

# Der Videostream und seine urheberstrafrechtliche Bewertung

Von Wiss. Mitarbeiter **Mustafa Temmuz Oğlakcioğlu**, Erlangen

## I. Das Urheberrecht im Wandel der Zeit

Kein anderes Rechtsgebiet wird vom technischen Fortschritt so beeinflusst und fordert deswegen auch derart kontinuierlich gesetzgeberische Reaktionen heraus wie das Urheberrecht. Das digitalisierte Fernsehen von heute hat fast nichts mehr mit der Medienlandschaft der Neunziger Jahre gemein<sup>1</sup> und zeichnet sich v.a. durch erhöhte Flexibilität aus.<sup>2</sup> Dies äußert sich zum einen in der abnehmenden „Verkörperlichung“ der Werke: Der Umlauf urheberrechtlich relevanter Inhalte erfolgt über die „nackte Datei“ und „klebt“ nicht mehr zwingend an einem bestimmten Träger (sodass auch nicht mehr das Medium – die Kassette, die CD, die DVD – als Einheit vervielfältigt werden muss, wenn eine Kopie erwünscht ist).<sup>3</sup> Flexibler ist zum anderen auch der „Filmgenuss“ selbst geworden, da nun die Möglichkeit besteht, Filme, Dokumentationen und Kinderprogramme auf Abruf ansehen zu können. Außerdem ist die Sendung (urheberrechtlich geschützter Werke) dank der fortschreitenden Entwicklung des Internetangebots und kabelloser Netzwerke nicht mehr an das Medium „Fernseher“ gebunden; vielmehr kann auch vom heimischen PC, Laptop, Tablet-PC oder Smartphone jederzeit und überall auf die gewünschte Sendung zugegriffen werden.<sup>4</sup> Inzwischen muss man nicht einmal mehr im „Besitz“ einer nackten Datei sein,<sup>5</sup> vielmehr kann die Sendung wie im Fernsehen direkt angesehen werden. Die hierbei verwendete Technik, welche u.a. auch bei YouTube, Clipfish und MyVideo zur Anwendung kommt, ist das sog. „Streaming-Verfahren“.

Die mit dieser Technik einhergehende Flexibilität vereinfacht aber auch die Verletzung fremder Urheberrechte. User von Videoportalen können ohne besondere Hürden Musiktitel, Filme und sonstige Werke anderer schlicht hochladen und somit einem millionenfachen Publikum zugänglich machen. Während die Urheberrechtswidrigkeit derartiger Verbreitun-

gen und auch deren Strafbarkeit wohl außer Frage steht,<sup>6</sup> wird derzeit nach wie vor darüber diskutiert, ob auch die „Zuschauer“ urheberrechtswidrig handeln bzw. sich sogar strafbar machen, wenn sie mittels der Streaming-Technik auf offensichtlich rechtswidrige Quellen zugreifen, also „urheberrechtswidrig fernsehen“. Dass auch dieser Personenkreis (die Nutzer) ins Visier der Ermittler gerückt ist, überrascht in Zeiten der Instrumentalisierung des Strafverfahrens für zivilrechtliche Schadensersatzansprüche nicht.<sup>7</sup> Wenn nach geltendem Recht der „Download zum Eigengenuss“,<sup>8</sup> spricht auch derjenige erfasst wird, der sich eine Filmdatei herunterlädt, anschaut und wieder löscht, liegt es zumindest auf den ersten Blick nahe, auch denjenigen haften zu lassen, der sich die Datei direkt ansieht, ohne sie abzuspeichern.

Dass man diese Rechtsfrage häufig am Phänomen „kino.to“<sup>9</sup> aufhängt bzw. mit diesem in Verbindung bringt, mag v.a. dem Umstand geschuldet sein, dass die Popularität derartiger Seiten einerseits, die Etablierung der Streaming-Technik andererseits zeitlich ungefähr zusammenfielen;<sup>10</sup> die auf kino.to erfolgte Verbreitung illegaler Filmkopien in einer noch

<sup>1</sup> Als Stichwörter seien genannt: „Betamax vs. VHS“; die Ablösung der Musikkassette durch die Compact-Disc; Bezahlfernsehen mit einem einzigen Sender (sodass auch die Frage, welches Bundesligaspiel am Samstag übertragen wird, von der „Wichtigkeitseinschätzung“ der Regie abhing; eine Vorstellung, die in Zeiten der Konferenzschaltung dem einen oder anderen FC Nürnberg-, Eintracht Frankfurt- oder SC Freiburg-Fan einen kalten Schauer über den Rücken laufen lässt).

<sup>2</sup> Zu diesen Überlegungen auch *Neurauter*, GRUR 2011, 691.

<sup>3</sup> Vgl. *Gruhl*, in: Müller-Gugenberger/Bieneck (Hrsg.), *Wirtschaftsstrafrecht*, 5. Aufl. 2011, § 55 Rn. 105.

<sup>4</sup> Zur DSL-Verbindung als viertem, neuen „Rundfunkübertragungsweg“ vgl. *Neurauter*, GRUR 2011, 691, der in diesem Zusammenhang auch auf den neuen „Trend zur Selbstverwertung“ und der Abnabelung größerer Fernsehgesellschaften wie RTL von GEMA und Co. hinweist.

<sup>5</sup> Zu dieser Erkenntnis vgl. auch *Borghi*, *International Review of Intellectual Property and Competition Law* 2011, 316 (346).

<sup>6</sup> *Stieper*, MMR 2012, 12; *Busch*, GRUR 2011, 496; *Dreier*, in: *Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Kommentar*, 3. Aufl. 2008, § 19a UrhG Rn. 10. Fraglich kann allerdings sein, inwiefern die Betreiber für Fremdinhalte haften, indem sie Framelinks setzen bzw. diese dulden, vgl. hierzu *Ullrich*, ZUM 2010, 853.

<sup>7</sup> Monographisch *Schäfer*, *Die Bedeutung des Urheberstrafverfahrensrechts bei der Bekämpfung der Internetpiraterie, Instrumentalisierung des Strafverfahrens zur Durchsetzung urheberzivilrechtlicher Interessen*, 2010, passim.

<sup>8</sup> Dieses aus dem Betäubungsmittelrecht übernommene Bild sei an dieser Stelle sogleich abgerundet (auch wenn damit das Ergebnis in gewissem Grade vorweggenommen wird): auch dort ist schließlich der Konsumakt als solcher straflos, während der Erwerb der Drogen zum Eigenkonsum gem. § 29 Abs. 1 BtMG strafbar ist. Begründet wird dies damit, dass beim Erwerb immer noch die abstrakte Gefahr der Weitergabe besteht (wie beim Vervielfältigen einer mpeg4-Datei auf dem Memory-Stick oder dem Brennen einer DVD eben auch), während beim Konsumakt als solches keine fremde – schützenswerte – Rechtsgutsbeeinträchtigung mehr in Betracht kommt. Schließlich soll auch das Vervielfältigungsrecht nach § 16 UrhG als Vorfeldrecht nicht den „illegalen“ Genuss des Rezipienten verhindern, sondern einer weiteren Verbreitung gegen den Willen des Urheberrechtsinhabers entgegenwirken; zum Vervielfältigen als Gefährdungsdelikt vgl. *Gruhl* (Fn. 3), § 55 Rn. 104; *Loewenheim*, in: *Schricker/Loewenheim (Hrsg.), Urheberrecht, Kommentar*, 4. Aufl. 2010, § 16 UrhG Rn. 11, 13; *Dustmann*, in: *Fromm/Nordemann, Urheberrecht, Kommentar*, 10. Aufl. 2008, § 16 UrhG Rn. 3.

<sup>9</sup> Die Top Level Domain „to“ steht für das Pazifikarchipel Tonga, vgl. hierzu *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (682).

<sup>10</sup> Freilich soll damit nicht suggeriert werden, dass es die Streaming-Technik nicht bereits vorher gab.

nie dagewesenen Form (70.000 Filme, 350.000 Serientitel<sup>11</sup>) und die millionenfachen Klicks, derer sich die Betreiber erfreuen konnten,<sup>12</sup> brachten zudem besonders deutlich zu Tage, dass der Gesetzgeber noch weit entfernt von jenem umfassenden Urheberrechtsschutz war, den er sich mit seinem „Zweiten Korb“ als Ziel gesteckt hatte. Hinzu kommt die wirtschaftliche Dimension der illegalen Verbreitung über kino.to, die durch Statistiken des Statistischen Bundesamtes zum Vorschein kam, wonach zwischen den Jahren 2003 und 2008 die Zahl der Kinobesucher um 23,63 % zurückgegangen ist (freilich soll damit nicht suggeriert werden, dass das Online-Angebot allein ursächlich für diese Zahlen ist, was v.a. im Hinblick auf die gesamtwirtschaftlichen Entwicklungen in diesem Zeitraum bezweifelt werden darf).<sup>13</sup> Im Übrigen ist diese Assoziation missglückt, wenn man bedenkt, dass die bei kino.to zur Verfügung gestellten Inhalte nicht ausschließlich mittels Streaming-Technik zur Verfügung gestellt wurden (teils war auch ein Download als fertige mpeg4-Datei möglich).

Dies sollte gleich im „Vorspann“ geklärt werden, da mit den folgenden Ausführungen keine pauschale Einordnung des Besuchs und Nutzens der Seite als legal oder illegal bezweckt wird. Dem folgenden Beitrag, der auf einem Vortrag<sup>14</sup> zum ersten deutsch-türkischen „Cybercrime-Rechtsdialog“<sup>15</sup> basiert, kann im Hinblick auf die (keinesfalls negativ zu bewertende) „Publikationsflut“ zum Stream<sup>16</sup> in den Jahren 2010

und 2011 in erster Linie nur die Funktion zukommen, nach einer knappen Erläuterung der rechtlichen (vgl. II.) und technischen Grundbegrifflichkeiten (III.), den bisherigen Stand in der urheberrechtlichen Literatur zusammenzufassen (insb. wie man sich zum Stream und seiner Einordnung unter das Vervielfältigungsrecht des § 16 UrhG verhält bzw. unter welchen Voraussetzungen der Abruf eines Streams als „illegal“ bewertet wird). In diesem Zusammenhang gilt es einen Aspekt hervorzuheben, der im Rahmen dieser Debatte nicht immer ausreichend hervorgehoben wurde; nämlich, dass das deutsche Urheberstrafrecht als akzessorische Nebenstrafrechtsmaterie konzipiert ist und folglich durch Begrifflichkeiten „reguliert“ und „definiert“ wird, die in erster Linie eine umfassende Schadensersatz- und Unterlassungshaftung gewährleisten sollen. Just am 4.10.2011 hat sich der EuGH im Fall „FAPL/Murphy“, in dem die Vermarktung der Satellitenübertragung von Fußballspielen durch die Football Association Premier League (FAPL) im Mittelpunkt stand, auch zum Umfang des urheberrechtlichen Vervielfältigungsrechts beim Streaming geäußert.<sup>17</sup> Diese (teils sicherlich überraschenden<sup>18</sup>) Ausführungen zum Stream konnten zwar noch nicht im Rahmen des Vortrags, aber wenigstens nunmehr Berücksichtigung erfahren.<sup>19</sup>

## II. Rechtliche Grundlagen: Der strafrechtliche Urheberrechtsschutz nach den §§ 106 ff. UrhG

Die §§ 106 ff. UrhG regeln die strafrechtlichen Folgen von Urheberrechtsverletzungen.<sup>20</sup> Strafrechtliche Folgen soll allerdings vorrangig nur die Verletzung von Verwertungsrechten (also das Verbreiten, Vervielfältigen und öffentliche Wiedergeben) haben, während die Beeinträchtigung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Befugnisse nur im begrenzten Umfang strafrechtlichen Schutz erfährt (§ 107 UrhG).<sup>21</sup> Der Gesetzgeber hatte schon vor der Etablierung der Streaming-Technik die strafrechtlichen Vorschriften (§§ 106 ff. UrhG) mehrmals verschärft und erweitert, wozu er sich v.a. aufgrund des immer „gefährlicher“ werdenden Begehungsorts „Internet“ (Stichwort „Tauschbörsen“ bzw. „peer-to-peer-Netzwerke“<sup>22</sup>) ver-

<sup>11</sup> Vgl. Radmann, ZUM 2010, 387 m.w.N.

<sup>12</sup> Vgl. die Statistik bei [www.alexa.com/topsites/countries/DE](http://www.alexa.com/topsites/countries/DE) (15.7.2012).

<sup>13</sup> Vgl. [de.statista.com/statistik/daten/studie/2194/umfrage/entwicklung-der-anzahl-der-kinobesucher-in-deutschland-seit-1993](http://de.statista.com/statistik/daten/studie/2194/umfrage/entwicklung-der-anzahl-der-kinobesucher-in-deutschland-seit-1993) (15.7.2012).

<sup>14</sup> Das Symposium fand an der Bilgi Universität in Istanbul im Oktober 2011 statt. Weitere Infos auf:

[http://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren\\_und\\_dozenten/vogel/aidp/FlyerIstanbulDt.pdf](http://www.jura.uni-tuebingen.de/professoren_und_dozenten/vogel/aidp/FlyerIstanbulDt.pdf).

<sup>15</sup> Freilich sind auch dem „Stream“ als supranationalem Phänomen und Problem die typischen Fragestellungen des Cybercrime vorgeschaltet: Tatsächlich schon deswegen, weil jede Internetseite von überall aus abrufbar ist und zudem auch in jedem Land spezifische Seiten existieren, die sich an das inländische Publikum richten (was in Deutschland „kino.to“ ist, ist in den USA „alluc.org“ und in der Türkei „diziizle.net“). Rechtlich führt dies zu den grundsätzlichen Problemstellungen des „Cybercrime“, die an dieser Stelle nicht vertieft aufgegriffen werden können (man denke u.a. an die komplexen Zurechnungsfragen bei Verlinkungen im Netz, an die Probleme beim Strafanwendungsrecht oder auch an die strafprozessualen Unzulänglichkeiten, die bei der Verfolgung von internetbezogenen Straftaten auftreten, sei es was die Identifikation, sei es was die regelmäßig fehlende Zuständigkeit der Verfolgungsbehörden über die Grenze hinaus anbelangt).

<sup>16</sup> Vgl. nur Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677; Koch, GRUR 2010, 574; Radmann, ZUM 2010, 387; Büscher/Müller, GRUR 2009, 558; Hullen, Der IT-Rechts-Berater 2008, 230; Stieper, MMR 2012, 12; Busch, GRUR 2011, 496; Neura-

ter, GRUR 2011, 691; Borghi, International Review of Intellectual Property and Competition Law 2011, 316.

<sup>17</sup> EuGH MMR 2011, 817.

<sup>18</sup> So Stieper, MMR 2012, 12.

<sup>19</sup> Insb. die dort gemachten Ausführungen einbeziehend auch Stieper, MMR 2012, 12.

<sup>20</sup> Zusammenfassend Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Besonderer Teil, 3. Aufl. 2011, Rn. 645 ff.; Hellmann/Beckemper, Wirtschaftsstrafrecht, 3. Aufl. 2010, Rn. 604 ff.; Gruhl (Fn. 3), § 55 Rn. 97; Eisenmann/Jautz, Grundriss Gewerblicher Rechtsschutz, 9. Aufl. 2012, Rn. 73n.

<sup>21</sup> Übersicht bei Heinrich, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 6/1, 2010, § 106 UrhG Rn. 2.

<sup>22</sup> Vgl. zu diesen Tauschbörsen im Internet Beck/Kreißig, NSTZ 2007, 304; Berger, ZUM 2004, 257; Bosch/Röhl, NJW 2008, 1415; Braun, GRUR 2001, 1106; Kreutzer, GRUR 2001, 193, ders., GRUR 2001, 307; Reinbacher, GRUR 2008, 394; Rösler, MMR 2006, 503.

anlasst sah.<sup>23</sup> Währenddessen wurden immer mehr Stimmen laut, wonach das Urheberstrafrecht auf diesem Wege seinen Charakter als „Ausnahmestitut“ bei besonders gravierenden Urheberrechtsverstößen verlöre. Stattdessen verkümmere es zu einem alternativen Reaktionsweg, der dazu prädestiniert sei, zur Durchsetzung zivilrechtlicher Schadensersatzansprüche instrumentalisiert zu werden.<sup>24</sup> Der Gesetzgeber ließ sich nicht davon beirren und wollte durch die Novellierungen des Zweiten Korbs im Jahre 2008 insb. auch Downloads von Film- und Musikdateien aus p2p-Netzwerken und Sharehostern (wie RapidShare) erfasst wissen.<sup>25</sup>

Jetzt stehen er und die Rechtswissenschaft mit der Stream-Technik vor einer neuen Herausforderung: schließlich ist diese – wie bereits erläutert – zumindest auf den ersten Blick nicht mit einem Download vergleichbar, da man das Werk (Film, Musik) wie im Fernsehen direkt abspielen und ansehen kann, ohne im „Besitz“ eines bestimmten Trägers (gebrannte DVD) oder einer Datei zu sein. Zumindest muss diese nicht erst einmal in ihrer Gesamtheit heruntergeladen werden, um sie wiedergeben zu können. Schließlich war im „analogen Zeitalter“ unumstritten, dass die bloße Rezeption (also der Genuss des Werkes) urheberrechtsfrei war, selbst wenn es sich um eine rechtswidrige Kopie handelte (niemand würde auf die Idee gekommen, die gesamten Teilnehmer eines Filmabends wegen des „Schauens“ eines Films zu belangen, obwohl diese wissen, dass der Gastgeber den Film in urheberrechtswidriger Weise erlangt hat). Daher überrascht es auch nicht, dass der Stream nicht selbstverständlich bzw. a priori unter die Verwertungsrechte des UrhG subsumiert wurde, sondern die zum Stream erschienenen Abhandlungen sich (sehr ausführlich und differenziert) mit der Technik als solche auseinandersetzen, bevor sie eine urheberrechtliche Bewertung vornehmen.<sup>26</sup>

### III. Technische Grundlagen: Die unterschiedlichen Arten des Streams

Man könnte bereits mit den beim Stream zur Anwendung kommenden verschiedenartigen Techniken einen ganzen Beitrag füllen, sodass die folgenden Ausführungen eigentlich nur zur Klärung der Grundbegrifflichkeiten dienen, v.a. aber auch das Bewusstsein dafür schärfen sollen, dass es nicht *den* „Stream“ gibt, der einer einheitlichen urheberrechtlichen Betrachtung unterliefe.<sup>27</sup> Der Begriff „Stream“ wird allgemein

als gleichzeitiges Empfangen und Abspielen von Audio- und/oder Videodaten definiert,<sup>28</sup> wobei eine kontinuierliche Datenübertragung zwischen einem sendenden Server und dem Empfangsgerät stattfindet und die Wiedergabe bzw. Decodierung der empfangenen Daten durch einen Plug-In-Player (ein browserinternes Abspielprogramm in der Funktion eines Client) ermöglicht wird.<sup>29</sup> Kategorisieren lässt sich das Streaming-Verfahren zunächst in zwei Obergruppen, die sich nicht nur in der Technik, sondern bereits im „Wesen“ unterscheiden, wie ihr Name bereits vermuten lässt: Dem Stream auf Anfrage (On Demand Stream) und dem sog. Live-Simulcast (bzw. Live-Stream<sup>30</sup>).

Beim On-Demand-Stream werden auf einen Klick des Nutzers Datenpakete vom Server des Anbieters (der seinerseits die Daten auf dem Server „zwischen gespeichert“ hat) mittels Internet zum Empfangsgerät (Client) transportiert.<sup>31</sup> Die Festlegung erfolgt hierbei auf einem Zwischenspeicher („Cache“), wobei damit auch Schwankungen während der Übertragung vorgebeugt und somit eine fortlaufende Ausgabe des Streams gewährleistet wird.<sup>32</sup> Dies äußert sich im sog. „Buffering“<sup>33</sup> am Anfang der Übertragung<sup>34</sup> (bei YouTube bspw. startet das aufgerufene Video nicht sofort mit dem Beginn der Datenübertragung, sondern verzögert, weil zunächst die ersten Sekunden des Films vollständig in den Zwischenspeicher abgelegt werden. Der hellroten Leiste lässt sich entnehmen bis zu welcher Stelle der Film bereits zwischengespeichert wurde). Im Normalfall dauert die Zwischenspeicherung so lange an, wie der Player im Internetbrowser mit der Wiedergabe als Stream oder pausiert befasst ist.<sup>35</sup>

Rn. 10 (13 f.); *Dustmann* (Fn. 8), § 16 UrhG Rn. 26; *Dreyer*, in: *Dreyer/Kotthoff/Meckel* (Hrsg.), *Urheberrecht, Kommentar*, 2. Aufl. 2008, § 16 UrhG Rn. 26, 30; *Loewenheim* (Fn. 8), § 16 UrhG Rn. 21.

<sup>28</sup> *Busch*, GRUR 2011, 496 (497); *Büscher/Müller*, GRUR 2009, 558; *Stieper*, MMR 2012, 12.

<sup>29</sup> Vgl. hierzu näher *Busch*, GRUR 2011, 496 (497).

<sup>30</sup> Soweit es nur um die Kabelweitersendung geht, wäre diese Technik unter dem Oberbegriff „Internetfernsehen“ dem WEB-TV zuzuordnen, der sich vom IP-TV dadurch unterscheidet, dass die Übertragungstechnologie nicht an ein *bestimmtes* Netz gebunden ist, wie etwa Zattoo. Die Telekom bspw. dagegen verwendet die leistungsstärkere IP-TV-Technik und verwendet für ihre Übertragung ein eigenes, geschlossenes Netz, wobei sich insb. die Frage stellt, ob bei der Benutzung von Glasfaser- oder Breitbandkabelnetzen eine Kabelweitersendung i.S.d. § 20b UrhG vorliegt, hierzu ausführlich *Neurauter*, GRUR 2011, 691 (692 f.).

<sup>31</sup> Sog. „unicast“, vgl. *Koch*, GRUR 2010, 574; *Radmann*, ZUM 2010, 387 (388).

<sup>32</sup> Ausführlich *Busch*, GRUR 2011, 496 (498) m.w.N.

<sup>33</sup> Wobei man die Begrifflichkeiten des „Buffering“ und des „Caching“ dennoch nicht gleichsetzen darf: Während das „Buffering“ Zwischenspeicherung einmaliger Übertragungen betrifft, soll das „Caching“ den mehrmaligen Abruf ermöglichen.

<sup>34</sup> *Busch*, GRUR 2011, 496 (498).

<sup>35</sup> *Radmann*, ZUM 2010, 387 (388).

<sup>23</sup> Zusammenfassungen der Historie des Urheberrechts bei *Dreyer* (Fn. 6), Einl. Rn. 54-58; *Heinrich* (Fn. 21), Vorb. UrhG Rn. 6.

<sup>24</sup> S.o. Fn. 7.

<sup>25</sup> BGBl. I 2007, S. 2513; hierzu *Zypries*, MMR 2007, 545; *Spindler*, GRUR 2008, 9.

<sup>26</sup> *Stieper*, MMR 2012, 12 (13); *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (678); *Koch*, GRUR 2010, 574 (575); *Radmann*, ZUM 2010, 387 (388).

<sup>27</sup> Hierzu ausführlich *Kurose/Ross*, *Computernetzwerke – Der Top-Down-Ansatz*, 4. Aufl. 2008, S. 120 ff. Die Notwendigkeit einer technisch-differenzierten Betrachtung postulieren unter anderem *Heerma*, in: *Wandtke/Bullinger*, (Hrsg.), *Praxiskommentar zum Urheberrecht*, 3. Aufl. 2009, § 16 UrhG

Wurde alles zwischengespeichert, ist auch ein Vor- und Zurückspulen innerhalb des Videos möglich.<sup>36</sup> Anders beim True-On-Demand Streaming, bei dem solch eine Gesamtübertragung nicht stattfindet, d.h. noch während der Übertragung zwischengespeicherte Abschnitte wieder gelöscht werden, wobei Umfang und Vollständigkeit der Zwischenspeicherungen auch vom verwendeten Transportprotokoll (insb. TCP und UDP<sup>37</sup>) abhängen können. Dies schränkt die Vor- und Zurückspulmöglichkeit ein und ist – bspw. bei myvideo.de – daran erkennbar, dass die jeweilige Stelle komplett neu angefordert wird und je nach Bandbreite eine gewisse Ladezeit in Anspruch nimmt.

Soweit die Datei insgesamt zwischengespeichert wird (teils auch Progressive Download genannt<sup>38</sup>), kann sie auch dauerhaft gemacht werden.<sup>39</sup> Dies erfordert allerdings zusätzliche „Vorkehrungen“ des Nutzers, wobei zumindest ein Zugriff auf die temporären Systemordner und regelmäßig eine Umbenennung bzw. Verschiebung der Datei notwendig ist. Inzwischen existiert auch Konvertierungssoftware, welche die dauerhafte Speicherung und Umwandlung der gestreamten Datenpakete in einzelne Video- oder Musikdateien durch ein paar einfache „Klicks“ ermöglicht (so kann etwa beim YouTubeConverter der Videolink in das Programm kopiert werden, das dann die flv-Stream Datei direkt herunterlädt und für den Nutzer in ein immer wieder abrufbares mp3- bzw. mpeg-Format bringt).<sup>40</sup> Teils werden die Dateien auch als gesamte Datei (im mpeg4- oder avi-Format in der DivX-Kompres-

sion) angeboten.<sup>41</sup> Der Speicherprozess als solches kann dann der oben erläuterten Technik entsprechen, d.h. der Nutzer kann sich den Film ansehen, während die Datei mehr und mehr anwächst, bis der ganze Film abgespeichert ist (optional wäre auch ein einfacher Download der gesamten Datei ohne gleichzeitiges Ansehen denkbar). Die Filmdatei bleibt im entsprechenden Ordner auch nach Schließung des Browsers erhalten, sodass ein mehrmaliger Abruf sowie Vor- und Zurückspulen möglich sein kann.

Beim Live-Stream findet naturgemäß eine einmalige Übertragung vom Server an beliebig viele Empfänger statt, wobei die Datenströme nicht bereits auf dem Server „deponiert“ sind, sondern ihrerseits mit einer konstanten Rate auf den Server übertragen werden.<sup>42</sup> Aufgrund des konstanten Stroms könnte der Live-Simulcast daher dem Senderecht zugeordnet werden.<sup>43</sup> Dieser Fallgruppe kommt v.a. bei der urheberrechtswidrigen Übertragung von Sportereignissen eine wichtige Rolle zu.<sup>44</sup> Zwar besteht auch hier die Möglichkeit, mittels komplexer Konvertierungssoftware die Datei so zu speichern, dass am Ende der Übertragung eine komplette Datei abgespeichert werden kann. Der Nutzer hat allerdings regelmäßig kein Interesse daran.<sup>45</sup> Jedenfalls müssen auch hier zum Ausgleich etwaiger Schwankungen der Bandbreiten bei der Datenübertragung Abschnitte zwischengespeichert („gepuffert“) werden.<sup>46</sup>

#### IV. Rechtliche Einordnung der Streaming-Technik

##### 1. Die unterschiedlichen Bezugspunkte der urheberrechtlichen Vorschriften – Zivilrechtliche Haftung contra strafrechtliche Sanktion

Für eine urheberstrafrechtliche Relevanz müssten die verschiedenen Spielarten des Streams zunächst einmal „urheberprivatrechtliche“ Bedeutung aufweisen. Was schon zivilrechtlich nicht schützenswert ist, kann erst Recht keinen strafrechtlichen Schutz genießen. Solch eine Akzessorietät kennt man auch aus anderen Bereichen des Wirtschaftsstrafrechts, etwa bei der Untreue gem. § 266 StGB.<sup>47</sup> Damit ist man bereits an einen zentralen Punkt der Überlegungen zur strafrechtlichen Bewertung des Streams gelangt. Denn im

<sup>36</sup> Vgl. *Büscher/Müller*, GRUR 2009, 558. Spult man dagegen vor, ohne dass alles zwischengespeichert wurde, erfolgt eine neue Anfrage ab der angeforderten Stelle, das je nach Bandbreite eine gewisse Ladezeit in Anspruch nehmen kann; eine kurzzeitige Unterbrechung ist allein schon aufgrund der Neuanfrage aber unvermeidlich (wobei dann je nach Streaming-Art die „übersprungenen“ Teile des Streams nachgeladen werden, oder eben erst gar nicht mehr die Ressourcen beanspruchen).

<sup>37</sup> *Stieper*, MMR 2012, 12 (13); detailliert *Busch*, GRUR 2011, 486 (497), insb. wiederum Bezug nehmend auf *Kurose/Ross* (Fn. 27), S. 311 ff., 645. Während TCP durch eine Empfangsabfrage sicherstellt, dass die gesendeten Pakete ankommen, pumpt UDP ohne Kontrolle die Daten „hinaus“, ist dafür aber schneller bzw. leistungsfähiger.

<sup>38</sup> Vgl. *Busch*, GRUR 2011, 496; *Radmann*, ZUM 2010, 387.

<sup>39</sup> *Koch*, GRUR 2010, 574 (575); *Busch*, GRUR 2011, 496 (497).

<sup>40</sup> Die Verbreitung und der Verkauf derartiger Programme müsste dann (die Strafbarkeit des Downloads unterstellt, vgl. noch im Folgenden) unter dem Topos „Anstiftung bzw. Beihilfe durch berufsbedingtes Verhalten“ diskutiert werden. Insb. im Hinblick darauf, dass auch eine legale Nutzung des Programms möglich ist (Umwandlung von urheberrechtsfreien Streams), wird eine Teilnehmerstrafbarkeit nach allgemeinen Grundsätzen kaum zu bejahen sein, vgl. hierzu statt vieler *Kudlich*, in: Sieber u.a. (Hrsg.), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht, Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen*, Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag, 2008, S. 221 (S. 232).

<sup>41</sup> *Radmann*, ZUM 2010, 387 (389). Freilich sagt aber das Format bzw. das Angebot als Stream oder eben als fertige Datei nichts über die „Rechtmäßigkeit“ der Quelle aus. Schließlich dürfte der Privatnutzer bei einer rechtmäßigen Quelle eine Privatkopie gem. § 53 UrhG anfertigen, s.u.

<sup>42</sup> *Busch*, GRUR 2011, 496 (498); *Bullinger*, in: *Wandtke/Bullinger* (Fn. 27), § 19a UrhG Rn. 34; *Kurose/Ross* (Fn. 27), S. 633.

<sup>43</sup> *Büscher/Müller*, GRUR 2009, 558.

<sup>44</sup> So auch im eingangs zitierten Fall des EuGH, Urt. v. 4.10.2011 – C403/08, C-429/08 (FAPL v. Murphy) = MMR 2011, 817.

<sup>45</sup> Anders bei Live-Übertragungen von Serien oder Filmen, vgl. Fn. 76.

<sup>46</sup> *Stieper*, MMR 2012, 12 (13); *Busch*, GRUR 2011, 496 (498).

<sup>47</sup> *Kudlich/Oğlakcioğlu*, *Wirtschaftsstrafrecht*, 2011, Rn. 339.

Übrigen dürfte man auch im Urheberstrafrecht (und das obwohl sich die Vorschriften innerhalb des gleichen Gesetzes befinden) von einer „asymmetrischen“ Akzessorietät auszugehen haben. Dies soll heißen: Obwohl die Straftatbestände auf die Begrifflichkeiten und Handlungen des Urheber-, „Deliktsrechts“ Bezug nehmen (was im Hinblick auf die Ausgestaltung als Nebenstrafrecht nur eine typische Konsequenz ist), so kann die Auslegung der jeweiligen Merkmale durchaus divergieren, nämlich im Hinblick auf die unterschiedlichen Schutzzwecke der Regelungsmaterien, auf das Bestimmtheitsgebot bzw. Analogieverbot und auf den fragmentarischen Charakter des Strafrechts. In zivilrechtlicher Hinsicht erfordert ein umfassender Urheberrechtsschutz eine weite bzw. extensive Auslegung der Merkmale einerseits, eine eher zurückhaltende Anwendung von Schranken andererseits. Im Strafrecht dagegen müssen umgekehrt das Werk als Straftatbestandsmerkmal, die Tathandlungen des Vervielfältigens oder des Verbreitens eher eng ausgelegt werden (während man bei der Anwendung von Tatbestandsausschlussgründen womöglich großzügiger sein wird). Im Ergebnis besteht schließlich Einigkeit darüber, dass man den Endverbraucher nicht durch ein extensives Verständnis der §§ 106 ff. UrhG in die Kriminalität drängen will. Schließlich ist die Etablierung einer „Schulhofkriminalität“<sup>48</sup> ebenso wenig erwünscht, wie das Fördern einer „Pechvogelmentalität“, die einem seriösen Normbefehl eher zuwiderlaufen, als dessen Befolgung fördern würde (v.a. im Hinblick auf die verfolgungsstrukturellen Probleme). Freilich ist es dennoch schief, von einer asymmetrischen Akzessorietät zu sprechen, da die Tathandlungen des § 106 UrhG an anderer Stelle des Gesetzes bereits auftauchen und der Gesetzgeber somit einen einheitlichen Begriffskatalog zugrunde gelegt zu haben scheint. Das Phänomen der sog. „Normspaltung“ lässt sich allerdings nicht vermeiden, wenn das UrhG einerseits einen umfassenden zivilrechtlichen Schutz des Urhebers gewährleisten,<sup>49</sup> andererseits als Nebenstrafrechtsmaterie nur flankierende Wirkung haben soll. Strafrecht und Zivilrecht können schlicht nicht pauschal einheitlich definiert werden; die Normspaltung kann dann allerdings nur innerhalb des Zivilrechts erfolgen, d.h.: Grundsätzlich ist das Urheberrecht einheitlich restriktiv auszulegen, während im zweiten Schritt Analogien und extensive Auslegung bei zivilrechtlichen Fragestellungen ohnehin nicht als kritisch zu betrachten sind. Daher kann die meist schon im Urheberprivatrecht strittige Auslegung eines bestimmten Merkmals (bspw. der offensichtlich rechtswidrigen Vorlage) nicht präjudiziell für das Strafrecht sein, vielmehr steckt das Strafrecht die „Mindestgrenzen“ zivilrechtlicher Haftung ab. Dies ergibt sich schon daraus, dass alle im Haftungstatbestand genannten Merkmale (insb. auch die Merkmale der Schrankenregelungen) zugleich Vorsatzbezugspunkte darstellen, da eine fahrlässige Verletzung fremder Verwertungsrechte nicht unter Strafe gestellt ist. Dieser Aspekt der zwei unterschiedlichen Bezugspunkte der urheberrechtlichen

Vorschriften wird i.R.d. folgenden Ausführungen immer wiederkehren.

### 2. Der Stream als urheberrechtliche Vervielfältigung gem. § 16 UrhG

Unproblematisch handelt es sich bei Film und Musik, die der Nutzer abrufen, um Werke i.S.d. § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG.<sup>50</sup> Im Hinblick auf die Nutzer kommt hier nur ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht des Berechtigten gem. § 16 UrhG in Betracht, da im Gegensatz zu Tauschbörsen nicht zeitgleich urheberrechtlich relevante Inhalte hochgeladen werden. Im Allgemeinen wird unter Vervielfältigung jede körperliche Festlegung eines Werkes verstanden, die geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen auf irgendeine Weise unmittelbar oder mittelbar wahrnehmbar zu machen.<sup>51</sup> Hierbei ist es unerheblich, ob die Festlegung auf Dauer erfolgt, was sich bereits aus der Existenz des § 44a UrhG ergibt (näher dazu weiter unten), welcher der Umsetzung der EG-Richtlinie 2001/29/EG<sup>52</sup> dient.<sup>53</sup> Ebenso wenig kommt es darauf an, auf welche Art und Weise die Wahrnehmbarmachung ermöglicht wird und ob hierfür ggf. bestimmte Zwischenschritte notwendig sind.<sup>54</sup> Im Zusammenhang mit diesem extensiven Vervielfältigungsbegriff wird häufig darauf hingewiesen bzw. klargestellt, dass die bloße Anzeige als solche (auf dem Bildschirm) noch keine Vervielfältigung darstelle.<sup>55</sup> Allerdings handelt es sich bei den Zwischenspeicherungen beim Progressive Download oder dem „Caching“ i.R.d. Betrachtens von YouTube-Videos jedenfalls um Vervielfältigungen i.S.d. § 16 UrhG, wenn das Werk am Ende in seiner Gesamtheit zwischengespeichert, also in einer (temporären) Datei zusammengefasst wird.<sup>56</sup>

Problematischer wird es beim True-Streaming, da dort Teile des Gesamtwerkes schon während der Wiedergabe wieder gelöscht werden und die einzelnen Partikel des Films allenfalls Teilvervielfältigungen darstellten, die nur dann urheberrechtlichen Schutz genießen, wenn sie für sich schöpferischen Inhalt i.S.d. § 2 Abs. 2 UrhG aufweisen.<sup>57</sup> Fraglich ist also beim True-Stream nicht, ob eine Vervielfältigung vorliegt, sondern ob überhaupt ein schützenswertes „Werk“ angenommen werden kann. Bei Streaming-Datenpartikeln in der Länge von wenigen Sekunden könnte eine Überschreitung der sog. „Schöpfungshöhe“ gem. § 2 Abs. 2 UrhG niemals

<sup>50</sup> Zum Werkbegriff des § 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG vgl. *Bullinger* (Fn. 42), § 2 UrhG Rn. 112 m.w.N.

<sup>51</sup> Vgl. hierzu *Schulze*, in: *Dreier/Schulze* (Fn. 6), § 16 UrhG Rn. 6 m.w.N.; aus der Rechtsprechung BGHZ 17, 266 (270).

<sup>52</sup> Auch als InfoSoc-RL bezeichnet und im Internet abrufbar.

<sup>53</sup> *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677; *Stieper*, MMR 2012, 12 (13).

<sup>54</sup> *Heerma* (Fn. 27), § 16 UrhG Rn. 2 f.

<sup>55</sup> *Heerma* (Fn. 27), § 16 UrhG Rn. 13 m.w.N.

<sup>56</sup> *Busch*, GRUR 2011, 496 (499); *Löwenheim* (Fn. 8), § 16 UrhG Rn. 21; *Schulze* (Fn. 51), § 16 UrhG Rn. 13; *Stieper*, MMR 2012, 12 (14); *Heerma* (Fn. 27), § 16 UrhG Rn. 16.

<sup>57</sup> *Loewenheim* (Fn. 8), § 16 UrhG Rn. 14; *Dreyer* (Fn. 27), § 16 UrhG Rn. 15; *Dustmann* (Fn. 8), § 16 UrhG Rn. 16; BGH GRUR 1953, 299; *Schulze* (Fn. 51), § 16 UrhG Rn. 9.

<sup>48</sup> Vgl. hierzu *Köhler/Arndt/Fetzer*, *Recht des Internet*, 6. Aufl. 2008, S. 195.

<sup>49</sup> Vgl. nur *Lettl*, *Urheberrecht*, 2008, S. 172.

bejaht werden<sup>58</sup> (wobei man auch herausstellen muss, dass eine Pufferung von unter zwei Sekunden technisch keinen Sinn macht).<sup>59</sup>

Um den Schutz daher nicht von der verwendeten (und manipulierbaren) Technik abhängig zu machen, wird in der Literatur ein normativer Vervielfältigungsbegriff vorgeschlagen:<sup>60</sup> Dementsprechend soll bei sukzessiven, chronologisch geordneten Teilervielfältigungen der Tatbestand des § 16 UrhG bejaht werden können, wenn bei wertender Betrachtung letztlich doch eine Vervielfältigung des ganzen Werkes erfolgt. Dem ist entgegenzutreten, da eine solche wertende Betrachtung eine körperliche Festlegung des Werks zulasten des Nutzers fingieren würde. Beim True-Stream müsste also festgestellt werden, ob die gestreamten Partikel für sich bereits urheberrechtlich relevanten Inhalt aufweisen. In diese Richtung tendiert auch der EuGH in seiner eingangs zitierten Entscheidung „FAPL/Murphy“, wenn er eine Vervielfältigung i.S.d. Art. 2 Info-RL (der nach h.M. als Unionsrecht verbindlich die äußersten Grenzen des Schutzes festlegt)<sup>61</sup> von der Frage abhängig macht, ob das „zusammengesetzte Ganze“ (gemeint ist seinerseits das Teilfragment, nicht das gesamte Werk!) schutzfähige Elemente i.S.e. eigenen geistigen Schöpfung enthält.<sup>62</sup>

Freilich darf diese Streitfrage nicht überbewertet werden, da auch kleinere Partikel des Werks jedenfalls unter das Leistungsschutzrecht des Urhebers gem. §§ 85, 94, 95 UrhG fallen (die eben nicht die individuell-schöpferische Arbeit, sondern die organisatorisch-wirtschaftliche Leistung der Aufzeichnung schützen). Wie *Stieper* hervorhebt, bestehen Kinofilme aus 24 Einzelbildern pro Sekunde, sodass die Zwischenspeicherung beim Stream (auch nur beim 1-Second-Stream) über die Aufnahme einzelner Lichtbilder hinausgeht.<sup>63</sup> Auf den Punkt gebracht: Kann nicht nachgewiesen werden, dass die Zwischenspeicherung mehr als einige Sekunden andauert (und somit die Schöpfungshöhe überschritten worden ist), kann jedenfalls ein Eingriff in das Leistungsschutzrecht bejaht werden.<sup>64</sup> In allen anderen Fällen liegt ohnehin ein Eingriff in das Vervielfältigungsrecht vor.

Da der Täter durch seinen „Klick auf Play“ diese Vervielfältigungen verursacht, wäre bei unbefangener Betrachtung ein „Vervielfältigen“ i.S.d. § 106 UrhG auch erst einmal anzunehmen. Dies bedeutet allerdings noch nicht, dass der Nutzer aus strafrechtlicher Perspektive auch tatbestandlich gehandelt hat.

### 3. Schranken des Vervielfältigungsrechts

Das Vervielfältigungsrecht i.S.d. § 16 UrhG ist – wie alle Verwertungsrechte des Urhebers – nicht schrankenlos gewährleistet. Im Bezug auf die strafrechtlichen Vorschriften fungieren die Schrankenregelungen des UrhG zeitgleich als Tatbestandsausschlussgründe. Als einschlägige Schranken kommen hier insb. § 44a UrhG (vorübergehende Vervielfältigungen) und die Kopie zum Eigengebrauch gem. § 53 UrhG in Betracht.

#### a) Der Stream als vorübergehende Vervielfältigung, § 44a UrhG

Die im Jahre 2003 eingefügte Schrankenregelung des § 44a UrhG hat die Funktion, den weitreichenden Vervielfältigungsbegriff des § 16 UrhG angemessen einzuschränken.<sup>65</sup> Sie soll dem Umstand Rechnung tragen, dass im digitalen Zeitalter der Genuss des Werkes (und der damit einhergehende Verarbeitungsprozess) u.U. bereits für sich eine „Vervielfältigung“ erfordert. Kurzzeitige, vorübergehende Vervielfältigungen als integraler Bestandteil eines technischen Verfahrens sollen ausgeklammert werden, wenn sie lediglich eine rechtmäßige Nutzung ermöglichen sollen und keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung haben.

#### aa) Vorübergehende Vervielfältigung

Somit fallen schon einmal alle „Streams“ aus dem Raster, die durch Handlungen des Nutzers dauerhaft gemacht wurden (Klick auf „Speichern unter“); eine andere Frage ist, ob derartige „Downloads“ bzw. Kopien von § 53 UrhG erfasst sind (dazu noch bb). In allen anderen Fällen dient die Zwischenspeicherung beim Stream nur dazu, Schwankungen der Übertragungsrates auszugleichen und ist somit integraler und wesentlicher Bestandteil eines technischen Verfahrens. Entscheidend bleibt somit, ob diese Technik eine „rechtmäßige Nutzung“ ermöglicht, ohne „eigenständige wirtschaftliche Bedeutung“ zu haben.

#### bb) Rechtmäßige Nutzung

Der Wortlaut der Vorschrift ist, was die Wendung „rechtmäßige Nutzung“ anbelangt, etwas missglückt. Jedenfalls kann damit nicht der deklaratorische Verweis auf die übrigen Schranken des UrhG gemeint sein, da § 44a UrhG selbst als Schrankenregelung ausgestaltet ist und solch ein Verständnis dazu führen würde, dass die Handlung dann ohnehin aufgrund anderer Schranken erlaubt wäre (solch eine inhaltsleere Regelung wird nicht gewollt sein).<sup>66</sup> Daher geht die h.M. davon aus, dass damit über die Schranken des UrhG hinaus

<sup>58</sup> Hierzu ausführlicher *Busch*, GRUR 2011, 496 (499).

<sup>59</sup> *Stieper*, MMR 2012, 12 (14).

<sup>60</sup> *Busch*, GRUR 2011, 496 (499) m.w.N.

<sup>61</sup> BGH GRUR 2009, 840 („Maximalschutz“).

<sup>62</sup> EuGH MMR 2011, 817 (823 Rn. 157, 159).

<sup>63</sup> *Stieper*, MMR 2012, 12 (14).

<sup>64</sup> Lediglich beim Live-Simulcast fallen organisatorisches „Aufzeichnen“ und „Senden“ zusammen, weswegen die h.M. beim „Simulcasting“ kein Vorgehen gegen die Speicherung kleinster Teile ihrer Funksendungen zulässt, vgl. *Stieper*, MMR 2012, 12 (14); so auch *Dreier* (Fn. 6), § 87 UrhG Rn. 12; *Busch*, GRUR 2011, 496 (500).

<sup>65</sup> *Heinrich* (Fn. 21), § 106 UrhG Rn. 80; *Dreier* (Fn. 6), § 44a UrhG Rn. 1; *Wiebe*, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, Kommentar, 2. Aufl. 2011, § 44a UrhG Rn. 1; v. *Welser*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 65), § 44a UrhG Rn. 1.

<sup>66</sup> Vgl. hierzu KG MMR 2004, 540 (544); *Lauber/Schwipps*, GRUR 2004, 293 (295); v. *Welser* (Fn. 65), § 44a UrhG Rn. 20; *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (681); *Busch*, GRUR 2011, 496 (502).

existente gesetzgebungstechnische, systematische oder verfassungsrechtliche „Schranken“ gemeint sein müssen.<sup>67</sup> An dieser Stelle wird daher diskutiert, ob nach dieser Vorschrift der rezeptive Werkgenuss ausgeklammert wird.

Schließlich scheint § 44a Abs. 1 Nr. 2 UrhG perfekt auf den Stream zu passen (Nr. 1 scheitert bereits daran, dass sie nur den Vermittler und nicht den Nutzer privilegiert), soll die Vorschrift ja auch laut Kommentarliteratur insb. Browsing- und Caching-Prozesse erfassen.<sup>68</sup> Man soll sich nicht dem Vorwurf urheberrechtswidrigen Handelns ausgesetzt sehen, bevor man die Urheberrechtswidrigkeit der Seite überhaupt wahrnehmen konnte. Insofern spricht einiges dafür (insb. der eingangs erläuterte Aspekt, dass im analogen Zeitalter urheberrechtswidriges Fernsehen nicht zu einer Haftung führte), den Stream stets unter den § 44a Abs. 1 Nr. 2 UrhG zu subsumieren.

Dennoch gibt es einige Stimmen, welche den Stream als Sonderfall des rezeptiven Werkgenusses nicht unter diese Vorschrift subsumieren wollen: Die Grundlage der Urheberrechtsfreiheit des rezeptiven Werkgenusses sei inzwischen weggefallen, weil sie auf einem funktionierenden Stufensystem zur mittelbaren Erfassung der Endverbraucher basiere.<sup>69</sup> Wenn Partizipation an der Verbreitung zusehends versagt und der Rechteinhaber nicht mehr die Früchte seiner Arbeit ziehen kann, müsse der rezeptive Werkgenuss auch wieder erfasst sein. Daher wird vorgeschlagen, den Rechtsgedanken des § 53 UrhG, wonach offensichtlich rechtswidrige Vorlagen aus dem privilegierten Bereich herausfallen, auf den § 44a UrhG zu übertragen. Zumindest bei offensichtlich rechtswidrigen Vorlagen soll der Nutzer nicht in den Genuss der Privilegierung kommen. Hiergegen wird wiederum eingewandt, dass der Gesetzgeber auch in anderen Fällen des rezeptiven Werkgenusses nicht an die Rechtmäßigkeit der Quelle anknüpft.<sup>70</sup> Dem schließt sich der EuGH in seiner Entscheidung FAPL/Murphy an, wenn er betont, dass nicht die Rechtmäßigkeit der Sendung, sondern die Rechtmäßigkeit des Empfangs maßgeblich sei,<sup>71</sup> dem nichts entgegensteht, soweit kein Verstoß gegen Zugangsregelungen vorliege (was bspw. bei einer Umgehung einer Verschlüsselung angenommen werden kann, vgl. auch § 202a StGB<sup>72</sup>). Alles in allem bleibt der rezeptive Werkgenuss frei, es sei denn, den Zwischenspeicherungen käme eigenständige wirtschaftliche Bedeutung zu.

<sup>67</sup> Differenzierend *Lauber/Schwipps*, GRUR 2004, 293 (295); *Busch*, GRUR 2011, 496 (502), will den Rechtsgedanken des § 53 Abs. 1 UrhG auf § 44a UrhG übertragen und stellt daher auf die offensichtliche Rechtswidrigkeit der Vorlage ab.

<sup>68</sup> *Heinrich* (Fn. 21), § 106 UrhG Rn. 80; v. *Welser* (Fn. 65), § 44a UrhG Rn. 1; *Wiebe* (Fn. 65), § 44a UrhG Rn. 3.

<sup>69</sup> Zu diesen Erwägungen vgl. *Busch*, GRUR 2011, 496 (502); zum Ganzen *Fangerow/Schulz*, GRUR 2010, 677 (681 f.); BVerfGE 31, 255 (267); *Rehbinder*, Urheberrecht, 16. Aufl. 2010, Rn. 10, 299 ff.

<sup>70</sup> *Stieper*, MMR 2012, 12 (16).

<sup>71</sup> EuGH MMR 2011, 817 (823 Rn. 171).

<sup>72</sup> Ob hierzu auch die Umcodierung der IP-Adresse zählt, um zu Angeboten zu gelangen, die im Inland nicht von der GEMA genehmigt worden sind, darf angezweifelt werden.

### cc) Keine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung

Jedenfalls muss der wirtschaftliche Wert über die Streaming-Leistung hinausgehen. Der Aspekt, dass ohne die Zwischenspeicherung keine verzögerungsfreie Übertragung möglich wäre, genügt daher – auch nach Ansicht des EuGH<sup>73</sup> – nicht, da dieser „Vorteil“ in der rechtmäßigen Nutzung (dem Genuss des Werks) aufgeht bzw. dieser immanent ist.<sup>74</sup> Auch allein die Möglichkeit, den Zwischenspeicher dauerhaft zu machen, dürfte i.S.e. „Option“ noch nicht ausreichen, um eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung anzunehmen,<sup>75</sup> zumal die Fälle der tatsächlichen Manipulation (gemeint sind die Fälle dauerhafter Speicherung) sowieso aus dem Raster des § 44a UrhG fallen, s.o. Von Relevanz bleiben also nur noch diejenigen Fälle, in denen der Nutzer die Zwischenspeicherung zwar nicht aktiv veranlasst, diese aber über den Client-Nutzungsvorgang hinaus im temporären Speicher erhalten bleibt.<sup>76</sup> Hierbei darf nicht maßgeblich sein, von welchen Parametern die Löschung der temporären Datei abhängt (Schließung des Clients, Herunterfahren des PC, Entfernen des Ordners), sondern ob diese nach einer bestimmten Zeit (wobei die dazwischenliegende Spanne keine 24 Stunden überschreiten sollte) automatisch, also ohne Zutun des Nutzers, gelöscht wird. Ist dies der Fall, scheidet eine tatbestandsmäßige Vervielfältigung gem. § 44a Abs. 1 Nr. 2 UrhG aus.

### b) Der Stream als „Privatkopie“ gem. § 53 UrhG

Soweit die Vervielfältigung im Client-Puffer erhalten bleibt (der temporäre Ordner also erst durch den Nutzer aktiv gelöscht werden muss)<sup>77</sup> oder – als praktisch wohl wichtigerer Fall – der Täter den Puffer zielgerichtet dauerhaft gespeichert hat<sup>78</sup> (sog. „Stream-Rippen“<sup>79</sup>), kommt immer noch ein Tat-

<sup>73</sup> EuGH MMR 2011, 817 (824 Rn. 179).

<sup>74</sup> Dagegen spricht auch der Zweck von Art. 5 Abs. 1 Info-RL, auf der § 44a UrhG beruht und der eben die Entwicklung und den Einsatz neuer Technologien – spricht die Digitalisierung – ermöglichen soll, ohne stets eine Vervielfältigung i.S.d. § 16 UrhG annehmen zu müssen, vgl. *Stieper*, MMR 2012, 12 (16).

<sup>75</sup> Krit. auch *Busch*, der einer wirtschaftlichen Bedeutung nur aufgrund der Möglichkeit des „Vor- und Zurückspulens“ ebenfalls kritisch gegenübersteht, allerdings im Folgeschritt diese Frage mit dem der rechtmäßigen Nutzung verknüpft bzw. vermengt, vgl. *Busch*, GRUR 2011, 496 (501 f.).

<sup>76</sup> So im Ergebnis auch *Stieper*, MMR 2012, 12 (16).

<sup>77</sup> Wobei man aus strafrechtlicher Sicht dem Täter (zumindest dann, wenn er die nach wie vor existente Zwischenspeicherung erst im Nachhinein erkennt) die Nichtaufhebung eines urheberrechtswidrigen Zustands vorwerfen würde und es somit fraglich ist, ob im Hinblick auf § 13 StGB eine Unterlassungsstrafbarkeit in Betracht kommt. Zwar könnte man eine Ingerenzgarantenstellung wegen pflichtwidrigem Vorverhalten bejahen, doch würde man auf ein vollständig anderes Unrecht (Besitz einer durch aktives Tun verursachten urheberrechtswidrigen Vervielfältigung) abstellen.

<sup>78</sup> Zur Aufnahme von illegalen Live-Streams (etwa wenn eine Serie „gesendet“ und nicht als On-Demand-Stream angeboten wird) vgl. *Stieper*, MMR 2012, 12 (17).

bestandsausschluss gem. § 53 UrhG in Betracht.<sup>80</sup> Nach dieser Vorschrift sind gewisse Vervielfältigungen zum privaten und zum sonstigen eigenen Gebrauch ohne Zustimmung des Urhebers gestattet. Da ein umfassendes Verbot weder angemessen noch praktikabel erscheint, legt die Vorschrift im Allgemeininteresse die erlaubnisfreie Kopie urheberrechtlich geschützter Werke fest.<sup>81</sup> Als Ausgleich für die zustimmungsfreie Beeinträchtigung des Vervielfältigungsrechts sieht das Gesetz eine Vergütung für Kopiergeräte und Leerträger vor (§§ 54 Abs. 1, 54c Abs. 1 UrhG). Da es den Nutzern von kino.to, YouTube etc. regelmäßig nur auf den privaten Filmgenuss ankommt (und sie nicht etwa eine vergütete Filmkritik schreiben wollen), dürfte es sich um eine Privatkopie i.S.d. § 53 UrhG handeln.<sup>82</sup> Doch hat der Gesetzgeber die Zulässigkeit der Privatkopie an die Rechtmäßigkeit der Vorlage gekoppelt. Die Kopie ist nicht von § 53 UrhG gedeckt und folglich rechtswidrig, wenn die Vorlage ihrerseits offensichtlich rechtswidrig hergestellt oder zumindest offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht wurde.<sup>83</sup> Der Kopierende muss nicht Eigentümer des Originals sein. Strittig ist indessen, ob die Vorlage ihrerseits eine rechtmäßig hergestellte Kopie darstellen kann. Ebenfalls diskutiert wird, ob sich die Vorlage im rechtmäßigen Besitz des Kopierenden befinden muss. All diese Fragen können zumindest bei kino.to (nunmehr kinox.to) dahinstehen, da die Betreiber dieser Seite gewerbsmäßig handelten und die Zwischenspeicherung der abrufbaren Filme auf dem Server durch diese ohne Einwilligung des Berechtigten erfolgt. Die Vorlage ist somit jedenfalls rechtswidrig.<sup>84</sup>

Ohnehin wird der Schwerpunkt der Überlegungen stets bei der Frage liegen, ob die Werkvorlage auch „offensicht-

lich“ rechtswidrig ist.<sup>85</sup> An dieser Stelle kommt das Phänomen der unterschiedlichen Auslegungsmöglichkeiten erstmals besonders deutlich zum Vorschein. Stimmen, die einen besonders effektiven Urheberrechtsschutz (im Sinne zivilrechtlicher Haftung) befürworten, legen den Begriff der Offensichtlichkeit weit aus und bejahen ihn, wenn der Nutzer keine oder ungewöhnlich niedrige Preise für die Nutzung zu leisten hat.<sup>86</sup>

Aus strafrechtlicher Sicht erscheint solch eine Auffassung kaum haltbar.<sup>87</sup> Insb. den Kostenfaktor als Indiz heranzuziehen, ist nicht unproblematisch. Schließlich versucht die Musik- und Filmindustrie mit den illegalen Angeboten gleichzuziehen und kalkuliert das Medium Internet mehr und mehr in ihre Vermarktung ein. Dementsprechend mehren sich legale sowie kostenlose Angebote im Internet (die sich aus Werbung und Registrierung auf den entsprechenden Seiten finanzieren). Außerdem hat man vom Internet aus Zugriff auf verschiedene Rechtsordnungen und Anbieter, von denen der Nutzer nicht auf Anhieb wissen muss, ob das abgerufene Video in dem jeweiligen Land urheberrechtsfrei ist bzw. ob der jeweilige User verbreitungsberechtigt ist. In YouTube bspw. gibt es Channels der Interpreten selbst, die als User eigene Inhalte hochladen, dann die Channels der Plattenfirmen, dann solche, die mit den Rechteinhabern Verträge geschlossen haben und die normalen User bzw. „Fake“-User, denen gar keine Rechte eingeräumt worden sind. Auf den ersten Blick ist hier nie erkennbar, in welchem Land der Abruf rechtmäßig ist (es sei denn aufgrund der IP wird der Zugriff automatisch gesperrt) und welcher User rechtmäßig Inhalte hochlädt. Umgekehrt existieren kostenpflichtige Seiten und Downloadangebote, auf denen dennoch urheberrechtswidrige Materialien zur Verfügung gestellt werden. Außerdem wird die Erkennbarkeit der Illegalität durch die Werbung seriöser Unternehmen auf den Seiten kaschiert, denen die Urheberrechtswidrigkeit der dort gemachten Angebote anscheinend selbst nicht bewusst ist.

Da dem Nutzer keine „unerfüllbaren Prüfpflichten“ auferlegt werden dürfen, darf nicht allzu schnell von einer Offensichtlichkeit ausgegangen werden, zumindest soweit es um die Eigenschaft des § 53 UrhG als Tatbestandsausschlussgrund geht. Bei den Angeboten von kino.to müsste man aber selbst bei einem äußerst engen Verständnis von einer „Offensichtlichkeit“ des Angebots ausgehen, handelt es sich doch nicht selten um Vorabveröffentlichungen von Filmen, die noch nicht in deutschen Kinos angelaufen sind bzw. nicht als DVD zum Kauf zur Verfügung stehen.<sup>88</sup> Auch bei YouTube dürften die Aufmachung des Videos (schlichter Songtext vor

<sup>79</sup> Koch, GRUR 2010, 574 (575) m.w.N.

<sup>80</sup> A.A. Koch, GRUR 2010, 574 (577), der darauf hinweist, dass § 53 UrhG bei Verwendung von Ripping-Software per se nicht zur Anwendung kommen darf; zur „Kopie-Sperre“ des § 96 Abs. 2 UrhG Stieper, MMR 2012, 12 (17).

<sup>81</sup> Lüft, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 27), § 53 UrhG Rn. 1; Heinrich (Fn. 21), § 106 UrhG Rn. 93.

<sup>82</sup> Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677 (679).

<sup>83</sup> Zu § 53 Abs. 1 UrhG im Allgemeinen Aschenbrenner, ZUM 2005, 145; Berger, ZUM 2004, 257; Braun, ZUM 2005, 100; Flechsig, GRUR 1993, 532; Grassmuck, ZUM 2005, 104; Jani, ZUM 2003, 842; Krüger, GRUR 2004, 204; Melichar, ZUM 2005, 119; Mönkemöller, GRUR 2000, 663; Poll, ZUM 2006, 96; Stickelbrock, GRUR 2004, 736.

<sup>84</sup> Dieses Ergebnis kann man schon aus systematischen Gründen nicht dadurch umgehen, dass man auf die zwischenzeitlich rechtmäßige Vervielfältigung gem. § 44a Abs. 1 Nr. 2 UrhG abstellt, die dem endgültigen Speichern vorgeht. § 53 UrhG erfasst wohl gerade keine Vorlagen, die rechtmäßig sind, weil sie ursprünglich nur als „Zwischenspeicherung“ gedacht waren. Anderenfalls würde man denjenigen, der die Datei direkt herunterlädt erfassen, während derjenige, der sich erst den Stream ansieht und diesen dann speichert, in den Genuss der Privilegierung kommen soll.

<sup>85</sup> Vgl. hierzu Stieper, MMR 2012, 12 (17); Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677 (680); Koch, GRUR 2010, 574.

<sup>86</sup> Dreyer (Fn. 27), § 53 UrhG Rn. 26.

<sup>87</sup> Vgl. etwas detaillierter Fangerow/Schulz, GRUR 2010, 677 (680).

<sup>88</sup> Insofern ist Radmann, ZUM 2010, 387 (389), jedenfalls zuzustimmen; vgl. auch Stieper, MMR 2012, 12 (17); Lüft (Fn. 81), § 53 UrhG Rn. 16; Loewenheim (Fn. 28), § 53 UrhG Rn. 14c.

einem rosa Hintergrund)<sup>89</sup> und der Nutzernamen ausreichendes Indiz dafür sein, dass der Channel-Inhaber keine Lizenz für die Zugänglichmachung hat.<sup>90</sup> Viele Nutzer manipulieren das Werk auch so, dass die speziellen Softwareprogramme, die von den YouTube-Betreibern zur Auffindung und Sperrung urheberrechtlich geschützten Materials verwendet werden, versagen, indem sie das Video spiegelverkehrt hinstellen oder das Lied etwas verlangsamen.<sup>91</sup> Auch dies dürfte als Indiz für die Illegalität der Quelle ausreichen.

### V. Vorsatz und Unrechtsbewusstsein

Basierend auf den voranstehenden Überlegungen kommt es beim bloßen Stream (ohne dauerhafte Speicherung) nicht auf den subjektiven Tatbestand an, weil der Täter schon gar nicht den objektiven Tatbestand des § 106 UrhG verwirklicht (sei es, weil es sich nicht um eine offensichtlich rechtswidrige Quelle i.S.d. § 53 UrhG handelt oder sei es, weil bereits § 44a UrhG einschlägig ist). Die häufig zu lesende Floskel, dass die Strafbarkeit des Nutzers regelmäßig am Vorsatz scheitert, ist somit irreführend. Es hat aber seine Richtigkeit, dass auch diese Stufe nicht nur die tatsächlichen bzw. vorsatztypischen Nachweisschwierigkeiten mit sich bringt, sondern rechtlich einige Hürden existieren, was den Inhalt und die Bezugspunkte des Vorsatzes anbelangt. Insb. stellt sich das im Wirtschaftsstrafrecht häufiger auftretende Problem, wie sich Irrtümer über zivilrechtliche Vorfragen auf die Strafbarkeit des Täters auswirken. So mag selbst bei demjenigen („professionellen“) Nutzer, der um derartige Zwischenspeicherungsvorgänge weiß, fraglich sein, ob dessen Wissen um das kurzzeitige Speichern im „Cache“ für eine Bedeutungskennntnis („Parallelwertung in der Laiensphäre“) in Bezug auf das Vervielfältigen ausreichen kann. Was das Unrechtsbewusstsein anbelangt, dürfte dies in gewissem Grade in jedem von uns schlummern, allein schon aufgrund der Nähe von Urheberrechtsverstößen zum achten Gebot („du sollst kein geistiges Eigentum stehlen“). Der Stabilisierung eines einheitlichen Unrechtsbewusstseins wirkt allerdings die Eigenschaft des

<sup>89</sup> Was seinerseits nicht dafür ausreicht eine neue geistige Schöpfung anzunehmen, vgl. auch Fn. 63.

<sup>90</sup> Wobei man aber auch nicht aus den Augen verlieren darf, dass die meisten Interpreten und Urheberrechtsinhaber derartige Plattformen zu Promo-Zwecken benutzen und in eigenen Channels rechtmäßig zur Verfügung stellen. Die Zusammenarbeit mit den jeweiligen Unternehmen führt auch dazu, dass diese die Angebote der Nutzer ständig überprüfen, sodass v.a. bei bekannteren Interpreten wie Beyonce Knowles, Lady Gaga oder Rihanna urheberrechtswidrige Inhalte auf YouTube und Co nun auch wesentlich seltener zu finden sind, als früher (insb. deren „Single-Auskopplungen“ werden von der konkurrierenden Website myvideo.de angeboten). Dann wäre eine „Aufnahme“ derartiger Videos ebenso unbedenklich, wie in analogen Zeiten, als man die Videos seiner Lieblingsbands (etwa Take That oder Backstreet Boys) auf VHS-Kassette aufnahm.

<sup>91</sup> Dieser „Taschenspielertrick“ führt – entgegen verbreiteter Auffassung in einigen Foren – natürlich keinesfalls zu einer eigenen „Schöpfung“, welche die Quelle legal machte.

Urheberrechts als „kontinental parzelliertes Unrecht“ entgegen. Während an einem Ort die gestreamten Inhalte (mit einer entsprechenden IP) frei verfügbar sind, soll in einem anderen Land der kostenlose Stream verbotsbewehrt sein. Vor allem was das urheberrechtswidrige Fernsehen anbelangt braucht es also wohl noch länger, bis sich hier ein allseits akzeptiertes „Unrechtsminimum“ entwickelt hat.

### VI. Fazit

Bei Lektüre und Analyse der urheberrechtlichen Literatur fiel auf, dass die meisten Meinungsstreitigkeiten rund um den Stream Resultat des doppelten Bezugspunkts des Urheberrechts sind. Weil man sich gegen das Phänomen der Normspaltung sträubt (das zugegebenermaßen eine Einbuße an verfassungsrechtlicher Bestimmtheit bedeutete), entwickeln sich einerseits Ansichten, die einen extensiven Urheberschutz und somit auch eine weitreichende Kriminalisierung bis hinunter auf den rezeptiven Werkgenuss durch den Nutzer befürworten. Dagegen schränken die Gegenansichten den Urheberschutz insgesamt ein, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit einzudämmen. Die momentan „übersichtlichste“ Lösung wäre eine gesetzeszweckorientierte Auslegung des § 44a UrhG, unter die jeder vorübergehende Stream, der nicht als Datei endgültig abgespeichert wurde, zu subsumieren ist. Soweit man allerdings den rezeptiven Werkgenuss zumindest privatrechtlichen Schutz genießen lassen will, betrifft dies nur die zivilrechtliche Haftung und hat keinen Aussagegehalt für § 106 UrhG. Schließlich würde es merkwürdig anmuten, die Strafbarkeit des Täters von der Art des „Filmgenusses“ abhängig zu machen: Derjenige, der eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte Kopie als Datei bspw. auf einem Memory-Stick „erwirbt“ und selber keine Vervielfältigungshandlungen vornimmt, bliebe in Bezug auf den bloßen Filmgenuss weiterhin straflos, obwohl er sich den Film noch mehrmals mit anderen Freunden ansehen könnte. Dagegen soll derjenige, der sich die Datei im Internet ansieht, ohne nochmals Zugriff auf die Datei zu haben, strafbar sein. Dies kann nicht erwünscht sein.

Rechtspolitisch bleiben noch einige Fragen offen. So stellt sich die berechtigte Frage, ob der „reverse sting“ gegen die Nutzer überhaupt die richtige Option ist: Wird das Austrocknen des Marktes nicht besser dadurch gewährleistet, dass gegen die Einnahmequellen der Streaming-Seiten vorgegangen wird? Jedenfalls würde man Unternehmen und deren Verantwortliche, die bewusst auf derartigen Seiten Werbung schalten und die Kriminalität somit finanzieren, einfacher verfolgen und sanktionieren können.

Schließlich ließe sich auch noch der Überlegung nachgehen, ob der Filmgenuss bzw. der Abruf des Films eine Beteiligung an der (jedenfalls strafbaren) Verbreitung darstellt. Da die Anbieter von kinox.to aber wohl als „omnimodo facturus“<sup>92</sup> einzustufen wären, käme insofern allenfalls eine Beihilfe (soweit für das Angebot nichts bezahlt wurde – wiederum nur in psychischer Form) in Betracht. Aber auch hier

<sup>92</sup> Zum Begriff des „omnimodo facturus“ Kühl, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 6. Aufl. 2008, § 20 Rn. 177; Wessels/Beulke, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 41. Aufl. 2011, Rn. 569.

bewegt man sich als Strafverfolgungsbehörde auf dünnem Eis, da beim – ohnehin grundsätzlich strittigen – Konstrukt der psychischen Beihilfe das bloße Dulden bzw. Billigen der Straftat gerade nicht ausreicht, um eine Gehilfenstellung anzunehmen.<sup>93</sup> Die h.M. lehnt eine Strafbarkeit des Erwerbers bzw. Nutzers rechtswidriger Kopien als Teilnahme an der Haupttat „illegales Verbreiten“ (ausschließlich im Bezug auf den Erwerb bzw. die Nutzung!) ohnehin ab, da die Verbreitung als Tathandlung ausgestaltet sei, welche die Mitwirkung eines Dritten zwingend voraussetze.<sup>94</sup> Nach allgemeinen Grundsätzen (Stichwort „notwendige Teilnahme“<sup>95</sup>) scheidet eine Strafbarkeit a priori aus. Dagegen ließe sich einwenden, dass das Verbreiten für eine Vollendungsstrafbarkeit nicht zwingend den Wechsel der Verfügungsmacht (i.S.d. Inverkehrbringens) voraussetzt, sondern bereits dann angenommen werden kann, wenn dem potentiellen Erwerber das Angebot gemacht wird. Nicht in jedem Fall ist also das Mitwirken des Erwerbers „notwendig“, um zu einer Strafbarkeit zu gelangen. Das Problem bleibt also vielmehr der Nachweis der Gehilfenfähigkeit als solcher, insb. im Falle von kinox.to, bei dem das Klicken des Einzelnen den Betreibern keinen zusätzlichen Ansporn zur Wiederholung und Fortführung der Straftaten geben dürfte.

---

<sup>93</sup> Krit. zur psychischen Beihilfe *Hruschka*, JR 1982, 177; zusammenfassend *Kudlich*, Die Unterstützung fremder Straftaten durch berufsbedingtes Verhalten, 2004, S. 369 ff., *ders.*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafgesetzbuch, § 27 Rn. 94; *Kühl* (Fn. 92), § 20 Rn. 226 f.

<sup>94</sup> *Heinrich* (Fn. 21), § 106 UrhG Rn. 131; *Schlüchter*, NStZ 1988, 53 (57); *Hildebrandt*, in: Wandtke/Bullinger (Fn. 27), § 106 UrhG Rn. 44; *Dreier* (Fn. 6), § 106 UrhG Rn. 2; a.A. wohl *Heghmanns*, NStZ 1991, 112 (113).

<sup>95</sup> *Wessels/Beulke* (Fn. 92), Rn. 587.

---