Öffentlichkeit einschränkenden Maßnahmen verlangt. Wird z.B. der Link zum Werk erst angezeigt, wenn der Benutzer bezahlt hat, durch Nachlässigkeit oder Fehler ist das Werk aber bei Kenntnis dieses Links ebenso ohne Bezahlung abrufbar, so liegt eindeutig keine unbeschränkte Öffentlichkeit vor (insb. keine vom Rechteinhaber erlaubte) und ein Verbreiten dieses direkten Links erzeugte neue Öffentlichkeit.

Dem steht gegenüber, dass im geschilderten Fall das Werk eindeutig mit Willen des Rechteinhabers für alle zugänglich war und (in fast allen Fällen) eine Indexierung durch Suchmaschinen gewünscht und aktiv ge-

¹⁵ Beispiel: Der obligatorische Werbespot vor dem Radioprogramm dauerte eine Stunde. Hier ist davon auszugehen, dass eine relevante Anzahl an Besuchern aktiv tätig wird und die Seite verlässt. Eine Konkurrenz-Webseite mit nur 15 Sekunden Werbung oder ohne solche bedeutet dann eine neue Öffentlichkeit.

¹⁶ Worum es dem Radiosender überhaupt nicht ging – Je mehr Hörer, desto teurer die darin enthaltene Werbung!

¹⁷ Auf der Original-Webseite wird im Werbespot dynamisch die Restzeit eingeblendet: «Dieser Spot läuft noch ? Sek.». Bei praktischen Tests wurde immer von 15 Sekunden heruntergezählt. Dies abzuwarten dürfte fast jeder aushalten.

¹⁸ EuGH *Svensson*, Rz. 31: «Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn das Werk auf der Seite, auf der die ursprüngliche Wiedergabe erfolgte, nicht mehr öffentlich zugänglich ist [...]»

fördert wurde. Gleichermassen ist es im Falle einer Unterlassungsverfügung nur erforderlich, den Link auf ein Element zu löschen, das nicht weiter veröffentlicht werden darf. Erst bei Verurteilung zu Beseitigung sind weitergehende Aktionen erforderlich, z.B. die Datei tatsächlich zu löschen oder zumindest umzubenennen (OGH 25. Februar 2004, 3 Ob 261/03h). Dies spricht dafür, dass ein solches Werk ohne Original-Link zwar nicht mehr selbst verbreitet wird, jedoch weiterhin «öffentlich» ist. Bereits existierende Links darauf blieben daher zulässig bzw. könnten neu erstellt werden, z.B. basierend auf Ergebnissen von Suchmaschinen oder durch Kopieren von Links auf Drittseiten. Dies erscheint sachgerecht, da z.B. Suchmaschinen anders nicht sinnvoll betrieben werden können.¹⁹ Andererseits erfordert dies eine Interpretation der «Seite» des EuGH (siehe Fn. 18) als rein technischen Serveraspekt (auf welcher «Seite» der Inhalt weiterhin abrufbar ist) – während eher davon auszugehen ist, dass von der dem Benutzer sichtbaren Webseite gesprochen wurde.

Praktisch stellen sich in dieser Konstellation viele Probleme: Wie kann nachgewiesen werden, dass der Link tatsächlich öffentlich war? Wie lange musste er wie einfach auffindbar gewesen sein? Bei entsprechender (üblicher!) Konfiguration kann das Werk absolut niemand mehr «neu» (d.h. ohne andere schon existierende Links) auffinden, es sei denn er errät den URL ohne jeglichen Hinweis. Ist dies wirklich noch weltweit allgemein öffentlich, sodass Links keine neue Öffentlichkeit mehr begründen? Z.B. verwendet nicht jeder eine Suchmaschine um Werke auf einer Website zu finden, die er selbst dort nicht bzw. nicht mehr entdecken kann. Umgekehrt kann aber jeder Link, der nicht zur Startseite führt, dasselbe Problem erzeugen. Denn nicht nur Werke sind evtl. nicht mehr erreichbar, sondern auch ganze Webseiten (siehe Fn. 2 als Beispiel). Damit wird jeder Link, nicht nur Einbettungen und direkte Links auf Videos/Radiostreams/ Bilder/..., zu einem unberechenbaren Risiko, da praktisch jede Webseite urheberrechtlich geschützte Elemente enthält, die dann durch den Link plötzlich und unbemerkt «neu» veröffentlicht werden. Zu berücksichtigen ist weiters, dass hier § 17 i.V.m. § 18 Abs. 1 ECG (keine Überwachungspflicht für Links), keine Entlastung bringt. Denn dies betrifft nur die Haftung, aber explizit nicht Unterlassung/Beseitigung.

Meiner Meinung nach ist darum mit «neuer» Öffentlichkeit äußerst zurückhaltend umzugehen: Es entstünde ein praktisch unkalkulierbares Risiko für jeden, der irgendeine Art Links setzt. Die einzige sichere Möglichkeit wäre, jeden Link explizit erlauben zu lassen. Dies ist unpraktisch und wäre das Ende des Internets. Eine andere Auslegung der Entscheidung *Svensson* ist jedoch kaum möglich. Es ist daher zu überlegen, ob bloßes Verlinken wirklich als «Handlung der Wiedergabe» angesehen werden sollte, und nicht als bloßes Zitat.

Sinnvoll, wenn auch nicht unbedingt mit der derzeitigen Entscheidungslinie vereinbar, scheint folgender Ansatz: Wer ein Werk öffentlich zugänglich machte, dem ist zuzumuten diese Öffentlichkeit aktiv zu «widerrufen» oder «einzuschränken», indem er ein tatsächliches Hindernis aufstellt. Das bloße Entfernen des Links ähnelt damit, obwohl aktive Handlung, mehr einer (unbeachtlichen) Erklärung – die Datei selbst ist weiterhin vom Server frei abrufbar. Derartige Hindernisse können ein Zugriffsschutz sein (wobei wie oben dargestellt ein niedriger Maßstab²⁰ angesetzt werden sollte – was trivial und u.U. ohne es zu bemerken umgangen wird reicht nicht aus) oder ganz einfach, indem das Werk auf dem Server umbenannt/gelöscht wird. Damit sind gleichzeitig alle eingehenden Links «wirkungslos» und jedes Umgehen ist eindeutig und leicht klassifizierbar und als neue Öffentlichkeit zu bewerten. Auch für Verlinkende ist damit Vorhersehbarkeit gegeben. Auf diese Art könnten beide Probleme sachgerecht gelöst werden: Ist kein zumindest einigermaßen wirksamer Schutz vorhanden, so liegt «absolute» Öffentlichkeit vor und es kommt nicht darauf an, ob das Werk (noch) auf der Original-Webseite sichtbar ist oder nicht, und Links darauf sind zulässig.

¹⁹ Siehe bei Google z.B. <https://support.google.com/webmasters/answer/1663419?hl=en#make-permanent>, wonach einmal indizierte Elemente nur dann dauerhaft aus dem Index entfernt werden, wenn beim nächsten Zugriff eine Fehlermeldung zurückgeliefert wird, der Zugriff z.B. durch Passwort geschützt ist, oder er explizit als «nicht indexieren» gekennzeichnet ist. Bloßes Entfernen darauf zeigender Links beeinflusst nur die Ergebnis-Reihenfolge.

²⁰ Der auch an anderen Stellen im Urheberrecht schon vorkommt, z.B. bei der Wirksamkeit von Schutzmaßnahmen (§ 90c UrhG), die ebenfalls nicht absolut wirksam sein müssen sondern nur ein Minimum zu erfüllen brauchen.