

ZUM

Herausgeber:
Prof. Dr. Albrecht Hesse
Prof. Roland Bornemann
Dr. Tilo Gerlach
Dr. Harald Heker
Prof. Dr. Johannes Kreile
Dr. Urban Pappi
Prof. Dr. Manfred Rehlinger
Dr. Robert Staats
Schriftleitung:
Prof. Dr. Jürgen Becker

Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht

Urheberrecht

Verlagsrecht

Rundfunkrecht

Presserecht

Telemedienrecht

Telekommunikationsrecht

Aus dem Inhalt

- 393 Kündigung – oder Rücktritt vom Tourneevertrag?
Rechtsnatur und Beendigung aus Sicht des Konzert-/
Tourneeveranstalters
Martin Helmut Zumpf
- 398 Umsetzung der Richtlinie 2013/11/EU über die alter-
native Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten
sowie Durchführung der Verordnung (EU) Nr. 524/
2013 über die Online-Streitbeilegung in Verbraucher-
angelegenheiten
Stefanie Fuchs
- 411 Folgen der Neukonstituierung des MDR-Rundfunkrats
auf verfassungswidriger Rechtsgrundlage
Dr. Ralph Zimmermann
- 417 Probleme der Praxis beim Rechteerwerb für non-
lineare Online-Angebote im öffentlich-rechtlichen
Rundfunk
Dr. Jan Jelle Kähler ✓
- 426 Notarielle Unterwerfungserklärung – Rechtlicher
Rahmen und Handhabung in der Praxis
Evgeny Pustovalov
- 431 Wieviel Recht ist genug? Zur Aktivlegitimation in
Filesharing-Prozessen
Tarek Alexander Issa, M.Sc. (Aberdeen)
- 440 Anmerkung zu BGH,
Urteil vom 18. Juni 2015 – I ZR 74/14 – Haftung für
Hyperlink
Frank Michael Höfinger

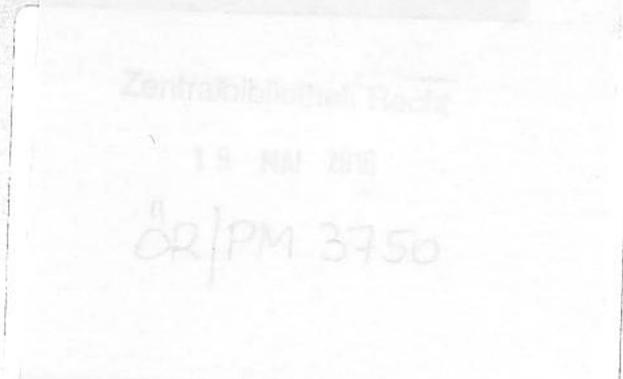
5 / 2016

Jahrgang 60 · Seiten 393–472 · M 20161 E

www.urheberrecht.org



Nomos



auf Normergänzung der Sache nach um eine verfassungsrechtliche Streitigkeit handelt³⁶.

V. Fazit

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das BVerfG-Urteil zur teilweisen Unvereinbarkeit des ZDF-Staatsvertrags mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG wegen der sachlich begrenzten Wirkung von § 31 Abs. 1 BVerfGG die Parlamente und Regierungen der drei den MDR tragenden Länder oder den MDR selbst nicht unmittelbar verpflichtet, die parallelen Normen des MDR-Staatsvertrags aufzuheben, abzuändern oder unangewendet zu lassen. Gleichwohl steht aufgrund der über seinen Verfahrensgegenstand hinausgehenden Wirkung dieses Urteils die Auslegung von Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG für alle in § 31 Abs. 1 BVerfGG genannten Stellen verbindlich fest. Die zuständigen Gesetzgeber trifft damit zunächst eine Pflicht zur Prüfung der Parallelität der Bestimmungen des MDR-Staatsvertrags zu jenen des ZDF-Staatsvertrags in eigener Verantwortung und bei erkannter Verfassungswidrigkeit der Parallelnormen im MDR-Staatsvertrag eine verfassungsunmittelbare Pflicht zur Herstellung eines verfassungskonformen Zustands.

Diese Pflichtenbindung, die von den zuständigen Gesetzgebern wohl auch erkannte Verfassungswidrigkeit der betreffenden Bestimmungen des MDR-Staatsvertrags und deren gleichwohl fortdauernde legislatorische Untätigkeit führen aber nicht dazu, dass die jüngste

Neukonstituierung des MDR-Rundfunkrats ihrerseits als verfassungswidrig sowie unwirksam und dessen Beschlüsse und Maßnahmen deshalb gleichfalls als unwirksam anzusehen wären. Vielmehr genügt das formal ordnungsgemäße Zustandekommen des MDR-Staatsvertrags (noch), um ein Vertrauen des Rechtsverkehrs in die Rechtmäßigkeit und Wirksamkeit der Konstituierung des Rundfunkrats und in die Wirksamkeit seiner Beschlüsse und Maßnahmen zu begründen. Dieses Vertrauen würde erst durch eine normverwerfende, rechtskräftige Entscheidung eines zuständigen Verfassungsgerichts zerstört.

Gleichwohl folgt aus der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG wurzelnden Pflicht aller staatlichen Stellen, die notwendigen organisatorischen Vorbedingungen für die Rundfunkanstalten zu schaffen, damit diese ihre verfassungsmäßigen Aufgaben sachgerecht erfüllen können, ein grundrechtlich abgestützter Anspruch der Rundfunkanstalt auf Normergänzung bzw. -änderung gegen den zuständigen Gesetzgeber, wenn der Organisationsakt der Anstalt – hier des MDR – verfassungsrechtliche Mängel aufweist. Dieser Anspruch ist im Wege der Verfassungsbeschwerde vor dem Bundesverfassungsgericht oder den Landesverfassungsgerichten durchsetzbar. ◇

³⁶ Vgl. zum Ganzen *Bethge*, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/ders., BVerfGG, Vorb. Rn. 90; § 90 Rn. 218, 224, 410 m. w. N.

Probleme der Praxis beim Rechteerwerb für non-lineare Online-Angebote im öffentlich-rechtlichen Rundfunk

Von Dr. Jan Jelle Kähler*, Hamburg

I. Überblick

Rundfunkprogramme werden nach § 11 a Abs. 1 Rundfunkstaatsvertrag (RStV) als Hörfunk- und Fernsehprogramme definiert. Diese Definition, die bis vor Kurzem auch dem allgemeinen Sprachgebrauch entsprach, ist historisch gewachsen. Denn zu den traditionellen Aufgaben der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in Deutschland gehörte lange Zeit die Verbreitung von Programminhalten in Fernsehen und Hörfunk. 1952 begann das Erste Deutsche Fernsehprogramm mit der Ausstrahlung¹, 1963 das ZDF und in den Jahren 1964 bis 1969 die einzelnen ARD-Anstalten mit ihren Dritten Programmen. Die technische Entwicklung der Folgezeit betraf dann lediglich die Einführung neuer Ausstrah-

lungswege, vor allem die Einführung des Kabel- und Satellitenfernsehens.

Mit der zunehmenden Bedeutung des Internets und vor dem Hintergrund größerer Datenübertragungsraten begannen die Rundfunkanstalten dann ab Mitte der 1990er Jahre damit, Programminhalte auch online zu verbreiten. Insbesondere wurden Mediatheken eingerichtet, in denen bereits gesendete Fernseh- und Hör-

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in Hamburg und zugleich im Lizenzbereich einer öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalt tätig.

¹ Zunächst unter der Federführung des damaligen NWDR, ab 1.11.1954 als Gemeinschaftsprogramm aller ARD-Landesrundfunkanstalten.

funkproduktionen für einen gewissen Zeitraum zum Abruf bereitgestellt werden². Diese Aktivitäten stießen auf Kritik der privaten Rundfunkveranstalter und Verleger. Nach einer Beschwerde des Verbandes Privater Rundfunk und Telemedien (VPRT) bei der EU-Kommission teilte die Kommission im Jahre 2005 mit, dass die Rundfunkgebühr ihrer Auffassung nach eine unzulässige staatliche Beihilfe nach Art. 87 Abs. 1 EGV darstelle und private Medienunternehmen in wettbewerbsverzerrender Weise im Markt der Online-Verwertung von redaktionellen Inhalten benachteilige. Die Kommission verlangte die Aufnahme von Ausnahmekriterien nach Art. 86 Abs. 2 EGV, insbesondere die klare Definition eines Programmauftrags und Vorkehrungen gegen Wettbewerbsverzerrungen. Im sogenannten Beihilfekompromiss einigten sich die Bundesländer dann im Jahre 2007 mit der Kommission darauf, dass der Auftrag der Anstalten hinreichend präzise zu definieren sei³. Dies geschah 2009 mit der durch den 12. RÄStV erfolgten Novellierung des Rundfunkstaatsvertrags. Zwar sind Internetangebote danach weiterhin dem Rundfunkbegriff entzogen, über § 11 a, d–f RStV erhielten die Sender aber nunmehr ausdrücklich einen Programmauftrag im Bereich der Telemedien⁴. Danach sind die Anstalten unmittelbar mit der Veranstaltung von sendungsbezogenen Telemedien mit einer Verweildauer von 7 Tagen (7-Day-Catch-up) bzw. 24 Stunden (Großereignisse/Bundesligaspiele) beauftragt. Für längere Verweildauern ist die Durchführung eines Testverfahrens erforderlich (Drei-Stufen-Test)⁵. Der Telemedienauftrag beschränkt sich allerdings nicht nur auf eine Annexkompetenz, sondern erlaubt gemäß § 11 d Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 RStV auch die Erstellung von originären Telemedienangeboten ohne Sendungsbezug, sofern sie nicht presseähnlich sind⁶. Für das Junge Angebot der ARD im Internet wird mit dem zum 1.10.2016 in Kraft tretenden 19. RÄStV, rechtzeitig zum geplanten Start des neuen Portals, in § 11 g RStV n. F. ein gesonderter Programmauftrag etabliert. Die rundfunkrechtlichen Rahmenbedingungen für die Verwertung von Rundfunkprogrammen im Internet sind damit seit einiger Zeit weitgehend, wenn auch nicht zufriedenstellend⁷, geklärt. Dagegen besteht urheberrechtlich eine Vielzahl von Problematiken, die die Praxis des Rundfunklizenzgeschäfts erschweren.

II. Allgemeine Probleme der Praxis des Rundfunklizenzgeschäfts

Trotz seiner Komplexität ist das Lizenzgeschäft für Rundfunkproduktionen ein Gebiet, das weniger durch Gesetze als durch langjährige Vertragspraxis geprägt ist⁸. Verglichen mit der Verlags- oder Musikindustrie müssen mehr Nutzungsrechte von mehr Berechtigten erworben werden. Für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk kommt

hinzu, dass die geschilderten rundfunkrechtlichen Rahmenbedingungen unmittelbar in die Vertragsgestaltungen einwirken. Der Erwerb von Auftragsproduktionen sowie von Leistungen und Fremdmaterial für Eigenproduktionen erfolgt über die Anstalten selbst⁹. Aufgrund der Langlebigkeit von Rundfunkproduktionen müssen die daran erworbenen Rechte dokumentiert und bei Wiedereinsatz ggf. erneut abgegolten werden. Aus diesem Grunde haben die Rundfunkanstalten schon vor einigen Jahren komplexe Rechtemanagementsysteme eingeführt, mit welchen Nutzungsrechte erfasst, Verträge erstellt oder Wiederholungshonorare berechnet werden können. Die Etablierung solcher Systeme ist auch den Anforderungen von Rechtsprechung und Gesetzgeber geschuldet¹⁰. Obgleich die Anstalten durch diese EDV-Dokumentation inzwischen einen hohen Grad ordnungsgemäßer Rechtklärung erzielen können, lassen sich Urheberrechtsverletzungen in der Praxis aus verschiedensten Gründen nicht vollkommen ausschließen. Durch die Online-Stellung von Programminhalten hat sich die Gefahr für die Sender, dass ungeklärtes Material von Rechteinhabern aufgefunden wird, deutlich erhöht. Während früher ein »Versenden« von nicht geklärten oder problematischen Inhalten für den Rechteinhaber sowohl tatsächlich als auch beweisrechtlich nur schwierig nachvollziehbar war, sind urheberrechtliche Verstöße durch Überprüfung der in den Online-Angeboten per Abruf verfügbaren Programminhalte heutzutage viel leichter zu ermitteln.

2 Das ZDF startete im Jahre 2001 seine Mediathek, 2008 folgte die ARD- bzw. DasErste-Mediathek. Die Mediatheken der einzelnen Landesrundfunkanstalten gingen in den folgenden Jahren in Betrieb.

3 Parallel hierzu hatte das BVerfG mit Urteil vom 11.9.2007 (ZUM 2007, 712) den Grundsatz der verfassungsrechtlichen Entwicklungsgarantie des öffentlich-rechtlichen Rundfunks fortentwickelt und festgestellt, dass sich der Auftrag der Rundfunkanstalten auch auf neue digitale Angebote erstreckt.

4 Heldt, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 11 d Rn. 1.

5 Vgl. hierzu im Einzelnen: *Neuhoff*, Rechtsprobleme der Ausgestaltung des Auftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks im Online-Bereich, 2013, S. 86 ff.

6 *Peters*, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote, 2010, S. 41.

7 Vonseiten der Sender wird insbesondere der bürokratische Drei-Stufen-Test kritisiert sowie die Ausweitung des 7-Day-Catch-ups auf eine 30-Tage-Einstelldauer verlangt (diese Frist gilt bei der britischen BBC seit 2014).

8 *Castendyk*, in: v. Hartlieb/Schwarz, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 5. Aufl. 2011, S. 816.

9 Der Ankauf von Produktionen erfolgt in der Regel über die Vertriebstöchter.

10 Vgl. BGH GRUR 1991, 332, 333, wonach Fachkreise wie Sendunternehmen einer gesteigerten Sorgfaltspflicht unterliegen. Der Gesetzgeber hat bei Einführung von § 61 c UrhG verlangt, dass die Rundfunkanstalten »interne Verfahren einrichten«, die die Zahl von verwaisten Werken in Zukunft begrenzen sollen (BT-Dr. 17/13423, S. 17).

III. Probleme des Nutzungsrechteerwerbs für Online-Aktivitäten

Die Mediatheken der Sender erfreuen sich seit Jahren großer Beliebtheit und konnten in ihrem Bestand vor allem aus kartellrechtlichen Gründen bislang nicht ausgeweitet werden¹¹. Neben den zeitlich an die rundfunkrechtlichen Verweildauern gekoppelten Streaming-Angeboten als Video-on-Demand (VoD) werden in geringerem Umfang auch Programminhalte zum Download bereitgestellt.

Seitdem die Rundfunkanstalten einen Telemedienauftrag besitzen, produzieren sie zunehmend auch rein originär für die Nutzung im Internet und erwerben die hierfür erforderlichen Rechte losgelöst von Senderechten separat. Die geplante Einführung des ARD-Jugendkanal-Angebots, das federführend vom SWR betreut werden und vor allem originäre Inhalte bieten soll, wird einen systematischen portalbezogenen reinen Online-Rechte-Erwerb erforderlich machen.

1. Erforderliche Nutzungsrechte

Für die Online-Abruf-Aktivitäten der Rundfunkanstalten sind das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19 a UrhG) und das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG) relevant. Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung beinhaltet den zeit- und ortsunabhängigen Abruf von Inhalten aus dem Internet. Vertraglich kann das Recht zeitlich, inhaltlich und räumlich beschränkt sein. Der eher im Lizenzgeschäft als in Rechtsprechung und Literatur verwendete Begriff der »Online-Rechte« ist insofern zu weit gefasst, als er verschiedene im Internet stattfindende Nutzungsarten miteinander vermengt. Allgemein anerkannt ist, dass das seit etwa dem Jahre 2000 von den meisten Sendern praktizierte zeitgleiche Livestreaming ihrer Programme dem Senderecht nach § 20 UrhG unterfällt. Das sogenannte »Near-Video-on-Demand«, dessen rundfunk- und urheberrechtlicher Charakter noch vor einigen Jahren diskutiert wurde¹², spielt in der Praxis kaum mehr eine Rolle. Der Begriff der Online-Rechte hätte als Oberbegriff dann seine Berechtigung, wenn man ein Online-Nutzungsrecht als aufspaltbar betrachtete. Technisch findet bereits beim Abruf als Video-on-Demand (VoD) eine flüchtige Speicherung im Arbeitsspeicher des Nutzers statt (§ 44 a UrhG). Ein Online-Vervielfältigungsrecht hat für sich keine wirtschaftliche Bedeutung und stellt als Vorbereitungshandlung für den Upload einen notwendigen Bestandteil des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung dar¹³. Insbesondere aber bei der Bereitstellung von Inhalten zum Download¹⁴ durch den Rechteverwerter wird man annehmen müssen, dass zusätzlich zum Recht aus § 19 a UrhG auch das Recht zur (Online-)Vervielfältigung benötigt wird¹⁵. Da die

Anstalten das Vervielfältigungsrecht nach allgemeiner Ansicht für die Mediatheken und Streaming-Angebote nicht benötigen und dieses Recht zudem in aller Regel dennoch vertraglich eingeräumt erhalten, ist die Frage nach der Erforderlichkeit dieses Nutzungsrechts letztlich von geringer praktischer Relevanz.

2. Zeitliche Einschränkungen

In zeitlicher Hinsicht wird das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung für VoD-Angebote aufgrund der rundfunkrechtlichen Vorgaben üblicherweise als 7-Day-Catch-up und meist gleichzeitig mit dem Senderecht erworben. Aus wirtschaftlicher Sicht mag einiges dafür sprechen, diesen Catch-up als »verlängertes Senderecht« anzusehen. Bei online gestellten Fernsehsendungen sind die Abrufzahlen in den ersten drei Tagen direkt nach Ausstrahlung am höchsten¹⁶ und zeitnahe Service-Wiederholungen im Fernsehen werden regelmäßig auch nicht gesondert bezahlt. Auch vertragliche Vereinbarungen sprechen dafür. So soll das den Anstalten bei Rückübertragung an die Produzenten verbleibende Senderecht auch eine 7-Day-Catch-up-Nutzung mit einschließen¹⁷ und § 1 Nr. 7 b Wahrnehmungsvertrag der VG WORT definiert als »kleines Senderecht« die Nutzung in Abrufdiensten innerhalb von einem Tag vor und sieben Tagen nach der jeweiligen Sendung¹⁸. Letztlich ist aber einzugestehen, dass diese Überlegungen eher aus der Praxis heraus erfolgen und daraus nicht geschlossen werden kann, dass für den Catch-up das Nutzungsrecht nach § 19 a UrhG nicht erworben werden müsse¹⁹.

3. Inhaltliche Einschränkungen

Inhaltlich kann eine Einschränkung auf die von den Rundfunkanstalten verantworteten Internetportale erfolgen. Rechtlich problematisch kann hier sein, dass die ARD-Anstalten ihre Inhalte zunehmend auch über priva-

11 Laut ARD-/ZDF-Online-Studie 2015 besuchten 36 % aller Online-Nutzer ab 14 Jahren gelegentlich die Mediatheken (vgl. Kupferschmitt, Media Perspektiven 2015, 383, 385). Die Planungen für eine übergreifende Plattform (Germany's Gold) wurden 2013 nach Bedenken des Bundeskartellamts eingestellt.

12 Vgl. Michel, ZUM 2009, 453, 458; Schulze, ZUM 2011, 1, 8 m. w. N.

13 Vgl. OLG München ZUM 2010, 709, 712; Bullinger, in: Wandtke/Bullinger, Urheberrecht, 4. Aufl. 2014, § 19 a Rn. 12.

14 Im Abonnement als Podcast bzw. Vodcast bezeichnet.

15 BGH ZUM 2015, 391; Melichar, ZUM 2010, 713 ff.; Schulze, ZUM 2011, 1, 3 mit Hinweis auf das fehlende Privileg aus § 55 UrhG für das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung.

16 Vgl. Frees/van Eimeren, Media Perspektiven 2011, 350, 356.

17 Ziffer 3 Eckpunktepapier zwischen ARD und Produzentenallianz.

18 Hierauf weist Wiechmann, ZUM 2014, 764, 769, hin.

19 So im Ergebnis auch Wiechmann, ZUM 2014, 764, 769.

te Multiplikatoren verbreiten²⁰. Sofern die Anstalten dabei die redaktionelle und technische Hoheit behalten (wie etwa bei YouTube-Kanälen), sind diese Portale wie eigene zu betrachten. Andernfalls ist abzugrenzen, ob es sich um eine Kooperation zu Promotionszwecken oder um eine kommerzielle Nutzung durch Dritte handelt²¹. In diesem Fall muss das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung entweder für die Drittportale mit erworben werden oder diese müssen zum Erwerb verpflichtet werden. Das betrifft auch das sogenannte Embedding (Framing) von Inhalten auf einer nicht anstaltseigenen Plattform eines Dritten²².

Zunehmend spielen auch Social-Media-Kanäle als Verbreitungsplattformen für Inhalte der Rundfunkanstalten eine wichtige Rolle. Hier sind mit ihren hohen Nutzerzahlen insbesondere Facebook und WhatsApp sowie die Fotoplattform Instagram zu nennen²³, die vor allem im Rahmen der Einführung des Jugendkanal-Angebots verstärkt genutzt werden sollen. Problematisch ist insoweit, dass Plattformen wie Facebook sich über ihre Standard-Nutzungsbedingungen in der Regel weitreichende Nutzungsbefugnisse an dem hochgeladenen Material einräumen lassen. Einzelvereinbarungen zwischen den Plattformen und den Sendern können eine solche Rechteübertragung verhindern.

4. Räumliche Einschränkungen

In räumlicher Hinsicht wird das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung separat, zumeist uneingeschränkt erworben. Allerdings wird bei Sendeerträgen der Erwerb der Nutzungsrechte häufig insgesamt auf ein Lizenzgebiet beschränkt²⁴, sodass dann auch das Recht nach § 19 a UrhG betroffen ist.

Ob das für die Satellitensendung in § 20 a UrhG kodifizierte Ursprungslandprinzip auch für das Abrufrecht gilt, ist bislang ungeklärt. Im Rahmen der derzeit laufenden Konsultationen zur Novellierung der EU-Kabel- und Satellitenrichtlinie hatte die EU-Kommission bereits im Jahr 2011 eine Prüfung dahingehend angekündigt, ob dieses Prinzip zumindest für den europäischen Raum technologieneutral auch auf die Online-Verwertung ausgeweitet werden kann²⁵. Dies wäre insofern naheliegend, als Satellitensendung und Online-Nutzung beide auf das Inland intendiert sind und einen Overspill ins Ausland bewirken²⁶. Zudem gewährleistet die Sprachfassung eine ausreichende Begrenzung auf deutschsprachige Abrufgebiete.

Da eine Klärung der Nutzungsrechte für andere Staaten schon administrativ nicht möglich ist, kann die Einhaltung von eingeschränkten Lizenzgebieten aufgrund der unklaren Rechtslage zurzeit nur durch den Einsatz von Geoblocking-Systemen gewährleistet werden. Zur Anwendung solcher technischer Schutzvorkehrungen, bei denen landestypische Kennziffern innerhalb der IP-Adresse des Nutzers zugelassen werden, müssen die Sende-

anstalten vertraglich explizit verpflichtet werden²⁷. Eine bereits durch das eingeschränkte Gebiet bedingte Pflicht kann nicht angenommen werden, zumal Geoblocking von den Nutzern leicht umgangen und ein beschränktes Gebiet nicht zwingend eingehalten werden kann.

IV. Produktionsarten

1. Kauf-, Auftrags- und Koproduktionen

Weitgehend unproblematisch ist der Rechteerwerb von gekauften oder in Auftrag gegebenen Produktionen. Für vollfinanzierte Auftragsproduktionen haben sich ARD und ZDF sowie die Allianz Deutscher Film- und Fernsehproduzenten auf »Eckpunkte der vertraglichen Zusammenarbeit bei Auftragsproduktionen« verständigt²⁸. Danach werden regelmäßig alle Nutzungsrechte vollständig und räumlich weltweit übertragen. Im Rahmen von Koproduktionen erhalten die Anstalten für ihre Sendegebiete exklusiv die Rechte zur freien VoD-Auswertung als 7-Day-Catch-up nach Sendung und bis zu 48 Stunden vor Sendung²⁹.

Für den Erwerb von Online-Rechten an Kaufproduktionen sind die rundfunkrechtlichen Besonderheiten aus § 11 d Abs. 5 Satz 2 RStV zu beachten. Nach dieser Vorschrift ist eine Nutzung angekaufter Spielfilme und Serien im Internet grundsätzlich nicht zulässig. Da hierdurch kommerzielle VoD-Angebote abstrakt geschützt und hohe Rechtenkosten bei den Rundfunkanstalten vermieden werden sollen³⁰, gilt dies selbst dann, wenn der

20 Die ARD und die einzelnen Rundfunkanstalten bestücken seit Jahren eigene YouTube-Kanäle und sind zudem auf den Plattformen Facebook, Twitter und WhatsApp aktiv.

21 Die Verbreitung gehört zum Programmauftrag der Anstalten (§ 11 d RStV), die Verwertung erfolgt dagegen über die Vertriebstöchter (§ 16 a Abs. 2 RStV).

22 Vgl. OLG Düsseldorf ZUM 2012, 327. Nach BGH (GRUR 2016, 171) und EuGH (ZUM 2015, 141) erfolgt beim Embedding von rechtmäßig ins Internet eingestellten Inhalten kein Eingriff.

23 Google+ und Twitter spielen insgesamt eine geringere Rolle (vgl. *Tippelt/Kupferschmitt*, Media Perspektiven 2015, 442, 451).

24 Häufig wird auf das deutschsprachige Europa (Deutschland, Österreich, Schweiz, Liechtenstein, Luxemburg, Südtirol) eingeschränkt.

25 Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union v. 13.7.2011, KOM(2011) 427, 13 f.

26 *Dörr*, ZUM 2015, 954, 958.

27 So auch *Castendyk*, in: v. Hartlieb/Schwarz, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 5. Aufl. 2011, S. 921; *Schwarz*, ZUM 2011, 699, 705.

28 Eckpunktetapiere ARD bzw. ZDF – Produzentenallianz vom 9.12.2009 bzw. 27.9.2010. Abrufbar unter: www.produzentenallianz.de.

29 *Schwarz*, in: v. Hartlieb/Schwarz, Handbuch des Film-, Fernseh- und Videorechts, 5. Aufl. 2011, S. 942.

30 *Heldt*, in: Hahn/Vesting, Rundfunkrecht, 3. Aufl. 2012, § 11 d Rn. 102.

Lizenzgeber urheberrechtlich hierzu seine Einwilligung gegeben hat³¹. Im nicht fiktionalen Bereich halten die Produzenten die Catch-up-Rechte ganz oder teilweise zurück, um den kostenpflichtigen VoD-Markt bedienen zu können. Das Lizenzgebiet ist meist auf die deutschsprachigen Gebiete Europas beschränkt und muss durch Geoblocking abgesichert werden³².

2. Eigenproduktionen

Gemäß ihrem Programmauftrag aus § 6 Abs. 3 Satz 1 RStV sollen die Rundfunkanstalten einen wesentlichen Anteil an Eigenproduktionen ausstrahlen³³. Für die Herstellung von Eigenproduktionen bedienen sich die Anstalten neben festangestellten Mitarbeitern gerade im kreativ-gestalterischen Bereich überwiegend der Dienste von freien Mitarbeitern und müssen eingeschnittenes Fremdmaterial erwerben.

a) Festangestellte Mitarbeiter

Die Nutzungsrechte an urheberrechtlich relevanten Leistungen festangestellter Mitarbeiter werden von den Rundfunkanstalten regelmäßig über den Arbeitsvertrag mit Verweis auf den jeweiligen Manteltarifvertrag (MTV) erworben. Deren Rechteklauseln sind meist in der Zeit vor dem Aufkommen der neuen Medien entstanden und dementsprechend nicht mehr zeitgemäß. So übertragen Festangestellte etwa im NDR und SWR die Rechte an ihren Leistungen zur ausschließlichen und uneingeschränkten rundfunkmäßigen und außerrundfunkmäßigen Nutzung. Das betrifft »insbesondere« das Senderecht, das Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht, das Ausstellungs-, Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht, die Wiedergaberechte nach §§ 21, 22 UrhG und das Verfilmungsrecht³⁴. Das nicht genannte Recht der öffentlichen Zugänglichmachung kann aufgrund dieser nur beispielhaften Aufzählung und mithilfe der Zweckübertragungslehre und über § 43 UrhG als mitübertragen angesehen werden, lediglich bei der Deutschen Welle wird es explizit genannt³⁵. Beim BR werden die an Fernsehfilmen oder »zur Sendung gelangenden Manuskripten« entstehenden Urheber- und sonstigen Schutzrechte lediglich für die Verwendung »im Fernseh- und Hörrundfunk« übertragen³⁶.

b) Freie Mitarbeiter

Auch für ihre freien Mitarbeiter haben die Rundfunkanstalten Haustarifverträge mit den Gewerkschaften abgeschlossen³⁷. Lizenzrechtlich relevant sind der seit 2001 zwischen WDR, NDR und SWR vereinheitlichte Urheberrechtstarifvertrag (TVUrh) bzw. Tarifvertrag für »auf Produktionsdauer Beschäftigte« (TVProd)³⁸. Freie Mitarbeiter sind bei den Anstalten auf Honorarbasis ent-

weder über Einzelverträge beschäftigt oder über Rahmenverträge arbeitnehmerähnlich als sogenannte »feste Freie« tätig. Die Anstalten wenden die Tarifverträge auch auf Nicht-Gewerkschaftsmitglieder an³⁹, obwohl die Verträge nicht für allgemeinverbindlich erklärt wurden. Zugleich erstrecken die Anstalten die urheberrechtlichen Regelungen von TVUrh und TVProd entweder über andere Tarifverträge⁴⁰ oder über die Verwendung von allgemeinen Geschäftsbedingungen, die zumeist auf den Honorarverträgen abgedruckt werden⁴¹, auch auf sonstige freie Mitarbeiter.

aa) Rechteübertragung

Die Tarifverträge der Anstalten für freie Mitarbeiter unterscheiden sich im Hinblick auf den Rechteinhaber untereinander kaum und weichen auch wenig von den Regelungen der Manteltarifverträge ab. Übertragen werden in der Regel die ausschließlichen, räumlich und inhaltlich unbeschränkten Nutzungsrechte, das entstandene Werk für alle Rundfunkzwecke beliebig oft zu verwerten und auf Dritte weiterübertragen zu dürfen. Der Einräumung des explizit genannten Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung kann ein als Urheber beschäftigter Mitarbeiter bei Auftragserteilung widersprechen⁴², allerdings wird hiervon in der Praxis kaum Gebrauch gemacht. Anders als von Festangestellten werden die exklusiven Nutzungsrechte von freien Mitarbeitern zudem nur zeitlich begrenzt eingeräumt⁴³. Die

31 Peters, Öffentlich-rechtliche Online-Angebote, S. 61.

32 v. Albrecht, ZUM 2011, 706, 707.

33 Der Anteil lag im Jahr 2014 bei 26,7 % (vgl. http://www.ard.de/download/468948/Dritte_Fernsehprogramme__Statistik_und_Einzelne_Programm_nach_Entstehung_2014.pdf).

34 Vgl. MTV SWR/MTV NDR Ziffer 372.1 und 372.2; § 34.2.1 MTV WDR.

35 Vgl. MTV DW Ziffer 372.2 c).

36 MTV BR Ziffer 361.1 und 361.2.

37 Insbesondere Bestandsschutztarifverträge für arbeitnehmerähnliche Personen und Tarifverträge über Mindestvergütungen für die Beschäftigung freier Mitarbeiter.

38 Die anderen Anstalten haben ähnliche Tarifverträge abgeschlossen. Als »auf Produktionsdauer Beschäftigte« werden Leistungsschutzberechtigte bezeichnet.

39 Hillig, ZUM 2010, 514.

40 Vgl. Ziffer 1.3 Tarifvertrag über Mindestbedingungen für die Beschäftigung freier Mitarbeiter und Mitarbeiterinnen des SWR.

41 Wiechmann, ZUM 2010, 496, 505. Die Rechteübertragungsklauseln solcher Bedingungen unterfallen nach Ansicht des BGH inhaltlich nicht der AGB-Kontrolle (BGH GRUR 1984, 45, 48 f.; GRUR 2012, 1031).

42 Ziffer 3.3.3 TVUrh/Ziffer 10.2.1.3 TVProd; Ziffer 3.3.3 TVUrh BR/Ziffer 3.2.3 TV Mitw BR. Der neuere Tarifvertrag des MDR schränkt zeitgemäßer ein, indem er den Widerspruch nur für Produktionen zulässt, die für die Nutzung in Hörfunk oder Fernsehen vorgesehen sind (Ziffer 3.3.3 TVUrh MDR).

43 Bei Fernsehproduktionen auf fünf Jahre und bei Fernsehspielen und -serien auf sieben Jahre (vgl. Ziffer 3.2.1 TVUrh/Ziffer 13.1 TVProd). Für originäre Online-Produktionen gibt es keine zeitliche Regelung.

Rechteübertragung und Vergütungsregelung für das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung findet rückwirkend auf alle seit 1995 geschlossenen Verträge Anwendung.

bb) Vergütung

Im Hinblick auf die Honorierung existieren bei den Anstalten Vergütungstarifverträge, deren Tarife überwiegend in Leistungen für Hörfunk und Fernsehen trennen. Für das wichtige Senderecht werden – anders als bei den Privatsendern – je nach Vertragstyp auch Wiederholungsvergütungen bezahlt.

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung wird vergütungstechnisch dagegen noch als Annex für bereits gesendete Inhalte betrachtet und insoweit über eine tarifizierte Buy-out-Vergütung von 4,5 % der Erstsendevergütung abgegolten. Da dieser Online-Zuschlag aufgrund der auf Programmvollständigkeit zielenden Mediatheken inzwischen fast ausnahmslos gezahlt wird, erscheint es mittlerweile zeitgemäß, ihn abzuschaffen⁴⁴. Gleichzeitig müssten auch Honorarrahmen für die Herstellung originärer Online-Programminhalte geschaffen werden, die in den Vergütungstarifverträgen meistens noch nicht geregelt sind, aber vor dem Hintergrund der ansteigenden Herstellung von originären Internetinhalten durch eigene Multimedia-Redaktionen benötigt werden. Für die verstärkte Produktion von trimedialem Content für Hörfunk, Fernsehen und Internet wären crossmediale Vergütungsmodelle, welche eine pauschale Abgeltung ermöglichen, ein denkbarer Ansatz. Der WDR testet – in Abstimmung mit den Gewerkschaften – zurzeit in einer Pilotphase die Einführung solcher medial übergreifender Honorare im laufenden Betrieb eines Studios, um Einkommensentwicklung und Arbeitsbelastung besser einschätzen zu können. Eine solche Pauschalhonorierung wäre urheberrechtlich zulässig und würde nicht der AGB-Inhaltskontrolle unterliegen⁴⁵.

Der Entwurf eines Gesetzes zur verbesserten Durchsetzung des Anspruchs der Urheber und ausübenden Künstler auf angemessene Vergütung, den das Bundesjustizministerium im Oktober 2015 vorgelegt hat, läuft diesen Modellen allerdings entgegen, indem er die Nachvergütung als Regel vorsieht⁴⁶. Zwar lässt der Entwurf Ausnahmen durch Tarifverträge zu, doch ist nach der Gesetzesbegründung eine Pauschalabgeltung grundsätzlich nicht gewollt. Nach § 32 d Satz 2 RefE-UrhG hätte jeder Urheber zudem einen Auskunftsanspruch über den Umfang der Werknutzung⁴⁷. Die Neuregelung würde zu einem deutlichen administrativen Mehraufwand bei den Anstalten führen. So müsste für die zwingende Abrechnung von Wiederholungshonoraren eine Vielzahl von Daten erfasst und mit den vertragsschließenden Produzenten bzw. innerhalb der ARD-Anstalten ausgetauscht werden. Für die Online-Nutzung von Produktionen wür-

den Nutzungszahlen zu liefern sein, die technisch und faktisch nur schwer zu erfassen wären.

c) Fremdmaterial

Der Erwerb von Nutzungsrechten von Fremdmaterial (Fotos/Filmsequenzen) erfolgt in den Lizenzbereichen der Rundfunkanstalten in der Regel über eigene standardisierte Musterverträge, sofern nicht bereits urheberrechtliche Ausnahmetatbestände greifen (§§ 24, 50, 51 UrhG). Die Rundfunkanstalten streben hier, genauso wie private Anbieter, einen möglichst umfassenden Rechteerwerb sowie nutzungsübergreifende Pauschalvergütungen an.

In der Praxis verwenden Redaktionen aus Kostengründen zunehmend Material, das unter einer Creative Commons (CC)-Lizenz im Internet freigegeben worden ist. Die Verwendung dieser aus den USA auf das deutsche Recht angepassten Lizenzen ist auch europarechtlich erwünscht⁴⁸. Sie müssen als AGB im Einzelfall danach ausgelegt werden, ob sie die rundfunkmäßige Nutzung ermöglichen⁴⁹. Da eine typischerweise verwendete CC-Lizenz (BY-NC) die nicht kommerzielle Nutzung vorschreibt, ist die Art der Nutzung von derart lizenziertem Material durch Rundfunkanstalten zu bewerten. Das OLG Köln hat anders als die Vorinstanz⁵⁰ eine solche CC-(NC)-Lizenz für die Verwendung eines Fotos im Online-Angebot des Deutschlandradios als ausreichend angesehen⁵¹. Dieser Ansicht ist zuzustimmen, da die Anstalten nicht gewinnorientiert arbeiten und sich weder aus der Finanzierung durch Rundfunkbeiträge noch aus der eventuellen Ersparnis anfallender Lizenzkosten eine Kommerzialisierung ableiten lässt.

3. Altproduktionen

Immer noch mit Schwierigkeiten verbunden ist die Nutzung von älteren eigenproduzierten Sendungen oder

44 So auch *Wiechmann*, ZUM 2014, 764, 771.

45 BGH ZUM 2012, 793, 797.

46 Abrufbar unter: http://www.bmju.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Urhebervertragsrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=2 (14.2.2016).

47 Der Anspruch nach § 32 RefE-UrhG könnte nach dem Entwurf allerdings durch Tarifvertrag abgedungen werden. Bislang besteht ein solcher Auskunftsanspruch lediglich im Falle einer Urheberrechtsverletzung (§ 101 Abs. 1 UrhG und akzessorisch aus § 97 UrhG).

48 Nach Art. 5 Abs. 3 der Richtlinie 2014/26/EU über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten (VG-Richtlinie) muss es Rechteinhabern möglich sein, Lizenzen für die nicht kommerzielle Nutzung von Rechten zu vergeben.

49 *Dörre*, GRUR-Prax 2014, 516. Im Hinblick auf die Frage der wirksamen Einbeziehung der CC-Lizenzen findet § 305 Abs. 2 BGB auf öffentlich-rechtliche Anstalten keine Anwendung (§ 310 Abs. 1 UrhG).

50 LG Köln ZUM 2014, 534.

51 OLG Köln ZUM-RD 2015, 180.

Ausschnitten in den Online-Angeboten der Anstalten. Seit 1966 war es Urhebern verboten, anderen Nutzungsrechte an unbekanntem Nutzungsarten einzuräumen (§ 31 Abs. 4 UrhG a. F.). Lediglich Leistungsschutzberechtigte sowie Urheber mit vor dieser Zeit geschlossenen Verträgen konnten den Rundfunkanstalten somit Rechte an zukünftigen Nutzungsarten übertragen⁵². Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gilt nach allgemeiner Ansicht aber erst ab dem Jahr 1995 als bekannte Nutzungsart⁵³. Daraus folgt, dass für vorher entstandene Produktionen und Teile regelmäßig nicht von allen Berechtigten das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung übertragen worden ist. Der Gesetzgeber hat bislang mit der Einführung zweier Vorschriften versucht, die Archive von Rechteinhabern für die Nutzung zu öffnen.

a) § 137 I UrhG

Mit dem Zweiten Korb der Urheberrechtsnovelle und der Abschaffung des Übertragungsverbots von unbekanntem Nutzungsarten entstand die Übergangsregelung des § 137 I UrhG. Die Vorschrift wurde bereits vor Einführung als unzureichend kritisiert⁵⁴ und hat sich auch in der Praxis für die Rundfunkanstalten als nur bedingt hilfreich herausgestellt.

aa) Rechteübertragung

Über die Norm kann das Recht nach § 19 a UrhG zwar von früher als Urheber tätigen festangestellten Mitarbeitern in der Regel unproblematisch fingiert werden⁵⁵. Bei freien Mitarbeitern dagegen muss in den früheren Honorarbedingungen und Einzelverträgen aber das Vorliegen der Voraussetzungen der Norm im Einzelfall geprüft werden⁵⁶. In den älteren Tarifverträgen wurden die wesentlichen Nutzungsrechte zur ausschließlichen Nutzung in der Regel zudem nur zeitlich eingeschränkt übertragen. Dennoch ist davon auszugehen, dass die Übertragungsfiktion auch hier greift. Denn durch die vorbestehende und nach Zeitablauf anderweitig verwertbare Urheber-Teilleistung des damaligen freien Mitarbeiters (z. B. Treatment) entstand eine neue eigenständige Fernsehproduktion, die wiederum exklusiv und zeitlich uneingeschränkt ausgewertet werden konnte⁵⁷. Dessen ungeachtet wäre eine diesbezüglich klarstellende Überarbeitung der Norm wünschenswert.

bb) Vergütung

§ 137 Abs. 5 Satz 3 UrhG statuiert eine Verwertungsgesellschaftspflicht der Vergütungsansprüche, die von VG WORT und VG Bild-Kunst wahrgenommen werden. Ob Individualvereinbarungen damit ausgeschlossen sind, ist zweifelhaft, besonders dann, wenn der Urheber

bekannt ist⁵⁸. Die Rechte von Urhebern mit Vertragsschluss vor dem Jahre 1966 müssen zumindest weiter individuell recherchiert und lizenziert werden. Vor diesem Hintergrund haben nur wenige Anstalten bilaterale Vereinbarungen mit den Verwertungsgesellschaften geschlossen, welche zumindest die besonders dringliche ausschnittsweise Verwendung von Altproduktionsmaterial aus den Jahren 1966–1994 gegen eine zusätzliche pauschale Nachvergütung ermöglichen sollen. Die Einstellung von ganzen Altproduktionen ist aber auch über diese Vereinbarungen nicht zulässig.

cc) § 137 e Abs. 2 Satz 2 UrhG

Die Übertragungsfiktion nach § 137 I UrhG gilt nach herrschender Meinung nicht für Leistungsschutzberechtigte⁵⁹. Sofern Verträge dieser Mitwirkenden für ältere Fernsehproduktionen nicht explizit unbekanntem Nutzungsrechte einräumen, muss das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung daher nacherworben werden. Lediglich in den Fällen, wo ein Vertrag nicht geschlossen oder auffindbar ist⁶⁰, lässt sich über die Auslegungsregel des § 92 Abs. 1 UrhG die rückwirkende Übertragung des Rechts zur Online-Nutzung annehmen. Die gesetzliche Vermutung gilt auch für das Recht an damals zukünftigen Nutzungsarten. Denn die Norm beschränkt sich nicht auf bekannte Nutzungsarten und ließ in der ursprünglichen Fassung Nutzungsrechte des Mitwirkenden schon gar nicht erst entstehen⁶¹. Nachvergütungsan-

52 Ältere Verträge und Honorarbedingungen mit einer solchen Rechteklausel sind nicht selten. Allerdings setzt eine Übertragung unbekannter Nutzungsrechte aufgrund der Zweckübertragungsregel eine eindeutige Klausel voraus (vgl. BGH ZUM 2011, 560, 561).

53 Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl., § 31 a Rn. 53 m. w. N. Erst im Jahre 2003 wurde das Nutzungsrecht in § 19 a UrhG kodifiziert.

54 Vgl. Spindler/Heckmann, ZUM 2006, 620, 630 sowie GRUR Int. 2008, 271, 274 ff.

55 Die Voraussetzung des ausschließlichen, räumlich und zeitlich unbegrenzten Erwerbs der wesentlichen Nutzungsrechte (§ 137 I Abs. 1 UrhG) ist in älteren Arbeitsverträgen bzw. Manteltarifverträgen erfüllt. Widersprüche nach § 137 I Abs. 1 Satz 2 UrhG gab es etwa im NDR weniger als ein Dutzend.

56 Vgl. für die Einverständniserklärung eines Talkshowgastes: LG Berlin ZUM 2014, 251.

57 Vgl. Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl., § 137 I UrhG Rn. 30; a. A.: Spindler/Heckmann, GRUR Int. 2008, 271, 275. Die Verwertungsgesellschaften und Gewerkschaften gehen zurzeit ebenfalls davon aus, dass die Rechteübertragungsbestimmungen der Tarifverträge die Fiktion des § 137 I UrhG auslösen.

58 Berberich/Kilian, ZUM 2013, 542 ff.

59 Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 137 I Rn. 5.

60 Das ist meist bei Nebendarstellern oder sonstigen lediglich am Rande künstlerisch Mitwirkenden der Fall.

61 Schulze, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 92 Rn. 2, 5, 16; Manegold/Czernik, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 4. Aufl., § 92 Rn. 14 f. Dass § 137 e Abs. 4 Satz 2 UrhG nur das Vermietrecht erwähnt, ist allein der durch diese Norm erfolgten zwingenden Umsetzung der EU-Vermiet- und Verleihrichtlinie geschuldet.

sprüche im Hinblick auf die Online-Nutzung könnten insoweit allenfalls über §§ 79 Abs. 2, 32, 32 a UrhG direkt geltend gemacht werden.

b) § 61 c UrhG (verwaiste Werke)

Mit der Umsetzung der EU-Richtlinie 2012/28 sollte die öffentliche Zugänglichmachung und Vervielfältigung von verwaisten Werken, d. h. veröffentlichten geschützten Werken, deren Rechteinhaber nicht zu ermitteln sind (§ 61 UrhG), ermöglicht werden. Die für die Rundfunkanstalten geschaffene Sonderregelung des § 61 c UrhG erweitert die Norm auf Werke aus dem Programmvermögen der Anstalten und beschränkt sie gleichzeitig auf solche, die vor dem 1.1.2003 hergestellt wurden⁶². Bislang hat diese Vorschrift in der Praxis nur wenig Relevanz entwickelt. Denn die von § 61 a UrhG verlangte aufwendige und exakt dokumentierte Recherche der Rechteinhaber, die nach erfolgter Durchführung dem Deutschen Patent- und Markenamt zu melden ist, kann faktisch nicht gewährleistet werden. Zudem lässt die Norm die Bearbeitung und ausschnittsweise Nutzung der betreffenden Werke nicht zu. Schließlich gilt sie nach der Gesetzesbegründung auch nur für Eigenproduktionen und echte Auftragsproduktionen, nicht aber für Werke, für die sich die Sender die Rechte sonst vertraglich haben übertragen lassen⁶³.

V. Verwertungsgesellschaften

Im Rundfunkgeschäft stellt der massenhafte Rechteerwerb von Verwertungsgesellschaften eine große Erleichterung dar. Für die Wahrnehmung von Rechten an Musik, gedruckten Sprachwerken und Kunst haben die Rundfunkanstalten mit GEMA, GVL, VG Bild-Kunst und VG WORT Gesamt- und Einzelnutzerverträge abgeschlossen, die in unterschiedlichem Umfang auch die Online-Nutzung abdecken⁶⁴.

1. Europarechtliche Vorgaben

Ein seit Jahren bestehendes Problem ist der Erwerb von Online-Rechten für Produktionen mit eingeschnittener Musik. Die Online-Musikdienste-Empfehlung der EU-Kommission hatte die freie Beauftragung von Verwertungsgesellschaften durch Rechteinhaber und damit eine Zersplitterung im Bereich der Rechtswahrnehmung von Online-Rechten befürwortet⁶⁵. Mit der »CISAC«-Entscheidung eröffnete die EU-Kommission dann den europäischen Wettbewerb unter den nationalen Verwertungsgesellschaften für die Kabel-, Satelliten- und Online-Verbreitung⁶⁶. In der Folge entzogen insbesondere die Major Labels die mechanischen Vervielfältigungsrechte aus den Gegenseitigkeitsverträgen und übertrugen

sie neuen repertoirebezogenen Lizenzierungsportalen wie etwa der CELAS⁶⁷. Die Richtlinie über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten (VG-Richtlinie) sieht unter anderem Regelungen dafür vor, dass Mehrgebietslizenzierungen von Online-Musik-Rechten nach bedingter Wahlfreiheit des Rechteinhabers durch unterschiedliche Wahrnehmungsgesellschaften erfolgen können. Sie beinhaltet aber eine Ausnahmevorschrift für Online-Rechte an in Hörfunk- und Fernsehprogrammen enthaltenen Musikwerken sowie sonstige ergänzende Online-Inhalte, die in einem untergeordneten Verhältnis zur ursprünglichen Sendung stehen⁶⁸. Da sich diese Regelung fast identisch im Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums für ein Verwertungsgesellschaftengesetz (VGG-E) wiederfindet⁶⁹, wird die bisherige Lizenzierungspraxis zwischen Rundfunkanstalten und GEMA und GVL auch zukünftig für die sendungsbegleitende Musiknutzung beibehalten werden können⁷⁰.

2. Urheberrechte

Die GEMA kann im Rahmen der mit anderen europäischen Verwertungsgesellschaften abgeschlossenen Gegenseitigkeitsabkommen für bereits gesendete Programmbeiträge die Online-Rechte vergeben, soweit sie bereits die Senderechte eingeräumt hat. Auch Musik der US-amerikanischen Major Labels ist inzwischen über Kooperationsverträge erfasst⁷¹. Konkret räumt die GEMA damit das VoD-Recht nur für die programmbegleitende Musiknutzung in Beiträgen ein, die für die

62 Grund hierfür ist, dass die Rundfunkanstalten dazu angehalten werden sollen, die zur Identifizierung von Urhebern oder Rechteinhabern erforderlichen Informationen zukünftig genau zu dokumentieren (vgl. Fn. 11 sowie Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 61 c UrhG Rn. 2).

63 Vgl. Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 61 c UrhG Rn. 3.

64 Die VG WORT ermöglicht den Abruf als 7-Day-Catch-up sowie zusätzlich auch einen Tag vor Ausstrahlung. Die VG Bild-Kunst vergibt das Recht nach § 19 a UrhG uneingeschränkt und auch für Drittplattformen.

65 Empfehlung der Kommission für die länderübergreifende kollektive Wahrnehmung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten, die für legale Online-Musikdienste benötigt werden, vom 18.10.2005, Ziffer 3.

66 Entscheidung der Kommission von 16.7.2008 (Case COMP/C2/38.698 – CISAC). Die Entscheidung wurde später durch das EuG (ZUM-RD 2013, 293) teilweise wieder aufgehoben.

67 Da insoweit keine abgrenzbare Nutzungsart betroffen ist, wurde diese Rechtaufspaltung in Rechtsprechung, Praxis und Literatur vielfach als nach deutschem Urheberrecht unzulässig kritisiert (vgl. OLG München ZUM 2010, 709, 712; v. Albrecht, ZUM 2011, 706, 710 f.).

68 Erwägungsgrund 48, Art. 32 der Richtlinie 2014/26/EU über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten (VG-Richtlinie).

69 § 74 VGG-E.

70 So auch Grewenig, ZUM 2016, 98, 100.

71 Müller, ZUM 2011, 13, 16.

Sendung im Fernsehprogramm vorgesehen sind, keine Musiktitel alleinstellen, dem Telemedienkonzept genügen und dieselbe Sprachfassung haben. Für Nutzungen auf Drittplattformen müssen die jeweiligen Portalbetreiber nach Ansicht der GEMA die erforderlichen Musikurheberrechte erwerben⁷². Anders als bei Fernsehproduktionen kann die GEMA das Filmherstellungsrecht für originäre Online-Produktionen zudem nicht ohne Mitwirkung des Urhebers einräumen⁷³. Es sollte daher vor allem versucht werden, die programmliche Nutzung auf Drittplattformen und im Rahmen des Jugendangebots zu ermöglichen.

3. Leistungsschutzrechte

a) Historie der Rechtswahrnehmung

Bei Beginn der Online-Aktivitäten der Rundfunkanstalten hatten die Tonträgerhersteller das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zur Wahrnehmung durch die GVL überhaupt nicht eingebracht⁷⁴. Um zunächst überhaupt in Fernsehproduktionen eingeschnittene Musik online nutzen zu können, schloss die ARD mit einer Reihe von kleineren Tonträgerherstellern direkte Rahmenvereinbarungen, die eine kostenfreie Nutzung von Musik ermöglichten. Erst 2007 erhielt die GVL von den Tonträgerherstellern einen Teil der Rechte – die Catch-up-Rechte für bereits gesendetes Programm – über die sogenannten Betriebsvoraussetzungen Podcasting zur nicht ausschließlichen Wahrnehmung übertragen. Obwohl eine Reihe von Labels das übertragene Recht der öffentlichen Zugänglichmachung durch Sonderbestimmungen zusätzlich weiter eingeschränkt hat⁷⁵, finden die Podcasting-Bedingungen in der Praxis Anwendung und gelten seit 2011 als Anlage zum ARD-GVL-Gesamtvertrag⁷⁶. Die Vereinbarung dient dem Schutz des Erstverwertungsinteresses der Tonträgerhersteller und ermöglicht den Anstalten die Nutzung von in Sendungen eingeschnittener Musik auf eigenen Portalen und Drittplattformen, sofern sie die redaktionelle Hoheit und Verfügungsmacht besitzen (YouTube).

b) Podcasting-Bedingungen

Inhaltlich trennen die Podcasting-Bedingungen in Vorder- und Hintergrundmusik. Als Hintergrundmusik dürfen Musiktitel, wenn sie zu mehr als 50 % »akustisch verunreinigt« sind, zeitlich uneingeschränkt als VoD- und Download-Angebot genutzt werden⁷⁷. Vordergrundmusik darf im Rahmen eines 7-Day-Catch-up (kein Download) genutzt werden, wenn die Sendung nicht ausschließlich aus Musikaufnahmen besteht und nicht mehr als drei Titel hintereinander eingesetzt werden⁷⁸. Längere Verweildauern sind zulässig, wenn der Musikanteil der Produktion 10 % der Gesamtdauer nicht über-

steigt oder die Musiktitel zu weniger als einer Minute und 50 % der Originallänge eingeschnitten sind. Die (ausschnittsweise) Verwendung von Musikvideos sowie die Nutzung von Konzertausschnitten sind über die GVL-Podcasting-Bedingungen nicht zulässig.

Für die Catch-up-Nutzung haben sich die Regelungen in der Praxis bewährt, da sie zurzeit noch weitgehend auf den tatsächlichen Bedarf zugeschnitten sind⁷⁹. Regelungsbedarf besteht allerdings – ebenso wie bei den von der GEMA wahrgenommenen Rechten – für die nicht sendungsbezogene Internetnutzung von musikbehaftetem Programm. Derzeit müssen für originäre Online-Produktionen das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung sowie das Filmherstellungsrecht direkt von den Labels erworben werden⁸⁰. Hier ist zu klären, ob die Musiklabels die erforderlichen Rechte der GVL zur Wahrnehmung übertragen können.

VI. Fazit

Die in der Praxis auftretenden Problemfelder verdeutlichen, dass die heutigen gesetzlichen und vertraglichen Lizenz- und Vergütungsregelungen für die non-linearen Online-Aktivitäten der Rundfunkanstalten nicht ausreichend sind. Dies betrifft insbesondere nicht sendungsbezogene originäre Telemedienangebote.

Für die Sender ist vor dem Hintergrund des beitragsfinanzierten Rundfunkauftrags eine einfache und effektive One-Stop-Lizenzierung aller benötigten Nutzungsrechte über wenige Verwertungsgesellschaften unerlässlich. Es erscheint deshalb zunächst sinnvoll, die angesichts der fortschreitenden Konvergenz der Medien kaum noch haltbare Unterscheidung zwischen linearer und nicht linearer Nutzung zugunsten einheitlicher pau-

72 Insofern verlangen die Drittportale von den Anstalten gelegentlich die Unterzeichnung von Freistellungserklärungen.

73 § 1 Abs. 1 i) (2) GEMA-Berechtigungsvertrag.

74 Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ist für Tonträgerhersteller anders als das Senderecht ein Verbotsrecht (§ 85 Abs. 1 UrhG) und löst nicht nur einen bloßen Vergütungsanspruch aus.

75 Vgl. Anlage 2 zum Wahrnehmungsvertrag Tonträgerhersteller (Negativliste Online) zum Einzelvertrag. Abrufbar unter: <https://www.privatfunk.de/IndThemen.html?urh/TextUrhR05.html> (13.3.2016).

76 Die Arbeitsgemeinschaft Privater Rundfunk hatte bereits 2010 eine Vereinbarung mit gleichlautenden Bestimmungen abgeschlossen, abrufbar unter: <https://www.privatfunk.de/IndThemen.html?urh/TextUrhR05.html> (13.3.2016).

77 Bei einer akustischen Verunreinigung von weniger als 50 % darf die verwendete Länge des Titels nur weniger als eine Minute und höchstens 50 % des Titels betragen.

78 Bei kurzen Sendungen oder Beiträgen unter 20 Minuten Länge muss zusätzlich der einzelne Musiktitel kürzer als eine Minute sein und höchstens 50 % der Originallänge betragen.

79 A. A. noch Krause, ZUM 2011, 21, 25. Wünschenswert wäre aber eine zeitliche Ausweitung des 7-Day-Catch-up.

80 Nur eine kleine Anzahl von Labels erlaubt der ARD über Rahmenverträge die Online-only-Nutzung.

schaler Vergütungsmodelle gänzlich aufzugeben. Darüber hinaus sollte das Ursprungslandprinzip nicht nur für sendungsbegleitende Catch-up-Angebote, sondern mittelfristig auch für nicht sendungsbezogene Online-Angebote Anwendung finden. Für die One-Stop-Lizenzierung des weltweiten Musikrepertoires enthalten EU-VG-Richtlinie und VGG-Entwurf zurzeit ebenfalls nur eine Ausnahme für die sendungsbegleitenden, nicht aber für die originären VoD-Nutzungen von Sendeunternehmen. Im Hinblick auf die Öffnung der Archive haben sich die darauf zielenden nationalen Vorschriften (§§ 137 I, 61 UrhG) in der Praxis als wenig hilfreich erwiesen.

Einige der aufgezeigten Problemfelder – etwa die der Musiknutzung und der Archivöffnung – könnten über ein kollektives Lizenzierungsmodell gelöst werden, das schon seit Längerem vonseiten der Rundfunkanstalten vorgeschlagen wird⁸¹. Auch der europäische Gesetzgeber hatte den Mitgliedstaaten bereits in der EU-Infosoc-Richtlinie ausdrücklich die Einrichtung dieser Art der Rechteverwaltung als Möglichkeit überlassen und hat sie jüngst in der EU-Richtlinie über verwaiste Werke sowie in der Richtlinie über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten erneut erwähnt⁸². Die sogenannten »Extended Collective Licences« (ECL) sind schon seit Jahren in Skandinavien für die Fernseh- und On-Demand-Nutzung erprobt. Organisationen von Rechteinhabern (Verwertungsgesellschaften, Urheberverbände oder Gewerkschaften), die einen erheblichen Teil dieser Berechtigten vertreten, können über diese Vereinbarungen für bestimmte Werkarten und Nutzungsarten kollektive Lizenzen an Nutzer vergeben.

Diese Lizenzierung wirkt allgemeinverbindlich für Nichtmitglieder und alle Verwerter. Betroffene Urheber können ihr zudem per Opt-out aktiv widersprechen. Mit diesem Lizenzmodell könnte die schnelle und einfache One-Stop-Lizenzierung auf neue Bereiche ausgeweitet werden. Erst vor kurzem wurden ECL in den britischen Copyright, Patent and Design Act als eine grundsätzliche Möglichkeit der Lizenzvergabe für gesetzlich zu bestimmende Werk- und Nutzungsarten eingefügt⁸³. Auch die Schweiz plant zurzeit mit der Einführung eines neuen § 43 a URG die Einführung kollektiver Lizenzen⁸⁴. Es wäre zu begrüßen, wenn auch der deutsche Gesetzgeber die Chance einer nationalen Umsetzung ergreifen würde. ◇

81 Vgl. EBU Copyright White Paper, Modern copyright for digital media – Legal analysis and EBU proposals, Geneva 2010, S. 47; Krause, ZUM 2011, 21, 25; Krogmann, ZUM 2013, 180, 182; 457, 461.

82 Art. 18 der Richtlinie 2001/29/EG vom 22.5.2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft (Urheberrechts-Richtlinie); Erwägungsgrund 24 der Richtlinie 2012/28/EU vom 25. Oktober 2012 über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke (Verwaiste-Werke-Richtlinie); Erwägungsgrund 12 der Richtlinie 2014/26/EU vom 4.2.2014 über die kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten (VG-Richtlinie).

83 Enterprise and Regulatory Reform Act 2013, Section 116B.

84 Entwurf des Schweizer Bundesrats vom 11.12.2015, abrufbar unter: <http://www.ejpd.admin.ch/dam/data/ejpd/aktuell/news/2015/2015-12-11/vorentw-urg-d.pdf> (13.3.2016).

Notarielle Unterwerfungserklärung – Rechtlicher Rahmen und Handhabung in der Praxis

Von Evgeny Pustovalov*, Köln

Im Bereich der außergerichtlichen Streitbeilegung steht seit einiger Zeit die Rechtsfigur einer sogenannten notariellen Unterwerfungserklärung als Alternative zur herkömmlichen strafbewehrten Unterlassungserklärung in Diskussion. Diese ist auf einen Vorschlag von Köhler zurückzuführen, wonach die notarielle Unterwerfungserklärung eine Kombination aus den beiden dem Schuldner grundsätzlich zur Verfügung stehenden Handlungsmöglichkeiten, nämlich der Abgabe einer strafbewehrten Unterlassungserklärung und der Hinnahme einer einstweiligen Verfügung darstellen und die Nachteile der einen wie der anderen Lösung vermeiden lassen soll. Der nachfolgende Beitrag setzt sich unter Einbeziehung der bisher insoweit ergangenen Rechtsprechung und

Literatur mit den dogmatischen Grundlagen des Instituts der notariellen Unterwerfungserklärung auseinander und schildert die sich bei der Anwendung in der Praxis für die jeweilige Partei ergebenden Schwierigkeiten.

I. Inhaltliche Anforderungen und Sanktionierung

Nach der von Köhler beschriebenen¹ Konstruktion stellt die an der Ausräumung der Wiederholungsgefahr

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Lampmann, Haberkamm & Rosenbaum Partnerschaft in Köln.

1 Köhler, GRUR 2010, 6.