

einzelnen Nutzer abgestimmte Musikwerke durch persönlichen Audio-Stream übermittelt werden<sup>206</sup>, dar.

## B. Urheberrechtliche Einordnung des Online-Rechts

Bei der Beantwortung der Frage, welche urheberrechtlichen Nutzungsrechte im Online-Bereich betroffen sind und welche Lizenzen daher zur rechtmäßigen Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet erworben werden müssen, steht im Ausgangspunkt fest, dass es ein eigenständiges *Online-Recht* als solches für die Verwertung von Musik im Internet nicht gibt<sup>207</sup>. Weder das deutsche Urheberrechtsgesetz noch andere Rechtsordnungen in Europa sehen ein gesondert normiertes Verwertungsrecht vor, das für sich sämtliche urheberrechtlich relevanten Nutzungsvorgänge im Internet umfassen würde.

Die Europäische Kommission definierte in ihrer Empfehlung für legale Online-Musikdienste vom 18. Oktober 2005<sup>208</sup> die Online-Rechte als:

- „i) das ausschließliche Recht der Vervielfältigung in der Form von unkörperlichen Kopien (Richtlinie 2001/29/EG), die im Zuge der Online-Verbreitung von Musikwerken vorgenommen werden;
- ii) das Recht der öffentlichen Wiedergabe eines Musikwerks, entweder in der Form eines Rechts zu erlauben oder zu verbieten (Richtlinie 2001/29/EG), oder eines Rechts auf angemessene Vergütung (Richtlinie 92/100/EWG). Diese Rechte erstrecken sich auf Webcasting, Internet-Radio und Simulcasting oder „Near-on-Demand“-Dienste, die entweder auf einem PC oder auf einem Mobiltelefon empfangen werden;
- iii) das ausschließliche Recht der öffentlichen Zugänglichmachung eines Musikwerks (Richtlinie 2001/29/EG), das „On-Demand“ oder andere „interaktive Dienste umfasst“<sup>209</sup>.

206 Personalisierte Internetradios, sog. Unicasts, unterscheiden sich von klassischen Webcasting-Angeboten dadurch, dass sie ein mehr oder weniger stark individuell zugeschnittenes Musikprogramm an die einzelnen Musiknutzer übermitteln. Zwar ist eine konkrete Auswahl von Musiktiteln durch den Hörer nicht möglich, so dass die Entscheidungsmacht darüber, welches Lied zu welchem Zeitpunkt hörbar gemacht wird, weiterhin beim Musikanbieter liegt. Jedoch hat der Nutzer bestimmte Einflussmöglichkeiten, um das ihm angebotene Musikprogramm auf seine persönlichen Wünsche abzustimmen. So besteht, je nach Dienstanbieter, die Möglichkeit, einzelne Songtitel zu überspringen, diese zu seinen „Favoriten“ hinzuzufügen, das Abspielen der Lieder beliebig zu stoppen und fortzusetzen oder auch bestimmte Lieder von der Titelliste zu streichen, so dass es nicht wieder gespielt wird. Vgl. dazu Klatt, CR 2009, 517, 517.

207 Vgl. EU-Kommissions-Entscheidung *Universal/BMG Music Publishing*, S. 7.

208 Vgl. *Europäische Kommission*, Empfehlung vom 18.10.2005, ABl. L 276/54; vgl. dazu eingehend unten § 6. D.

209 Vgl. *Europäische Kommission*, Empfehlung vom 18.10.2005, ABl. L 276/54, Ziff. 1 lit. f).

Nach ihrem Wortlaut stellt diese Definition nichts anderes dar als eine Zusammenfassung aller urheberrechtlichen Verwertungsrechte, die bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Musikinhalte im Internet potentiell tangiert werden. Die EU-Kommission schuf damit keine neue Rechte-Kategorie eines Online-Rechts<sup>210</sup>. Vielmehr erfolgte ein ausdrücklicher Rückgriff auf die bestehenden urheberrechtlichen Verwertungsrechte, die infolge der Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22.6.2001 (RiL 2001/29/EG) bereits europaweit harmonisiert waren<sup>211</sup>. Die Bezeichnung des Online-Rechts stellt somit keinen eigentlichen Rechtsbegriff dar, sondern eine bloße untechnische Sammelbezeichnung für die Gesamtheit derjenigen Urheberrechte, die für die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken im Internet benötigt werden<sup>212</sup>. Ebenso ist das Online-Recht als solches aufgrund der vielfältigen wirtschaftlichen Nutzungsformen kein eigenständiges Nutzungsrecht im Sinne des § 31 Abs. 5 UrhG<sup>213</sup>.

Wie im Folgenden dargelegt werden wird, umfasst das Online-Recht aufgrund der technischen Begebenheiten der digitalen Nutzung in aller Regel sowohl das körperliche Vervielfältigungsrecht als auch das unkörperliche Recht der öffentlichen Wiedergabe.

## I. Vervielfältigungsrecht

Das Vervielfältigungsrecht gemäß § 16 UrhG ist bei der Nutzung von Musik im Internet und Mobilfunkbereich in vielfältiger Weise betroffen. In Anlehnung an

210 Vgl. *Lüder* (Leiter der Urheberrechtsabteilung bei der GD Binnenmarkt der Europäischen Kommission), GRUR Int. 2007, 649, 651. Dagegen *Gaster*, ZUM 2006, 8, 13 f., der in der Kommissions-Empfehlung eine Abkehr vom althergebrachten Grundsatz *“Copyright is technologically neutral“* und insoweit im Online-Recht eine im Widerspruch zur geltenden Rechtslage stehende neue Rechtekategorie erblickt.

211 Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft vom 22.6.2001 (2001/29/EG). Diese Richtlinie setzte ihrerseits die Verpflichtungen der EU aus den beiden WIPO-Verträgen vom Dezember 1996, dem WIPO Copyright Treaty (WCT; WIPO-Dokument CRNR/DC/90) und dem WIPO Performances and Phonograms Treaty (WPPT; WIPO-Dokument CRNR/DC/90), um. Vgl. eingehend zu den WIPO-Verträgen v. *Lewinski*, GRUR Int. 1997, 667 ff. Gemäß den verpflichtenden Bestimmungen des WCT und WPPT statuierte die Richtlinie 2001/29/EG:

„i) das ausschließliche Recht der Vervielfältigung in der Form von unkörperlichen Kopien (Art. 2 der Richtlinie 2001/29/EG und Art. 1 (4) WCT; Art. 7, 11 und 16 WPPT),  
ii) das Recht der öffentlichen Wiedergabe eines Musikwerks und das ausschließliche Recht der öffentlichen Zugänglichmachung eines Musikwerks (Art. 3 der Richtlinie 2001/29/EG und Art 8 WCT; Art. 10, 14 WPPT).“

212 Ähnlich *Poll*, GRUR 2007, 476, 476.

213 Vgl. *Manegold*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, Vor §§ 88 ff. UrhG, Rn. 36.

die traditionelle, international übliche Terminologie („mechanical right“) im physischen Tonträgerbereich wird dieses Recht untechnisch auch als „mechanisches Recht“ bezeichnet<sup>214</sup> und soll im Folgenden auch synonym verwandt werden.

## 1. Typische Vervielfältigungshandlungen im Online-Bereich

Der für jede Internet-Nutzung zwingend erforderliche Upload-Vorgang, d.h. das Hochladen und die Speicherung des urheberrechtlich geschützten Werks auf dem Server des Diensteanbieters, stellt eine Vervielfältigungshandlung im Sinne der §§ 15 Abs. 1 Nr. 1, 16 UrhG bzw. §§ 77 Abs. 2, 85 Abs. 1 UrhG i.V.m. § 16 UrhG dar<sup>215</sup>; denn hierbei erfolgt eine körperliche Festlegung, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen<sup>216</sup>. Nichts anderes gilt beim Herunterladen: Der Download-Vorgang auf den Computer oder das Mobiltelefon des Endnutzers ist ebenso eine eigenständige Vervielfältigungshandlung<sup>217</sup>; der Endnutzer kann sich hierbei freilich je nach Fallkonstellation auf die Schrankenbestimmung des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG berufen, wenn er den Download zu privaten Zwecken durchführt und keine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwandt wurde. Auch beim Filesharing im Rahmen von Tauschbörsen fallen digitale Vervielfältigungen an, da Nutzer hierbei Musikdateien von fremden Festplatten auf die eigene Festplatte kopieren, wobei die Datei auf der ursprünglichen Festplatte erhalten bleibt<sup>218</sup>. Da § 16 UrhG nicht nach der Dauer des Bestehens des Vervielfältigungsstücks differenziert<sup>219</sup>, sind davon ebenfalls ephemere Vervielfältigungen im Speicher der Grafikkarte<sup>220</sup> und (u.U. automatische) Zwischenspeicherungen im Arbeitsspeicher des Computers umfasst<sup>221</sup>; letztere Nutzungen sind freilich von der Urheberrechtsschranke des § 44 a UrhG gedeckt<sup>222</sup>.

214 Vgl. *Rosbach/Joos*, in: *Urhebervertragsrecht*, S. 333, 340 f.: Die Bezeichnung des Vervielfältigungsrechts als „mechanisches Recht“ resultiert daraus, dass früher die Vinylschallplatten auf mechanischem Wege vervielfältigt wurden.

215 Vgl. *Schricker/Loewenheim*, UrhG, § 16 UrhG, Rn. 23; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 16 UrhG, Rn. 7; *Vianello*, MMR 2009, 90, 90; OLG München ZUM 2001, 420, 426.

216 So die Definition der amlt. Begr. bei *Schulze*, Materialien zum Urheberrechtsgesetz, S. 439; ebenso BGHZ 17, 267, 269 f. – *Grundig-Reporter*.

217 Vgl. *Ventroni/Poll*, MMR 2002, 648, 649; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 16 UrhG, Rn. 7.

218 Vgl. *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 16 UrhG, Rn. 14.

219 Dies wurde im Zuge der Umsetzung der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (2001/29/EG) ausdrücklich im Gesetzestext klargestellt; vgl. dazu BT-Drs. 15/38, S. 17.

220 Vgl. *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 16 UrhG, Rn. 17.

221 Vgl. *Schricker/Loewenheim*, UrhG, § 16 UrhG, Rn. 20 f.

222 Vgl. *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 16 UrhG, Rn. 13, 16.

## 2. Digitalisierung als Vervielfältigung oder Umgestaltung i.S.d. § 23 UrhG?

Fraglich ist, ob die Veränderung der Erscheinungsform eines Musikwerks mittels Digitalisierung oder Datenkomprimierung eine Vervielfältigungshandlung oder eine Bearbeitung bzw. sonstige Umgestaltung im Sinne von § 23 UrhG darstellt. Nach bislang weit überwiegender Auffassung wurde die Digitalisierung bzw. Komprimierung eines urheberrechtlich geschützten Werks in ein digitales Datenformat (wie etwa die Umwandlung eines Musikwerks zu einer im Rahmen der Internetnutzung üblichen mp3-Datei) lediglich als Vervielfältigung gemäß § 16 UrhG und nicht als eine Umgestaltung im Rechtssinne angesehen<sup>223</sup>.

In jüngerer Zeit wurden jedoch vereinzelt Stimmen laut, die in der Digitalisierung und Datenkomprimierung eine urheberrechtlich relevante, nicht-schöpferische Umgestaltung im Sinne von § 23 UrhG erblicken, weil dadurch das Werk in eine andere Form gebracht und damit umgestaltet werde<sup>224</sup>. Diese Auffassung wurde gestärkt durch mehrere jüngst ergangene gerichtliche Entscheidungen, die in der digitalen Modifizierung von Bildern im Internet zu sog. Thumbnails<sup>225</sup> ebenfalls eine sonstige Umgestaltung im Rechtssinne erblickten, da es sich bei diesen Verkleinerungen um technisch herbeigeführte Veränderungen eines urheberrechtlich geschützten Werks handele<sup>226</sup>.

Dieser Ansatz ist jedoch richtigerweise abzulehnen<sup>227</sup>. Die Digitalisierung sowie die digitale Komprimierung stellen nicht ohne weiteres Werkumgestaltungen im Rechtssinne dar und fallen daher nicht unter den Tatbestand von § 23 S. 1 UrhG. Denn bei der Digitalisierung verändert sich bloß die äußere Erscheinungsform des Werks. Das Werk als geistige Wesenheit hingegen bleibt unverändert<sup>228</sup>, da die Substanz des Werks selbst nicht berührt, sondern nur eine Art „elektronische Kopie“ angefertigt wird<sup>229</sup>. Damit ist der Vorgang aber durchaus mit dem Setzen eines handgeschriebenen Manuskripts vergleichbar, das seit jeher als Vervielfältigung

223 Vgl. Schack, ZUM 2002, 497, 498; Schricker, in: *Schricker* (Hrsg.), S. 49; *Schricker/Loewenheim*, UrhG, § 23 UrhG, Rn. 6; *Dreier*, in: *Schricker* (Hrsg.), S. 110; *Loewenheim*, GRUR 1996, 830, 834; *Zscherpe*, MMR 1998, 404, 408; *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 16 UrhG, Rn. 13.

224 Vgl. etwa Klickermann, MMR 2007, 7, 8.

225 Thumbnails sind digitalisierte, „daumennagelgroße“ Miniaturansichten von Bildern in verkleinert und bezüglich ihrer Pixelanzahl reduzierter und komprimierter Form (mit einem Speicherbedarf von nur ca. vier bis fünf kB), die im Rahmen der Trefferliste von Internet-Suchmaschinen angezeigt werden.

226 Vgl. LG Hamburg GRUR-RR 2004, 313, 316; LG Hamburg MMR 2009, 55, 55 f. – Google-Bildersuche; OLG Jena, ZUM 2008, 522, 524. Zustimmung auch *Schrader/Rautenstrauch*, UFITA Bd. 2007/III, 761, 764; *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 16 UrhG, Rn. 21.

227 So nunmehr ausdrücklich auch BGH GRUR 2010, 628, 630 – *Abbildung von Kunstwerken als Thumbnails in Suchmaschine*.

228 Vgl. *Schricker/Loewenheim*, UrhG, § 23 UrhG, Rn. 6.

229 Vgl. *Zscherpe*, MMR 1998, 404, 408.

und nicht als Bearbeitung qualifiziert wird<sup>230</sup>. Derartige geringfügige Abweichungen, die gewöhnlich mit Vervielfältigungshandlungen einhergehen, fallen daher allein unter das Vervielfältigungsrecht<sup>231</sup>. § 23 UrhG greift hingegen erst bei größeren Abweichungen als das bloße Digitalisieren, insbesondere erst dann, wenn urheberpersönlichkeitsrechtliche Belange, wie etwa bei einer Entstellung (§ 14 UrhG), betroffen sind<sup>232</sup>.

Im Ergebnis hätte aber auch die Bejahung der Tatbestandsmäßigkeit von § 23 UrhG in diesem Fall keine relevanten Auswirkungen auf die Musikrechteverwaltung, insbesondere wäre in der Wahrnehmungspraxis keine gesonderte Einwilligung des Urhebers zur Digitalisierung oder Komprimierung seiner Werke einzuholen. Denn die unbeschränkte exklusive Einräumung der (digitalen) Vervielfältigungsrechte des Urhebers auf die GEMA<sup>233</sup> oder sonstige Wahrnehmungsunternehmen schließt jedenfalls nach § 39 UrhG die stillschweigende Änderungsbefugnis mit ein, zur Erfüllung des Nutzungszwecks solche Veränderungen vorzunehmen, die – wie die Digitalisierung, die Dateikomprimierung oder das Erleiden gewisser Qualitätsverluste bei der Umwandlung von Musik in mp3-Dateiformate – zur Online-Nutzung von Musikwerken üblicherweise und bekanntermaßen erforderlich sind<sup>234</sup>. Der Bestimmung des § 39 UrhG liegt die Überlegung zugrunde, dass der Urheber, der einem Dritten das Recht eingeräumt hat, sein Werk auf eine bestimmte Art zu nutzen, diesem Dritten solche Änderungen des Werkes nicht unter Berufung auf urheberpersönlichkeitsrechtliche Belange verwehren können soll, die zur bestimmungsgemäßen Nutzung des Werkes erforderlich oder jedenfalls üblich und daher vorhersehbar sind<sup>235</sup>. Die Vorhersehbarkeit einer Werkumgestaltung im Form der Digitalisierung ist jedoch bei Online-Nutzungen zweifellos gegeben, da eine Nutzung vorbestehender Musikwerke im Online-Bereich ohne eine vorherige Digitalisierung bzw. Datenumwandlung nicht möglich ist. Auch bei einer – fälschlich angenommen – Tatbestandsmäßigkeit von § 23 S. 1 UrhG bei Digitalisierungen und digitalen Komprimierungen musikalischer Werke wäre neben dem bei der GEMA zu erwerbenden (digitalen) Vervielfältigungsrecht daher

230 Vgl. Nordemann/Goddar/Tönhardt/Czychowski, CR 1996, 645, 647 m.w.N.

231 Vgl. Schack, MMR 2008, 414. Für Verkleinerungen in Form von Thumbnails ebenso Schricker/Vogel, UrhR, § 72 UrhG, Rn. 26; Schack, GRUR 2007, 639, 642 f.; LG Erfurt MMR 2007, 391, 392.

232 Vgl. Schack, MMR 2008, 414.

233 Nach §§ 1 lit. h (1), (2) GEMA-Berechtigungsvertrag erfolgt die Einräumung des Rechts zur Aufnahme auf Ton-, Bildton-, Multimedia- und andere digitalen Datenträger, die Vervielfältigungs- und Verbreitungsrechte an diesen Trägern sowie das Recht, Werke der Tonkunst in Datenbanken, Dokumentationssysteme oder in Speicher ähnlicher Art einzubringen. Vgl. dazu bereits oben § 2. D. I. 2.

234 Vgl. Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, § 39 UrhG, Rn. 14; Grunert/Ohst, KUR 2001, 8, 14, Fn. 57; Heerma, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, § 16 UrhG, Rn. 21 m.w.N.

235 Vgl. BGH ZUM 2009, 288 ff. - Klingeltöne für Mobiltelefone; Schricker/Dietz, UrhG, § 14 UrhG, Rn. 11 f.

keine zusätzliche, beim Rechtsinhaber individuell einzuholende Einwilligung erforderlich.

### 3. Zwischenergebnis

Für jede Form der Verwertung von Musik im Online-Bereich bedarf es somit der Einräumung des mechanischen Vervielfältigungsrechts. Der sowohl bei Download- als auch bei Streaming-Nutzungsformen erforderliche Upload-Vorgang auf den Serverrechner sowie ein etwaiges späteres Herunterladen der Musik auf den Computer bzw. das Mobiltelefon des Endnutzers stellen, wie erwähnt, jeweils eigenständige Vervielfältigungshandlungen dar. Ebenso muss der Anbieter auch bei den linearen Sendeformen im Internet zunächst eine Datenbank mit kodierten und komprimierten Musikaufnahmen einrichten und dafür digitale Werkkopien im Sinne des § 16 UrhG herstellen<sup>236</sup>.

## II. Recht der öffentlichen Wiedergabe

Das Recht der Verwertung des Werks in unkörperlicher Form gemäß § 15 Abs. 2 UrhG (Recht der öffentlichen Wiedergabe) kann bei der Musikknutzung im Internet in zweifacher Hinsicht, entweder in Form des Senderechts gemäß § 20 UrhG oder des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung auf Abruf gemäß § 19 a UrhG betroffen sein. In Anlehnung an die auf internationaler Ebene verbreitete Diktion („performing rights“) werden die unkörperlichen Verwertungsrechte üblicherweise zusammenfassend auch als „Aufführungsrechte“ bezeichnet<sup>237</sup>.

Die maßgebliche Verwertungshandlung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung gemäß §§ 15 Abs. 2 S. 2 Nr. 2, 19 a UrhG ist das Bereitstellen des urheberrechtlich geschützten Werks im Internet zum Abruf durch die Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl, mithin die Freishaltung der auf einem Computer oder Server gespeicherten Daten an die Öffentlichkeit<sup>238</sup>. Ob und wie oft das Werk tatsächlich abgerufen wird, ist für das Eingreifen des Rechts uner-

236 Vgl. *Bortloff*, GRUR Int. 2003, 669, 674.

237 Die Bezeichnung des „Aufführungsrechts“ als Überbegriff für sämtliche unkörperlichen Verwertungsrechte i.S.d. § 15 Abs. 2 UrhG ist gemessen an der Terminologie des deutschen UrhG - insbesondere im Hinblick auf das Aufführungsrecht i.e.S. gemäß § 19 Abs. 2 UrhG - freilich unpräzise. Gleichwohl hat sie sich diese Terminologie international, vor allem im angloamerikanischen Sprachraum durchgesetzt, weswegen sie auch in vorliegender Untersuchung übernommen werden soll.

238 Vgl. etwa *Schack*, Urheber- und Vertragsrecht, Rn. 416; *ders.*, GRUR 2007, 639, 640.

heblich; damit wird der Schutz auf den frühest möglichen Zeitpunkt vorverlagert<sup>239</sup>. Ob § 19 a UrhG darüber hinaus auch die im Anschluss an den Abruf erfolgende Übertragung an den Nutzer umfasst, ist umstritten<sup>240</sup>.

Wie in § 20 UrhG ist bei der Auslegung des Begriffs der Öffentlichkeit auf die Legaldefinition des § 15 Abs. 3 UrhG abzustellen<sup>241</sup>. Danach muss sich die Zugänglichmachung nicht an eine breite Öffentlichkeit oder gar an alle an das Internet angeschlossenen Nutzer richten; ausreichend ist, dass das Werk für eine Mehrzahl von Personen, die nicht durch persönliche Beziehung verbunden sind, bestimmt ist<sup>242</sup>. An der Öffentlichkeit im Sinne des § 15 Abs. 3 UrhG kann es beispielsweise fehlen, wenn die Webseite, die die geschützten Musikwerke bereit hält, durch ein Codewort vor dem Zugriff nicht mit dem Webmaster persönlich verbundener Dritter geschützt ist<sup>243</sup>.

Das Senderecht in §§ 15 Abs. 2 S. 2 Nr. 3, 20 UrhG gewährt dem Urheber „das Recht, das Werk durch Funk, wie Ton- und Fernsehrundfunk, Satellitenrundfunk, Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel, der Öffentlichkeit zugänglich zu machen“. § 20 UrhG ist technologieneutral formuliert<sup>244</sup>: Von einer Zugänglichmachung durch „ähnliche technische Mittel“ werden auch alle Sendeformen im Online-Bereich erfasst, soweit sie zu einem vom Sendenden bestimmten Zeitpunkt zeitgleich und ohne Möglichkeit der Beeinflussung der Übertragung durch den Internetnutzer an die Öffentlichkeit im Sinne von § 15 Abs. 3 UrhG gerichtet sind<sup>245</sup>.

## 1. Die Erforderlichkeit der Abgrenzung zwischen dem Senderecht und dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung

Die Abgrenzung dieser beiden unkörperlichen Verwertungsrechte und die damit einhergehende Frage, welche Art von Aufführungsrechten den Online-Musikverwertern nach ihrer jeweiligen Nutzungsintention einzuräumen sind, weist eine bedeutende praktische Relevanz auf.

239 Vgl. *Poll*, GRUR 2007, 476, 478; *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 736.

240 Dafür: *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 19 a UrhG, Rn. 6; *Hoeren*, in: *Loewenheim*, § 21, Rn. 52; *Poll*, GRUR 2007, 476, 478; *Schack*, GRUR 2007, 639, 640; v. *Lewinski*, in: *Schwarz/Peschel-Mehner*, Abschn. 4-G, Ziff. 10.2.3.5; LG München ZUM 2006, 583, 585 – dagegen: *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 19 a UrhG, Rn. 10; *Koch*, Internet-Recht, S. 359; *Schricker/v. Ungern-Sternberg*, UrhG, § 19 a UrhG, Rn. 42 m.w.N., der die nachfolgende Übertragung unter ein unbenanntes Verwertungsrecht nach § 15 Abs. 2 UrhG subsumiert.

241 Vgl. etwa *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 19 a, Rn. 7.

242 Vgl. *Kleinke*, AfP 2008, 460, 463.

243 Vgl. *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 19 a UrhG, Rn. 32.

244 Vgl. *Hoeren*, MMR 2008, 139, 140; *Poll*, GRUR 2007, 476, 479.

245 Vgl. *Schricker/v. Ungern-Sternberg*, UrhG, § 20 UrhG, Rn. 45.

Wie bereits oben erwähnt, hängt vom Ergebnis der Abgrenzung insbesondere die Zuständigkeit für die Rechtevergabe der Leistungsschutzrechte der ausübenden Künstler und Tonträgerhersteller im Online-Bereich ab<sup>246</sup>. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG bzw. § 85 Abs. 1 S. 1 UrhG i.V.m. § 19 a UrhG wird als Ausschließlichkeitsrecht weitestgehend von den Rechtsinhabern, meist den Tonträgerherstellern, individuell wahrgenommen; erst die gesetzlichen Vergütungsansprüche betreffend die Sendeformen gemäß § 78 Abs. 2 Nr. 1 UrhG i.V.m. § 20 UrhG bzw. § 86 UrhG i.V.m. § 78 Abs. 2 Nr. 1 UrhG nimmt die GVL nach Maßgabe der Wahrnehmungsverträge kollektiv wahr<sup>247</sup>. Die Wahrnehmung der Zweitverwertungsrechte durch die GVL ist für die Sender als Musiknutzer in zweifacher Hinsicht vorteilhafter als bei der individuellen Rechtevergabe durch die Tonträgerhersteller: Einerseits müssen sie sich nicht umständlich bei sämtlichen Tonträgerherstellern um Sendelizenzen bemühen, sondern erlangen die erforderlichen Rechte des wesentlichen Musikrepertoires im Wege eines One-Stop-Shops bei der GVL<sup>248</sup>; zum anderen ist der pauschale, dem Angemessenheitsgebot der §§ 11 Abs. 1, 13 Abs. 1, Abs. 3 UrhWG unterliegende Sendetarif der GVL stets günstiger als die von den Tonträgerherstellern in ihrem freien Ermessen festgelegten Vergütungen<sup>249</sup>. Es erstaunt daher nicht, dass auch andere Musikverwerter im Internet versuchen, dieses in § 78 Abs. 2 Nr. 1 UrhG verankerte sog. Sendeprivileg für sich zu beanspruchen<sup>250</sup>. Auf der anderen Seite ist es für die Tonträgerhersteller von großem wirtschaftlichen Interesse, dass der mit dem Sendeprivileg verbundene tatbestandliche Anwendungsbereich des gesetzlichen Vergütungsanspruchs gemäß § 78 Abs. 2 Nr. 1 UrhG möglichst nicht weiter auf den Online-Bereich ausgedehnt wird<sup>251</sup>. Nur ein ausschließliches, von ihnen unmittelbar wahrgenommenes Verbotsrecht für Internetnutzungen ermöglicht es ihnen, Vermarktungsstrategien, Absatzketten und Vergütungen selbst zu gestalten<sup>252</sup>.

Darüber hinaus hat die Abgrenzungsfrage konkrete Bedeutung in Bezug auf die künftige Musikrechteverwaltung im Online-Bereich in Europa erlangt. Lüder, Leiter der Urheberrechtsabteilung bei der GD Binnenmarkt der Europäischen Kommission und damit maßgeblich Beteiligter bei der Ausarbeitung der Kommissions-Empfehlung für legale Online-Musikdienste vom 18. Oktober 2005, machte un-

246 Vgl. oben § 2. D. II. 2.

247 Vgl. dazu oben § 2. D. II.

248 Die GVL verfügt aufgrund der mit ihren ausländischen Schwestergesellschaften abgeschlossenen Gegenseitigkeitsverträge auch über die Leistungsschutzrechte ausländischer Rechtsinhaber; vgl. dazu unten § 5. B.

249 Vgl. *Ventroni*, in: *Schwarz/Peschel-Mehner* (Hrsg.), Ziff. 8.2.5.1., S. 60.

250 Vgl. nur OLG Stuttgart MMR 2008, 474 ff. – *Music-on-Demand-Dienst*; OLG Hamburg ZUM 2009, 414 ff. – *StayTuned III*.

251 Vgl. *Bortloff*, GRUR Int. 2003, 669, 674 f.

252 Vgl. *Schwenzer*, GRUR Int. 2001, 722, 725.

längst deutlich, dass die in der Empfehlung formulierte Forderung nach einer zentralen paneuropäischen Wahrnehmung der Online-Rechte durch eine vom Rechteinhaber bevorzugte Verwertungsgesellschaft allein für die Erstverwertung, d.h. für den primären Online-Musikvertrieb durch interaktive Nutzungsformen wie On-Demand-Services, gedacht war<sup>253</sup>. Die Kommissions-Empfehlung sei nämlich in erster Linie auf die Förderung der Werthaltigkeit des Musikrepertoires gerichtet. Dagegen dienen Sekundärnutzungen von Musik etwa in Form von Internet-Sendungen nicht dem Verkauf von Musikinhalten; diese seien daher von der Kommissions-Empfehlung auszunehmen. Für die linearen Nutzungsarten solle vielmehr das traditionelle Lizenzsystem der Gegenseitigkeitsverträge zwischen den Verwertungsgesellschaften – jedoch ohne territoriale Beschränkungsklauseln – beibehalten werden<sup>254</sup>.

Diese Äußerungen sind durchaus überraschend, bezieht doch die Kommissions-Empfehlung die Online-Senderechte wie Webcasting und Simulcasting ausdrücklich in den Anwendungsbereich der Empfehlung mit ein<sup>255</sup>. In der Tat beschränken sich die infolge der Kommissions-Empfehlung entstandenen paneuropäischen Zentrallizenzierungsmodelle auf den primären On-Demand-Musikvertrieb<sup>256</sup>. Die Online-Senderechte werden jedenfalls bislang weiterhin durch die nationalen Verwertungsgesellschaften in Form eines nationalen One-Stop-Shops lizenziert; inwieweit dies künftig Änderungen unterworfen sein wird, ist freilich ungewiss<sup>257</sup>.

253 Vgl. Lüder, GRUR Int. 2007, 649, 651.

254 Vgl. Lüder, zitiert in Alich/Schmidt-Bischoffshausen, GRUR 2008, 43, 46.

255 Vgl. Europäische Kommission, Empfehlung vom 18.10.2005, ABl. L 276/54, Ziff. 1 lit. f), i).

256 Information der GEMA, Generaldirektion Rundfunk und Neue Medien, anlässlich eines Gesprächs mit dem Verfasser am 9.9.2009; VPRT, Stellungnahme zum Issues Paper Online-Commerce der GD Wettbewerb, S. 2; online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 26.8.2009): [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008\\_online\\_commerce/vprt\\_contribution\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2008_online_commerce/vprt_contribution_de.pdf). Auch das Europäische Parlament geht in seiner als Reaktion zur Kommissions-Empfehlung verabschiedeten Entschließung vom 13. März 2007 davon aus, dass die Empfehlung trotz ihres entgegenstehenden Wortlauts lediglich den primären Online-Verkauf von Musikaufnahmen, nicht jedoch die Online-Sendeformen umfasst; vgl. Europäisches Parlament, Entschließung zu der Empfehlung 2005/737/EG der Kommission vom 18. Oktober 2005 für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden (2006/2008/INI), vom 13.3.2007, Ziff. D.

257 So hatte die britische Verwertungsgesellschaft MCPS-PRS, Beteiligte bei der CELAS, bereits im Jahr 2007 die Ausdehnung dieses Zentrallizenzmodells auch auf den Rundfunkbereich angekündigt. Vgl. VPRT, Stellungnahme zum Online Commerce Roundtable, S. 2; online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 26.8.2009): [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009\\_online\\_commerce/vprt\\_de.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2009_online_commerce/vprt_de.pdf).

## 2. Die Abgrenzung im Einzelfall

Entscheidendes Abgrenzungskriterium zwischen den beiden unkörperlichen Verwertungsrechten ist nach ganz herrschender Auffassung das Tatbestandsmerkmal „zu Zeiten ihrer Wahl“ in § 19 a UrhG: Die Möglichkeit des Nutzers, den Zeitpunkt der tatsächlichen Übermittlung des Werkes frei zu bestimmen, kennzeichnet die interaktive Nutzung im Online-Bereich und grenzt sie von anderen Arten der öffentlichen Wiedergabe, insbesondere den Sendungen, ab<sup>258</sup>. Dagegen erfasst § 20 UrhG alle linearen Übermittlungsformen, bei denen der Sendende selbst den Zeitpunkt der Werknutzung fest vorgibt und die Übermittlung damit zeitgleich an alle Nutzer erfolgt<sup>259</sup>. Dementsprechend gibt sich im Einzelfall folgendes Bild:

Der primäre Musikvertrieb im Online-Bereich über individuell abrufbare Musik- und Klingelton-Download-Shops wird unbestritten dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19 a UrhG zugeordnet<sup>260</sup>. Daran ändert sich auch nichts, wenn diese interaktiven On-Demand-Nutzungen nur im Wege des Streaming ohne Download-Funktion angeboten werden: Ein im Internet zugänglich gemachter Stream, der nach freier Wahl jederzeit und auch mehrfach abrufbar ist, ist ebenfalls als eine öffentliche Zugänglichmachung zu beurteilen<sup>261</sup>. Daher unterfällt auch der Musikabruf auf User Generated Content- und Social Network-Plattformen unter § 19 a UrhG<sup>262</sup>. Kommerzielle Tauschbörsen sind ebenso als Nutzungen im Sinne von § 19 a UrhG zu qualifizieren, da hierbei – vergleichbar den Download-Diensten – eigene Dateien des Nutzers zum interaktiven Abruf durch die anderen Teilnehmer angeboten werden<sup>263</sup>.

Demgegenüber werden nach überwiegender Ansicht lineare Musikübermittlungen im Wege des Internet-Radio oder Internet-TV, sei es in Form des Simulcasting oder des Webcasting, dem Senderecht des § 20 UrhG zugeordnet<sup>264</sup>. Solange dabei

258 Vgl. *Poll*, GRUR 2007, 476, 480; *Kleinke*, AfP 2008, 460, 463; *Hoeren*, in: *Loewenheim*, § 21, Rn. 63; *Schack*, GRUR 2007, 639, 641; *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 19 a UrhG, Rn. 15 ff.; *Klatt*, CR 2009, 517, 519 f.; OLG Stuttgart MMR 2008, 474 ff. – *Music-on-Demand-Dienst*.

259 Vgl. *Poll*, GRUR 2007, 476, 480.

260 Vgl. *Kleinke*, AfP 2008, 460, 464; *Poll*, GRUR 2007, 476, 480.

261 Vgl. *Schack*, GRUR 2007, 639, 641.

262 Vgl. *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 19 a UrhG, Rn. 34.

263 Vgl. *Heine*, Wahrnehmung von Online-Musikrechten, S. 14; *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 16 UrhG, Rn. 14.

264 Vgl. LG München ZUM 2001, 260, 263; LG Hamburg ZUM 2005, 844, 846; *Schwarz*, ZUM 2000, 816, 821; *Schricker/v. Ungern-Sternberg*, UrhG, Vorb. §§ 20 ff. UrhG, Rn. 7 und § 20 UrhG, Rn. 45 m.w.N.; *Schwarz/Reber* in: *Loewenheim*, § 21, Rn. 76; *Manegold*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, Vorb. §§ 88 ff. UrhG, Rn. 40; *Fringuelli*, Internet TV, S. 222. In diesem Sinne auch der EU-Richtlinienvorschlag zur Änderung der Fernseh-Richtlinie, v. 13. 12. 2005 KOM (2005) 646, Begr. S. 11. Dagegen *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 19 a UrhG, Rn. 10 und § 20 Rn. 16; *Bortloff*, GRUR Int. 2003, 669, 675; *Schäfer*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 86 UrhG, Rn. 7; offengelassen von *Schwenzer*, GRUR Int. 2001, 722, 729.

keine Möglichkeit zur individuellen Beeinflussung des Programmablaufs besteht, ändert daran auch das Bestehen einer Abrufmöglichkeit als solcher nichts, wenn diese nur darin besteht, dass ein bereits in dem Empfangsgerät „angekommenes“ Programm erst hierdurch hörbar gemacht werden kann; der Abruf entspricht in diesem Fall lediglich dem Einschalten eines Empfangsgeräts bei konventionellen Rundfunksendungen<sup>265</sup>. Dementsprechend unterfallen auch nicht-interaktive Live-Übertragungen, die das gesendete Programm integral ohne Möglichkeit zum Download übermitteln, dem Senderecht; dieser Einordnung des Live-Streaming steht auch nicht entgegen, dass in einem Puffer für wenige Sekunden ein Datenvorrat angelegt wird<sup>266</sup>. Schließlich wurde die Übermittlung durch digitale Musikmehrkanaaldienste, bei denen eine Vielzahl spezialisierter, im Einzelnen vom Nutzer jedoch nicht beeinflussbarer Programme übertragen wird, zwischen denen der Nutzer auswählen kann, bereits von der Rechtsprechung als Sendung im Sinne des § 20 UrhG qualifiziert<sup>267</sup>. Wenn jedoch die Programmfolge vom Nutzer selbst bestimmt werden kann<sup>268</sup>, oder Sendungen für einen späteren, zeitversetzten Abruf bereitgehalten werden<sup>269</sup>, liegt demgegenüber ein Fall der öffentlichen Zugänglichmachung gemäß § 19 a UrhG vor. Aus diesem Grund sind auch Podcasts dem Anwendungsbereich des § 19 a UrhG zuzuordnen<sup>270</sup>.

Ebenso sind Hintergrundmusiken auf privaten oder gewerblichen Webseiten, wo Musiktitel gezielt angewählt werden können oder die Übertragung startet, wenn sich ein Nutzer auf die Homepage begibt, richtigerweise aufgrund des interaktiven Moments unter das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zu subsumieren<sup>271</sup>. Anders stellt sich dies allerdings dar, wenn die musikalische Untermalung

265 Vgl. *Poll*, GRUR 2007, 476, 480; *Schricker/v. Ungern-Sternberg*, UrhG, § 20 UrhG, Rn. 45 m.w.N.; a.A. *Bortloff*, GRUR Int. 2003, 669, 675.

266 Vgl. *Schack*, GRUR 2007, 639, 641; *Poll*, GRUR 2007, 476, 480; LG Köln ZUM 2005, 574; *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, §§ 20, 20 a UrhG, Rn. 14; a.A. *Theiselmann*, Geistiges Eigentum in der Informationsgesellschaft, S. 60 f.

267 OLG München ZUM 2000, 591; BGH ZUM 2004, 669, 670 – *Musikmehrkanaaldienst*. Dem Umstand, dass die Musikübermittlung im Rahmen von Musikmehrkanaaldiensten dem Endnutzer weitestgehende Verwendungsmöglichkeiten einräumt (wie etwa die Möglichkeit der Aufzeichnung auf externe Speichermedien in digitaler Qualität), versuchte die GVL bisher mit einem entsprechend hohen Tarif (30 % aller Bruttoerlöse (exklusive MwSt.)) zu begegnen. Der BGH, a.a.O., hat im Ergebnis offen gelassen, ob dieser Tarif – wie das Berufungsgericht OLG München meinte – gegen das Angemessenheitsgebot in § 13 Abs. 3 UrhWG verstößt und die Sache zur weiteren Klärung an das Berufungsgericht zurückverwiesen. Vgl. *Ventroni*, in: *Schwarz/Peschel-Mehner* (Hrsg.), Recht im Internet, Ziff. 8.2.5.1., S. 60.

268 Vgl. *Poll*, GRUR 2007, 476, 480; *Ehrhardt*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, §§ 20, 20 a UrhG, Rn. 14; OLG Hamburg MMR 2006, 173, 174 – *StayTuned*.

269 Vgl. *Schack*, GRUR 2007, 639, 641.

270 Ebenso *Poll*, GRUR 2007, 476, 480; *Ehrhardt* in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, §§ 20, 20 a, Rn. 14.

271 Vgl. *Gerlach*, ZUM 2000, 856, 858; auch die GEMA geht in ihrem entsprechenden Tarif (VR-W I) von der Tatbestandsmäßigkeit des § 19 a UrhG aus.

tatsächlich streng linear angeboten wird, d.h. wenn der Nutzer bei Öffnen der Website lediglich in eine laufende Übertragung eingeschaltet wird und keinen Einfluss auf die Musikgestaltung hat.

Die urheberrechtliche Einordnung von Near-on-Demand-Diensten, bei denen das Programm in eine sich ständig wiederholende Schleife eingespeist wird, auf welches der Nutzer zum Zeitpunkt seiner Wahl zugreifen kann, ist umstritten. Die überwiegende Literaturmeinung ordnet Near-on-Demand-Dienste dem Senderecht des § 20 zu<sup>272</sup>. Nach anderer Ansicht werden sie hingegen dann von § 19 a UrhG erfasst, wenn das Werk aus der Sicht des Werknutzers in so kurzen Abständen abgerufen werden kann, dass es für ihn als nahezu jederzeit zugänglich erscheint<sup>273</sup>. Die letztgenannte Auffassung überzeugt jedoch nicht. Ungeachtet der Schwierigkeit, das entscheidende Zeitintervall verlässlich zu bestimmen, müssen es allein objektive, den Urhebern und Verwertern gleichermaßen bekannte Kriterien sein, die über die Abgrenzung der Verwertungsrechte entscheiden<sup>274</sup>. Stattdessen ist zentrales Argument für die Einordnung unter § 20 UrhG vielmehr, dass es sich hier um ein bloßes Zuschalten in eine bereits laufende lineare Übertragung handelt, deren Zeitpunkt allein vom Sendenden bestimmt wird<sup>275</sup>.

Gleichermaßen uneinheitlich beurteilt wird die Zuordnung von Push-Diensten; vor dem Hintergrund der zahlreichen Erscheinungsformen der Push-Dienste, etwa als Personal Video Recorder oder Push video on-Demand, verbietet sich insoweit eine pauschale und einheitliche Qualifizierung dieser Nutzungsform; vielmehr kommt es auf den konkreten Einzelfall der Ausgestaltung des Dienstes an<sup>276</sup>. Dabei scheidet die Anwendung von § 19 a UrhG jedenfalls dann aus, wenn der Diensteanbieter den Zeitpunkt der Übermittlung von sich aus festlegt und der Endnutzer darauf keinen Einfluss hat<sup>277</sup>.

Noch gänzlich ungeklärt ist die urheberrechtliche Einordnung von personalisierten Internetradios (Unicasts<sup>278</sup>), die je nach funktionaler Ausgestaltung Nutzungsmerkmale enthalten, die sowohl dem Senderecht gemäß § 20 UrhG als auch dem Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19 a UrhG zugeordnet werden können: So erfolgt bei Unicasts auf der einen Seite die konkrete Auswahl der Musikwerke allein durch den Musikanbieter, der damit an sich die redaktionelle

272 Vgl. *Schricker/v. Ungern-Sternberg*, UrhG, § 20 UrhG, Rn. 9; *Poll*, GRUR 2007, 476, 481; *Schack*, GRUR 2007, 639, 641 m.w.N.; *Fringuelli*, Internet TV, S. 224 f.; *Reinbothe*, GRUR Int. 2001, 733, 736; v. *Lewinski*, MMR 1998, 115, 116.

273 Vgl. *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhG, § 19 a UrhG, Rn. 19. Stets für die Anwendung des § 19 a UrhG: *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 19 a UrhG, Rn. 10.

274 Vgl. *Schack*, GRUR 2007, 639, 641.

275 Dahingehend auch EuGH, MMR 2005, 517, 518 - *Near-Video-on-Demand als Fernsehen*, mit der Betonung, dass es nicht auf die Technik der Bildübertragung ankommt.

276 Vgl. hierzu eingehend *Poll*, GRUR 2007, 476, 481 m.w.N.; *Kleinke*, AfP 2008, 460, 464 f.

277 Vgl. *Poll*, GRUR 2007, 476, 481; *Schricker/v. Ungern-Sternberg*, UrhG, § 20 UrhG, Rn. 47; a.A. *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 19 a UrhG, Rn. 10.

278 Vgl. dazu oben § 3. A. II.

Hoheit über das übermittelte Musikprogramm behält, was für eine Subsumtion unter das Senderecht spricht. Auf der anderen Seite kann der Musiknutzer durch bestimmte interaktive Funktionen die persönliche Musikauswahl des Anbieters für den Musiknutzer in gewissem Umfang steuern, was hingegen eine Nähe zum interaktiven Abrufsrecht nach § 19 a UrhG aufweist<sup>279</sup>.

Teilweise wird die Musiknutzung durch Unicasts bereits dann dem § 19 a UrhG zugeordnet, wenn der Nutzer den Programmablauf nur geringfügig beeinflussen kann; die Möglichkeit der Musiknutzer zum Abruf „zum Zeitpunkt ihrer Wahl“ im Sinne des § 19 a UrhG wird nach dieser Ansicht sehr extensiv ausgelegt und umfasst etwa auch solche Musiknutzungen, bei denen der Endnutzer im Rahmen eines vom Sendenden vorgegebenen Programms aus einer Vielzahl von Tonaufnahmen derart wählen kann, dass er nicht den gerade laufenden, sondern bereits jetzt den nächsten oder übernächsten Musiktitel hören oder auch den laufenden Titel anhalten oder zu einem späteren Zeitpunkt weiterhören kann<sup>280</sup>. Gegen diese Einschätzung lässt sich jedoch anführen, dass das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung in erster Linie auf die positive Möglichkeit, etwas abzurufen, abzielt und damit nicht mit der bloßen Möglichkeit, in einem bestehenden Programm einzelne Musiktitel abzulehnen, gleichzusetzen ist<sup>281</sup>. Richtigerweise ist daher keine schematische, sondern eine auf den Einzelfall bezogene Einordnung nach dem maximalen Grad der interaktiven Beeinflussbarkeit des jeweiligen Unicast-Angebots vorzunehmen: Danach ist die Musiknutzung bei einem personalisierten Internetradio dann dem § 19 a UrhG zuzuordnen, wenn die mögliche Segmentierung der Musiktitel nach dessen Nutzungsfunktionen so weit individualisiert werden kann (etwa durch Favoritenauswahl- oder Skipfunktionen), dass letztlich nur noch die vom Endnutzer konkret gewünschten Aufnahmen gespielt werden, da in einem solchen Fall faktisch die Möglichkeit der jederzeitigen, gezielten Abrufbarkeit gegeben ist<sup>282</sup>; ob der Musiknutzer von diesen Individualisierungsmöglichkeiten auch Gebrauch macht, ist dabei unerheblich<sup>283</sup>. Soweit dagegen der größtmögliche Grad der inhaltlichen Beeinflussbarkeit des Musikprogramms nicht dazu führt, dass der Endnutzer einen von ihm bestimmbaren Musiktitel hören kann, liegt kein gezielter Einzelabruf vor, was vielmehr die Einordnung unter das Senderecht nach § 20 UrhG rechtfertigt<sup>284</sup>.

279 Vgl. *Klatt*, CR 2009, 517, 521.

280 Vgl. *Schwenzer*, GRUR Int. 2001, 722, 7728 f.; im Ergebnis ebenso *Bortloff*, GRUR Int. 2003, 669, 675, der bereits das Simulcasting dem Recht des § 19 a UrhG zuordnen möchte.

281 Vgl. *Handig*, GRUR Int. 2007, 207, 209.

282 Vgl. *Klatt*, CR 2009, 517, 522.

283 Vgl. *Klatt*, a.a.O.

284 Vgl. *Klatt*, a.a.O.

### III. Sonstige betroffene Urheberrechte

#### 1. Filmherstellungsrecht

Bei allen audiovisuellen, d.h. aus Bild und Musik bestehenden Werken, ist zusätzlich die Einholung des sog. Filmherstellungsrechts erforderlich, soweit es sich um die erstmalige Verbindung eines Musikwerkes mit einem Film (etwa bei Herstellung eines nutzergenerierten Musik-Videoclips) handelt. Nach herrschender Auffassung handelt es sich dabei um eine Vervielfältigung im Sinne des § 16 UrhG, wenn die Musik dabei unverändert übernommen wird<sup>285</sup>. Das Filmherstellungsrecht wird – mit Ausnahme von Eigen- und Auftragsproduktionen von Fernsehanstalten für eigene Sendezwecke – gemäß § 1 lit. i GEMA-BV nur unter einer auflösenden Bedingung der GEMA zur Wahrnehmung übertragen. Die GEMA muss hierbei entsprechende Anfragen an den Berechtigten weiterleiten, damit er die Entscheidung zu einer individuellen Rechtswahrnehmung treffen kann<sup>286</sup>; diese muss er der GEMA schriftlich innerhalb einer Frist von vier Wochen (bei subverlegten Werken innerhalb von drei Monaten) mitteilen<sup>287</sup>. In der Praxis vergeben die Urheber bzw. die Musikverlage dieses Recht selbst, da sie durch individuelle Vereinbarungen mit den Nutzern in aller Regel höhere Lizenzgebühren erzielen können<sup>288</sup>.

Nicht erforderlich ist das Filmherstellungsrecht dann, wenn es nicht um die Herstellung und erstmalige Verwendung eines Filmwerks geht, sondern wenn ein vorbestehender Film mitsamt der darin enthaltenen Musik zweitausgewertet wird<sup>289</sup>. Dies gilt auch bei der Zweitauswertung audiovisueller Werke im Online-Bereich<sup>290</sup>.

Hingegen dürfte das Filmherstellungsrecht in der Regel bei Live-Übertragungen von Konzerten über das Internet im Wege des Live-Streaming betroffen sein. So muss nach Auffassung des BGH in seiner *Alpensinfonie*-Entscheidung das Filmherstellungsrecht aufgrund dessen Vervielfältigungsrechtscharakters jedenfalls dann erworben werden, wenn es dabei tatsächlich zu einer (erstmaligen) körperli-

285 Vgl. *Ventroni*, Das Filmherstellungsrecht, S. 119 ff.; *Siebert*, S. 49 ff.; *Castendyk*, in: *Loewenheim*, § 75, Rn. 298; BGH MMR 2006, 305, 307 – *Alpensinfonie*. Dagegen für das Eingreifen urheberpersönlichkeitsrechtlicher Einwilligungrechte (§§ 14, 23 UrhG) *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, § 23 UrhG, Rn. 21; *ders.*, ZUM 1993, 255, 267; *Russ*, ZUM 1995, 32, 34 (stets Bearbeitung i.S.d. § 23 UrhG).

286 Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, Vor § 31 UrhG, Rn. 136.

287 Vgl. § 1 lit. i (1) 2 GEMA-Berechtigungsvertrag.

288 Vgl. *Ventroni/Poll*, MMR 2002, 648, 649.

289 Vgl. BGH GRUR 1994, 41, 42 f. – *Videozweitauswertung II*; ebenso *Lütje*, in: *Möhring/Nicolini*, UrhG, § 88 UrhG, Rn. 10; *Schricker/Schricker*, UrhG, Vor §§ 28 ff. UrhG, Rn. 101; *Schricker/Katzenberger*, UrhG, Vor §§ 88 ff. UrhG, Rn. 27 ff.; *Ventroni*, Das Filmherstellungsrecht, S. 94 ff.

290 Ebenso *Ventroni/Poll*, MMR 2002, 648, 650.

chen Fixierung der Ton-Bild-Verbindung kommt<sup>291</sup>. Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass dort, wo bei der filmischen Nutzung von Musik keine Vervielfältigung stattfindet, auch das Filmherstellungsrecht nicht eingeholt werden muss<sup>292</sup>. Wie bereits gesehen, finden jedoch beim Live-Streaming über das Internet in aller Regel Vervielfältigungshandlungen wie etwa Digitalisierungen, Datenkomprimierungen sowie weitere Kopiervorgänge beim Hochladen der audiovisuellen Inhalte auf den Server des Sendunternehmens statt, so dass insoweit neben dem eigentlichen mechanischen Vervielfältigungsrecht von der GEMA auch das Filmherstellungsrecht direkt vom Rechtsinhaber erworben werden muss<sup>293</sup>.

## 2. Urheberpersönlichkeitsrechte

Soweit das Musikwerk bei der Nutzung im Online-Bereich entsteht (§ 14 UrhG) oder bearbeitet bzw. anderweitig umgestaltet (§ 23 UrhG) wird, stellt sich ebenfalls die Frage nach einer zusätzlich erforderlichen individuellen Zustimmung des Rechtsinhabers neben der eigentlichen Online-Lizenz der GEMA.

Trotz Berührung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Belange ist eine derartige Einwilligung dann entbehrlich, wenn die entsprechenden Rechte der GEMA durch den GEMA-Berechtigungsvertrag bereits mit eingeräumt und damit Bestandteil der von ihr erteilten Online-Lizenz sind. Dies bemisst sich grundsätzlich nach § 31 Abs. 5 UrhG bzw. § 39 UrhG, deren Reichweite gerade bei Bearbeitungen bzw. Umgestaltungen im Sinne des § 23 UrhG im Einzelfall jedoch nicht unumstritten sind. So liegt zwar bei einer nicht unerheblichen Veränderung der Substanz eines Musikwerks, wie etwa bei dessen Kürzung zur Adaptierung an ein Musikvideo oder bei der Bereitstellung einer verkürzten Musikfassung im Internet, eine Bearbeitung oder Umgestaltung im Rechtssinne vor<sup>294</sup>. Die Frage aber, ob dieses Recht der sog. Teilwerk-Nutzung bereits der GEMA mit eingeräumt ist, wird unterschiedlich beantwortet<sup>295</sup>. Eindeutiger stellt sich die Rechtslage hingegen bei Entstellungen bzw. Beeinträchtigungen im Sinne des § 14 UrhG dar. Hier endet unzweifelhaft die Wahrnehmungsbefugnis der GEMA, sobald dieses Recht tatsäch-

291 Vgl. BGH MMR 2006, 305, 307 – *Alpensinfonie*.

292 Vgl. *Ventroni*, MMR 2006, 305, 308; *Büscher/Müller*, GRUR 2009, 558, 559; a.A. LG München ZUM 1993, 289, 291 – *Michael Jackson Show*; *Staudt*, in: *Kreile/Becker/Riesenhuber* (Hrsg.), S. 357, Rn. 256.

293 Unzutreffend daher *Büscher/Müller*, GRUR 2009, 558, 559.

294 Vgl. *Vianello*, MMR 2009, 90, 93; *Staudt*, in: *Kreile/Becker/Riesenhuber* (Hrsg.), S. 356, Rn. 253.

295 Für eine Mitübertragung auf die GEMA *Staudt*, in: *Kreile/Becker/Riesenhuber* (Hrsg.), Kap. 10, S. 332, Rn. 189 und S. 354, Rn. 254; *Ventroni*, *Das Filmherstellungsrecht*, S. 211 ff. Dagegen: *Vianello*, MMR 2009, 90, 93; *Schulze*, in: *Dreier/Schulze, UrhG*, § 39 UrhG, Rn. 22; LG München GRUR 2005, 574, 575 – *O Fortuna*.

lich verletzt ist<sup>296</sup>. Dies ist etwa dann der Fall, wenn ein Musikwerk in einen Zusammenhang gestellt wird, der geeignet ist, die berechtigten geistigen oder persönlichen Interessen des Urhebers am Werk zu gefährden<sup>297</sup>. In einem solchen Fall ist daher eine zusätzliche Einwilligung beim Rechtsinhaber einzuholen.

Anders wiederum hat dies jedoch der BGH bei der Lizenzierung von Klingeltonen entschieden<sup>298</sup>. Hier wurde jahrelang ein zweistufiges Lizenzierungsverfahren praktiziert, wonach neben dem von der GEMA wahrgenommenen Recht zur Klingeltonnutzung<sup>299</sup> wegen § 1 lit. k (2) GEMA-BV<sup>300</sup> eine zusätzliche Einwilligung des Rechtsinhabers als erforderlich angesehen wurde. Der BGH erblickte in der Verwendung eines Musikwerks als Klingelton für Mobiltelefone zwar ebenfalls einen Eingriff in die Rechte aus §§ 14, 23 S. 1 UrhG<sup>301</sup>. Jedoch ging er davon aus, dass die Berechtigungsverträge der GEMA in den Fassungen von 2002 und 2005<sup>302</sup> trotz § 1 lit. k (2) GEMA-BV eine umfassende Rechtseinräumung zur Klingeltonnutzung vorsehen. Einer zusätzlichen Einwilligung des Urhebers bedurfte es daher nach § 39 UrhG dann nicht, wenn das Musikwerk auf eine Art und Weise zum Klingelton umgestaltet wurde, die bei Einräumung der Nutzungsrechte üblich und vorhersehbar war<sup>303</sup>.

#### IV. Ergebnis

Somit kann zusammenfassend festgehalten werden: Die reine Musiknutzung im Internet berührt sowohl das mechanische Vervielfältigungsrecht als auch das Aufführungsrecht, je nach Nutzungsform entweder das Senderecht gemäß § 20 UrhG oder das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung auf Abruf nach § 19 a UrhG. Vor diesem Hintergrund wird daher das Online-Recht auch als Kombinationsrecht

296 Vgl. *Staudt*, in: *Kreile/Becker/Riesenhuber* (Hrsg.), Kap. 10, S. 365, Rn. 279 f.; *Büscher/Müller*, GRUR 2009, 558, 560.

297 Vgl. *Schricker/Dietz*, UrhG, § 14 UrhG, Rn. 23 m.w.N.; OLG Frankfurt, GRUR 1995, 215, 216 – *Springtoifel*.

298 BGH ZUM 2009, 288 ff. – *Klingeltöne für Mobiltelefone*.

299 Vgl. § 1 lit. h (4) GEMA-BV.

300 § 1 lit. k (2) GEMA-BV lautet:

„Nicht vom Berechtigten werden der GEMA übertragen die Rechte zur Bearbeitung, Umgestaltung und/oder Kürzung eines Werkes der Tonkunst (mit oder ohne Text) zur Verwendung als Rufmelodie und/oder Freizeichenunterhaltungsmelodie. Die Befugnis des Berechtigten, die Einwilligung in die Verwendung solcher Werkfassungen im Einzelfall zu erteilen, bleibt unberührt. Es bleibt bei der Übertragung der unter Ziff. 1 h) aufgeführten Nutzungsrechte an die GEMA.“

301 Vgl. BGH ZUM 2009, 288, 289 – *Klingeltöne für Mobiltelefone*.

302 Nicht aber in der Fassung von 1996; vgl. BGH ZUM 2009, 288, 290 – *Klingeltöne für Mobiltelefone*.

303 Vgl. BGH ZUM 2009, 288, 291 f. – *Klingeltöne für Mobiltelefone*.

bezeichnet<sup>304</sup>. Da die Online-Nutzungsrechte auch nicht dem Erschöpfungsgrundsatz unterliegen<sup>305</sup>, benötigen daher Anbieter von urheberrechtlich geschützten Musikwerken im Online-Bereich zu einer sämtliche Teilakte der Online-Nutzung umfassenden Lizenz stets die Einräumung beider Nutzungsrechte<sup>306</sup>. Davon gehen auch die Verwertungsgesellschaften aus<sup>307</sup>.

Die bestehende Rechtslage im Online-Bereich ist durchaus grundsätzlicher Kritik ausgesetzt. Insbesondere der de lege lata bestehende weite, sämtliche digitale Kopien umfassende Vervielfältigungsbegriff wird im Hinblick auf die Online-Nutzung bisweilen mit der Begründung in Frage gestellt, dass das mechanische Recht im Internet-Sektor Auswertungsarten tangiere, die vom Nutzungsschwerpunkt aus betrachtet eigentlich vom öffentlichen Wiedergaberecht (§§ 19 a, 20 UrhG) abdeckt werden<sup>308</sup>. Das Erfordernis, im Online-Bereich stets separate Vervielfältigungs- und Aufführungslizenzen für den einheitlichen Nutzungsvorgang reiner Musikauswertung einzuholen, benachteilige die Musiknutzer im Vergleich zum Offline-Bereich, wo für eine vergleichbare Verwertungshandlung meist nur ein einziges Recht eingeräumt werden muss, und führe zusätzlich zu einer erheblichen Verkomplizierung der Musikrechteverwaltung im Online-Bereich<sup>309</sup>. Es ist daher nicht überraschend, dass von verschiedener Seite angeregt wird, dieses derzeit bestehende rechtliche System der doppelten Rechteeinholung etwa durch eine Verengung des urheberrechtlichen Vervielfältigungsbegriffs<sup>310</sup>

304 So etwa *Ventroni*, in: *Schwarz/Peschel-Mehner* (Hrsg.), Ziff. 8.2.3., S. 39.

305 Vgl. für die Ausführungsrechte EuGH, Rs. 62/79, GRUR Int. 1980, 602, 607 – *Coditel I; Schricke/v. Ungern-Sternberg*, UrhG, § 15 UrhG, Rn. 38 m.w.N.; für das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19 a UrhG) ausdrücklich auch Art. 3 Abs. 3 der RiL 2001/29/EG. Für das Vervielfältigungsrecht vgl. etwa *Schulze*, in: *Dreier/Schulze, UrhG*, § 16 UrhG, Rn. 4; BGH GRUR 2005, 940, 942 – *Marktstudien*.

306 So auch *Europäische Kommission*, Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future – A Reflection Dokument of DG INFSO and DG MARKT, vom 22.10.2009, S. 5; online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 29.10.2009): [http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/other\\_actions/col\\_2009/reflection\\_paper.pdf](http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/other_actions/col_2009/reflection_paper.pdf).

307 Vgl. *Kreile/Becker*, in: *Hoeren/Sieber* (Hrsg.), Teil 7.7, Rn. 30; ebenso *STIM*, Call for Comments to the Commission Recommendation of 18.10.2005, vom 17.1.2007, S. 6; online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 27.7.2009): [http://circa.europa.eu/Public/irc/market/market\\_consultations/library?/=copyright\\_neighbouring/collective\\_cross-border/stim\\_en-pdf/\\_EN\\_1.0\\_&a=d](http://circa.europa.eu/Public/irc/market/market_consultations/library?/=copyright_neighbouring/collective_cross-border/stim_en-pdf/_EN_1.0_&a=d).

308 Vgl. etwa *Hugenholz et al.*, Study on the Implementation and Effect of Directive 2001/29/EC, Februar 2007, S. 23 ff.; online abrufbar unter (zuletzt abgerufen am 26.7.2009): [http://ec.europa.eu/internal\\_market/copyright/docs/studies/infosoc-study\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/infosoc-study_en.pdf).

309 Vgl. *Hugenholz et al.*, a.a.O., S. 24 f. Diese Problematik findet seine rechtsdogmatische Fortsetzung in der derzeit umstrittenen Frage, ob die beiden Teilakte von Online-Nutzungen – einerseits digitale Vervielfältigungsrechte, andererseits Online-Aufführungsrechte – unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten überhaupt mit dinglicher Wirkung voneinander abspaltbar sind, wie dies bei der Online-Musikrechteverwaltung in Europa derzeit über weite Strecken praktiziert wird; vgl. dazu eingehend unten § 11. D.

310 Vgl. *Hugenholz et al.*, a.a.O., S. 25.

oder durch Neuschaffung eines einheitlichen, sämtliche Teilnutzungsakte umfassenden Online-Rechts<sup>311</sup> zu durchbrechen.

Soweit über das Internet nicht nur reine Musikinhalte, sondern audiovisuelle Werke übermittelt werden, ist darüber hinaus bei der erstmaligen Verbindung von Musik mit Bildmaterial auch das Filmherstellungsrecht in der Regel individuell beim jeweiligen Rechtsinhaber zu erwerben. Ferner kann im Einzelfall bei einer Werkumgestaltung im Sinne des § 23 UrhG oder bei einer Beeinträchtigung im Sinne der §§ 14, 39 UrhG eine zusätzliche Einwilligung des Rechtsinhabers zur Werkauswertung erforderlich sein<sup>312</sup>.

### C. Die rechtliche Einordnung grenzüberschreitender Online-Nutzungen

Das Internet als genuin ubiquitäres Medium ermöglicht grundsätzlich eine weltweite Abrufbarkeit von Online-Musikinhalten. Gerade die grenzenlose Verfügbarkeit stellt neben der vereinfachten digitalen Distribution und zentralen Administration den wesentlichen wirtschaftlichen Anreiz für den multiterritorialen Musikvertrieb im Online-Bereich dar, da die Erschließung neuer Nutzerkreise im Ausland in technischer und verwaltungsmäßiger Hinsicht nur verhältnismäßig geringe Kosten erfordert<sup>313</sup>. Jedoch wirft die grenzüberschreitende Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke eine weitere Rechtsfrage, nämlich die kollisionsrechtliche Problematik der anzuwendenden Rechtsordnung, auf. In diesem Zusammenhang ist insbesondere die Frage zu klären, ob und inwieweit bei einer grenzüberschreitenden Wahrnehmungstätigkeit von Verwertungsgesellschaften der Erwerb multiterritorialer Lizenzen erforderlich ist.

311 So etwa unlängst der Vorschlag von *Lincoff* (ehemaliger Leiter der Rechtsabteilung der US-Verwertungsgesellschaft ASCAP), ein neues, einheitliches Online-Recht zu schaffen, dass sämtliche bisher betroffenen Rechte ersetzen soll; vgl. dazu *m&c*, Nr. 368 vom 27.6.2008, S. 13. Dahingehend auch ein von der Europäischen Kommission aufgegriffener Vorschlag zur Förderung von Online-Inhalten in ihrem Diskussionspapier vom 22.10.2009, vgl. *Europäische Kommission*, *Creative Content in a European Digital Single Market: Challenges for the Future – A Reflection Document of DG INFSO and DG MARKT*, vom 22.10.2009, S. 16. Vgl. dazu eingehend unten § 8. A.

312 Die letztgenannten Rechte weisen keinen spezifischen Bezug zur Online-Verwertung auf und sind im gegebenen Fall unabhängig davon, ob die Werke online oder offline genutzt werden, einzuholen. Aufgrund der in aller Regel weltweiten individuellen Administration dieser Rechte wirft der Rechtserwerb insoweit – auch im Hinblick auf grenzüberschreitende Verwertungsformen im Online-Bereich – keine weiteren Probleme auf. Aus diesem Grund bleiben diese gegebenenfalls zusätzlich zu erwerbenden Lizenzen in dieser Abhandlung im Folgenden außer Betracht.

313 Vgl. *Heine*, Wahrnehmung von Online-Musikrechten, S. 42.