

misch nach ihrer aktuellen Popularität aufgelistet. Die Inhalte dieser neuartigen Webportale werden also durch »soziales Filtern« von den Nutzern selbst in eine neue Reihenfolge gebracht. Solche »sozialen Webportale« werden zukünftig die klassischen Medienangebote ergänzen, bei denen nach professionellen, journalistischen Kriterien Inhalte selektiert und aufbereitet werden. Content macht sich im Netz zunehmend selbstständig und wird auch außerhalb der klassischen Medienportale genutzt.

XIX. Inhalte machen sich im Netz selbstständig

Die Konvergenz der Medien führt dazu, dass ein Bewegtbildformat nicht mehr an einen bestimmten »Kanal« gebunden ist. Zusätzlich verändert die digitale Welt unsere Nutzungsgewohnheiten. Aus diesem Grund hat das ZDF gar keine andere Wahl, als mit seinen Inhalten auf allen von den Zuschauern genutzten Plattformen zur Verfügung zu stehen, wo und wann immer der Zuschauer es will. ◇

Der Begriff des Sendens aus urheberrechtlicher Sicht*

Von Professor Dr. Georgios Gounalakis**, Marburg

Nachdem Harry *Belafonte* seinen *Banana-Boat-Song* (*Day-o, come, Mr. Tally Mon, tally me banana, six foot, seven foot, eight foot, bunch*) auf jedem seiner Konzerte als Zugabe singen musste, hat er den Satz geprägt: »Als Sänger sollte man sich genau überlegen, welches Lied man singt.« Es könnte einen ein Leben lang verfolgen. Dieser Satz gilt auch für andere Berufsgruppen: Auch als Wissenschaftler sollte man sich vergewissern, welchem Thema man sich widmet. Es könnte einen auf ewig verfolgen. Als ich mich das erste Mal vor mehr als zwanzig Jahren mit dem Senderecht befasst habe, hatte ich von diesem Satz freilich keine Kenntnis. Heute aber muss ich konstatieren, dass mich das Thema bis heute begleitet hat; und wie zu befürchten ist, wird es mich offenbar nicht mehr loslassen.

I. Der technische Begriff im juristischen Kontext – Senden ist nicht gleich Senden!

Was das Urheberrecht mit Senden meint, sagt es nicht ausdrücklich. Der urheberrechtliche Sendebegriff ist nicht legaldefiniert, wir müssen ihn uns mit juristischen Mitteln erarbeiten; ihn uns aneignen. Das ist für den Fall des Sendebegriffs im Urheberrecht mehr als eine Selbstverständlichkeit. Im Gegenteil: Jeder juristische Begriff, der eine starke empirisch-deskriptive Prägung aufweist, läuft Gefahr, auf diese Prägung reduziert zu werden.

Was Senden ist, kann uns ein Rundfunktechniker empirisch beschreiben. Ebenso beschreibend, wenn auch untechnologisch, werden die Erklärungen eines Kommunikationswissenschaftlers ausfallen. Doch wenn es um juristische Begriffe geht, wechselt der Betrachtungsmodus vom Sein ins Sollen.

Beim Sendebegriff des Urheberrechts geht es nicht darum, zu beschreiben, was ein Sendevorgang in der

Realität ist. Es geht darum, mit größtmöglicher Sicherheit sagen zu können, was ein aus urheberrechtlicher Sicht relevanter Sendevorgang sein soll. In der bewussten oder unbewussten Missachtung dieser Differenz zwischen Empirie und Normativität eines Begriffs erwachsen juristisch viele – mal verlockende, allemal gefährliche – Missverständnisse:

Bei einer technisch geprägten Materie wie dem Recht der neuen Medien weisen juristische wie empirische Begriffe die gleiche Bezeichnung auf, obwohl sie durchaus unterschiedliche Bedeutungen haben können. Was rein technisch als Sendung begriffen wird, muss nicht immer auch urheberrechtlich als Sendung gelten. Und urheberrechtlich muss möglicherweise etwas als Sendevorgang gewertet werden, was man außerjuristisch niemals als Sendung bezeichnen würde.

Wenn also immer wieder die Rede davon ist, das bestehende Recht werde von der technischen Entwicklung überholt, geschieht das nicht selten mit dem Verweis auf juristische Begriffe, die zwar technisch-empirisch an Bedeutung verloren haben. Ob sie sich allerdings auch juristisch überholt haben, wie es der Verweis auf die technische Wirklichkeit suggeriert, ist oft nicht mehr als eine Unterstellung.

Die Planer der heutigen Arbeitssitzung sind diesen begrifflichen Versuchungen nicht erlegen. Sie bringen den Sendebegriff – einen technisch wie juristischen Saurier – ausgerechnet mit Angeboten in Verbindung, die sich anschicken, das klassische Senden in Hörfunk und Fernsehen als dominierende Massenkommunikationstechnik zu überholen: Die Dienste der Neuen Medien.

* Vortrag im Rahmen der Arbeitssitzung »Der Begriff des Sendens aus urheberrechtlicher und aus rundfunkrechtlicher Sicht« des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 27. März 2009 in München.

** Der Verfasser ist Professor an der Philipps-Universität Marburg.

Ein Blick auf die Vielfalt und Dynamik dieser Dienste zeigt, was ein urheberrechtlicher Begriffsapparat an Systematisierungs- und Stabilisierungsleistungen zu erbringen hat. Er zeigt aber auch, wie wichtig es ist, die Bezeichnungen der neuen Dienste in ihrer empirisch-deskriptiven Bedeutung nicht mit den oftmals altmodisch klingenden Begriffen gleichzusetzen, die das Gesetz wählt.

Während § 20 UrhG vom technischen Mittel des Funks spricht, hat das Brainstorming meiner Lehrstuhlmitarbeiter zum Thema »Sende-begriff und Neue Medien« gleich ein ganzes Bündel an Assoziationen hervorgebracht: Internetfernsehen, Internetradio, Streaming-Dienste, IP-TV, Handy-TV, Digital-TV, DVB-T, DVB-S, DVB-C, Video-on-Demand, Video-near-on-Demand, Pay-TV, YouTube, MySpace und sogar die ZDF-Mediathek ist ihnen eingefallen.

Lassen Sie uns nun versuchen, dieses Bündel an das System der urheberrechtlichen Verwertungsrechte heranzutragen und sich Fall und Norm aneinander schärfen zu lassen. In dieses klassische Geschäft juristischer Normarbeit können wir nun – vertraut mit den nötigen Vorüberlegungen – getrost einsteigen.

II. Senderecht im System des Urheberrechtsgesetzes: Eine wirtschaftlich nutzbare Form der Werkvermittlung

§ 20 UrhG besagt: »Das Senderecht ist das Recht, das Werk durch Funk, wie Ton- und Fernschrundfunk, Satellitenrundfunk, Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel, der Öffentlichkeit zugänglich zu machen.« Dass das UrhG hier ersichtlich den Begriff des Sendens nicht eigens definiert, sondern mit § 20 UrhG ein Senderecht normiert, führt uns zu einer allgemeinen Annäherung an den urheberrechtlichen Sendebegriff. Denn der Begriff des Senderechts verweist mit aller Deutlichkeit auf Systematik und Ratio des Urheberrechts. Diese funktionale Systematik der Norm führt uns zu einer ersten Einschränkung des Kreises derjenigen Vorgänge in der sozialen Wirklichkeit, die das UrhG als Sendung begreift:

Das Urheberrecht macht geistige Schöpfungen wirtschaftlich nutzbar. Durch die ausschließliche vermögensrechtliche Zuweisung eines Werks an seinen Schöpfer macht das Gesetz ein ursprünglich öffentliches Gut auf künstliche Art und Weise knapp – und damit marktfähig und handelbar¹. Wofür dem Urheber oder Rechteinhaber eine Vergütung zu zahlen ist, ist die Vermittlung von Werkgenuss². Sinn und Zweck des UrhG besteht darin, möglichst jede denkbare, wirtschaftlich-organisatorisch und technisch sinnvolle Form der Werkvermittlung in eine privatwirtschaftlich verkehrsfähige Form zu gießen: das urheberrechtliche Verwertungsrecht als Ausschließlichkeitsrecht³.

Der erste Schritt in Richtung des Sendebegriffs ist damit getan. Eine Sendung aus Sicht des Urheberrechts ist eine wirtschaftlich nutzbare Form der Werkvermittlung. Und zwar eine technische Form, die von anderen Formen der Werkvermittlung abzugrenzen ist.

III. Reichweite und Abgrenzung des Verwertungsrechts: Der Nutzungsrechtserwerber will wissen, was er mit dem Senderecht eingekauft hat

Will der Urheber von seinem Verwertungsrecht Gebrauch machen und räumt er seinem Lizenznehmer ein urheberrechtliches Nutzungsrecht ein, will der Lizenznehmer wissen, was er in sein Portfolio einlizenziert hat. Er will wissen, was er darf; wie weit sein Nutzungsrecht reicht; inwieweit er wirtschaftlichen Nutzen durch Vermittlung von Werkgenuss ziehen darf.

Hier stoßen wir an einen ersten Punkt, an dem der Begriff des Senderechts vor dem Hintergrund der Neuen Medien virulent wird. Ältere Lizenzverträge kennen keine Neuen Medien, wenn sie von Senderechten sprechen. Und Urheberrechte haben gemäß der populären Formulierung Eugen *Ulmers* die urhebervertragsrechtliche Tendenz⁴, so weit wie möglich bei ihrem Inhaber zu verbleiben.

Was also, wenn das ZDF zwar die Senderechte für einen Film eingekauft hat, sich aber unsicher ist, ob es ihn auch zeitgleich und unverändert auf seiner Internetplattform per Streaming-Technologie ausstrahlen kann? Oder: Was ist mit der Mediathek? Darf der Sender den Film zum Abruf bereitstellen? Das ZDF tut beides nicht, aber es spricht vieles dafür, dass es Ersteres dürfte. Doch der Reihe nach:

1. Modalitäten der Werkvermittlung: One-to-many, Technik, Linearität

Steht bis hierher fest, dass Senden gemäß § 20 UrhG eine urheberrechtliche Nutzungshandlung – namentlich die Vermittlung von Werkgenuss – darstellt, bleiben noch die Modalitäten dieses Werknutzungsvorgangs her-

1 Grundlegend die ökonomischen Analysen bei *Landes/Posner*, *The Economic Structure of Intellectual Property Law*, 2003, S. 13 f.; aus dem deutschen Schrifttum vgl. *Bechtold*, *Vom Urheber- zum Informationsrecht*, 2002, S. 282 ff.; *Peukert*, in: *Hilty/Peukert* (Hrsg.), *Interessenausgleich im Urheberrecht*, 2004, S. 11 ff.

2 *Rehbinder*, *UrhR*, 15. Aufl. 2008, S. 45 Rn. 99 f.

3 Dinglich abspaltbar sind nicht nur Nutzungsrechte aus den normierten Verwertungsrechten des Urhebers, sondern innerhalb dieser auch einzelne Nutzungsarten: Ob sich eine Nutzungsform hinreichend abgrenzen und damit selbstständig mit dinglicher Wirkung als Verwertungsbefugnis abspalten lässt, ist im Rahmen einer wertenden Betrachtung anhand der Urheberinteressen, der Fungibilität der Nutzungsrechte und unter Berücksichtigung des Verkehrsschutzes zu bestimmen. Für das Senderecht vgl. *Mand*, *Das Recht der Kabelweitersendung*, 2004, S. 19.

4 *Ulmer*, *Urheber- und Verlagsrecht*, 3. Aufl. 1980, S. 365.

auszuarbeiten, um den endgültigen, konkreten Sendebegriff zu erhalten.

a) *One-to-many-Werkvermittlung: Multiplikationseffekte über den Konzertsaal hinaus*

§ 20 UrhG spricht von der Zugänglichmachung eines Werks an eine Öffentlichkeit mit dem technischen Mittel des Funks. Ein einzelner Sendender nutzt ein urheberrechtlich geschütztes Werk, indem er es der Öffentlichkeit zugänglich macht.

Nach der Legaldefinition aus § 15 Abs. 3 UrhG ist eine Werkwiedergabe »... öffentlich, wenn sie für eine Mehrzahl von Mitgliedern der Öffentlichkeit bestimmt ist. Zur Öffentlichkeit gehört jeder, der nicht mit demjenigen, der das Werk verwertet, oder mit den anderen Personen, denen das Werk in unkörperlicher Form wahrnehmbar oder zugänglich gemacht wird, durch persönliche Beziehungen verbunden ist.«

Senden als urheberrechtliche Nutzungshandlung ist also Werkvermittlung im One-to-many-Modus. Dieser Modus war schon vor Einführung des Senderechts ins UrhG vom Recht der öffentlichen Aufführung bekannt. Daher hat man das Senderecht in Deutschland zunächst auch als unbenanntes Recht der unkörperlichen Werkwiedergabe aus § 15 Abs. 2 UrhG hergeleitet⁵.

Der Multiplikationseffekt in der Werkvermittlung ist beim Senderecht gegenüber dem Aufführungsrecht freilich gesteigert; Sender und Empfänger halten sich an verschiedenen Orten auf⁶. Senden ist danach One-to-many-Werkvermittlung mittels Funk. Der hohe Multiplikationseffekt in der Werkvermittlung entspricht der wirtschaftlichen Bedeutung des Verwertungsrechts.

b) *Technik: Hat das technische Merkmal Funk tatbestandslimitierende Wirkung?*

Das Tatbestandsmerkmal Funk bewirkt gegenüber dem Merkmal der Öffentlichkeit – oder anschaulicher: dem Werkvermittlungsmodus One-to-many – keine wesentliche Eingrenzung des Sendebegriffs⁷. Das hohe Werkvermittlungspotential des Senderechts kann ohne technische Mittel zwar nicht erreicht werden. Fasst § 20 UrhG Kabel-, Satelliten-, den klassischen Fernsehrundfunk ebenso wie ähnliche technische Mittel als technische Werkvermittlungsmodalitäten des Senderechts zusammen, ist kein technisches Übertragungsmedium vorstellbar, das One-to-many-Übertragungen beherrscht, ohne dabei als Sendemedium in Betracht zu kommen. § 20 UrhG ist technisch also extrem weit gefasst⁸. Weiter als das Senderecht aus Art. 11^{bis} ff. RBÜ, das nach Werkgattungen wie nach Übertragungsarten nur eine stückweise Gewährleistung des Senderechts vorsieht. Gerade für die kabelgebundene Technik ist in der RBÜ ein bloß lückenhafter Schutz des Senderechts statuiert.

Ganz anders Art. 8 WTC und dessen nahezu wortgleiche Umsetzung in Form der EG-Info-RL. Das Welturheberrechtsabkommen schützt jede öffentliche Werkwiedergabe, sei sie drahtlos oder drahtgebunden. Die Gewährleistungen des Senderechts sind damit sowohl auf Ebene des deutschen Rechts als auch auf Ebene des Europarechts und der internationalen Urheberrechtsabkommen technikabhängig, aber innerhalb des Technikerfordernisses plattformunabhängig⁹. Das Senderecht verlangt zwar eine One-to-many-Werkvermittlungstechnik, jedoch keine bestimmte.

Der normative Sendebegriff klammert sich also nicht an eine außerjuristische Beschreibung, die wahrscheinlich Schwierigkeiten damit hätte, daß Streaming über eine Internetplattform als Funktechnik¹⁰ zu bezeichnen. § 20 UrhG hat ebenso wie das internationale Urheberrecht grundsätzlich keine Probleme damit, auch Internetübertragungsformen als Sendungen aufzufassen¹¹. Jedenfalls keine, die mit der Nutzung einer bestimmten technischen Plattform zusammenhängen.

c) *Zeitliche Rezeptionskontrolle: Wenn der User das Regiment über die Werknutzung übernimmt – Das Massenmedium nimmt Abschied von der Pünktlichkeit seines Nutzers*

Doch vergessen wir die ZDF-Mediathek nicht! Dieser Internetdienst bietet Teile des ZDF-Fernsehprogramms zum Abruf durch den Nutzer an. Der Nutzer kann entscheiden, wann er sich den Beitrag anschaut. Im Vergleich zum klassischen Fernsehen überlässt diese Werkübertragungsform dem Nutzer eine deutlich weiterreichende Werkherrschaft.

Das klassische Fernsehen hatte die Zügel noch fest in der Hand. Eine Sendung hatte einen festen Sendeplatz. So fest, dass er in Programmzeitschriften abgedruckt

5 Vgl. BGHZ 33, 38, 42. Zu den dem Urteil vorangegangenen Versuchen, das Senderecht unter das Verbreitungs- und Aufführungsrecht zu fassen, vgl. Dillenz, ZUM 1988, 361, 363 f. und Karnell, UFITA Bd. 123 (1993), 69 ff.

6 Dustmann, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 10. Aufl. 2008, § 20 UrhG Rn. 3.

7 v. Ungern-Sternberg, in: Schricker, UrhR, 3. Aufl. 2006, § 20 UrhG Rn. 3.

8 So macht es etwa keinen Unterschied, ob analoge oder digitale Sendetechnik verwendet wird, vgl. Eberle, ZUM 1994, 790, 797; Schwarz, GRUR 1996, 836, 837.

9 Zur konventions- und europarechtlichen Regelung des Senderechts siehe v. Ungern-Sternberg, in: Schricker, UrhR, 3. Aufl. 2006, Vor § 20 UrhG Rn. 28 ff. m. w. N.

10 Näheres zur Streamingtechnik bei Bortloff, GRUR Int. 2003, 669, 670.

11 Ganz h. M., vgl. für die Fälle von Internetradio und WebTV LG München I ZUM 2001, 260, 263; LG Hamburg ZUM 2005, 844, 866; Schwarz, ZUM 2000, 816, 822; Sasse/Waldhausen, ZUM 2000, 837, 842; v. Ungern-Sternberg, in: Schricker, UrhR, 3. Aufl. 2006, Vor §§ 20 ff. UrhG Rn. 7.

12 Zur normativen Kraft der technischen Infrastruktur des Internets vgl. Lessig, Code and other Laws of Cyberspace, 1999.

werden konnte. Und die brauchte man dringend, denn gesendet wurde für alle nur einmal.

Das Internet als neue Werkübermittlungsplattform gibt durch seine technischen Strukturen neue Werkrezeptionsregeln vor¹². Der User, der im Fernsehzeitalter noch pünktlich sein musste, wenn er nicht mit Verpassen einer Sendung bestraft werden wollte, rückt näher ins Zentrum. Sender- und Empfängerrollen vertauschen und vermischen sich. All das also, was man heute Web 2.0 nennt und in Web 1.0 doch schon technisch-strukturell angelegt war. Der User kann entscheiden, wann und wie oft er sich ein urheberrechtlich geschütztes Werk ansehen will, ohne dass er dauerhaft ein Vervielfältigungsstück bereithalten müsste.

Diese Werknutzung auf Abruf geht nach Art und Ausmaß der Werkvermittlung über das klassische Senderecht hinaus. Es ist gekennzeichnet durch ein höheres Maß an Rezeptionskontrolle auf Seiten des Empfängers. Es ist organisatorisch-wirtschaftlich-technisch gegenüber dem Senderecht eigenständig wirtschaftlich nutzbar. Und deswegen gibt es für diese Art der Vermittlung von Werkgenuss auch ein eigenes Verwertungsrecht: Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gemäß § 19 a UrhG, das im Jahr 2003 als Umsetzung von Art. 8 WCT und der EG-Info-RL ausdrücklich als spezielles Recht der öffentlichen Wiedergabe ins UrhG Eingang gefunden hat¹³.

Es ist gegenüber dem Senderecht selbstständig, weil es sich durch einen eigenständigen Werkvermittlungsmodus auszeichnet. Senderecht (§ 20 UrhG) und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19 a UrhG) gleichen sich in ihrer Eigenschaft als Rechte der öffentlichen Wiedergabe mit technischen Mitteln.

Beide Rechte verlangen ihrem Tatbestand nach eine One-to-many-Kommunikation mit technischen Mitteln, egal welche. Sie unterscheiden sich indes im Merkmal der zeitlichen Rezeptionskontrolle: Beim Senderecht bestimmt der Werkvermittler den Werknutzungszeitpunkt, beim Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (oder in der Sprache der Info-RL und des Art. 8 WCT: beim Making-available-Recht) ist der User Herr über den Vermittlungszeitpunkt¹⁴.

Dieser funktional-systematisch aus dem Urheberrecht abgeleitete Unterschied lässt sich auf alle möglichen Dienste der Neuen Medien mit der nötigen Unterscheidungskraft anwenden¹⁵. Für das ZDF-Beispiel heißt das: Das zeitgleiche und unveränderte Streaming einer Fernsehsendung auf der Internetplattform ist eine Sendung im Sinne des § 20 UrhG. Sie ist zulässig, wenn das Sendeunternehmen Inhaber der Senderechte ist. Für die Mediathek, die eine Werkübermittlung auf Abruf unter Herrschaft des Endverbrauchers ermöglicht, bedarf das Sendeunternehmen das, was die Vertragspraxis »Online-Rechte« nennt. Ein Nutzungsrecht, über das der Urheber kraft seiner

Ausschließlichkeitsrechte aus § 19 a UrhG die Kontrolle hat, auch wenn er zuvor schon Senderechte eingeräumt hat.

2. Nutzungsarten und Verbreitungswege: Das Senderecht gibt es immer inklusive aller technischen Verbreitungswege für ein bestimmtes geografisches Versorgungsgebiet

Daran ändert auch nichts, wenn zum Zeitpunkt der Einräumung des Senderechts das Internet als Werkübermittlungsplattform noch unbekannt war. Denn das Senderecht lässt sich in seinen dinglichen Wirkungen nicht in die verschiedenen technischen Sendeplattformen aufteilen¹⁶. Es liegt an den strukturell gleichlaufenden Interessen der Sendeunternehmen auf der einen und der Urheber und Rechteinhaber auf der anderen Seite.

Der Urheber hätte grundsätzlich ein Interesse an einer möglichst weiten Auffächerung seines Senderechts. Für eine solche Auffächerung gibt es allerdings keinen Markt. Denn das Sendeunternehmen ist innerhalb des von ihm intendierten Sendebereichs strukturell und systemrational immer an einer möglichst umfassenden Verbreitung seiner Inhalte interessiert.

Das gilt für private Sendeunternehmen wie für öffentlich-rechtliche. Hier herrscht Wirtschaftsrationale, dort die Rationalität des öffentlich-rechtlichen Versorgungsauftrags, mindestens aber die Rationalität der Selbsterhaltung.

Der potentielle Lizenznehmer eines Senderechts möchte technisch immer alle zu Gebote stehenden Verbreitungswege nutzen. Deshalb lässt er sich das Senderecht für ein geografisches Versorgungsgebiet einräumen. Er möchte das Recht erwerben, dieses Versorgungsgebiet bis in seine letzten Winkel auszusenden, gleichviel, ob er das technisch kann oder nicht: er will es dürfen. Und genau dieses Recht gibt ihm das Senderecht. Weil dieses Interesse des an Senderechten interessierten potentiellen Lizenznehmers immer in diese Richtung läuft, lässt sich das Senderecht dinglich nicht in einzelne technische Übertragungswege aufspalten. Das

13 Darstellung der Entstehungsgeschichte des § 19 a UrhG bei v. Ungern-Sternberg, in: Schrickler, UrhR, 3. Aufl. 2006, § 19 a UrhG Rn. 22 ff.

14 Für Websites vgl. OLG Hamburg ZUM-RD 2005, 273; für On-Demand-Dienste OLG Stuttgart ZUM 2008, 698 = NJW 2008, 1605, 1606; für Streaming-Dienste OLG Hamburg ZUM 2005, 749; OLG Köln ZUM 2006, 143 und für Podcasting Poll, GRUR 2007, 476, 481.

15 Siehe die Abgrenzungen bei *Dustmann*, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 10. Aufl. 2008, § 19 a UrhG Rn. 14 ff.

16 BGHZ 133, 281, 287 ff.; BGH GRUR 2001, 826, 828, 830; *Mand*, Das Recht der Kabelweitersendung, 2004, S. 20; a. A. mit Verweis auf die gesonderte Nennung des Rechts der Kabelweiterleitung in § 20 b UrhG Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl. 2008, § 20 b Rn. 1 m. w. N.

Senderecht gibt es daher unabhängig von einer Übertragungstechnik stets als Ganzes – bezogen auf das durchaus dinglich abspaltbare Versorgungsgebiet.

Wenn man sich dem nicht anschließen möchte und das Senden über Satellit, Kabel, Terrestrik als jeweils selbstständige Nutzungsarten ansehen will, die der Urheber isoliert mit dinglicher Wirkung lizenzieren darf – auch dann ist das Senden über eine Online-Plattform keineswegs eine Nutzungsart, die vor 20 Jahren noch unbekannt gewesen wäre.

Denn genutzt wird nichts anderes als das Breitbandkabel der Deutschen Telekom AG¹⁷. Das zeitgleiche und unveränderte Streaming der ZDF-Sendung auf der ZDF-Internetplattform ist eine (primäre) Kabelsendung!

Wenn man sich das klargemacht hat, ist man gedanklich im Web 2.0 angekommen: Senderrolle und Empfängerrolle verschwimmen, weil beide dieselbe Technik als Plattform benutzen. Hat man eben noch das klassische Kabelfernsehen in der gewohnten Empfängerrolle geschaut, kann sich nun jedermann an den PC setzen und mit minimaler Ausstattung über die gleiche technische Kabelinfrastruktur sein eigenes Webradioprogramm verbreiten, genauer: Senden! Der Weg zur eigenen Kabelsendung ist nicht mehr weit. Ein Blick auf das unüberschaubare Angebot an Webradioprogrammen belegt das.

IV. Urheberrechtsvergütungsfreie Kabelweiterleitung durch jedermann: Das ZDF-Programm auf der eigenen Homepage

Wem die Produktion einer eigenen Kabelsendung zu aufwendig und kostenintensiv ist – nicht zuletzt urheberrechtliche Lizenzen werden hier schmerzlich zu Buche schlagen – wird sich fragen, ob er nicht die Attraktivität seiner Homepage steigert, indem er die Sendungen Dritter zeitgleich und unverändert auf seiner Homepage weiterleitet. Oder gar die Weiterleitung eines ganzen Programmpakets zum Inhalt eines eigenen Streaming-Dienstes macht.

Entgegen der herrschenden Meinung¹⁸ ist für ein solches Vorhaben keine urheberrechtliche Vergütung fällig, sofern sich die Weiterleitung territorial auf das Versorgungsgebiet des Ursprungssendeunternehmens beschränkt¹⁹. Hat dieses Unternehmen – bleiben wir beim ZDF – die Senderechte für die von ihm gesendeten, urheberrechtlich geschützten Werke erworben, ist der Urheber für die Sendung innerhalb dieses Gebiets ja bereits vergütet worden.

Wir erinnern uns: das Senderecht gibt es immer nur als Ganzes und für den letzten Winkel des intendierten Sendegebiets. Leiten nun Dritte das Programm des ZDF zeitgleich und unverändert weiter, geschieht genau das, wofür der Urheber bezahlt worden ist. Derjenige, der die Wei-

terleitung übernimmt, erledigt für den Inhaber des Senderechts eine technische Dienstleistung. Das ist sehr freundlich, besonders wenn es unentgeltlich geschieht, schließlich möchte das ZDF systemrational immer bis in den letzten Winkel senden und auch den letzten potentiellen Rezipienten in den entlegensten Winkeln und unzugänglichsten Gebieten seines Versorgungsgebiets erreichen.

Die Weiterleitung ist und bleibt daher so lange, wie sie im objektiven Interesse des Sendeunternehmens steht, eine Sendung des Sendeunternehmens. Ebenso wenig wie das vom Sendeunternehmen beauftragte Kabelunternehmen urheberrechtlich für den Sendevorgang verantwortlich ist, ist es der nicht beauftragte Dritte, der im objektiven, weil strukturell-systemrationalen Interesse des Sendeunternehmens handelt. Der Dritte bringt technisch nur das zu Ende, was das Ursprungssendeunternehmen urheberrechtlich in Gang gesetzt hat: die Allgegenwart seines Programms zur Sendezeit im Sendegebiet²⁰.

Die zeitgleiche und unveränderte technische Weiterleitung einer Sendung im Versorgungsgebiet des Ursprungssendeunternehmens stellt daher keinen Eingriff in das urheberrechtliche Senderecht oder in abgeleitete Rechte der Sendeunternehmen dar. Schließlich ist der Urheber vom Sendeunternehmen bereits vergütet worden. Das schließt einen Eingriff in das Senderecht des Urhebers aus § 20 UrhG aus.

17 Ohne nähere Begründung allerdings scheuen Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 3. Aufl. 2008, § 20 b Rn. 9 und v. Ungern-Sternberg, in: Schrickler, UrhR, 3. Aufl. 2006, § 20 b UrhG Rn. 9 vor dieser Konsequenz zurück. Dabei ist durchaus zweifelhaft, ob der Begriff der Kabelweiterleitung für diese Fälle in seinen technisch-deskriptiven Implikationen normativ reduziert werden kann. Vgl. zum Streit um das Senderecht im Zusammenhang mit Handy-TV und Internet-TV auch Hoeren, MMR 2008, 139 ff.

18 Vgl. die Ablehnung der »Versorgungsbereichstheorien« bei v. Ungern-Sternberg, in: Schrickler, UrhR, 3. Aufl. 2006, § 20 UrhG Rn. 34 m. w. N.

19 S. Gounalakis, Kabelfernsehen im Spannungsfeld von Urheberrecht und Verbraucherschutz, 1989, S. 219 ff.; Gounalakis/Mand, Kabelweiterleitung und urheberrechtliche Vergütung, 2003, S. 24 ff.; Mand, Das Recht der Kabelweisersendung, 2004, S. 22 ff., jeweils m. w. N.

20 Gegner der Versorgungsbereichstheorie begreifen die Freistellung der Kabelweiterleitung im Versorgungsgebiet des Ursprungssendeunternehmens als Verkürzung des Schutzbereichs des Senderechts aus § 20 UrhG und wenden ein, eine solche Verkürzung verträge sich insbesondere schon nicht mit dem internationalen Urheberrecht, vgl. v. Ungern-Sternberg, in: Schrickler, UrhR, 3. Aufl. 2006, § 20 UrhG Rn. 34. Hier liegt ein Missverständnis vor, an dem allerdings auch die Vertreter der Versorgungsbereichstheorien nicht unschuldig sind: Sie haben es bisher versäumt, klarer herauszustellen, dass es bei der Freistellung der zeitgleichen, unveränderten Kabelweiterleitung im Versorgungsgebiet des Ursprungssendeunternehmens nicht um eine Frage der Reichweite des Senderechts geht, sondern um Fragen der Zurechnung von senderechtsrelevanten Werknutzungshandlungen. Muss die Kabelweiterleitung nach systematisch-funktionaler Auslegung des Urheberrechts dem Ursprungssendeunternehmen zugerechnet werden, wird das Senderecht nicht verkürzt, wenn der weiterleitende Dritte hierfür zu Recht keine urheberrechtliche Vergütung zahlt.

Was aber entscheidender ist: Das auftraglose Weiter-senden greift auch nicht in die Nutzungsrechte des Sendeunternehmens ein, die dieses von den Urhebern der weiterzusenden beabsichtigten Werke eingekauft hat: Die zeitgleiche und unveränderte Weiterleitung der Sendungen greift nämlich mangels gegenläufiger Interessen des Sendeunternehmens gar nicht in den urheberrechtstypischen Zuweisungsgehalt dieser derivativen Ausschließlichkeitsrechte ein – ganz im Gegenteil besteht ein Gleichlauf des urheberrechtlich geprägten Zuweisungsgehalts mit dem technischen Vorgang der zeitgleichen, ausstrahlungsgebietenidentischen und unveränderten technischen Weiterleitung.

Die Weiterleitung durch Dritte erhöht lediglich die Effizienz in der Auswertung der eingekauften Sende-rechte durch das Sendeunternehmen. Über eine Erhöhung der eigenen Effizienz kann sich das Sendeunternehmen nicht beschweren. Und der Urheber muss immer mit der maximalen Ausschachtung seiner Werke innerhalb der eingeräumten Lizenz rechnen, das Schicksal droht ihm, wenn er seine Werke verkauft.

Was für eine Art von Vergütung das sein soll, die § 20 b Abs. 2 Satz 1 UrhG vom Kabelweiterleitenden an den bereits vergüteten Urheber zu zahlen verlangt, ist unklar. Der Typologie dürfte es sich allerdings mangels urheberrechtlicher Werkvermittlungshandlung des Weiterleitenden nicht um eine urheberrechtliche Vergütung als vielmehr um eine Sozialleistung für Urheber handeln.

Wir halten fest: Wenn wir ohne Auftrag für das ZDF über unsere Homepage das ZDF-Programm zeitgleich und unverändert in Deutschland weiterleiten wollen, handelt es sich dabei um einen technischen Vorgang, der nicht in das Senderecht aus § 20 UrhG eingreift, mithin keine Sendung im urheberrechtlichen Sinne darstellt. Nach richtiger Auffassung ist für solche Weiterleitungen daher auch keine urheberrechtliche Vergütung fällig.

V. Ein Wermutstropfen? Das Leistungsschutzrecht des Sendeunternehmens aus § 87 UrhG

Ganz ohne Bezahlung kommt man allerdings doch nicht ans fremde Fernsehprogramm auf der eigenen Homepage. Denn die wirtschaftlich-organisatorische Leistung eines Sendeunternehmens ist im UrhG als Leistungsschutzrecht ausgestaltet. Wenn auch die Produktion eines eigenen Fernsehprogramms in der Regel selbst keinen urheberrechtlichen Schutz genießt, so ist es gleichwohl die Absicht des Gesetzgebers, die finanziell-organisatorischen Mühen des Sendeunternehmers, kurz: seine Investitionen vor Trittbrettfahrern zu schützen.

Der Leistungsschutz aus § 87 UrhG gibt dem Sende-nehmer also ein Verbotsrecht. Ist der Traum vom ZDF auf der eigenen Homepage oder der Traum von der

umfassenden Internetfernsehplattform nun ausgeträumt? Nein! § 87 UrhG macht nur der kostenlosen Weiterleitung von Sendungen ein Ende. Denn für den Fall der Kabelweiterleitung besteht gar kein Verbotsrecht des Sendeunternehmens. Dies ist einem historischen Zufall zu verdanken, der im Ergebnis zu § 87 Abs. 5 UrhG (dem früheren Abs. 4) geführt hat:

Die Deutsche Bundespost, die in den achtziger Jahren den kostenintensiven Ausbau ihres Kabelnetzes betrieben hatte, musste fürchten, ihre Investitionen würden sich nicht amortisieren, falls sich die Sendeunternehmen weigern würden, der Weiterleitung ihrer Programme durch das neu geschaffene Kabelnetz zu akzeptablen Bedingungen zuzustimmen. Das Parlament trug diesen berechtigten Befürchtungen Rechnung, indem es mit § 87 Abs. 5 UrhG einen Kontrahierungszwang für Sendeunternehmen gegenüber den Kabelunternehmen vorsah²¹. Dieser für den Einzelfall des Kabelnetzes gedachten Vorschrift könnte nun endlich zu ihrer verfassungsgemäßen, weil tatsächlich generell-abstrakten Wirkung verholten werden.

So spricht vieles dafür, die zeitgleiche, unveränderte Weiterleitung von Sendungen Dritter über das Internet als Kabelweiterleitungen anzusehen. Jedenfalls bedürfte es einiges an konstruktivem Aufwand, um plausibel darzulegen, weshalb trotz der Verwendung des Kabelnetzes durch das Internet keine Kabelweiterleitung vorliegen sollte²². Insbesondere wenn man dadurch § 87 Abs. 5 UrhG als verfassungsrechtlich bedenkliche Einzelfallregelung enttarnt hätte.

De lege lata scheint aber eher eine kleine Sensation vorzuliegen: Jedes Unternehmen, das die Weiterleitung von Sendungen Dritter über das Internet beabsichtigt, kann dazu über § 87 Abs. 5 UrhG die vertragliche Zustimmung des davon betroffenen Sendeunternehmens zu angemessenen Bedingungen fordern. Spätestens dann dürfte unser gutes altes Senderecht im Zeitalter der Neuen Medien neu Fuß gefasst haben. Ganz entgegen unserer technisch geprägten und außerjuristischen begrifflichen Intuition! ◇

21 Zu dieser Entstehungsgeschichte des § 87 Abs. 4 UrhG a. F. (heute Abs. 5) vgl. *Gounalakis/Mand*, Kabelweiterleitung und urheberrechtliche Vergütung, 2003, S. 92 ff.

22 Der Hinweis bei *Dreier*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 3. Aufl. 2008, § 20 b Rn. 9, das Internet werde auf Nutzerseite innerhalb von WLAN-Funknetzen genutzt, zählt wohl zu den Konstruktionen mit eher geringer Plausibilität.