

Mål C-127/24

Begäran om förhandsavgörande

Datum för ingivande:

15 februari 2024

Domstol som begär förhandsavgörande:

Bundesgerichtshof (Tyskland)

Datum för beslutet att begära förhandsavgörande:

8 februari 2024

Klagande:

Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte eV (GEMA)

Motpart:

VHC 2 Seniorenresidenz und Pflegeheim GmbH

BUNDESGERICHTSHOF

BESLUT

[utelämnas]

Meddelat den
8 februari 2024
[utelämnas]

i målet

GEMA Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte, [utelämnas]

[utelämnas] Berlin,

klagande,

[utelämnas]

mot

VHC 2 Seniorenresidenz und Pflegeheim gGmbH, [utelämnas]

[utelämnas] Unterschleißheim,

motpart

[utelämnas]

har första avdelningen för civilmål vid Bundesgerichtshof [utelämnas]

fattat följande beslut:

- I. Målet förklaras vilande.
- II. Följande frågor hänskjuts till Europeiska unionens domstol för förhandsavgörande beträffande tolkningen av artikel 3.1 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2001/29/EG av den 22 maj 2001 om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället (EGT L 167, 22.6.2001, s. 10):
 1. Ska boende på ett kommersiellt drivet äldreboende, som har TV- och radioanslutningar på sina rum och till vilka den som driver äldreboendet samtidigt, oförändrat och fullständigt via sitt kabelnät vidareänder TV- och radioprogram som mottagits via en egen utrustning för direkt mottagning av satellittjänster, betraktas som ett ”obestämt antal potentiella mottagare” enligt definitionen av ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG?
 2. Har den definition som tidigare använts i EU-domstolens praxis, enligt vilken ”en överföring av ett skyddat verk”, för att anses utgöra en ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG, ska ”utföras genom en särskild teknik som skiljer sig från dem som tidigare använts eller åtminstone till en ’ny publik’, det vill säga en publik som upphovsrättsinnehavaren inte beaktade när denne godkände den ursprungliga överföringen av sitt verk till allmänheten” fortfarande allmän giltighet eller är den teknik som används endast av betydelse när innehåll som ursprungligen tagits emot markbundet, via satellit eller kabel vidareänds till det öppna internet?
 3. Är det fråga om en ”ny publik” enligt definitionen av ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG, när den som driver ett äldreboende i vinstsyfte

samtidigt, oförändrat och fullständigt via sitt kabelnät vidareänder TV- och radioprogram som mottagits via den egna utrustningen för direkt mottagning av satellittjänster till de befintliga anslutningarna för TV och radio i de boendes rum? Har det för denna bedömning någon betydelse om de boende har möjlighet att ta emot TV- och radioprogrammen i sina rum markbundet, oberoende av kabelsändningar? Har det för denna bedömning även någon betydelse om rättsinnehavarna redan erhåller ersättning för det samtycke som lämnats till den ursprungliga sändningen?

Skäl

- 1 A. Klagande är Gesellschaft für musikalische Aufführungs- und mechanische Vervielfältigungsrechte (nedan kallat GEMA). GEMA tillvaratar upphovsrättsliga nyttjanderätter för kompositörer, textförfattare och musikförläggare.
- 2 Motparten driver ett centrum för äldreboende och äldreboende i Dahn med 88 enkelrum och tre dubbelrum i fyra bostäder. I dessa bostäder bor 89 äldre personer med vårdbehov permanent. Förutom boende får de även omfattande vård och omsorg. Utöver nämnda vårdavdelning förfogar motpartens anläggning över olika gemensamma, utrymmen såsom matsalar och uppehållsrum.
- 3 Motparten tar emot TV- och radioprogram i anläggningen via en egen utrustning för direkt mottagning av satellittjänster och vidareänder dem samtidigt, oförändrat och fullständigt via sitt kabelnät till de befintliga TV- och radioanslutningarna i de boendes rum. På så sätt sänds TV- och radiosignaler till samtliga boenderum och vådrum i centret för äldreboende och äldreboende.
- 4 Klaganden anser att motpartens vidareändande av TV- och radioprogram omfattas av licensskyldighet och har utan framgång anmodat motparten att ingå ett licensavtal.
- 5 På begäran av klaganden ålade Landgericht motparten att vid äventyr av vite upphöra att utan klagandens samtycke vidareända musikaliska verk som sänts, med eller utan text ur klagandens repertoar, inom ramen för ett samtidigt, oförändrat och fullständigt vidareänt program via det befintliga kabelnätet i den anläggning som drivs av motparten, i synnerhet från utrustningen för direkt mottagning av satellittjänster till anslutningarna i boende- och vådrummen.
- 6 Motparten överklagade denna dom. Appellationsdomstolen ogillade överklagandet (OLG Zweibrücken, GRUR 2023, 722). Efter att ha erhållit prövningstillstånd från appellationsdomstolen, som motparten yrkar ska avvisas, har klaganden vidhållit sitt yrkande.
- 7 B. Huruvida framgång kommer att vinnas med överklagandet beror på tolkningen av artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG. Innan ett avgörande beträffande överklagandet fattas ska förfarandet förklaras vilande och en begäran om

förhandsavgörande inges till EU-domstolen enligt artikel 267 första stycket b och tredje stycket FEUF.

- 8 I. Appellationsdomstolen fann att den förbuds rätt som klaganden gjort gällande inte förelåg, eftersom det inte hade skett någon överföring till allmänheten.
- 9 Det föreligger visserligen en överföring, men inte någon överföring till allmänheten, eftersom överföringen i förevarande fall är begränsad till den begränsade kretsen av personer som består av de boende i anläggningen som, i likhet med medlemmar i en samfällighetsförening för bostadsägare, är en strukturellt mycket homogen och stabil grupp av personer med en låg fluktuationsgrad som avser att stanna kvar i anläggningen permanent.
- 10 II. Klagandens överklagande av denna bedömning ska bifallas om appellationsdomstolen i förevarande fall felaktigt fann att vidare sändning via kabel i det aktuella fallet inte utgör en överföring till allmänheten i den mening som avses i 15 § 2 första och andra meningen punkt 3, 20 §, 20b § 1 första meningen i Gesetz über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte – Urheberrechtsgesetz (lagen om upphovsrätt och närstående rättigheter) (nedan kallad UrhG). Klaganden har rätt att göra gällande förbuds rätten (se i detta avseende punkt B II 1 nedan). Huruvida vidare sändningen via kabel i det aktuella fallet uppfyller kraven på överföring till allmänheten måste klargöras i flera avseenden mot bakgrund av unionsrätten. Det ska först och främst klargöras huruvida de boende på motpartens äldreboende utgör ett obestämt antal potentiella mottagare enligt definitionen av ”överföring till allmänheten” i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG (se punkt B II 2 nedan). Det ska vidare klargöras om den definition av överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG som EU-domstolen använder med hänsyn till den typ av teknik som använts fortfarande har allmän giltighet eller endast gäller i vissa fall av överföring (se punkt B II 3 nedan). Det ska slutligen klargöras huruvida de boende på äldreboendet utgör en ”ny publik” enligt definitionen av ”överföring till allmänheten” i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG i den konstellation som föreligger i förevarande fall (se i detta avseende punkt B II 4 nedan).
- 11 1. Klaganden är berättigad att utöva förbuds rätten enligt 97 § 1 första meningen UrhG. Upphovsmän, utövande konstnärer, radio- och televisionsföretag och filmproducenter har ensamrätt till vidare sändning via kabel. Vid intrång i deras rättigheter kan de utöva förbuds rätten enligt 97 § 1 första meningen UrhG (avseende 97 § 2 UrhG se BGH, dom av den 18 juni 2020 – I ZR 171/19, GRUR 2020, 1297 [juris punkt 9] = WRP 2020, 1573 – Radio- och televisionssändningar i fritidsbostäder, och där angiven rättspraxis). Klaganden utövar denna rätt för kompositörer och textförfattare i egenskap av upphovsmän.
- 12 2. Det ska först och främst klargöras om de boende på ett kommersiellt drivet äldreboende som har TV- och radioanslutningar på sina rum och till vilka den som driver äldreboendet samtidigt, oförändrat och fullständigt via sitt kabelnät

vidaresänder TV- och radioprogram som mottagits via en egen utrustning för direkt mottagning av satellittjänster, betraktas som ett ”obestämt antal potentiella mottagare” enligt definitionen av ”överföring till allmänheten” i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG (första tolkningsfrågan). Detta beror på om appellationsdomstolen gjorde en riktig bedömning när den fann att den i förevarande fall relevanta handlingen som innebär utnyttjande av upphovsrätt inte utgör en överföring till allmänheten i den mening som avses i 15 § 2 första och andra meningen punkt 3, 20 §, 20b § 1 första meningen UrhG.

- 13 a) Upphovsmannens ensamrätt att överföra sitt verk till allmänheten (15 § 2 första meningen UrhG) omfattar sändningsrätten (15 § 2 andra meningen punkt 3 UrhG), det vill säga rätten att göra verket tillgängligt för allmänheten via sändningar, såsom radio- och TV-sändningar, satellitsändningar, kabelsändning eller annan liknande teknik (20 § UrhG). Sändningsrätten omfattar rätten till vidaresändning via kabel enligt 20b § 1 första meningen UrhG, det vill säga rätten att vidaresända ett sänt verk inom ramen för ett program som vidaresänds samtidigt, oförändrat och fullständigt via kabel eller mikrovågssystem (se BGH, GRUR 2020, 1297 [juris punkt 11] – Radio- och televisionssändningar i fritidsbostäder, och där angiven rättspraxis). Rätten till vidaresändning via kabel utgör ett särskilt fall av sändningsrätt och således ett särskilt fall av överföring till allmänheten. Enligt 15 § 3 första meningen UrhG överförs verket till allmänheten när överföringen är riktad till ett stort antal medlemmar av allmänheten. I allmänheten ingår enligt 15 § 3 andra meningen UrhG varje person som inte har personband med den som nyttjar verket, eller med andra personer som tar del av verket eller har tillgång till detta i icke-fysisk form. Detsamma gäller för utövande konstnärer, radio- och televisionsföretag och filmproducenter om de har ensamrätt till vidaresändning via kabel (jämför 78 § 1 punkt 2, 87 § 1 punkt 1 alternativ 1, 94 § 4, 95 § UrhG).
- 14 b) De i förevarande mål aktuella ensamrätter som tillkommer upphovsmän och rättsinnehavare på grund av överföring av deras verk till allmänheten genom vidaresändning via kabel grundar sig på Europeiska unionens direktiv. Begreppet överföring till allmänheten ska således tolkas i enlighet med den bestämmelse som är tillämplig på upphovsmän i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG om harmonisering av vissa aspekter av upphovsrätt och närstående rättigheter i informationssamhället och den bestämmelse som är tillämplig på rättsinnehavare i artikel 8.1 i direktiv 2006/115/EG om uthyrnings- och utlåningsrättigheter avseende upphovsrättsligt skyddade verk och om upphovsrätten närstående rättigheter (kodifierad version) samt EU-domstolens praxis på området (se, BGH, dom av den 17 september 2015 – I ZR 228/14, BGHZ 206, 365 [juris punkterna 30–41] – Ramses, dom av den 11 januari 2018 – I ZR 85/17, GRUR 2018, 608 [juris punkt 22] – Sjukhusradio, BGH, GRUR 2020, 1297 [juris punkt 11] – Radio- och televisionssändningar i fritidsbostäder, och där angiven rättspraxis).
- 15 c) Begreppet ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG och artikel 8.1 i direktiv 2006/115/EG innehåller två kumulativa förutsättningar, nämligen överföring och överföring till

allmänheten. Detta begrepp förutsätter vidare en individuell bedömning. En sådan bedömning ska ske med beaktande av flera kompletterande, ej självständiga och av varandra beroende kriterier. Dessa kriterier ska därmed tillämpas såväl individuellt som med hänsyn till deras inbördes samspel, då de i olika konkreta situationer kan uppvisa mycket olika grader av intensitet (fast rättspraxis, se enbart EU-domstolens dom av den 20 april 2023 – C-775/21 och C-826/21, GRUR 2023, 717 [juris punkt 47 och följande punkt] = WRP 2023, 681 – Blue Air Aviation/ UCMR – ADA m.fl., och där angiven rättspraxis).

- 16 aa) Appellationsdomstolen gjorde en riktig bedömning när den fann att vidareändring av radio- och TV-sändningar genom en utrustning för distribution av radio- och TV-sändningar i rummen för de boende i ett centrum för äldreboende och äldreboende utgör överföring.
- 17 (1) Begreppet överföring ska mot bakgrund av det huvudsakliga syftet med direktiv 2001/29/EG, som är att säkerställa en hög skyddsnivå för upphovsmän, tolkas extensivt, nämligen så att det omfattar alla sändningar av skyddade verk, oberoende av vilka medel eller tekniska processer som används. En ”överföring” förutsätter att användaren agerar med full kännedom om följderna av sitt handlande – det vill säga avsiktligt och medvetet – för att ge tredje part tillgång till ett skyddat verk som vederbörande annars inte hade fått tillgång till. Det är härvid tillräckligt att tredje part har tillgång till ett skyddat verk, oavsett om vederbörande använder verket eller inte (BGH, GRUR 2020, 1297 [juris punkt 17] – Radio- och televisionssändningar i fritidsbostäder, och där angiven rättspraxis).
- 18 (2) Den här aktuella vidareändringen av TV- och radiosändningar i rummen för de boende i ett centrum för äldreboende och äldreboende med hjälp av ett tekniskt medel, såsom en utrustning för distribution av radio- och TV-sändningar, ska följaktligen anses utgöra en överföring i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG och artikel 8.1 i direktiv 2006/115/EG. Motparten har vid vidareändringen genom en utrustning för distribution av radio- och TV-sändningar agerat med full kännedom om följderna av sitt handlande, det vill säga avsiktligt och medvetet för att ge de boende i sin anläggning möjlighet att ta del av TV- och radiosändningar som de annars inte hade fått tillgång till i denna form.
- 19 bb) Frågan huruvida appellationsdomstolen gjorde en riktig bedömning när den fann att det i förevarande fall inte föreligger någon överföring till allmänheten måste klargöras mot bakgrund av unionsrätten.
- 20 (1) Appellationsdomstolen fann att vidareändring via kabel i rummen för de boende i centret för äldreboende och äldreboende inte utgör överföring till allmänheten. Även om kriteriet ”ett ganska stort antal personer”, som formulerats i EU-domstolens praxis, är uppfyllt med avseende på 88 enkelrum och 3 dubbelrum, är de boende i anläggningen inte ”personer i allmänhet” såsom också krävs. I förevarande fall var överföringen begränsad till ”särskilda personer”, eftersom den sker till en begränsad krets av personer. De boende i anläggningen är, i likhet med medlemmar i en samfällighetsförening för bostadsägare, en

strukturellt mycket homogen och stabil grupp av personer med en låg fluktuationsgrad som avser att stanna kvar i anläggningen permanent. De gemensamma utrymmena ger möjlighet till gemensamma måltider, personlig dialog och socialt umgänge för de boende. Till skillnad från ett hotell eller en rehabiliteringsinrättning föreligger genom valet av en vårdinrättning som bostad för den sista fasen av livet nära band mellan de boende. Motpartens erbjudande om korttidsvård och avlastningsvård ger inte dess anläggning en avgörande annorlunda karaktär. Den omständigheten att motparten bedriver vidareledning via kabel i vinstsyfte motiverar inte någon annan bedömning.

- 21 (2) Enligt praxis från Europeiska unionens domstol är begreppet allmänhet endast uppfyllt vid ett obestämt antal potentiella mottagare och ett ganska stort antal personer.
- 22 Det rör sig om ett ”obestämt antal potentiella mottagare” när överföringen sker till personer i allmänhet, det vill säga inte är begränsad till särskilda personer som tillhör en privat grupp (se, beträffande artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG, EU-domstolens dom av den 31 maj 2016 – C-117/15, GRUR 2016, 684 [juris punkt 42] – Reha Training/GEMA, beträffande artikel 8.2 i direktiv 92/100/EEG [nu direktiv 2006/115/EG] se EU-domstolens dom av den 15 mars 2012 – C-135/10, GRUR 2012, 593 [juris punkt 85] = WRP 2012, 689 – SCF/Del Corso, dom av den 15 mars 2012 – C-162/10, GRUR 2012, 597 [juris punkt 34] – PPL/ Irland).
- 23 Kriteriet ”ett ganska stort antal personer” innebär att begreppet allmänhet endast är uppfyllt om en viss miniminivå överskrids och inte omfattar en alltför liten eller till och med obetydlig krets av berörda personer. För fastställandet av detta antal personer ska de kumulativa effekter som följer av att verk sprids till eventuella tittare eller åhörare beaktas. Det gäller i det avseendet att veta hur många personer som har tillgång till ett och samma verk vid samma tillfälle och hur många av dem som i följd efter varandra har tillgång till verket (se EU-domstolen, GRUR 2016, 684 [juris punkterna 40–44] – Reha Training/GEMA, EU-domstolen, GRUR 2023, 717 [juris punkt 54] – Blue Air Aviation/UCMR – ADA m.fl., och där angiven rättspraxis).
- 24 (3) Appellationsdomstolen gjorde en riktig bedömning när den fann att antalet boende i de 88 enkelrum och tre dubbelrum som motparten förfogar över uppfyllde kriteriet ”ett ganska stort antal personer”. Denna bedömning godkänns i överklagandeinstansen. Det har således inte förekommit någon felaktig rättstillämpning i detta avseende.
- 25 (4) Frågan huruvida appellationsdomstolen gjorde en riktig bedömning när den fann att överföringen i förevarande fall inte sker för ett obestämt antal potentiella mottagare, i den mening som avses i EU-domstolens praxis, utan är begränsad till särskilda personer som tillhör en privat grupp, måste klargöras mot bakgrund av unionsrätten.

- 26 (a) EU-domstolen har slagit fast att gäster på ett hotell som tillhandahåller TV- eller radioapparater i hotellgästernas rum, till vilka hotellet sänder en radio- eller TV-signal, utgör ett obestämt antal potentiella mottagare, eftersom dessa gästers tillgång till hotellets tjänster i princip är ett resultat av varje hotellgästs personliga val och endast begränsas av hotellets kapacitet att ta emot gäster och att det i ett sådant fall alltså är fråga om ”personer i allmänhet” (EU-domstolen, GRUR 2012, 597 [juris, punkt 41] – PPL/Irland). EU-domstolen gjorde en liknande bedömning med avseende på patienter vid ett rehabiliteringscenter (EU-domstolen, GRUR 2016, 684 [juris punkt 57] – Reha Training/GEMA; för sjukhuspatienter även BGH, GRUR 2018, 608 [juris punkt 34 och följande punkt] – Sjukhusradio). I samtliga dessa fall är tillgången till de respektive tjänster som erbjuds i princip ett resultat av varje hotellgästs personliga val för vilken erbjudandet är aktuellt och begränsas slutligen av anläggningens mottagningskapacitet.
- 27 EU-domstolen har däremot inte ansett att de patienter hos en tandläkare för vilka bakgrundsmusik spelas i väntrummet är ”personer i allmänhet”, eftersom de utgör en krets av personer vars sammansättning är mycket stabil och att de alltså utgör en väl avgränsad samling möjliga tittare eller åhörare, där andra personer i princip inte har tillgång till tandläkarens vård (EU-domstolen, GRUR 2012, 593 [juris punkt 95] – SCF/Del Corso). Även en överföring till en klart avgränsad och sluten krets med personer som tjänstgör vid en domstol, sker inte till ett obestämt antal potentiella mottagare, utan till vissa bestämda enskilda yrkesutövare (beträffande artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG se EU-domstolens dom av den 28 oktober 2020 – C-637/19, GRUR 2020, 1295 [juris punkt 28 och följande punkt] = WRP 2021, 27 – By [fotografiska bevis]).
- 28 (b) Det måste klargöras om enbart det faktum att kretsen av boende i anläggningen, enligt appellationsdomstolens konstateranden, är strukturellt mycket homogen och har låg fluktuationsgrad motiverar att det anses att överföringen endast sker till ”särskilda personer”, men inte till ”personer i allmänhet”. Bundesgerichtshof anser att denna fråga ska besvaras nekande, eftersom tillgången till äldreboendets tjänster i princip är öppen för alla personer som kommer i fråga för erbjudandet och endast begränsas av äldreboendets mottagningskapacitet.
- 29 I motsats till vad appellationsdomstolen anser, motiverar inte blotta möjligheten för de boende till gemensamma måltider, personliga dialoger och socialt umgänge i sig att det ska anses att de boende har nära band med varandra. Enligt den bedömning som ska göras kan det i vart fall förväntas att de personliga band som uppstår mellan enskilda boende på grund av utnyttjandet av denna möjlighet endast visar sig vara en (välkommen) bieffekt av att motpartens erbjudande om boende, vård och försörjning utnyttjas, utan att, såsom krävs (se EU-domstolens dom, GRUR 2016, 684 [juris punkt 57] – Reha Training/GEMA) samtliga boende därigenom blir en privat grupp (se Kammergericht, beslut av den 10 juni 2020 – 24 U 164/19, [juris punkt 26]; Oberlandesgericht Dresden, GRUR-RR 2023, 149 [juris punkt 26]).

- 30 Enligt Bundesgerichtshofs uppfattning har de offentlighetsrättsliga bestämmelser som åberopats i svarsskrivelsen på överklagandet, i vilka hänsyn tas till att de boende på en vårdinrättning har särskilda behov av skydd och hjälp, inte heller någon inverkan på hur den vidareförmedling via kabel som används för att de boende ska kunna ta emot TV- och radiosändningar ska kvalificeras med avseende på upphovsrätten. I svarsskrivelsen på överklagandet har det i detta sammanhang hänvisats till den federala Heimgesetz (lagen om boenden), som enligt 2 § 1 punkt 1 syftar till att säkerställa skydd för de boendes värdighet, intressen och behov och i vilken det i 10 § föreskrivs att en boendekommitté ska inrättas som företrädare för dessa intressen. Vidare hänvisas i överklagandet till Rheinland-Pfalz Landesgesetz über Wohnformen und Teilhabe (delstatslag om boendeformer och delaktighet) (nedan kallad LWTG RP), som enligt 1 § 1 syftar till att garantera skydd, respekt och främjande av äldre människor, myndiga personer med funktionshinder och myndiga personer i behov av vård och i vilken det i 1 § 1 punkt 4 föreskrivs att det ska säkerställas att dessa målgruppers deltagande i samhällslivet och delaktighet i den anläggning där de bor stärks.
- 31 3. När det gäller de övriga villkor för överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG som EU-domstolen har uppställt måste det klargöras huruvida den definition som hittills använts av EU-domstolen, enligt vilken ”en överföring av ett skyddat verk, [för att anses utgöra en ’överföring till allmänheten’ i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG, ska] utföras genom en särskild teknik som skiljer sig från dem som tidigare använts eller åtminstone till en ’ny publik’, det vill säga en publik som upphovsrättsinnehavaren inte beaktade när denne godkände den ursprungliga överföringen av sitt verk till allmänheten” fortfarande har allmän giltighet eller om den teknik som använts endast är av betydelse när innehåll som ursprungligen tagits emot markbundet, via satellit eller kabel vidareförmedlas till det öppna internet (andra tolkningsfrågan).
- 32 a) Enligt Europeiska unionens domstol ska en överföring av ett skyddat verk, för att anses utgöra en ”överföring till allmänheten”, utföras genom en särskild teknik som skiljer sig från dem som tidigare använts eller åtminstone till en ”ny publik”, det vill säga en publik som upphovsrättsinnehavaren inte beaktade när denne godkände den ursprungliga överföringen av sitt verk till allmänheten (EU-domstolen, dom av den 7 augusti 2018 – C-161/17, GRUR 2018, 911 [juris 4] = WRP 2018, 1052 – Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff, och där angiven rättspraxis). Om den efterföljande överföringen sker med hjälp av en annan teknik än den som använts för den ursprungliga överföringen, är det inte nödvändigt att pröva om verket överförs till en ny publik; i ett sådant fall kräver överföringen utan vidare upphovsmannens tillåtelse (se EU-domstolens dom av den 7 mars 2013 – C-607/11, GRUR 2013, 500 [juris punkterna 24-26] = WRP 2013 18 ITV Broadcasting/TVC, beslut av den 21 oktober 2014 – C-348/13, GRUR 2014, 1196 [juris punkt 14] = WRP 2014, 1441 – BestWater International).
- 33 EU-domstolen har emellertid slagit fast att en samtidig, fullständig och oförändrad överföring av radio- och TV-sändningar från det nationella radio- och TV-bolaget

med hjälp av ledningar inom landet inte omfattas av kravet på tillstånd, utan att beakta den teknik som skiljer sig från den teknik som använts för den ursprungliga överföringen, eftersom det inte rör sig om en ”ny publik” (EU-domstolens dom av den 16 mars 2017 – C-138/16, GRUR 2017, 510 [juris punkterna 26–30] = WRP 2017, 682 – AKM). Enligt ett uttalande från föredraganden i målet ”AKM” var den så kallade ”tekniska” aspekten inte tillämplig i det fallet (Malenovský, *medien und recht* 3/18, bilaga s. 14, s. 17 och följande sida).

- 34 Även vid prövningen av överföring till allmänheten i förhållande till hotellgäster (EU-domstolens dom av den 7 december 2006 – C-306/05, REG 2006, s. I-11519 = GRUR 2007, 225 [juris punkterna 37–47] – SGAE/Rafael) och restauranger (EU-domstolens dom av den 4 oktober 2011 – C-403/08 och C-29/08, REG 2011, s. I-09083 = GRUR 2012,156 [juris punkterna 197–199] – Football Association Premier League och Murphy) samt patienter i spa-anläggningar (EU-domstolens dom av den 27 februari 2014 – C-351/12, GRUR 2014, 473 [juris punkterna 27–33] =WRP 2014, 418 OSA/Léčebné lázně) och rehabiliteringscenter (EU-domstolen, GRUR 2016, 684 [juris punkterna 57–62] – Reha Training/GEMA) har EU-domstolen enbart prövat kriteriet ”ny publik” utan att beakta tekniken.
- 35 b) I förevarande fall rör det sig om en särskild teknik i den mening som avses i EU-domstolens praxis, eftersom motparten enligt appellationsdomstolens konstateranden tar emot TV- och radioprogram via en utrustning för direkt mottagning av satellittjänster och matar in dem i sitt kabelnät (se EU-domstolen, GRUR 2013, 500 [juris punkt 26] – ITV Broadcasting/TVC; GRUR2017, 510 [juris punkt 26] – AKM). Den tekniska aspekten kan emellertid inte vara avgörande, i den mening som avses i målet ”AKM”, om det vidareändande företagens roll är begränsad till blott en samtidig, fullständig och oförändrad vidareändning av den markbundna signalen med hjälp av kablar (se Malenovský, *medien und recht* 3/18 – bilaga, s. 14, s. 17 och följande sida). Enligt en tolkning som kommer till uttryck i doktrinen motiverar den särskilda tekniken endast antagandet att det föreligger en överföring till allmänheten i de fall då det sker en vidareändning till det öppna internet av innehåll som ursprungligen mottagits markbundet, via satellit eller via kabel, eftersom det endast är vid användning online som det alltid är fråga om olika typer av överföring för vilka det krävs separat tillstånd (se Peukert, ZUM 2017, 881,887–890 [punkt e]).
- 36 4. Med hänsyn till de övriga villkor för överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG som EU-domstolen har uppställt, måste det slutligen klargöras om det rör sig om en ”ny publik” enligt definitionen av ”överföring till allmänheten” i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG, när den som driver ett äldreboende i vinstsyfte via sin egen satellitutrustning samtidigt, oförändrat och fullständigt, vidareänder TV- och radioprogram som mottagits via ett eget kabelnät till befintliga TV- och radioanslutningar i de boendes rum. I detta sammanhang uppkommer även frågan huruvida det för denna bedömning har någon betydelse huruvida de boende, oberoende av kabelsändningen, har möjlighet att ta emot TV- och radioprogram i

sina rum markbundet, och huruvida rättsinnehavarna redan erhåller ersättning för samtycket till den ursprungliga sändningen (tredje tolkningsfrågan).

- 37 a) Enligt EU-domstolens praxis är en ”ny publik” enligt definitionen av överföring till allmänheten i den mening som avses i artikel 3.1 i direktiv 2001/29/EG en publik som upphovsrättsinnehavaren inte beaktade när denne godkände den ursprungliga överföringen av sitt verk till allmänheten (EU-domstolen, GRUR 2018, 911 [juris punkt 24] – Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff, och där angiven rättspraxis). Enligt EU-domstolen anser en upphovsman som har lämnat sitt samtycke till att hans eller hennes verk sänds i radio i princip att publiken enbart omfattar innehavare av radioapparater som enskilt eller i sin privata sfär eller familjekrets mottar signalen. Den innehavare av en radioapparat som - i likhet med hotellägaren eller restaurangägaren i de mål som är anhängiga vid EU-domstolen - gör det möjligt för ytterligare en publik att lyssna på eller titta på verket, överför därefter verket till en ny publik (se EU-domstolen, GRUR 2007, 225 [juris punkt 41 och följande punkt] SGAE/Rafael; GRUR 2012, 156 punkterna 197–199 – Football Association Premier League und Murphy; se även BGH, beslut av den 16 augusti 2012 I ZR 44/10, GRUR 2012, 1136 [juris punkt 18] = WRP 2012,1402 – Brebandskabel).
- 38 EU-domstolen har även slagit fast att vinstsyftet visserligen inte är avgörande för om en sådan vidare-sändning ska anses utgöra ”överföring till allmänheten” (se EU-domstolen, GRUR 2013, 500 [juris punkt 43] – ITV Broadcasting/TVC), men det saknar för den skull inte betydelse, särskilt för att fastställa den eventuella ersättningen för spridningen (se EU-domstolen, GRUR 2012, 156 [juris punkt 204] – Football Association Premier League und Murphy; GRUR 2016, 684 [juris punkt 49] – Reha Training/GEMA).
- 39 b) Det är i förevarande fall därför nödvändigt att klargöra huruvida de boende på motpartens ålderdomshem utgör en ”ny publik”, eftersom de tar emot TV- och radioprogram på sina rum, det vill säga enskilt eller i sin privata sfär eller familjekrets, och motparten, som är ett annat företag än det ursprungliga sändarföretaget, gör radio- och TV-signalerna tillgängliga för de boende inom ramen för äldreboendets verksamhet som drivs i vinstsyfte.
- 40 Enligt Bundesgerichtshof uppkommer frågan om huruvida de boende på äldreboendet tar emot programmen i sina rum enskilt eller i sin privata sfär eller familjekrets i den mening som avses i EU-domstolens praxis även om de boende på äldreboendet inte tillhör en privat grupp i den mening som avses i EU-domstolens praxis (se punkt 19 och följande punkter ovan).
- 41 Med hänsyn till att motparten har gjort gällande att de boende har möjlighet att ta emot TV- och radioprogrammen markbundet i sina rum oberoende av vidare-sändningen via kabel, är det vidare nödvändigt att klargöra huruvida denna omständighet påverkar den rättsliga bedömningen, eftersom det kan bli nödvändigt att göra konstateranden i detta hänseende.

- 42 Det måste också klargöras om det för denna bedömning har någon betydelse om rättsinnehavaren redan får ersättning för samtycket till den ursprungliga sändningen. Detta gäller för rättighetshavare som får ersättning från de ursprungliga sändarföretagen för sändningslicensen (se Loewenheim/Flechsig, Handbuch des Urheberrechts, 3:e upplagan, 47 § punkt 31), men inte för själva sändarföretagen som genomförde den ursprungliga sändningen, för vars närstående rättigheter medlemsstaterna enligt skäl 16 i direktiv 2006/115/EG kan föreskriva mera långtgående skydd i fråga om radio- och TV-utsändning och återgivning för allmänheten. Vid bedömningen av den ”nya publiken” skulle det, när det gäller rättsinnehavare som redan erhåller ersättning för den ursprungliga sändningen, snarare anses att de boende i äldreboendet tillhör den publik som rättsinnehavarna beaktade när de lämnade sitt samtycke till offentliggörande, än i fråga om sändarföretag som ännu inte har fått ersättning för den ursprungliga sändningen och för vilka en ”ny publik” kan beröras vid en vidareändning i vinstsyfte av ett annat företag.

[utelämnas]