

Bernhard Knies

Redtube.com: Kann denn Streamen Sünde sein?

Zur Rechtmäßigkeit privaten Streamens und der Vorlagefrage des OGH in Sachen kino.to/UPC

Massenabmahnungen zum Thema Streaming haben in Deutschland für erhebliches mediales Aufsehen gesorgt (zum Redtube-Fall s. Solmecke, CR 2014, 137, in diesem Heft). Der Beitrag erläutert zunächst die unterschiedlichen Technologien, um dann die streitige rechtliche Kernfrage zu untersuchen, ob Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie zur Informationsgesellschaft privates Streamen als rezeptiven Werkgenuss zulässt oder nicht. Der Beitrag skizziert zudem die Vorlagefrage des österreichischen OGH an den EuGH zu eben dieser Streitfrage und die Stellungnahme der Bundesregierung zu einer Anfrage aus dem Bundestag.

I. Problemstellung

Zehntausende Abmahnungen von Verbrauchern durch eine Regensburger Kanzlei für einen Schweizer Produzenten pornographischer Werke wegen des Streamings kleiner Porno-Filmchen auf dem amerikanischen Portal Redtube.com haben in der Presse und im Internet für erhebliche Aufregung gesorgt.¹ Selbst die Bundesregierung antwortete zum Thema auf eine Anfrage von besorgten Parlamentariern.²

Die Rechtmäßigkeit der vom LG Köln auf Basis des § 101 UrhG bewilligten Auskunftsbefehle wird ebenso angezweifelt wie die inhaltliche Rechtmäßigkeit der Abmahnung selbst³. Doch wie steht es nun um die Kernfrage, ob die Nutzer von Streamingportalen (wie redtube.com, youporn.com oder aber auch youtube.com) abgemahnt werden können, wenn die Inhalte, die sie streamen zuvor nicht rechtmäßig eingestellt worden waren? Die Rechtsfrage ist kompliziert und höchst umstritten.

Die deutschen Gerichte hatten sich mit dieser Frage bislang noch nicht zu beschäftigen. Hinsichtlich der vom LG Köln erteilten Auskunftsbefehle wird man wohl nach derzeitigem Kenntnisstand davon ausgehen müssen, dass das LG die Auskunftsanträge der Regensburger Kanzlei wohl eher „durchgewunken“ hat, als sie inhaltlich zu prüfen, so wie das – bedingt durch die schiere Menge an solchen Verfahren – meistens eben bei nur kurzfristiger Prüfung geschieht.⁴ Die spannende Rechtsfrage ist bisher in zahlreichen Aufsätzen in der Literatur näher beleuchtet und durchaus kontrovers diskutiert worden.⁵ Doch soll zunächst einmal ein kurzer Blick auf die

unterschiedlichen Techniken des Streamings geworfen werden.

II. Die aktuellen Streaming-Technologien

Technisch betrachtet wird bei jedem Streaming-Vorgang auf dem Rechner des Nutzers eine temporäre Kopie der Original-Datei erstellt, da nur auf diese Weise der Stream überhaupt mit dem jeweiligen Media-Player wahrnehmbar gemacht werden kann.⁶

Dabei wird zwischen dem *On-Demand-Streaming*, dem *Live-Streaming* und daneben auch dem „*Framing*“⁷ unterschieden. Bei allen Streaming-Verfahren werden, technisch betrachtet, die Daten des Contents paketweise per Push-Technologie an den Empfänger übertragen und beim Empfänger mittels eines sog. Clients im Arbeitsspeicher seines Rechners zwischengespeichert, um eine verzögerungsfreie Wiedergabe auf dessen Rechner zu ermöglichen.⁸ Die Wiedergabe des Inhalts beginnt regelmäßig schon bevor die gesamte Datei geladen wurde, sobald genügend Fragmente der Datei im Zwischenspeicher des Users empfangen wurden.⁹ Die empfangenen Inhalte werden aber normalerweise nicht dauerhaft, sondern eben immer nur vorübergehend gespeichert und danach wieder gelöscht.¹⁰ Der User kann zudem oft auch noch über den Umfang der Zwischenspeicherung in den Einstellungen des Client-Puffers seines Mediaplayers bestimmen.¹¹

1. Live-Streaming

Beim Live-Streaming wird der Zeitpunkt des Streamings anders als beim On-Demand-Streaming vom Anbieter bestimmt. Dabei wird die Sendung im Wege des sog. „Multicast“ allen Empfängern gleichzeitig angeboten.¹² Die angebotene Datei existiert (ebenfalls anders als beim On-Demand-Streaming) vor Beginn der Übertragung auch noch nicht auf dem Server des Senders, sondern wird in Echtzeit gesendet. Solche Live-Streams werden im Internet häufig von Fernsehsendern angeboten, die ihr Programm zeitgleich zur aktuellen Ausstrahlung auch im Internet anbieten. Derartige Live-Streams werden auch als „Simulcasts“ bezeichnet.¹³ Im Internet und

▷ RA und FA für Urheber- und Medienrecht Dr. Bernhard Knies, München.

1 Einen Überblick zu den betroffenen Rechtsfragen bietet Solmecke, CR 2014, 137, in diesem Heft. Vgl. auch stellvertretend Spiegel Online vom 11.12.2013 – <http://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/redtube-die-fuenf-grossen-fragen-bei-der-porno-stream-abmahnung-a-938312.html>. NTV vom 17.1.2014 berichtet über die Zweifelhaftheit der Ermittlungssoftware: <http://www.n-tv.de/technik/Redtube-Abmahner-tauchen-ab-article12099481.html>. Focus teilt mit, dass der Abmahnanwalt täglich Morddrohungen erhalte: http://www.focus.de/digital/internet/redtube-abmahnungen-anwalt-drohungen-abmahnanwalt-urman-taeglich-morddrohungen-13_id_3531760.html.

2 Vgl. hierzu unten 4.

3 Zum Ablauf der Redtube-Abmahnwelle ausführlich Solmecke, CR 2014, 137, in diesem Heft.

4 So die Vermutung des Spiegel, vgl. Fn. 1. Genauer hierzu Solmecke, CR 2014, 137, in diesem Heft.

5 Vgl. Busch, GRUR 2011, 496; Radmann, ZUM 2010, 387; Stieper,

MMR 2012, 12; Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677; Wandtke/von Gerlach, GRUR 2013, 676; Stolz, MMR 2013, 353; Dam, „Urheberrechtliche Bewertung des Streamings – eine Analyse aus Sicht der Werkvertreter und der Nutzer“, S. 4, abrufbar über <http://www.wbs-law.de/wp-content/uploads/2013/12/Urheberrechtliche-Bewertung-des-Streaming-Annika-Dam.pdf>.

6 Vgl. hierzu eingehend Wandtke/von Gerlach, GRUR 2013, 676 (677).

7 Zur Frage nach dem Nutzer des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung anlässlich von Links und Frames ausführlich Conrad, CR 2013, 305 ff.

8 Vgl. hierzu Stieper, MMR 2012, 12 (13) und sehr ausführlich Busch, GRUR 2011, 496 (497 f.).

9 Vgl. Dam, Fn. 5, S. 4.

10 Von den im Internet beschriebenen „Umgehungstechnologien“ etwa zur dauerhaften Speicherung von Youtube-Streams soll hier in der Betrachtung einmal abgesehen werden, vgl. hierzu ergänzend, Dam, Fn. 5, S. 4.

11 Vgl. Busch, GRUR 2011, 496 (497).

12 Vgl. Busch, GRUR 2011, 496 (498); Stieper, MMR 2012, 12 (13); Sasse-Waldhausen, ZUM 2000, 837 (842).

13 Vgl. Dam, Fn. 5, S. 5.

Redtube.com: Kann denn Streamen Sünde sein?

mittels Einsatz von Apps auf Tablet-PCs können die Live-Streams dann vom User einfach betrachtet werden.¹⁴ Beliebt sind in diesem Zusammenhang auch Live-Streams von Sportübertragungen wie Fußballspielen, die oftmals aus „fragwürdigen“ Quellen stammen.¹⁵

2. On-Demand-Streaming

On-Demand-Streaming findet dagegen auf individuellen Abruf eines Nutzers statt, es wird deshalb auch „Unicast“ genannt.¹⁶ Der individuelle Nutzer bestimmt über Ort und Zeit des Abrufes. Sendeanstalten bieten in ihren Mediatheken meist für sieben Tage solche On-Demand-Streams an, dazu zählen aber auch die zahlenmäßig wohl größten Angebote auf *youtube.com* oder eben auch die aktuell streitigen Angebote auf *redtube.com*, sowie rechtlich fragwürdigere Angebote, wie die von *kinox.to*.

3. Framing

Das Framing stellt einen Unterfall des On-Demand-Streamings und des Live-Streamings dar, wobei der hauptsächlichste Unterschied darin zu sehen ist, dass über den Frame der auf einer anderen Plattform gehostete Content in eine weitere Website eingebunden wird. Die Einbindung solcher Frames ist insbesondere bei den Mitgliedern von *Facebook* sehr beliebt, die über Frames etwa Inhalte von *youtube.com* posten. Die rechtliche Zulässigkeit des Framings ist speziell aus der Sicht dessen streitig, der einen fremden Link postet oder auf seiner Website veröffentlicht. Die deutschen Gerichte waren bei der Beurteilung dieser Frage bisher unterschiedlicher Auffassung, der BGH hat die Frage jüngst dem EuGH zur Entscheidung vorgelegt.¹⁷

4. Fazit:

Im Ergebnis sind die eingangs erwähnten Streams auf Portalen wie *redtube.com* technisch betrachtet dem sog. „On-Demand-Streaming“ zuzuordnen.

III. Urheberrechtliche Bewertung privaten Streamens

1. Temporäre Speicherungen als Vervielfältigungshandlung?

Wie unter II. oben dargestellt, finden bei allen Streaming-Technologien auf dem Rechner des Users temporäre Vervielfältigungen statt. Doch wie sind diese rechtlich zu bewerten? Schwierigkeiten bei der rechtlichen Beurteilung, ob und inwieweit die temporären Vervielfältigungen auf dem Rechner des Users eine urheberrechtlich

relevante Vervielfältigung darstellen, bereiten zunächst einmal die unterschiedlichen Technologien:

Nur beim „*Progressive Download*“ wird eine vollständige Kopie auf dem Rechner des Users erstellt, die insofern klar eine Vervielfältigung darstellt.¹⁸ Bei den anderen Streaming Verfahren werden immer nur Teile der gestreamten Datei, teils auch sukzessive, gespeichert.

Nach allgemeiner Meinung kann sich eine Vervielfältigungshandlung allerdings auch auf Teile des Werkes beschränken, solange jedenfalls der betreffende Werkteil für sich betrachtet noch schutzfähig ist.¹⁹ Gerade bei sehr kleinen Werkteilen wird über eine dann noch gegebene Schutzfähigkeit diskutiert.²⁰ Dabei sollte man allerdings im Auge behalten, dass diese Überlegungen regelmäßig nur auf rechtlich anders gelagerte Fälle bezogen werden, bei denen nämlich tatsächlich aus einem Werk ein sehr kleines Element, wie einzelne Tonfolgen, entnommen und dann in einem neuen Werk verarbeitet wurde.²¹ Dagegen handelt es sich beim Streaming fast immer um eine „sukzessive Vervielfältigung“ des ganzen Werkes. Schon aus diesem Grund geht die herrschende Meinung in der Literatur zutreffend davon aus, dass auch sukzessive Vervielfältigungshandlungen, wie sie typischerweise beim Streaming entstehen, dem Vervielfältigungsrecht des § 16 UrhG unterfallen.²² Das sieht auch der OGH in seinem Vorlagebeschluss an den EuGH in diesem Sinne.²³

2. Die Schrankenregelungen des § 44a UrhG

Die entscheidende Frage besteht insofern darin, ob sich der User, der einen Stream betrachtet, auf die Anwendung der Schrankenbestimmungen des § 44a UrhG zu den vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen oder hilfsweise auf § 53 UrhG, also die Regelung Privatkopie berufen kann.²⁴

a) § 44a UrhG und Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie zur Informationsgesellschaft

§ 44a UrhG nimmt bloß vorübergehende Vervielfältigungshandlungen im Wege einer Schrankenbestimmung aus dem Anwendungsbereich des exklusiven Vervielfältigungsrechtes aus. Die Vorschrift setzt Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie zur Informationsgesellschaft²⁵ in deutsches Recht um, muss also richtlinienkonform ausgelegt werden. Art. 5 der Richtlinie sieht in Abs. 2 für die Mitgliedstaaten eine Reihe fakultativer Ausnahmebestimmungen vor. Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie mit der Bestimmung zu den vorübergehenden Vervielfältigungshandlungen ist die einzige zwingende Ausnahmeregelung, die von den Mitgliedstaaten umgesetzt werden musste.²⁶

14 Dazu gibt es etwa die „Live TV“ App von *Equinox*.

15 Wie etwa die Streams der Championsleague auf *www.livetv.sx*.

16 Vgl. *Busch*, GRUR 2011, 496 (497) mit weiteren technischen Nachweisen zu den auch hier unterschiedlichen Technologien sowie dem Hinweis, dass nur beim „progressive Download“ eine vollständige Kopie des gestreamten Werkes erstellt wird, während beim „True-On-Demand-Streaming“ keine vollständige Speicherung auf dem Zielrechner stattfindet.

17 Der BGH hat mit Beschluss vom 16.5.2013 dem *Gerichtshof der Europäischen Union* die Frage vorgelegt, ob „Framing“ i.S.d. Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/29/EG zur Informationsgesellschaft eine urheberrechtliche Nutzungshandlung darstelle (BGH, Beschl. v. 16.5.2013 – I ZR 46/12, AfP 2013, 330 – Die Realität). Praktisch geht es bei dieser spannenden urheberrechtlichen Frage darum, ob die insbesondere bei *Facebook* Nutzern äußerst beliebten fremden Links auf bei *Youtube* gehostete Videos urheberrechtliche Nutzungshandlungen darstellen, die also einer Genehmigung des Urhebers bedürfen, vgl. hierzu *Conrad*, CR 2013, 305 ff.

18 Vgl. *Dam*, Fn. 5, S. 26 und *Busch*, GRUR 2011, 496 (497).

19 Vgl. *Schulze* in *Dreier/Schulze*, UrhG, 3. Aufl., § 16 Rz. 9; *Löwenheim* in *Schricker/Löwenheim*, Urheberrecht, 4. Aufl., § 16 Rz. 14; *Dustmann* in *Fromm/Nordemann*, § 16 Rz. 16.

20 *Löwenheim* in *Schricker/Löwenheim*, Urheberrecht, 4. Aufl., § 16 Rz. 14; *Dam*, Fn. 5, S. 26 f.

21 So etwa bei der Schutzfähigkeit von Tonfolgen und einzelnen Tönen, vgl. hierzu *Loewenheim* in *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Aufl., § 2 Rz. 125.

22 Vgl. *Busch*, GRUR 2011, 496 (498); *Radmann*, ZUM 2010, 387 (389); *Stieper*, MMR 2012, 12 (13); *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (678); *Wandtkelvon Gerlach*, GRUR 2013, 676 (678); *Stolz*, MMR 2013, 353 (355); *Dam*, Fn. 5, S. 32.

23 OGH Österreich, Beschl. v. 11.5.2012 – *kino.to/UPC*, GRUR-Int. 2012, 934 (937).

24 Vgl. hierzu unten 6.

25 Richtlinie 2001/29/EG v. 22.5.2001, ABl. EG 2001 Nr. L 167, 10.

26 Vgl. *Reinbothe*, GRUR-Int. 2001, 733 (738).

Redtube.com: Kann denn Streamen Sünde sein?

Die Reichweite der Regelung des § 44a UrhG ist insofern insbesondere auch im Lichte der Richtlinie zur Informationsgesellschaft und der dazu erlassenen Erwägungsgründe zu sehen. In Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie heißt es:

„Die in Art. 2 bezeichneten vorübergehenden Vielfältigungshandlungen, die flüchtig oder begleitend sind und die einen integralen oder wesentlichen Teil eines Übertragungsvorganges darstellen und deren alleiniger Zweck es ist, a) eine Übertragung in einem Netz zwischen Dritten durch einen Vermittler, oder b) eine rechtmäßige Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes zu ermöglichen, und die keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben, werden von dem in Art. 2 vorgesehenen Vielfältigungsrecht ausgenommen.“

Der Erwägungsgrund (33) zur Richtlinie spricht davon, dass „Browsing“ oder „Caching“ unter Berücksichtigung der durch Art. 5 Abs. 1 genannten Vorgaben zulässig sein sollen. Streaming wird im Erwägungsgrund nicht genannt, vermutlich deshalb, weil das Streaming zum Zeitpunkt der Entstehung der Richtlinie noch keine praktische Rolle spielte.

Einigkeit herrscht in der Literatur zumindest dahingehend, dass die Alternative a) des Art. 5 der Richtlinie alleine von Vermittlern wie etwa Access-Providern genutzt werden kann, nicht dagegen für temporäre Speicherungen in Arbeitsspeichern von privaten Usern.²⁷

Private Surfer könnten sich also allenfalls auf die zweite Alternative berufen des Art. 5 Abs. 1 berufen; das allerdings auch nur dann, wenn es sich um eine rechtmäßige Nutzung handelt. Das Kriterium der „rechtmäßigen Nutzung“ führt in der bislang vorliegenden Literatur zu einem heftigen Streit um die Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit privaten Streamens.²⁸

Die genaue Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „rechtmäßigen Nutzung“ bereitet in der Tat Schwierigkeiten: Der Erwägungsgrund (33) definiert eine rechtmäßige Nutzung als eine solche, die „vom Rechteinhaber zugelassen bzw. nicht durch Gesetze beschränkt ist“. Es kommt also insbesondere darauf an, ob die „Nutzung“ generell oder durch Schrankenbestimmungen erlaubt ist.²⁹

b) „Benutzung“ und „Nutzung“: Der rezeptive Werkgenuss des privaten Endverbrauchers im deutschen Recht

Zumindest im deutschen Urheberrecht wird zwischen einer *urheberrechtsfreien Benutzung* und einer *lizenzpflichtigen Nutzung* unterschieden:

Denn im deutschen Recht herrschte, zumindest im analogen Umfeld, über lange Zeit Einigkeit, dass man alleine schon aus praktischen Erwägungen heraus den rezeptiven Werkgenuss des Endverbrauchers nicht durch Verbotrechte beschränken wollte.³⁰ Das System der Verwertungsrechte wurde in der Folge als Stufensystem zur

mittelbaren Erfassung des Endverbrauchers gedeutet.³¹ Dennoch war auch hier der Grundgedanke, dass dem Urheber von jedem, der sein Werk „genieße“, eine Vergütung geschuldet sei, diese aber eben aus praktischen Gründen nicht beim Endverbraucher selber, sondern beim gewerblichen Verwerter eingesammelt werden sollte, also bei Verleger, Sendeanstalt oder Konzertveranstalter. Die *Theorie der nur mittelbaren Erfassung* des rezeptiven Werkgenusses wurde insbesondere von *Ulmer* deshalb kritisiert, weil in Fällen in denen (wie etwa damals bei der Privatkopie) eine Nutzung durch den Verbraucher selber mit neuen technischen Mitteln erfolgte, auch eine unmittelbare Vergütungspflicht des Verbrauchers gegenüber dem Urheber in Betracht gezogen werden müsse.³² Schon früh hat die ältere Rechtsprechung des BGH angedeutet, dass es zumindest keinen Grundsatz gebe, dass die Rechte des Urhebers vor dem Interesse des Einzelnen an einer Freihaltung seiner privaten Sphäre zurücktreten müssten.³³ Der Gesetzgeber habe eben gerade keine grundsätzliche Entscheidung dahingehend getroffen, dass der private Bereich von der Ausübung urheberrechtlicher Befugnisse freigehalten werden müsse, auch hier gebühre dem Urheber ein Anspruch auf gerechten Lohn.³⁴ Weitergehend wurde aufgrund der Stufentheorie allerdings von anderen Stimmen auch die Auffassung vertreten, dass die Verwertungsrechte ganz generell nicht den schlichten Werkgenuss durch den Verbraucher erfassen.³⁵

In diese Richtung geht ganz offenbar auch die neuere Rechtsprechung des BGH. So sei die reine „Benutzung“ eines Werkes im Gegensatz zu den technischen Nutzungsrechten urheberrechtlich nicht erfasst.³⁶ Der BGH formuliert in seinen neueren Entscheidungen sehr eindeutig: „Die Benutzung eines Werkes ist kein urheberrechtlich relevanter Vorgang. Dies gilt für das Benutzen eines Computerprogramms ebenso wie für das Lesen eines Buches, das Anhören einer Schallplatte, das Betrachten eines Kunstwerkes oder eines Videofilms.“³⁷ Fasst man die herrschende Meinung zusammen, so wird man aber letztlich für das deutsche Urheberrecht zu Recht davon ausgehen müssen, dass der rezeptive Werkgenuss durch den Endverbraucher nicht durch Verwertungsrechte beschränkt werden soll.

3. Die Auslegung des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie zur Informationsgesellschaft

Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie zur Informationsgesellschaft muss allerdings auf der Basis des europäischen Urheberrechts ausgelegt werden. Welche Argumente sprechen nun für und gegen seine Anwendung auf das private Streaming?

27 Vgl. *Radmann*, ZUM 2010, 387 (391); *Löwenheim* in *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Aufl., § 44a Rz. 8, m.w.N.

28 Für die Anwendbarkeit des § 44a UrhG auf privates Streaming etwa *Stieper*, MMR 2012, 12 (16); *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (681); *Busch*, GRUR 2011, 496 (502); *Stolz*, MMR 2013, 353 (356); *Dam*, Fn. 5, S. 50, i.a.A. *Wandthelvon Gerlach*, GRUR 2013, 676 (681), die aber de lege ferenda für eine Neuregelung plädieren; *Radmann*, ZUM 2010, 387 (392).

29 Vgl. *Löwenheim* in *Schricker/Loewenheim*, UrhG, 4. Aufl., § 44a Rz. 9, m.w.N.

30 Vgl. *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., S. 227.

31 Vgl. *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., S. 227, mit Verweis auf *Hubmann*, Urheber- und Verlagsrecht, 7. Aufl., S. 68.

32 Vgl. *Ulmer*, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl., S. 227, mit Verweis auf *Troller*, Ansprüche des Urhebers auf Entgelt für den privaten Werkgenuss, in *Schweizer Mitteilungen zum gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht*, 1951, S. 531.

33 So BGHZ 17, 267 (277 f.).

34 BGHZ 17, 267 (279).

35 So etwa *Heerma* in *Wandtke/Bullinger*, Urheberrecht, § 15 Rz. 3.

36 BGH v. 4.10.1990 – I ZR 139/89, CR 1991, 150 m. Anm. *Lehmann* = CR 1991, 80 = GRUR 1991, 449 (453) – Betriebssystem.

37 BGH v. 4.10.1990 – I ZR 139/89, CR 1991, 150 m. Anm. *Lehmann* = CR 1991, 80 = GRUR 1991, 449 (453) – Betriebssystem; kritisch hierzu *Schulze* in *Dreier/Schulze*, UrhG, 3. Aufl., § 15 Rz. 20: Die Wahrnehmung eines Werkes sei zwar eine Nutzung i.S.d. §§ 11, 15, sei aber vom Gesetzgeber freigestellt worden.

Redtube.com: Kann denn Streamen Sünde sein?

a) Ansatz der Quellentheorie

Gegen eine Freiheit des rezeptiven Online-Werkgenusses wird die *Quellentheorie* eingewandt. Nach dieser Quellentheorie soll es entscheidend auf die Rechtmäßigkeit der Quelle ankommen.³⁸ Schon dem Wortlaut der Formulierung „rechtmäßige Nutzung“ lasse sich entnehmen, dass es auf die tatsächliche Rechtmäßigkeit der Quelle ankommen müsse.³⁹ Zudem sprächen Sinn und Zweck des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie zur Informationsgesellschaft gegen eine weite Auslegung, denn der Richtliniengeber habe beabsichtigt, nur die legalen Angebote wie etwa youtube.de zu privilegieren.⁴⁰

b) Ansatz der h.M.

Aus dem Wortlaut des Erwägungsgrundes 33 lässt sich aber auch ein Gegenargument ziehen, denn er spricht eben von „Nutzung“ und nicht von „Benutzung“. Weiter spricht der Sinnzusammenhang mit den dort genannten Beispielen des „Caching“ und „Browsing“ dafür, die Richtlinie dahingehend zu interpretieren, dass auch nach europäischem Urheberrecht auch privates Streaming durch die Regelung des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie zur Informationsgesellschaft privilegiert sein soll, weil es schwer zu erklären wäre, warum das Browsen auf einer Website urheberrechtlich unbedenklich sein soll, das Betrachten eines Streams auf derselben Website hingegen nicht. Es spricht also vieles dafür, dass der rezeptive Werkgenuss per Streaming schon gar nicht durch die Verwertungsrechte des Urhebers erfasst wird, die diesem durch die EU garantiert werden.⁴¹ Auch die bisher ergangene Rechtsprechung des EuGH deutet in diese Richtung: In der *FAPL/Murphy* Entscheidung stellt der EuGH klar, dass der bloße Empfang einer Sendung als solcher, also die Erfassung und ihre visuelle Darstellung im privaten Kreis, keinen durch von der EU geschaffene Urheberrechte verbotenen Vorgang darstelle, also rechtmäßig sei.⁴² Zu Recht wird zudem darauf verwiesen, dass es für den Endnutzer häufig nicht erkennbar sein wird, ob der Inhalt im Einzelfall rechtmäßig oder rechtswidrig in ein Streaming-Portal eingestellt wurde.⁴³ Auch der Vergleich mit der Freiheit des rezeptiven Werkgenusses im analogen Bereich wird von der herrschenden Meinung als Rechtfertigungsgrund herangezogen.⁴⁴ Daraus wird man zutreffend den Schluss ziehen müssen, dass der rezeptive Werkgenuss auch beim privaten Streamen eines Werkes nicht unter die im Unionsrecht kodifizierten Ausschließlichkeitsrechte der Urheber fällt und damit frei ist.⁴⁵

c) Streams aus offensichtlich rechtswidriger Quelle

Zu klären wäre dann nur noch die Frage, ob das private Streamen auch aus einer „offensichtlich rechtswidrigen

Quelle“ ebenfalls frei sein soll. Hiergegen wird von einigen Stimmen der Rechtsgedanke des § 53 Abs. 1 UrhG eingewandt, nach dem eine private Vervielfältigung nur dann zulässig ist, wenn das Original nicht aus einer offensichtlich rechtswidrigen Quelle stammt.⁴⁶ Allerdings wurde gegen dieses Argument darauf hingewiesen, dass der Gesetzgeber auch in anderen Fällen des reinen rezeptiven Werkgenusses nicht an die Rechtmäßigkeit des verwendeten Werkstückes anknüpft.⁴⁷

Wenn das Betrachten des Streams aber schon unter kein Ausschließlichkeitsrecht fällt, könne es auch keinen Unterschied machen, ob die Quelle, aus der der Stream stammt, rechtmäßig oder offensichtlich rechtswidrig ist.⁴⁸ Der österreichische OGH weist in seiner Vorlagefrage an den EuGH allerdings auf ein weiteres wichtiges Argument hin:⁴⁹ Gegen eine Anwendbarkeit auf rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachte Inhalte könne Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie sprechen, wenn nämlich durch die fragliche Nutzung die normale Verwertung des Werkes ungebührlich beeinträchtigt wird. Dies würde auch dem vom BGH und von *Ulmer* für das deutsche Recht geäußerten Gedanken Rechnung tragen, dass der private Bereich jedenfalls nicht immer vor den Rechten der Urheber zurücktreten müsse.

4. Die Stellungnahme der Bundesregierung

Auch die Stellungnahme der *Bundesregierung* auf eine kleine Anfrage aus dem *Bundestag* lässt sich wohl in diese Richtung interpretieren: In dieser Anfrage war die *Bundesregierung* im Zusammenhang mit den *Redtube* Abmahnungen gefragt worden, ob sie das reine Betrachten eines Videostreams für eine urheberrechtlich relevante Vervielfältigung hält.⁵⁰ Die *Bundesregierung* hat hierauf mit Schreiben des *Bundesjustizministers* vom 30.12.2013 geantwortet, dass „die *Bundesregierung* das Betrachten eines Videostreams nicht für urheberrechtswidrig hält.“ Allerdings äußert sich das Ministerium nicht zur komplizierten Regelung des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie zur Informationsgesellschaft, sondern verweist zutreffend darauf, dass in jedem Fall hilfsweise auch für den Fall, dass die Voraussetzungen des § 44a UrhG in Einzelfall nicht gegeben sein sollten, das Betrachten eines Videostreams jedenfalls unter den Voraussetzungen der Privatkopie nach § 53 Abs. 1 UrhG zulässig sein müsste (solange es sich also nicht um eine offensichtlich rechtswidrige Vorlage handelt).⁵¹

5. Die Vorlagefrage des OGH vom 11.5.2012

Ob Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie zur Informationsgesellschaft auf das private Streamen nun tatsächlich anwendbar ist, wird aller Voraussicht nach bald der *Gerichtshof der Europäischen Union* (EuGH) zu entscheiden haben.

38 Vgl. *Wandtkel/Gerlach*, GRUR 2013, 676 (680 f.).

39 Vgl. *Wandtkel/Gerlach*, GRUR 2013, 676 (680 f.).

40 Vgl. *Wandtkel/Gerlach*, GRUR 2013, 676 (680 f.).

41 So auch *Stieper*, MMR 2012, 12 (15); so auch der OGH Österreich im Vorlagebeschluss an den EuGH, GRUR-Int. 2012, 934 (937).

42 EuGH v. 4.10.2011 – Rs. C-403/08, Rs. C-429/08 – *FAPL/Murphy*, AfP 2011, 462 = CR 2012, 36 = MMR 2011, 817 – Rz. 171.

43 So *Busch*, GRUR 2011, 496 (502); *Stolz*, MMR 2013, 353 (358).

44 So etwa *Busch*, GRUR 2011, 496 (502).

45 Für die Anwendbarkeit des § 44a UrhG auf privates Streaming etwa *Stieper*, MMR 2012, 12 (16); *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (681); *Busch*, GRUR 2011, 496 (502); *Stolz*, MMR 2013, 353 (356); *Dam*, Fn. 5, S. 50; *Spindler*, zitiert über <http://irights.info/gerald-spindler-er-bei-streaming-handelt-es-sich-um-keine-urheberrechtsverletzung>; a.A. *Wandtkel von Gerlach*, GRUR 2013, 676 (681), die aber de lege ferenda für eine Neuregelung plädieren; *Radmann*, ZUM 2010, 387 (392).

46 So etwa *Busch*, GRUR 2011, 496 (502).

47 So *Stieper*, MMR 2012, 12 (15).

48 So im Ergebnis auch *Stieper*, MMR 2012, 12 (16); *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (681); *Stolz*, MMR 2012, 353 ff.; *Busch*, GRUR 2011, 496 (502); *Dam*, Fn. 5, S. 50; *Spindler* in Online Interview auf irights.info: <http://irights.info/gerald-spindler-bei-streaming-handelt-es-sich-um-keine-urheberrechtsverletzung>; a.A. *Wandtkel/Gerlach*, GRUR 2013, 676 (682); *Radmann*, ZUM 2010, 387 (392).

49 OGH Österreich, Beschl. v. 11.5.2012 – kino.to/UPC, GRUR-Int. 2012, 934 (937).

50 Kleine Anfrage der Abgeordneten *Wawzyniak* u.a., BT-Drucks. 18/195 v. 17.12.2013.

51 Antwort des Bundesministers für Justiz und Verbraucherschutz vom 30.12.2013; abrufbar unter http://irights.info/wp-content/uploads/2014/01/KA_Linke_Antwort_Redtube_Abmahnungen.pdf.

Redtube.com: Kann denn Streamen Sünde sein?

Denn der *österreichische Oberste Gerichtshof (OGH)* hat dem EuGH mit Beschluss vom 11.5.2012⁵² folgende Frage vorgelegt:

„Sind eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch (Art. 5 Abs. 2 lit. B Info-RL) und eine flüchtige und begleitende Vervielfältigung (Art. 5 Abs. 1 Info-RL) nur dann zulässig, wenn die Vorlage der Vervielfältigung rechtmäßig vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich zugänglich gemacht wurde?“

In dem der Vorlagefrage zugrunde liegenden Sachverhalt hatte ein deutscher Filmhersteller gegen einen österreichischen Access-Provider geklagt, um zu erreichen, dass dieser für seine Kunden den Zugang zur illegalen (und zwischenzeitlich geschlossenen) Plattform *kino.to* sperrt. Dagegen wandte sich der Provider. Die Frage zur Rechtmäßigkeit des Verhaltens des privaten Users ist insofern nur eine subsidiäre Vorlagefrage, die der OGH für den Fall stellt, dass der EuGH die erste Vorlagefrage verneint, ob man dem Access-Provider untersagen könne, den Zugang etwa zu Plattformen wie *kino.to* insgesamt zu sperren. Ob der EuGH also die hier relevante Frage überhaupt beantworten wird, bleibt somit abzuwarten.

In der Begründung des Vorlagebeschlusses zeigt sich der OGH bei der Auslegung der Schrankenbestimmung des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie zur Informationsgesellschaft hinsichtlich der Bewertung des Merkmals der „*rechtmäßigen Nutzung*“ unentschlossen, bekundet aber Bedenken, wenn es um das Streamen von offensichtlich rechtswidrigen Plattformen geht.⁵³ Den Schlussanträgen des Generalanwaltes *Villalon* in der Verhandlung vor dem EuGH am 26.11.2013 lässt sich zu der hier relevanten Sachfrage nichts entnehmen,⁵⁴ so dass man mit Spannung darauf warten darf, ob der EuGH zu der hier diskutierten Rechtsfrage überhaupt Stellung nehmen wird.

6. Die Regelung der Privatkopie im deutschen Recht und ihre Anwendbarkeit auf das Streaming:

Geht man mit der herrschenden Meinung davon aus, dass die temporären Zwischenspeicherungen beim privaten Streamen vom europäischen Gesetzgeber aus dem Anwendungsbereich des ausschließlichen Vervielfältigungsrecht des Urhebers ausgenommen sind, dann stellt sich die Frage nach der Zulässigkeit einer Privatkopie schon gar nicht mehr. Folgte man aber hilfsweise der Mindermeinung⁵⁵, dann käme es drauf an, ob die Regelung zur Privatkopie das private Streaming privilegiert.

a) Ansatz des Gesetzgebers

Der deutsche Gesetzgeber hat bei der Ausgestaltung der Regelung zur Privatkopie in § 53 Abs. 1 UrhG eine komplizierte Formulierung gewählt. Hier heißt es, dass eine „*einzelne Vervielfältigung eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen*

Trägern zulässig ist, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dient und soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird.“

Der deutsche Gesetzgeber wollte mit dem Zweiten Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft vom 26.10.2007⁵⁶ eine Unzulässigkeit der Privatkopie auch dann begründen, wenn es sich um eine *offensichtlich rechtswidrig* öffentlich gemachte Vorlage handelt. Dadurch wollte der Gesetzgeber eine Lücke schließen, die dadurch entstanden war, dass Vervielfältigungsstücke, die etwa in eine Peer-to-Peer-Tauschbörse illegal eingestellt wurden, auf einer von dem Einsteller ursprünglich nach § 53 UrhG legal erstellten Privatkopie beruhten.⁵⁷

b) Erkennbarkeit für den User

Der historische Hintergrund der Vorschrift macht klar, dass sie die Anwendung auf das Betrachten eines Streams in einem Portal durch einen Nutzer jedenfalls nicht ausschließt. Entscheidend käme es dann darauf an, ob der User erkennen konnte, ob es sich um eine „*offensichtlich rechtswidrige Vorlage*“ handelt. Im Ergebnis würde es dann also bei der Beurteilung der Frage, ob das Streamen legal oder illegal ist, auf die *User-Perspektive* ankommen: Konnte und musste dem User klar sein, dass das Portal insgesamt „*offensichtlich rechtswidrig*“ ist.⁵⁸ Die Beantwortung dieser Frage würde man dann hilfsweise letztlich davon abhängig machen müssen, ob das Portal insgesamt nur rechtswidrige Inhalte verbreitet (wie etwa Portale wie *kinox.to*) oder ob sich neben illegal eingestellten Inhalten auch eine Vielzahl von legalen Inhalten dort befinden, die die Rechteinhaber also insbesondere selber zur Bewerbung oder Vermarktung eigener Inhalte dort eingestellt haben, wie das etwa bei *youtube.com* der Fall ist, oder eben auch bei *redtube.com*. Streamt man dort Inhalte, so wird man von einer illegalen abmahnfähigen Nutzung letztlich nicht ausgehen können.

IV. Schlussfolgerungen

Die rechtliche Beurteilung der Zulässigkeit des privaten Streamings ist vorrangig anhand der Regelungen des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie zur Informationsgesellschaft und des § 44a UrhG zu beurteilen, die die temporären Zwischenspeicherungen beim privaten Streaming als rezeptiven Werkgenuss freistellen. Eine Grenze ließe sich allenfalls für offensichtlich rechtswidrig eingestellte Inhalte aus Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie entnehmen, wenn durch die Ausnahme die reguläre Verwertung des Werkes ungebührlich behindert würde. Zu einem ähnlichen Ergebnis käme man hilfsweise, wenn die Regelung der Privatkopie auf das private Streaming angewendet würde, die in jedem Fall aus Sicht des Users die Nutzung rechtlich unbedenklicher Plattformen wie *youtube.com* und eben auch *redtube.com* generell privilegieren würde.

Die aktuellen Abmahnungen gegen Nutzer von *redtube.com* sind somit nicht vom geltenden deutschen Urheberrecht gedeckt und erweisen sich als unwirksam.

52 OGH Österreich, Beschl. v. 11.5.2012 – *kino.to/UPC*, GRUR-Int. 2012, 934.

53 OGH Österreich, Beschl. v. 11.5.2012 – *kino.to/UPC*, GRUR-Int. 2012, 934 (937); Gegen eine Anwendbarkeit auf rechtswidrig öffentlich zugänglich gemachte Inhalte könne Art. 5 Abs. 5 der Richtlinie sprechen, wenn nämlich durch die fragliche Nutzung die normale Verwertung des Werkes ungebührlich beeinträchtigt wird.

54 Siehe Meldung in MMR Aktuell 2013, 352878.

55 *Busch*, GRUR 2011, 496 (502); *Wandtkel/Gerlach*, GRUR 2013, 676 (680 f.).

56 BGBl. I 2007, 2513.

57 Vgl. *Dreier* in *Dreier/Schulze*, UrhG, 3. Aufl., § 53 Rz. 11.

58 So im Ergebnis auch *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (681).