
Kommunikation

Festschrift für Rolf H. Weber zum 60. Geburtstag

Herausgegeben von
Rolf Sethe
Andreas Heinemann
Reto M. Hilty
Peter Nobel
Roger Zäch

Sonderdruck



Stämpfli Verlag AG Bern · 2011

Streaming, Internetradios und Content-Portale im Urheber- und Medienrecht

GERALD SPINDLER

Inhaltsverzeichnis

I.	Einleitung	781
II.	Streaming aus urheberrechtlicher Sicht	782
1.	Sendung, Vervielfältigung oder Nutzung?	783
a)	Beim Inhabeanbieter	783
b)	Beim Nutzer	784
2.	Schranken	785
a)	Temporäre Kopien	786
aa)	Vorübergehende oder begleitende Vervielfältigung?.....	786
bb)	Rechtmässige Nutzung.....	789
b)	Privatkopien	790
c)	Dauerhafte Vervielfältigungen.....	791
3.	Erscheinen durch Streaming?	792
4.	Kollisionsrechtliche Fragen.....	794
III.	Medienrechtliche Einordnung.....	796
IV.	Fazit und rechtspolitische Fragestellungen	799

I. Einleitung

Mit der Ausweitung der elektronischen Kommunikationsnetze und der radikalen Verbesserung der Bandbreiten bzw. Kapazitäten sind die Zeiten passé, in denen im wesentlichen kleinere Dateien nur über das Internet transportiert werden konnten. Die heutigen Möglichkeiten erlauben stattdessen zusammen mit entsprechenden Komprimierungstechniken die Übertragung von Video- und Audiodateien fast in Echtzeit, sog. Streaming, so dass selbst diese frühere Domäne des Rundfunk und Fernsehens inzwischen vom Internet eingeholt und überholt wird, was sich auch an der zunehmenden Verbreitung von Internetradioempfängern zeigt. Einher damit geht die weiter wachsende Beliebtheit von Content-Portalen, die den Nutzern das Einstellen ihrer Videos oder Musik erlauben, wie Youtube, Clipfish, Sevenload etc., so dass Dritte ebenfalls im Wege des Streaming diese Inhalte sehen bzw. anhören können. Ein Download des eingestellten Inhaltes ist in der Regel von den Portalen selbst nicht vorgesehen; allerdings haben sich etliche Anbieter, auch von kostenloser Software auf dem Markt etabliert, die das Herunterladen der Videos oder

gar auch das Trennen der Musik vom Video erlauben. Beim Push-Streaming in Echtzeit, also dem kontinuierlichen Versand der entsprechenden Inhalte (Internetradio, Internet-TV), lassen sich diese ebenfalls aufzeichnen, sei es analog oder digital. Was früher über den guten Kassettenrecorder oder den Videorecorder zu bewerkstelligen war, nehmen heute einem Online-Videorecorder und entsprechende Dienste für Internetradios ab, die sich personalisieren lassen, so dass Aufnahmen immer dann erfolgen, wenn der jeweilige Lieblingssong oder die Sendung über einen der zahlreichen Internetstreams gesendet wird. Damit zeigt sich einmal mehr die vom verehrten Jubilar, der einer der Nestoren des Internet- und Urheberrechts nicht nur in der Schweiz, sondern mit europäischer Geltung ist,¹ bereits frühzeitig aufgezeigte Konvergenz der Medien, die sich in Funktionalität und Gebrauch nicht mehr voneinander unterscheiden lassen.

Wie so oft, hinkt die rechtliche Bewältigung jedoch der technischen Entwicklung hinter her – was auch für das Streaming gilt, sei es in urheberrechtlicher oder in medienrechtlicher Sicht. Die entsprechenden bestehenden oder vermeintlichen Lücken im Gesetz machen sich Betreiber zu Nutze, die quasi eine juristische Arbitrage gegenüber ihren Konkurrenten in anderen Medien mit höheren Kostenbelastungen zu Nutze machen. Ein bekanntes Beispiel stellt etwa der in Tonga „beheimatete“ Dienst www.kino.to dar, der damit wirbt, ständig die neuesten Filme für seine Nutzer zum Anschauen parat zu halten. Allerdings ist urheberrechtlich nach wie vor zweifelhaft, ob Nutzer tatsächlich ohne weiteres in den Genuss dieser Filme kommen dürfen. Ebenso bereiten die Angebote zur personalisierten Webradio-Aufnahme Kopfzerbrechen, sind sie doch geeignet, die herkömmlichen und entgeltpflichtigen Musikdownloadportale „auszutrocknen“. Schliesslich steht nach wie vor die haftungsrechtliche Bewältigung der web 2.0-Portale wie youtube in Rede, da der von Nutzern neu generierte Content häufig fremde Inhalte verwendet, insbesondere nicht lizenzierte Musik, um eigene Videos zu unterlegen – und mittelbar damit das Portal seine Einkünfte erzielt, indem Anzeigen neben den jeweiligen Inhalten geschaltet werden können.

II. Streaming aus urheberrechtlicher Sicht

Aus urheberrechtlicher Sicht steht zunächst die Frage im Vordergrund, ob der reine Werkgenuss – wie bei anderen Werkarten auch² – ohne entsprechende Rechteeinräumung des Urhebers zulässig ist:

¹ S. etwa schon ROLF H. WEBER, Neue Medien - Neues Regulierungsregime?, Symposium Schlupe – Querbezüge zwischen Kommunikations- und Wettbewerbsrecht, 1998, 19; DERS., Wirtschaftliche Ordnung des Information Highway in: Reto M. Hilty (Hrsg.), Information Highway, 1996, 117 ff., sowie 531 ff. zur zivilrechtlichen Haftung.

² BGH NJW 1991, 1231, 1234.

1. Sendung, Vervielfältigung oder Nutzung?

a) Beim Inhabeanbieter

In Anbetracht der geschilderten Konvergenz liegt es auf den ersten Blick nahe, auch die Streaming-Angebote ohne weiteres als Sendung im Sinne von § 20 UrhG anzusehen. Denn wie im konventionellen Broadcasting-Sektor auch empfängt der Nutzer die jeweiligen „Sendungen“ – über welche Geräte und Übertragungswege dies geschieht, ist dabei irrelevant.³

Allerdings ist zwischen den verschiedenen Streaming-Angeboten zu differenzieren:⁴ Denn entscheidend für den Begriff des Sendens im Sinne von § 20 UrhG ist ein öffentlich zugänglich gemachtes Angebot durch Funk oder ähnliche technische Mittel ohne Einflussmöglichkeit des Nutzers auf den Zeitpunkt, die zeitliche Abfolge sowie den Inhalt des übertragenen Programms.⁵ Insoweit ergibt sich eine Übereinstimmung mit dem medienrechtlichen Begriff des Rundfunks, der auch für die Abgrenzung der On-Demand-Dienste von den Near-on-Demand-Diensten von Relevanz ist;⁶ denn von den rundfunkähnlichen Diensten im Internet unterscheiden sich die reinen On-Demand-Dienste dadurch, dass ihre Inhalte zu einem beliebigen Zeitpunkt gesteuert durch den Nutzer abgerufen werden. Dementsprechend definiert auch § 19a UrhG bzw. Art. 4 InfoSoc-Richtlinie das Recht der Öffentlichen Zugänglichmachung. Aus diesem Grund können Portale wie etwa youtube auch nicht als Sendung eingestuft werden, da es in der Hand der Nutzer liegt, ob und wann sie welche Inhalte abrufen, auch wenn diese „nur“ per Streaming zur Verfügung gestellt werden; vielmehr handelt es sich dann um einen Akt der öffentlichen Zugänglichmachung im Sinne von § 19a UrhG.⁷

³ JAN EHRHARDT, in: Artur-Axel Wandtke/Winfried Bullinger (Hrsg.), *UrhR*, 3. Aufl., München 2009, § 20 N 11 u.a. zum IPTV (Internet Protocol Television) mittels einer sog. Set-Top-Box zur Darstellung u.a. auf dem Fernseher sowie zum Mobile-TV zur Darstellung auf dem Mobilfunktelefon und Web-TV zur Darstellung mittels Personal-Computer (PC); s. auch GUNDA DREYER, in: Gunda Dreyer/Jost Kotthoff/Astrid Meckel (Hrsg.), *UrhR*, 2. Aufl., Heidelberg 2009, § 20 N 12; JOACHIM V. UNGERN-STERNBERG, in: Gerhard Schricker/ Ulrich Loewenheim (Hrsg.), *UrhG*, 4. Aufl., München 2010, § 20 N 45.

⁴ S. dazu auch EHRHARDT, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 20 N 14; MAREILE BÜSCHER/ JUDITH MÜLLER, *Urheberrechtliche Fragestellungen des Audio-Video-Streamings*, GRUR 2009, 558.

⁵ OLG Stuttgart, MMR 2008, 474, 475; THOMAS DREIER, in: Thomas Dreier/Gernot Schulze (Hrsg.), *UrhG*, 3. Aufl., München 2008, § 20 N 13, 16; DREYER, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 3), § 19a N 26; v. UNGERN-STERNBERG, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), Vor §§ 20 ff. N 7, § 20 N 3, 45; EHRHARDT, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 20 N 10 f., 14; zutr. FRIEDRICH RADMANN, *Kino.ko – Filmegucken kann Sünde sein*, ZUM 2010, 387, 388: Live-Streaming ohne Einflussmöglichkeit Sendung nach § 20 UrhG.

⁶ Dazu weiter unten.

⁷ Zur Abgrenzung von § 19a zu § 20 s. auch OLG München, ZUM 2000, 591, 594 f.; OLG Stuttgart, MMR 2008, 474 f.; DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 20 N 13 ff.; s. auch EHRHARDT, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 20 N 14.

Bei einigen On-Demand-Angeboten wie etwa www.kino.to ergibt sich jedoch zusätzlich die Besonderheit, dass die Filme bzw. Inhalte selbst nicht vom Anbieter gespeichert werden (wie bei youtube), sondern lediglich als sog. embedded link⁸ vorgehalten werden. Dementsprechend sieht der Nutzer zwar über www.kino.to den jeweiligen Film, doch wird er tatsächlich über einen solchen embedded link zu einem Angebot geführt, das in dasjenige von [kino.to](http://www.kino.to) integriert ist (sog. Framing-Technik).⁹ Streng genommen macht mit dem Setzen eines Links ein Portalbetreiber den Film bzw. Inhalt nicht öffentlich zugänglich nach § 19a UrhG,¹⁰ sondern erleichtert nur sein Auffinden.¹¹ Doch zeichnen sich gerade embedded links bzw. das Framing dadurch aus, dass der Nutzer nicht erkennen kann, ob durch den Anbieter selbst oder durch einen Dritten das Werk zugänglich gemacht wird. Haftungsrechtlich liegt es hier nahe, von einem Sich-zu-eigen-machen auszugehen, urheberrechtlich allerdings muss nach wie vor auf die technischen Vorgänge abgestellt werden; indes ist auch hier eine Art „Weiter-Senden“ gegeben, so dass eine weitere Verwertungshandlung in Gestalt des öffentlichen Zugänglichmachens anders als beim normalen Hyperlink, der nur das einfache Auffinden ermöglicht, gegeben ist.¹²

b) Beim Nutzer

Ausgangspunkt der Überlegungen muss sein, welche technischen Vorgänge beim Streaming stattfinden. Denn nur dann, wenn diese in eine der von §§ 15 ff. UrhG dem Urheber gewährten Verwertungsrechte eingreifen, kann überhaupt der „Werkgenuss“ beim Streaming einer Lizenz oder einer Schranke bedürfen. Anders aber als beim herkömmlichen Radio- oder TV-Empfang wird der gestreamte Inhalt mindestens im Arbeitsspeicher zwischengespeichert, teilweise auch im Temporary Files-Ordner auf der Festplatte. Damit wird sowohl ein kontinuierliches Hören bzw. Sehen der Inhalte gewährleistet, unabhängig von kurzfristigen Verbindungsproblemen, was sonst zum be-

⁸ Wird auch als „Inline-Link“ bezeichnet.

⁹ Ausf. zum technischen Ablauf beim „embedded linking“ JAN NICOLAUS ULLRICH, Webradioportale, Embedded Videos & Co. – Inline-Linking und Framing als Grundlage urheberrechtlich relevanter (Anschluss-) Wiedergaben, ZUM 2010, 853, 854.

¹⁰ BGH, JZ 2004, 146, 148 f. – Paperboy; dazu GERALD SPINDLER, JZ 2004, 146, 150 ff.

¹¹ Wobei sich bei www.kino.to offenbar die Besonderheit ergibt, dass die Filme nicht über den Host selbst, sondern nur über dieses Portal zu finden sind, so dass schon aus diesem Grund der entscheidende Gesichtspunkt dafür, dass Hyperlinks nicht als öffentliches Zugänglichmachen qualifiziert werden, nämlich die anderweitige Auffindbarkeit, entfällt, s. dazu KATHLEEN FANGEROW/DANIELA SCHULZ, Die Nutzung von Angeboten auf www.kino.to – Eine urheberrechtliche Analyse des Film-Streamings im Internet, GRUR 2010, 677, 679.

¹² S. auch STEPHAN OTT, Die urheberrechtliche Zulässigkeit des Framing nach der BGH-Entscheidung im Fall „Paperboy“, ZUM 2004, 357, 363 f., der im Framing unter gewissen Voraussetzungen eine eigene Form der Verwertung sieht (nach § 15 Abs. 2 UrhG); ULLRICH (Fn. 9), 857 ff.

rühmten Zerhacken von Bildern oder Musikstücken führt, als auch die Navigation innerhalb eines Stückes.¹³

Eine Speicherung stellt aber im Grundsatz immer eine Vervielfältigung dar, da es lediglich darauf ankommt, ob vom Original eine weitere Kopie angefertigt wird, und sei sie auch nur von noch so kurzer Dauer. Dies zeigt im Umkehrschluss schon Art. 5 Abs. 1 der InfoSoc-Richtlinie, zudem die Formulierungen in Art. 3 der Richtlinie („temporary reproductions“):¹⁴ Denn einer Schranke für vorübergehende Vervielfältigungen ohne eigenständigen wirtschaftlichen Nutzen hätte es nicht bedurft, wenn es sich von vornherein um keine Vervielfältigungen handeln würde. Dementsprechend sind auch flüchtige Speicherungen im Arbeitsspeicher als Vervielfältigung zu behandeln, selbst wenn sie nach Ausschalten des Gerätes gelöscht werden.¹⁵ Der entsprechende Streit für Software¹⁶ dürfte gerade im Hinblick auf Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie keine Rolle für das allgemeine Urheberrecht spielen.

Solange ein den Schutzvoraussetzungen der §§ 1 ff. UrhG genügender Werkteil oder ein vollständiges Werk vervielfältigt wurde,¹⁷ ist es auch unerheblich, ob die erneute Wiedergabe durch das Streaming-Protokoll erschwert wird. Zwar stellt § 16 Abs. 2 UrhG auf eine wiederholte Wiedergabe ab, doch wird schon aus dem Wortlaut deutlich, dass es nur um eine Klarstellung zu § 16 Abs. 1 UrhG geht, keineswegs also eine Einschränkung. Auch enthält Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie keine derartige Formulierung, so dass Vervielfältigungen im Arbeitsspeicher weiterhin von dem Verwertungsrecht erfasst bleiben.¹⁸

2. Schranken

Entscheidend ist daher für die Gewährleistung eines freien Werkgenusses durch den Nutzer beim Streaming, dass eine Schranke zu seinen Gunsten eingreift.

¹³ Technische Details auch bei RADMANN (Fn. 5), 388 f. und MIRKO VIANELLO, Abruf und Aufzeichnung von Video- und Audiostreams zum privaten Gebrauch, CR 2010, 728.

¹⁴ Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22.5.2001, ABl. EG Nr. L 167, 10 ff. v. 22.6.2001.

¹⁵ JAN DIRK HEERMA, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 16 N 3, 13; ULRICH LOEWENHEIM, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 3), § 16 N 19 ff.; GERNOT SCHULZE, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 16 N 13; RADMANN (Fn. 5), 389.

¹⁶ S. ausf. zum Streitstand JOCHEN MARLY, Softwareüberlassungsverträge, 5. Aufl., München 2009, N 139 ff.; LOEWENHEIM, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 3), § 69c N 8; MALTE GRÜTZMACHER, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 69c N 5 jeweils m.w.N.

¹⁷ HEERMA, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 16 N 2 ff., insb. 4; FANGEROW/SCHULZ (Fn. 11), 678.

¹⁸ So aber PAUL KLICKERMANN, Urheberschutz bei zentralen Datenspeichern, MMR 2007, 7, 11; PIETRO GRAF FRINGUELLI, Internet TV, Frankfurt a.M. 2004, 213 f.; dagegen zutr. VIANELLO (Fn. 13), 729; FANGEROW/SCHULZ (Fn. 11), 678.

a) Temporäre Kopien

Bei vorübergehenden Vervielfältigungen liegt es auf der Hand, dass § 44a UrhG bzw. Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie den Dreh- und Angelpunkt der juristischen Prüfung darstellt. Denn mit dieser besonderen Schranke sollte nach dem Willen des EU-Richtliniengebers (Erwägungsgrund 33) für diejenigen Vervielfältigungshandlungen eine erlaubnisfreie Nutzung möglich sein, die

„[...] fluechtige oder begleitende Vervielfältigungen sind, als integraler und wesentlicher Teil eines technischen Verfahrens erfolgen und ausschliesslich dem Ziel dienen, entweder die effiziente Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler oder die rechtmässige Nutzung eines Werks oder sonstiger Schutzgegenstände zu ermöglichen. Die betreffenden Vervielfältigungshandlungen sollten keinen eigenen wirtschaftlichen Wert besitzen. Soweit diese Voraussetzungen erfüllt sind, erfasst diese Ausnahme auch Handlungen, die das „Browsing“ sowie Handlungen des „Caching“ ermöglichen; dies schliesst Handlungen ein, die das effiziente Funktionieren der Übertragungssysteme ermöglichen, sofern der Vermittler die Information nicht verändert und nicht die erlaubte Anwendung von Technologien zur Sammlung von Daten über die Nutzung der Information, die von der gewerblichen Wirtschaft weithin anerkannt und verwendet werden, beeinträchtigt. Eine Nutzung sollte als rechtmässig gelten, soweit sie vom Rechtsinhaber zugelassen bzw. nicht durch Gesetze beschränkt ist“.

aa) Vorübergehende oder begleitende Vervielfältigung?

Damit scheint im Prinzip auch schon vorgezeichnet, dass das Streaming generell nicht anders als das Browsing oder Caching behandelt werden kann. Denn in beiden Fällen dient die vorübergehende Speicherung allein der Erleichterung der Kommunikation, insbesondere deren Beschleunigung. Es wäre nicht recht einzusehen, warum das Vorhalten von Bildern oder gar bewegten Animationen (Videos) beim Browsing hierunter zu subsumieren wäre, nicht dagegen das denselben Zwecken dienende und dieselben Techniken nutzende Streaming. Hierbei kann es auch keinen Unterschied machen, ob es sich um ein Live-Streaming (Internetradio) oder ein On-Demand-Streaming (youtube etc.) handelt.¹⁹ Allerdings ist Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie hier insoweit von seinem Wortlaut her nicht eindeutig, indem die Ausnahme auch

¹⁹ So aber HAIMO SCHACK, Rechtsprobleme der Online-Übermittlung, GRUR 2007, 639, 641 f.; DREYER, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 3), § 44a N 13; wie hier dagegen VIANELLO (Fn. 13), 729; ähnlich FANGEROW/SCHULZ (Fn. 11), 680; KLICKERMANN (Fn. 18), 11; unklar MARCUS V. WELSER, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 44a N 1.

nur in Bezug auf die für den Vermittler notwendigen Vervielfältigungshandlungen verstanden werden könnte. Auch der eben zitierte Erwägungsgrund erwähnt zwar explizit das Browsing; doch bleibt undeutlich, auf welche der beiden Alternativen des Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie das Browsing bezogen wird, ob auf Alternative a) – der effizienten Übermittlung zwischen Dritten durch einen Vermittler – oder b), der rechtmässigen Nutzung eines Werkes. Bedeutsam ist dies vor allem im Hinblick auf die Frage, ob es einer rechtmässigen Vorlage für das Streaming bedarf: Gerade in den Fällen, in denen es mehr oder minder offensichtlich ist, dass Werke nicht für den jeweiligen Content-Anbieter lizenziert sein dürften,²⁰ kommt es darauf an, ob nicht schon § 44a Nr. 1 UrhG (bzw. Art. 5 Abs. 1 a) InfoSoc-Richtlinie) eingreift – da es hier nicht auf einen „lawful use“ bzw. rechtmässige Nutzung ankommt.²¹ Indes können Kopien beim Nutzer nicht mehr der Übermittlung zwischen Dritten in einem Netz durch einen Vermittler (Art. 5 Abs. 1 a) angesehen werden; denn er ist quasi der Endverbraucher, der Dritte selbst, während Art. 5 Abs. 1 a) InfoSoc-Richtlinie ersichtlich auf die Vermittler selbst und die dort anfallenden Kopien abstellt. Man darf dabei nicht vergessen, dass Art. 13 der E-Commerce-Richtlinie in ähnlicher Weise für das Caching Haftungsprivilegierungen der Vermittler vorsieht, so dass deutlich wird, dass die gesamte technische Kette bis zum Endnutzer von rechtlichen Haftungsrisiken freigestellt werden sollte.²²

Auch wenn man daher das Streaming unter die erste Alternative subsumieren möchte, ergeben sich Zweifel hinsichtlich des Charakters der Kopien als „flüchtig oder begleitend“, die getreu dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie gemeinhin als eine der Bedingungen des § 44a UrhG angesehen werden.²³ Gerade hieran fehlt es aber beim Streaming, da die Dateien im Cache auch verschoben werden können, insbesondere Browser und Player so eingestellt werden können, dass die Dateien nicht automatisch gelöscht werden, mithin weiter verwendet werden können. Auch könnte daraus der Schluss gezogen werden, dass die Dateien schon aufgrund der Möglichkeit ihrer Weiterverwendung eine eigenständige wirtschaftliche Nutzungsmöglichkeit eröffnen.²⁴ Die vom Richtlinien- und damit auch vom deutschen Gesetzgeber gewählten Beispiele des Browsing und Caching erschweren aller-

²⁰ So dürfte kaum jemand ernsthaft auf die Idee kommen, dass neuere Musik für Private zur Öffentlichen Zugänglichmachung über youtube lizenziert wurde, ebenso wenig neue Filme für www.kino.to, insoweit zu Recht RADMANN (Fn. 5), 388.

²¹ LOEWENHEIM, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), § 44a N 8; v. WELSER, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 44 a N 9; DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 44 a N 7.

²² KG, ZUM-RD 2004, 401, 406 f. – Ausschnittdienst; RADMANN (Fn. 5), 391; LOEWENHEIM, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), § 44a N 8; v. WELSER, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 44 a N 9; DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 44 a N 7.

²³ Statt vieler DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 44a N 4 f.; LOEWENHEIM, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), § 44a N 5.

²⁴ Darauf stellt massgeblich RADMANN (Fn. 5), 390 ab.

dings die Auslegung eher. Denn gerade das übliche Browsing verwendet im Cache temporäre Dateien in den softwaremässig „werksseitigen“ Voreinstellungen,²⁵ die auch nach Beendigung einer Verbindung unter den „Temporary Files“ gespeichert werden und ggf. manuell gelöscht werden müssen,²⁶ so dass auch das Streaming mit dauerhaften, aber „temporären“ Kopien als Browsing angesehen werden könnte. Sollte daher das realtypische Phänomen des Browsing tatsächlich dem Richtliniengeber vor Augen gestanden haben, um eine effiziente Kommunikation zu erleichtern, müsste der Terminus der vorübergehenden Kopie anders verstanden werden, indem er alle solchen Vervielfältigungen erfasst, die mit der Benutzung handelsüblicher Browser einhergehen. Indes verbietet sich eine solche extensive Auslegung schon anhand der Richtlinienbegründung: Wie der oben zitierte Erwägungsgrund hervorhebt, sind die von Browsern und Caching angefertigten Kopien eben nur in dem Umfang erlaubt, wie sie die Richtlinie vorzeichnet, also vorübergehend oder begleitend und ausschliesslich dem Ziel einer effizienten Übermittlung dienend. Da die Kopien wohl unstrittig nicht vorübergehend sind, sofern sie im Temporary-Ordner unter den beschriebenen Browser- bzw. Player-Einstellungen abgespeichert werden, kann nur noch die Qualifizierung als „begleitend“ in Betracht kommen. Dem Wortlaut von Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie entsprechend ist die „begleitende“ Kopie ausdrücklich als Alternative zur „vorübergehenden“ Kopie genannt worden²⁷ und keineswegs kumulativ. Daraus wird ersichtlich, dass der Richtliniengeber nicht nur die völlig temporären Vervielfältigungen erfassen wollte, sondern auch diejenigen, die im Rahmen des normalen technischen Vorgangs zur besseren Kommunikation anfallen. Dies impliziert auch, dass während des Streaming-Vorgangs Filme neu gestartet oder hin- und hergespult werden können, da dies noch zum online-Kommunikationsvorgang zählt.²⁸ Derartige Privilegierungen müssen sich jedoch auf die handelsüblichen Voreinstellungen beschränken und können nicht Manipulationen abdecken, die dazu führen, dass die begleitenden Kopien quasi zweckentfremdet und zu „normalen“ Kopien umgewidmet werden.²⁹ Natürlich ist ein solcher Vorgang in der Praxis nur schwer nachweisbar – indes sollte nicht verkannt werden, dass die Masse der Fälle sich dadurch auszeichnet, dass Nutzer die Kopien aus den entsprechenden Ordnern in andere verschieben und anders benennen oder gar auf DVD sichern werden, so dass die entsprechende Umwidmung nahe liegt. Massgeblich muss hier die

²⁵ So etwa beim Microsoft Internet Explorer oder bei Mozilla Firefox.

²⁶ S. dazu <http://www.firefox-browser.de/wiki/Cache>; <http://www.microsoft.com/windows/ie/ie6/using/howto/customizing/clearcache.msp>.

²⁷ Dies übersieht offenbar RADMANN (Fn. 5), 390.

²⁸ Anders RADMANN (Fn. 5), 390 f.

²⁹ Demgemäss stellt die Annahme einer solchen „begleitenden“ Kopie auch keinen Wertungswiderspruch zu dem Urteil des OLG Hamburg, ZUM 2010, 434 im Bereich des Streaming von pornographischen Inhalten und der Annahme von Sachherrschaft über die gestreamten Inhalte beim Nutzer dar; anders wohl RADMANN (Fn. 5), 392.

durch den Nutzer erforderliche Handlung sein, die einen Eingriff in den Kommunikationsvorgang darstellt und die Möglichkeiten der Browser bzw. Player missbraucht. Erst hierdurch würde auch der wirtschaftliche Eigenwert der Kopien entstehen.

bb) Rechtmässige Nutzung

Kommt es dagegen nur auf die rechtmässige Nutzung an, so soll darunter nur die gesetzliche oder vertragliche Berechtigung zu verstehen sein, das Werk zu nutzen; allein diese Nutzer kämen in den Genuss des § 44a UrhG.³⁰ Darunter soll aber auch die konkludente Einwilligung fallen, die der Urheber eines Werkes erteile, wenn er seine Inhalte ins Netz ohne jeglichen weiteren Schutz stelle.³¹ Diese Auffassung kann sich – allerdings in anderem Zusammenhang – jüngst durch den BGH gestärkt sehen, der sich hinsichtlich von Bildersuchmaschinen auf die konkludent erteilte Einwilligung des Rechteinhabers berief und selbst anderslautende (aber nicht auf der Homepage oder in entsprechenden Dateien vorzufindende) Erklärungen als widersprüchliches Verhalten gegenüber der der Allgemeinheit erteilten Einwilligung ansah.³²

Gegen diese Konstruktion sind schon andernorts entsprechende Vorbehalte geltend gemacht worden, da sie de facto auf eine ungeschriebene Schranke hinauslaufen.³³ Abgesehen von diesen allgemeinen Einwänden sind aber auch spezifisch für § 44a UrhG bzw. Art. 5 Abs. 1 InfoSoc-Richtlinie Zweifel angebracht, ob tatsächlich in diese Schranke ein Vorbehalt der rechtmässigen Vorlage für die Kopie hineinzulesen sind. Wenn das Eingreifen von § 44a UrhG von einer vertraglichen Berechtigung abhängen soll, wäre der Sinn der Schranke nicht mehr recht einzusehen. Bei einer solchen Berechtigung bedürfte es keiner Schranke, da der Nutzer ja schon qua Einwilligung (oder konkludenten Lizenz) die Berechtigung zur Vervielfältigung hätte. Das Merkmal der rechtmässigen Nutzung kann sich daher nicht auf die Berechtigung zur Anfertigung einer Kopie beziehen, sondern nur auf „dahinterliegende“, also auf die temporäre Kopie folgende rechtmässige Nutzungen.³⁴ Der

³⁰ So LOEWENHEIM, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), § 44a N 9; ebenso NILS HULLEN, *Illegale Streaming-Filmportale im Internet*, ITRB 2008, 230, 232.

³¹ V. WELSER, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 44a N 17 m.w.N.; LOEWENHEIM, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), § 44a N 9; DREYER, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 3), § 44a N 11.

³² BGH, GRUR 2010, 628, 631 f. – Vorschaubilder; vorbereitend JOACHIM V. UNGERN-STERNBERG, *Schlichte einseitige Einwilligung und treuwidrig widersprüchliches Verhalten des Urheberberechtigten bei Internetnutzungen*, GRUR 2009, 369, 371. S. weiter zur Möglichkeit der Einwilligung LOEWENHEIM, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), Vor § 28 N 57, § 31 N 2; DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 97 N 15.

³³ Näher GERALD SPINDLER, *Bildersuchmaschinen, Schranken und konkludente Einwilligung im Urheberrecht – Besprechung der BGH-Entscheidung „Vorschaubilder“*, GRUR 2010, 785 ff.

³⁴ So letztlich auch RADMANN (Fn. 5), 391, allerdings mit anderem Ergebnis.

reine Werkgenuss aber impliziert keinen Eingriff in eine urheberrechtlich geschützte Verwertung, so dass auch keine rechtswidrige Nutzung „hinter“ der temporären Kopie vorliegen kann.³⁵ Wer dagegen allein auf § 53 UrhG als nachfolgende rechtmässige Nutzung abstellt,³⁶ verkennt, dass im Normalfall des Streaming³⁷ gerade keine dauerhaft vom Nutzer verwandte Kopie hergestellt werden sollte, sondern nur der Werkgenuss während des Streaming im Vordergrund steht. Nota bene: ob dies rechtspolitisch im Sinne eines fairen Interessenausgleichs sinnvoll ist, steht auf einem anderen Blatt.

b) Privatkopien

Da der Werkgenuss über Streaming häufig durch Private erfolgt, liegt die Anwendung der entsprechenden Privatkopieschranke nach § 53 UrhG nahe, die in Deutschland nach wie vor auch für die digitale Kopie gilt.³⁸ Dabei spielt es keine Rolle, auf welchem Datenträger die Kopie erstellt wird,³⁹ z.B. im Arbeitsspeicher, auch nicht, ob sie flüchtiger Natur ist. Allenfalls wäre denkbar, § 44a UrhG als speziellere Schranke mit verdrängender Wirkung gegenüber § 53 Abs. 1 UrhG im Bereich der temporären Kopie anzusehen. Doch ergeben sich hieraus zum einen keine besonderen Einschränkungen, zum anderen zielt § 53 Abs. 1 UrhG auf eine andere Privilegierung, eben der privaten Nutzung ab, was im Lichte der früheren Auseinandersetzungen vor der Urheberrechtsreform 1965 und der Frage von Kontrollen im privaten Bereich zu sehen ist.⁴⁰

Der Haken für den privaten Nutzer liegt indes in der zusätzlichen Voraussetzung, dass die Kopie nicht von einer offensichtlich rechtswidrigen Vorlage einschliesslich der offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachten Vorlage angefertigt werden darf. Was aber „offensichtlich“ ist, bleibt offen; Einigkeit herrscht jedenfalls darüber, dass den Nutzer keine Prüfungspflichten treffen sollen, sondern nur evidente Fälle der Rechtswidrigkeit erfasst werden.⁴¹ Dabei spricht der Erwägungsgrund 44 der InfoSoc-Richtlinie

³⁵ Ähnlich FANGEROW/SCHULZ (Fn. 11), 681; JAN POEPEL, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, Göttingen 2005, 451.

³⁶ So RADMANN (Fn. 5), 391.

³⁷ Also nicht bei zweckwidriger Umwidmung, s. oben bei I. 2. a) bb.

³⁸ Zur Beibehaltung im Rahmen des 2. Korbs s. GERALD SPINDLER, Reform des Urheberrechts im „Zweiten Korb“, NJW 2008, 9, 11.

³⁹ LOEWENHEIM, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), § 53 N 14; DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 53 N 8; STEFAN LÜFT, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 53 N 12.

⁴⁰ S. dazu ausf. LÜFT, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 53 N 4; LOEWENHEIM, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), § 53 N 4 ff.

⁴¹ Begr RegE BT-Drucks. 16/1828, 26; DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 53 N 12; DREIER, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 3) § 53 N 25; LOEWENHEIM, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), § 53 N 23; TOBIAS REINBACHER, Strafbarkeit der Privatkopie von offensichtlich rechtswidrig hergestellten oder öffentlich zugänglich gemachten Vorlagen, GRUR 2008, 394, 400; OLE JANI, Was sind offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlagen? – Erste Überlegungen zur Neufassung von § 53 Abs. 1 Satz 1 UrhG, ZUM 2003, 842, 850;

für eine weite Auslegung des Begriffs, da hiermit die Schranke enger gezogen würde.⁴² Einer allzu weiten Auslegung setzt allerdings aufgrund der Strafbarkeit von Urheberverletzungen die Verfassung eine Grenze hinsichtlich der Bestimmtheit.⁴³ Allerdings ist angesichts häufiger Werbestrategien mit kostenlos eingestellten Inhalten keineswegs für den Nutzer klar, ob es sich um rechtswidrige Inhalte handelt. Auch lassen sich die Bearbeitungsrechte für den Laien in der Regel nicht von der zustimmungsfreien Benutzung nach § 24 UrhG unterscheiden.⁴⁴ In diesem Rahmen kommt es auch nicht auf das subjektive Wissen und Können des jeweiligen Nutzers an,⁴⁵ auch wenn die Begründung zur Novellierung des § 53 UrhG etwas anderes suggerieren mag.⁴⁶ Denn die Schranken sind ähnlich wie Rechtfertigungen oder Tatbestandseinschränkungen zu verstehen, die dem absoluten Recht des Urhebers generell Grenzen ziehen, mithin nicht auf unterschiedliche subjektive Massstäbe abstellen können.⁴⁷ Schliesslich kommt es entscheidend auf die kollisionsrechtliche Frage an, nach welcher Rechtsordnung die Frage der „Offensichtlichkeit“ zu beantworten ist.⁴⁸

c) Dauerhafte Vervielfältigungen

Aber nicht nur der temporäre Werkgenuss sorgt für Probleme hinsichtlich der Anwendung urheberrechtlicher Schranken, vielmehr auch die von Nutzern häufig durchgeführten dauerhaften Speicherungen der Inhalte. Gerade bei youtube ist es bei vielen (oft jugendlichen) Nutzern beliebt, die Musik von dem Videostream zu trennen (zu „ripen“) und dann als Musikdatei weiter zu

JOCHEN HOFFMANN, Die Auslegung des Begriffs der „offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage“ in § 53 I UrhG, WRP 2006, 55, 57.

⁴² Erwägungsgrund 44: „Daher ist der Umfang bestimmter Ausnahmen oder Beschränkungen bei bestimmten neuen Formen der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke und sonstiger Schutzgegenstände möglicherweise noch enger zu begrenzen.“ Hierauf weisen zu Recht HOFFMANN (Fn. 41), 56 und VIANELLO (Fn. 13), 730 hin.

⁴³ FANGEROW/SCHULZ (Fn. 11), 680; HOFFMANN (Fn. 41), 56.

⁴⁴ Zutr. VIANELLO (Fn. 13), 731.

⁴⁵ So aber FANGEROW/SCHULZ (Fn. 11), 680 im Anschluss an TIM W. DORNIS, Anmerkung zu OLG Stuttgart, Beschl. v. 21.1.2008 – 2 Ws 328/2007, CR 2008, 321, 322 und CHRISTIAN BERGER, Die Neuregelung der Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG im Spannungsverhältnis von geistigem Eigentum, technischen Schutzmaßnahmen und Informationsfreiheit, ZUM 2004, 257, 260; DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 53 N 12; LÜFT, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 53 N 16; letztlich auch REINBACHER (Fn. 41), 399 m.w.N., wohl aber nur im Hinblick auf die Strafbarkeit – was aber eben im Rahmen der Straftatbestände berücksichtigt werden kann, etwa als Verbotsirrtum.

⁴⁶ Begr RegE BT-Drucks. 16/1828, 26.

⁴⁷ Zutr. HOFFMANN (Fn. 41), 57 f.; ANNE LAUBER/KARSTEN SCHWIPPS, Das Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft, GRUR 2004, 293, 298 f.; BARBARA STICKELBROCK, Die Zukunft der Privatkopie im digitalen Zeitalter, GRUR 2004, 736, 738; LOEWENHEIM, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), § 53 N 23 m.w.N.; DREYER, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 3), § 53 N 25.

⁴⁸ Dazu sogleich.

verwenden. Abgesehen davon, ob hier die Schranke der Privatkopie angesichts der oben dargestellten Probleme überhaupt eingreift, stellt sich die spezifische Frage einer Umgehung von technischen Schutzmassnahmen, § 95a UrhG, da sich etwa bei youtube weder das Video noch gesondert davon der Audiostream speichern lässt – wie bei vielen anderen Portalen auch. In diesem Falle würde per se die Privilegierung der Privatkopie nicht eingreifen.

Abgeschichtet werden kann zunächst die Aufzeichnung mit Hilfe des in analoge Audio (oder Videosignale) umgewandelten Streams (sog. „analoge Lücke“). Denn hier macht sich der Nutzer lediglich die Inhalte nach der Umwandlung zu Nutze, die er genauso gut mit einem Mikrofon bei Wiedergabe rechtmässig aufnehmen könnte.⁴⁹ Das muss selbst dort gelten, wo die analoge Kopie allein aus Gründen der Redigitalisierung erfolgt.⁵⁰ Schwieriger sind dagegen die Fälle zu beurteilen, in denen die Aufnahme mit Hilfe der digitalen Inhalte direkt erfolgt, ohne jegliche Umwandlung: Hier ist entscheidend, welchen Aufwand der Nutzer treiben muss, um solche Aufnahmen anzufertigen.⁵¹ Gelingt ihm dies mit Hilfe einfach zu beschaffender Software, die ggf. noch kostenlos erlangt werden kann oder finden sich solche Tools auch in Abspielvorrichtungen selbst, sind erhebliche Zweifel angebracht, ob es sich noch um wirksame technische Schutzmassnahmen handelt.⁵²

3. Erscheinen durch Streaming?

Probleme bereitet aber auch das „Erscheinen“ von gestreamten Werken. Wenn etwa eine Musikgruppe ausschliesslich ihre Musik über Streaming verbreitet (wie z.B. häufig über www.myspace.com),⁵³ handelt es sich um unkörperliche Werke, die eventuell noch nicht erschienen sind im Sinne von § 6 Abs. 2 UrhG. Zwar sind mit der Internet-Zugänglichmachung solche

⁴⁹ LG Frankfurt a.M., CR 2006, 816; CHRISTIAN ARLT, Digital Rights Management Systeme, München 2005, 120 f.; HORST-PETER GÖTTING, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), § 95a N 22; DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 95a N 15; DREYER, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 3), § 16 N 24; ARTUR-AXEL WANDTKE/CLAUDIA OHST, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 95a N 51; dagegen will MARTIN SCHIPPAN, § 95 a UrhG – eine Vorschrift (erstmal richtig) auf dem Prüfstand, ZUM 2006, 853, 863 f., zwischen verschiedenen Analogaufnahmegeräten differenzieren – allerdings erscheint ein Kriterium, was nur auf die Aufnahmequalität abstellt, mehr als zweifelhaft.

⁵⁰ So auch ARLT (Fn. 49), 121; GÖTTING, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), § 95a N 22; a.A. DREYER, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 3), § 16 N 24.

⁵¹ GÖTTING, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), § 95a N 22; DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 95a N 15 f.; WANDTKE/OHST, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 95a N 50; ARLT (Fn. 49), 77.

⁵² Im Ergebnis ebenso VIANELLO (Fn. 13), 733 f.

⁵³ www.myspace.com bietet den Nutzern nach der Anmeldung die Möglichkeit, sozusagen eine weitestgehend den eigenen Wünschen angepasste Webseite innerhalb der Plattform einzurichten und diese mit anderen Nutzern von myspace zu verknüpfen. Dabei ist es auch möglich ein von myspace zur Verfügung gestelltes Script einzusetzen, welches einen Streaming-Audioplayer auf dieser eigenen Seite integriert. S. dazu: http://www.myspace.com/Modules/help/Pages/HelpDetail.aspx?q=help_profiledesign_whatsnew_artistprofiles.

Werke veröffentlicht nach § 6 Abs. 1 UrhG,⁵⁴ doch ist dies für das sog. „Erscheinen“ mehr als fraglich. Viele Tatbestände im UrhG stellen auf diesen Begriff des Erscheinens ab.⁵⁵

Dabei wird man im Vergleich zu § 44a UrhG nicht auf die Vervielfältigung beim Nutzer im Arbeitsspeicher oder im „temporary files“-Ordner abstellen können. Denn wie der Wortlaut des § 6 Abs. 2 UrhG eindeutig festlegt, bedarf es zunächst der Herstellung der Vervielfältigungsstücke und erst danach des Angebots an die Öffentlichkeit bzw. des Inverkehrbringens.⁵⁶ Somit verbleibt als möglicher Bezugspunkt das einzelne digitale Vervielfältigungsstück auf dem Server. Das wirft jedoch Probleme insbesondere bei dem Kriterium der „in genügender Anzahl“ auf. Denn egal wie viele Einzelabrufe „on-demand“ stattfinden oder Zuhörer gleichzeitig dem „Webcast“ zugeschaltet sind, es bleibt doch bei diesem einen Vervielfältigungsstück, welches tatsächlich die von § 6 Abs. 2 UrhG erforderliche Widmung aufweist. Jedoch ist hier entscheidend, ob „dem interessierten Publikum ausreichend Gelegenheit zur Kenntnisnahme des Werkes“ eröffnet wird.⁵⁷ Liegt die Datei auf einem Server und ist zumindest weitestgehend frei im Internet abrufbar, so eröffnet dies grundsätzlich einer umfassenden Öffentlichkeit die Möglichkeit zur Kenntnisnahme. Das gilt sowohl für „on-demand“-Angebote als auch für Internetradios oder Webcasts. Damit wird bereits ein einziges Vervielfältigungsstück den Anforderungen der „genügenden Anzahl“ gerecht.⁵⁸ Selbst die Tatsache, dass direkt das Original und kein Vervielfältigungsstück angeboten wird, soll nach Rechtsprechung und Teilen der Literatur hier keinen Unterschied machen, sofern eben die „genügende Anzahl“ erreicht ist.⁵⁹ Man wird jedoch insgesamt insofern eine Einschränkung vornehmen müssen, als dass dies nur dann angenommen werden kann, wenn die Datei zumindest solange online angeboten wurde, als dass für die Nutzer die theoretische

⁵⁴ Ausf. zu dieser unproblematischen Konstellation s. PAUL KATZENBERGER, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 3), § 6 N 51; DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 6 N 25 ff. jew. m.w.N. S. z.B. §§ 10 Abs. 1, 51 Nr. 3, 52 Abs. 2, 53 Abs. 2 Nr. 4 a), 53 Abs. 3, 53a Abs. 1, 70 Abs. 3 UrhG usw.

⁵⁵ S. dazu auch KATZENBERGER, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 3), § 6 N 51; DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 6 N 54 m.w.N.

⁵⁶ BGH, GRUR 1981, 360, 362 – Erscheinen von Tonträgern; OLG München, GRUR 1983, 295, 297; KATZENBERGER, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 3), § 6 N 39; MALTE C. G. MARQUARDT, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 6 N 33.

⁵⁷ JÜRGEN SCHELLER, Elektronisches Publizieren – von juristischem Interesse?, CR 1987, 13, 16; CHRISTOPH SÜSSENBERGER/CHRISTIAN CZYCHOWSKI, Das „Erscheinen“ von Werken ausschließlich über das Internet und ihr urheberrechtlicher Schutz in Deutschland – Einige Argumente Pro und Contra, GRUR 2003, 489, 490 f.; KATZENBERGER, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 3), § 6 N 55; MARQUARDT, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 6 N 29; DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 6 N 16; a.A. POEPEL (Fn. 35), 89; a.A. SCHACK (Fn. 19), 644.

⁵⁸ BGH, ZUM 2009, 770, 772 – Montezuma; KATZENBERGER, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 3), § 6 N 33; MARQUARDT, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 6 N 26.

Möglichkeit bestand zumindest einen von den §§ 1 ff. UrhG geschützten Teil auf ihr Empfangsgerät zu streamen.⁶⁰

Findet das Angebot an die Öffentlichkeit hingegen nicht vom Urheber selber statt, sondern gibt dieser beispielsweise sein Werk an ein Internetradiounternehmen weiter, kann unter Umständen sogar bereits mit dieser Weitergabe ein Inverkehrbringen i.S.d. § 6 Abs. 2 S. 1 UrhG und somit auch ein Erscheinen vorliegen. Denn auch die Übergabe eines einzelnen Exemplars an einen Werkvermittler – wie etwa ein Sendeunternehmen – kann den Anforderungen genügen,⁶¹ sofern dadurch „die Vervielfältigungsstücke der Verwertung in der Öffentlichkeit zugeführt werden und hierzu alles Erforderliche in die Wege geleitet wird“.⁶² Zusammenfassend kann damit festgestellt werden, dass bei Anbieten eines Inhalts ausschliesslich auf elektronischem Weg mit der öffentlichen Zugänglichmachung nicht nur eine Veröffentlichung, sondern darüber hinaus auch ein Erscheinen i.S.d. § 6 Abs. 2 UrhG vorliegt.

Allerdings ist einzuräumen, dass der Gesetzgeber des § 6 Abs. 2 UrhG wohl bei der Verankerung des Begriffs „erscheinen“ im Zusammenhang mit der Verkörperung von Werken kaum an solche Fälle gedacht hat. Dies sollte jedoch nicht daran hindern hier die gezeigten Schlussfolgerungen zu ziehen.

So hat das LG Frankfurt bereits für die Frage der Vermutung der Urheberschaft nach § 10 Abs. 1 UrhG entschieden, dass diese auch für nicht im Sinne von § 6 Abs. 2 UrhG erschienene Werke gelten soll.⁶³ Folgt man der hier vertretenen Lösung, so bedarf es keiner ausdehnenden Auslegung des § 10 Abs. 1 UrhG, da das „Erscheinen“ bereits auf die Öffentliche Zugänglichmachung zu erstrecken ist. Die Nachweisprobleme im Internet sind dabei überwindbar: so besteht für Homepages etc. eine Impressumspflicht, Texte, Grafiken etc. kann der Urheber, wenn er ein Interesse an seinem Schutz hat, mit seinem Namen etc. versehen, ebenso der Musiker.

4. Kollisionsrechtliche Fragen

Durch die Ubiquität des Internet und seiner fehlenden Territorialität sieht sich das Kollisionsrecht vor besondere Herausforderungen gestellt. Im Urheberrecht gilt bekanntlich nach wie vor das Schutzlandprinzip, so dass das anwendbare Recht davon abhängig ist, wo der Schutz geltend gemacht wird; dann richten sich auch die eingreifenden Schranken nach dieser Rechtsord-

⁶⁰ S. dazu auch DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), § 6 N 16; MARQUARDT, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 6 N 33; a.A. SCHACK (Fn. 19), 644.

⁶¹ KATZENBERGER, in: Schrickler/Loewenheim (Fn. 3), § 6 N 40 zu Ampex-Bändern eines Films an Fernsehunternehmen.

⁶² MARQUARDT, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 3), § 6 N 27; BGH, GRUR 1981, 360, 362 – Erscheinen von Tonträgern; OLG Frankfurt a.M., ZUM 1996, 697, 701; BGH, ZUM 2009, 770, 773 – Montezuma.

⁶³ LG Frankfurt a.M., ZUM 2009, 22.

nung.⁶⁴ Um den Ort einer Rechtsverletzung zu lokalisieren, werden indes die aus dem Internationalen Deliktsrecht bekannten Kriterien wiederum angewandt, insbesondere Handlungs- und Erfolgsort als Verletzungsort.⁶⁵ Hieran hat auch die Rom II-VO nichts geändert, die in Art. 8 Abs. 1 zum einen das Schutzlandprinzip, in Abs. 2 den Verletzungsort als massgebliche Kriterien hervorhebt.⁶⁶ Für Vervielfältigungen ist auf den Ort abzustellen, an dem das Vervielfältigungsstück entsteht, mithin beim Nutzer.⁶⁷

Allerdings besagt dies noch nichts darüber, welches Recht für die Beurteilung der Frage, ob eine Vorlage offensichtlich rechtswidrig ist, anwendbar ist. Hier stehen sich kontrovers die Anknüpfung an das ausländische Recht (der Vorlage)⁶⁸ und an das Heimatrecht des Nutzers gegenüber.⁶⁹ Beide Lösungen weisen Probleme auf: So spricht für die Anknüpfung an das ausländische Recht zwar, dass allein diejenige Rechtsordnung über die Rechtmässigkeit einer Vorlage entscheidet, die dann von dieser Rechtsordnung zugänglich gemacht wird.⁷⁰ Dann aber wird sich quasi nie die „Offensichtlichkeit“ einer rechtswidrigen Vorlage ergeben, da der Nutzer zum einen kaum erkennen kann, aus welchem Land die Vorlage stammt, zum anderen von einer Offensichtlichkeit hinsichtlich der Kenntnis des ausländischen Urheberrechts nicht die Rede sein kann.⁷¹ Erwogen wird daher eine modifizierte Anwendung der Bogsch-Theorie, wonach die Ausrichtung der Web-Seite bzw. eines Inhaltes auf bestimmte Länder massgeblich sein soll,⁷² so dass etwa deutsches Recht (aber auch andere deutschsprachige Länder) zur Anwendung gelänge, wenn der Inhalt deutschsprachig angeboten würde.⁷³ Aber auch hier ist gerade bei englischsprachigen Inhalten kaum eine Einschränkung möglich, erst recht nicht, wenn weitere Indizien fehlen. Richtigerweise wird man daher bei der auf den ersten Blick nicht stimmigen Anknüpfung an das Heimatrecht des Nutzers bleiben müssen; denn nur sie entspricht dem Schutzlandprinzip. Ge-

⁶⁴ Für Rundfunksendungen: BGH, GRUR 2003, 328 – Sender Felsberg; GERALD SPINDLER, Die kollisionsrechtliche Behandlung von Urheberrechtsverletzungen im Internet, IPrax 2003, 412, 413; KATZENBERGER, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), Vor §§ 120 N 129 f.; DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), Vor §§ 120 N 30.

⁶⁵ Statt vieler KATZENBERGER, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), Vor §§ 120 ff. N 130; SPINDLER (Fn. 64), 415 ff. m.w.N.

⁶⁶ S. dazu auch KATZENBERGER, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), Vor §§ 120 ff. N 125, 130.

⁶⁷ SPINDLER (Fn. 64), 416; DREIER, in: Dreier/Schulze (Fn. 5), Vor §§ 120 N 33; KATZENBERGER, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), Vor §§ 120 ff. N 136; JOST KOTTHOFF, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel (Fn. 3) § 120 N 15.

⁶⁸ HOFFMANN (Fn. 41), 59; offen gelassen von BGH NJW 1993, 2183, 2185 – The Doors.

⁶⁹ BERGER (Fn. 45), 259; JANI (Fn. 41), 849 f.; ohne Problembewusstsein RADMANN (Fn. 5), 389.

⁷⁰ HOFFMANN (Fn. 41), 59 f.

⁷¹ Darauf weist zu Recht VIANELLO (Fn. 13), 732 hin.

⁷² S. dazu bereits SPINDLER (Fn. 64), 418 f. m.w.N.; KATZENBERGER, in: Schricker/Loewenheim (Fn. 3), Vor §§ 120 ff. N 120 ff., N 141, 145.

⁷³ In diese Richtung VIANELLO (Fn. 13), 732.

nauso wenig wie das Land, in dem das Werk entstanden ist, darüber bestimmen kann, ob die in die Rechtsordnung des Nutzers verbrachte Kopie rechtmässig ist, ebenso wenig sollte die „Offensichtlichkeit der Vorlage“ (nicht der Sendung selbst) der Rechtswidrigkeit nach der Rechtsordnung des ausländischen Staates beurteilt werden. Betrachtet man etwa territorial beschränkte Lizenzverträge (deren Kenntnis durch den Nutzer unterstellt) kann es keinen Unterschied machen, ob die Kopie dann ins Inland offline oder online als Kopiervorlage gerät (und hier nicht mehr von der Lizenz gedeckt wäre).

III. Medienrechtliche Einordnung

Die Konvergenz der Medienangebote beschränkt sich jedoch in ihren Auswirkungen nicht ausschliesslich auf urheberrechtliche oder kollisionsrechtliche Fragestellungen. Vielmehr zeigen sich auch Regelungen in anderen Rechtsgebieten davon betroffen. Denn wie die Ausführungen zu § 20 und § 19a UrhG verdeutlicht haben, ist bestenfalls nicht immer offensichtlich, welchem Regelungsregime eine neue medielle Erscheinungsform zu unterwerfen ist. Möglich ist aber auch die Nichterfassung von im Prinzip gleichen oder ähnlichen Sachverhalten allein aufgrund technologischer Veränderungen z.B. im Bereich der Übertragungstechnik.

So war etwa auf europarechtlicher Ebene bei Erlass der Richtlinie „Fernsehen ohne Grenzen“ im Jahr 1989 (Fernsehrichtlinie – FRL)⁷⁴ noch recht eindeutig, ob ein Angebot dem Begriff der Fernsehsendung zugeordnet werden kann oder nicht.⁷⁵ Heute lässt sich die dem Anwendungsbereich der Richtlinie zugrundeliegende „klassische“ Idee der sog. linearen „point-to-multipoint“-Fernsehdienste nicht mehr auf moderne Technologien wie etwa „IPTV“⁷⁶ und den damit verbundenen „video-on-demand“-Angeboten übertragen.⁷⁷ Diese sind vielmehr durch eine nicht-lineare „point-to-point“-Kommunikation gekennzeichnet.⁷⁸ Das hat auch die Politik erkannt und entsprechend mit der „Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste“ (AVMD-RL)⁷⁹ im Jahr 2007 das Hauptziel der ursprünglichen Fernsehrichtlinie – nämlich die Schaffung eines Binnenmarktes für Fernsehsendungen – auf

⁷⁴ Richtlinie 89/552/EWG, geändert 1997 durch die Richtlinie 97/36/EG.

⁷⁵ So auch WOLFGANG SCHULZ, Medienkonvergenz light – Zur neuen Europäischen Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste, EuZW 2008, 107, 108.

⁷⁶ S.o. Fn. 3.

⁷⁷ S. dazu GEORG RESS/JÖRG UKROW, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, 40. Aufl., München 2009, EGV Art. 151 N 195; SCHULZ (Fn. 75), 108.

⁷⁸ RESS/UKROW, in: Grabitz/Hilf (Fn. 77), EGV Art. 151 N 195; s. auch SCHULZ (Fn. 75), 108.

⁷⁹ Richtlinie 2007/65/EG v. 11.12.2007.

nicht-lineare Mediendienste ausgeweitet.⁸⁰ Wobei die Richtlinie die linearen Dienste strengerer Regeln unterwirft als die nicht-linearen, woraus sich ein Konzept der abgestuften Regulierung ergibt.⁸¹ Die schrittweise Umsetzung auf innerstaatlicher Ebene erfolgte dann ab dem 12. Rundfunkänderungsstaatsvertrag (12. RÄndStV) am 1. Juni 2009.⁸² Insbesondere fand eine definitorische Anpassung des Rundfunkbegriffs an die Vorgaben der AVMD-RL statt, indem dieser nun unter anderem in § 2 Abs. 1 S. 1 RStV ausdrücklich die Merkmale der Linearität und des zeitgleichen Empfangs aufführt.⁸³ § 2 Abs. 1 S. 3 RStV greift dann – ohne sie explizit zu nennen – die nicht-linearen Dienste auf und ordnet sie, in Abgrenzung zum Rundfunkbegriff, den Telemedien zu. Diese Negativdefinition entspricht dabei der des bereits oben angedeuteten § 1 Abs. 1 Telemediengesetzes (TMG).⁸⁴ Für Telemedien gelten dann unter anderem mit den §§ 54 ff. RStV sowie den Bestimmungen des TMG und des Jugendmedienschutzstaatsvertrages (JMStV) vergleichsweise mildere Vorschriften als für den Rundfunk. Die sachliche Aufteilung der Regelungen für den Bereich Telemedien erfolgt dabei anhand der Wirtschaftsbezogenheit (TMG), der Inhaltsbezogenheit (RStV) und des Jugendschutzes (JMStV).⁸⁵ Darüber hinaus besteht im deutschen Recht auch nach dem 12. RÄndStV die Besonderheit, dass der Rundfunkbegriff nicht wie in der AVMD-RL rein technisch über das Merkmal der Linearität bestimmt wird, sondern vielmehr verfassungsrechtlich das Kriterium der Meinungsbildungsrelevanz entscheidend ist.⁸⁶ Somit wurde zwar insgesamt den Vorgaben einer abgestuften Regulierung entsprochen,⁸⁷ allerdings mit systematischen Abweichungen im Vergleich zum europäischen Recht.

Vor diesem Hintergrund können die unterschiedlichen Streaming-Erscheinungsformen innerhalb eines abgestuften Systems zunächst den Kategorien Rundfunk bzw. Telemedien zugeordnet werden.⁸⁸ Ausgangspunkt der Zuord-

⁸⁰ S. dazu Erwägungsgrund 7 der Richtlinie 2007/65/EG v. 11.12.2007; SCHULZ (Fn. 75), 108 f.; EVA-MARIA MICHEL, Senden als konstitutiver Bestandteil des Rundfunkbegriffs?, ZUM 2009, 453, 455; RESS/UKROW, in: Grabitz/Hilf (Fn. 77), EGV Art. 151 N 195; BERND HOLZNAGEL/BABETTE KIBELE, in: Gerald Spindler/Fabian Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 2. Aufl., ersch. demn., § 1 RStV N 4.

⁸¹ S. ausf. dazu MICHEL (Fn. 80), 456.

⁸² S. dazu die Amtl. Begr. zum 12. RÄndStV, insb. 2; weitere Umsetzungen erfolgten dann mit Inkrafttreten des 13. Rundfunkänderungsstaatsvertrags am 1. April 2010.

⁸³ HOLZNAGEL/KIBELE, in: Spindler/Schuster (Fn. 80), § 1 RStV N 13; s. weiter dazu MICHEL (Fn. 80), 457.

⁸⁴ S.o. I. 1. a); s. auch HOLZNAGEL/KIBELE, in: Spindler/Schuster (Fn. 80), § 1 RStV N 2.

⁸⁵ Vgl. MICHEL (Fn. 80), 455; HOLZNAGEL/KIBELE, in: Spindler/Schuster (Fn. 80), § 1 RStV N 5.

⁸⁶ Amtl. Begr. zum 12. RÄndStV, 4; ausf. zum Rundfunkbegriff seit dem 12. RÄndStV RAIMUND SCHÜTZ, Rundfunkbegriff: Neutralität der Inhalte oder der Übertragung? – Konvergenz und Innovation, MMR 2009, 228 ff.; HOLZNAGEL/KIBELE, in: Spindler/Schuster (Fn. 80), § 2 RStV N 41b ff.

⁸⁷ S. dazu auch HOLZNAGEL/KIBELE, in: Spindler/Schuster (Fn. 80), § 1 RStV N 5.

⁸⁸ Vgl. HOLZNAGEL/KIBELE, in: Spindler/Schuster (Fn. 80), § 2 RStV N 1.

nung ist aufgrund seiner Abgrenzungsfunktion zu den Telemedien der Rundfunkbegriff, in § 2 Abs. 1 S. 1 RStV definiert als „ein linearer Informations- und Kommunikationsdienst; er ist die für die Allgemeinheit und zum zeitgleichen Empfang bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Angeboten in Bewegtbild oder Ton entlang eines Sendeplans unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen“. Damit werden ohne weiteres die „klassischen“ Fernsehdienste und – im Gegensatz zu den Bestimmungen der AVMD-RL⁸⁹ – auch Radioangebote erfasst. Folglich kann es aufgrund der Unabhängigkeit des Rundfunkbegriffs von der Art der technischen Übertragung⁹⁰ keinen Unterschied machen, ob das Angebot zeitgleich und unverändert im Internet übertragen wird. Damit unterliegen solche Streaming-Angebote – wie etwa Live-Streaming oder Webcasting – ebenfalls den Regulierungen für Rundfunk.

Doch wie hat die rechtliche Bewertung auszufallen, wenn ein Angebot so aufgebaut ist, dass der Nutzer zumindest weitgehend frei über den Zeitpunkt des Abrufs entscheiden kann? Angesprochen sind damit erneut die On-demand als auch die Near-on-demand Angebote.⁹¹ Dabei ist zunächst der Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 3 RStV von Bedeutung.⁹² So nimmt Nr. 5 explizit gegen Einzelentgelt freigeschaltete Angebote aus, Nr. 1 Angebote mit potenziell weniger als 500 Nutzern. Der Schwerpunkt liegt entsprechend der deutschen Systematik konsequent auf einem zu geringen Mass an Allgemeinheit, um die Meinungsbildung beeinflussen zu können.⁹³ Greift jedoch der Ausnahmetatbestand des § 2 Abs. 3 RStV nicht ein, ist eine genauere Betrachtung angezeigt. Beim Phänomen des Near-on-Demand wird man zu Recht Zweifel an dem Merkmal „entlang eines Sendeplans“ anführen können, sofern ein Angebot lediglich beliebig oft in Abständen von beispielsweise 15 Minuten angeboten wird.⁹⁴ Jedoch beruft sich die Gesetzesbegründung zum 9. RÄndStV hinsichtlich der Abgrenzung Rundfunk / Telemedium explizit auf die Entscheidung des EuGH vom 2.6.2005,⁹⁵ welche Near-video-on-demand als Fernsehdienst i.S.d. FRL bewertet.⁹⁶ Gesetzgeberisch wurde diese Entscheidung wiederum Grundlage der AVMD-Richtlinie.⁹⁷ Aufgrund dieser Vorgaben des europäischen Richtliniengebers und der Orientierung der deutschen Ländergesetzgeber hieran gilt diese Betrachtungsweise auch für die

⁸⁹ S. dazu auch Erwägungsgrund 22 der Richtlinie 2007/65/EG v. 11.12.2007; HOLZNAGEL/KIBELE, in: Spindler/Schuster (Fn. 80), § 2 RStV N 41q.

⁹⁰ S. dazu auch HOLZNAGEL/KIBELE, in: Spindler/Schuster (Fn. 80), § 2 RStV N 40 m.w.N.

⁹¹ S. zum UrhR auch oben I. 1. a).

⁹² HOLZNAGEL/KIBELE, in: Spindler/Schuster (Fn. 80), § 2 RStV N 103.

⁹³ Amtl. Begr. zum 12. RÄndStV, 5; HOLZNAGEL/KIBELE, in: Spindler/Schuster (Fn. 80), § 2 RStV N 104 ff.

⁹⁴ So etwa MICHEL (Fn. 80), 459.

⁹⁵ Amtl. Begr. zum 9. RÄndStV, 6; s. ausf. dazu HOLZNAGEL/KIBELE, in: Spindler/Schuster (Fn. 80), § 2 RStV N 51 a.

⁹⁶ EuGH, Rs. C 89/04, Abl. EG Nr. C 182/16 v. 23.7.2005 – Mediakabelentscheidung.

⁹⁷ Erwägungsgrund 20 der Richtlinie 2007/65/EG v. 11.12.2007.

Auslegung des RStV.⁹⁸ Folglich werden Near-on-demand-Dienste vom deutschen Rundfunkbegriff erfasst. Ein reines On-demand-Angebot wie beispielsweise youtube unterfällt hingegen nicht der von Linearität und Zeitgleichheit geprägten Definition des Rundfunkbegriffs in § 2 Abs. 1 RStV, da der Nutzer jederzeit unabhängig vom Anbieter frei über den Zeitpunkt des Zugriffs auf Inhalte aus dem Programmkatalog entscheiden kann – was wiederum der AVMD-Richtlinie entspricht.⁹⁹ Damit sind hier die Vorschriften für Telemedien einschlägig.

Neben Rundfunk und Telemedien haben die Länder auch den Begriff der rundfunkähnlichen Dienste eingeführt, in Gestalt der Formulierung „der dem Rundfunk zuzuordnenden Informations- und Kommunikationsdienste“ in § 20 Abs. 2 RStV. Auch hier ist die Relevanz für die Meinungsbildung ausschlaggebend.¹⁰⁰ Es können also selbst diejenigen Dienste rundfunkrechtlichen Anforderungen unterworfen werden, die an sich als Telemedien einzuordnen wären, mit der Folge, dass nach § 20 Abs. 2 RStV die in § 54 Abs. 1 RStV und § 4 TMG kodifizierte medienrechtliche Zulassungs- und Anmeldefreiheit aufgehoben wird. Wie die Abgrenzung vorzunehmen ist, ist allerdings nach wie vor keineswegs geklärt.¹⁰¹ Für die Bewertung eines Streaming-Angebots bedeutet dies aber, dass es nach der Feststellung des telemedialen Charakters gegebenenfalls noch einer Überprüfung der Voraussetzungen des § 20 Abs. 2 RStV bedarf. Mögliche Rechtsunsicherheiten können dabei jedoch gem. § 20 Abs. 2 S. 3 RStV mittels eines Antrags „auf rundfunkähnliche Unbedenklichkeit“ bei der zuständigen Landesmedienanstalt beseitigt werden.

IV. Fazit und rechtspolitische Fragestellungen

Zieht man ein Fazit der Überlegungen, so zeigt sich, dass Streaming zwar ein neues Phänomen darstellt, das erst durch die Verbesserung der Bandbreiten möglich wurde, aber durchaus mit den geltenden Normen bewältigt werden kann. Einzuräumen ist allerdings, dass zahlreiche Unschärfen vor allem im Rahmen des Anwendungsbereichs der temporären Kopien eine Überarbeitung der Norm nahelegen.¹⁰² Dies gilt erst recht für den medienrechtlichen Bereich mit seinen wuchernden Kategorien der Telemedien, rundfunkähnlichen Telemedien, Near-on-Demand-Diensten und dem eigentlichen Rundfunk. Hier rächt sich in Zeiten der Konvergenz nach wie vor die Kompetenzzersplitte-

⁹⁸ Wie hier: HOLZNAGEL/KIBELE, in: Spindler/Schuster (Fn. 80), § 2 RStV N 51a; anders hingegen MICHEL (Fn. 80), 459, die Near-on-demand-Angebote bei Nichteingreifen des § 2 Abs. 3 RStV weder dem Rundfunk noch – mangels Nicht-Linearität – den Telemedien zuzuordnen will.

⁹⁹ Erwägungsgrund 20 der Richtlinie 2007/65/EG v. 11.12.2007.

¹⁰⁰ HOLZNAGEL/KIBELE, in: Spindler/Schuster (Fn. 80), § 20 RStV N 10.

¹⁰¹ S. ausf. dazu HOLZNAGEL/KIBELE, in: Spindler/Schuster (Fn. 80), § 20 RStV N 8 ff.

¹⁰² Ebenso VIANELLO (Fn. 13), 730.

zung, die Divergenz im Recht. Über kurz oder lang wird allein das jetzt schon massgebliche Kriterium der Meinungsbildungsrelevanz darüber entscheiden, welche Anforderungen an Inhalte – und nicht an Medien! – zu stellen sind.¹⁰³

¹⁰³ S. bereits GERALD SPINDLER, Referat zum DJT 2002, Band II/I, M 85, M 113 f.; KARL-E. HAIN, Regulierung in den Zeiten der Konvergenz, K&R 2006, 325, 333.