

Internet zum Hören

Internetradio und Podcasts in rundfunk- und urheberrechtlicher Betrachtung

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines Doktors der Rechte
durch die rechtswissenschaftliche Fakultät der
Westfälischen Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von: Laura Dierking
aus: Braunschweig
2008

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Thomas Hoeren
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Thomas Klicka
Dekan: Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer
Tag der mündlichen Prüfung: 16.12.2008

Meiner Mutter

VORWORT

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2008/2009 von der Juristischen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität als Dissertation angenommen und berücksichtigt Rechtsprechung und Literatur bis September 2008. Sie entstand parallel zu dem medienrechtlichen Podcast-Projekt „J!Cast“.

Mein herzlicher Dank geht zunächst an meinen Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Thomas Hoeren, der zwar nicht Doktor-„Vater“ genannt werden möchte, der mir aber jeden erforderlichen Freiraum geschaffen hat, um mit dem Podcast-Projekt „J!Cast“ ein eigenes Baby großzuziehen, das er stets – vielleicht doch ein bisschen väterlich – als „Lauras iPod-Radio“ bezeichnete. Danken möchte ich auch meinen selbsternannten akademischen Ziehvätern Dr. Ulf Müller und Dr. Michael Bohne, die mir stets mit Rat und Tat zur Seite standen. Ohne Ulf und all die anderen Kolleginnen und Kollegen, die den Podcast bei seinen ersten Schritten so geduldig als Interviewpartner, Musiker und Techniker begleitet haben, wäre daraus sicherlich niemals ein „richtiges“ Medium mit eigenem Redaktionsteam geworden. Vielen Dank Euch allen!

Für die schnelle Erstattung des Zweitgutachtens danke ich Herrn Prof. Dr. Thomas Klicka. Martin Gramsch gilt mein Dank für die kritische Durchsicht der Arbeit.

Ganz besonders danke ich meinem lieben Freund, Dr. Robert Kubach, der nicht nur jeden Anflug von Verzweiflung mit viel Geduld und Humor aufgefangen hat sondern mir auch beratend, aufmunternd und zuhörend stets eine unschätzbare Hilfe war.

Mehr als Dank schulde ich meiner Mutter, Angelika Dierking, und meiner Tante, Diane Dierking, die mich auf meinem bisherigen Lebensweg in jeder erdenklichen Weise gefördert haben. Meiner Mutter, deren unerschöpfliche Energie und Kreativität mir stets ein Vorbild waren, ist diese Arbeit gewidmet.

Der Rundfunk wäre der denkbar großartigste Kommunikationsapparat des öffentlichen Lebens, ein ungeheures Kanalsystem, d.h. er wäre es, wenn er es verstünde, nicht nur auszusenden, sondern auch zu empfangen, also den Zuhörer nicht nur hören, sondern auch sprechen zu machen und ihn nicht zu isolieren, sondern ihn in Beziehung zu setzen.

(Bertolt Brecht, Der Rundfunk als Kommunikationsapparat 1932/33)

INHALTSVERZEICHNIS

ERSTER TEIL

RADIO ONLINE – NEUES MEDIUM MIT NEUER FUNKTION	1
I. VOM WELTEMPFÄNGER ZUM PODCAST – HISTORISCHE ENTWICKLUNGEN	2
1. DIE ANFÄNGE DES RADIOS	3
2. RADIO IM NATIONALSOZIALISMUS	4
3. ÖFFENTLICH-RECHTLICHER RUNDFUNK NACH 1945	5
4. PRIVATER HÖRFUNK UND DAS DUALE SYSTEM	8
5. DIGITAL AUDIO BROADCASTING (DAB)	11
6. INTERNETRADIO	12
7. PODCAST	14
8. GESAMTENTWICKLUNG: INDIVIDUALISIERUNG	17
II. INTERNETRADIO- UND PODCASTS – UNBEGRENZTE VIELFALT IM INTERNET	18
1. INTERNETRADIO – JUKEBOX FÜR JEDEN GESCHMACK	18
2. PODCAST – „USER GENERATED CONTENT“ STATT BÜRGERFUNK	22
3. TECHNISCHE GRUNDLAGEN	25
4. PHONOSTAR, PODSTER & CO - PLATTFORMEN FÜR DEN DURCHBLICK	28
5. INTERAKTIVE NUTZUNGSFORMEN	30
6. MESSER-SOFTWARE – RADIOMITSCHNITT STATT MUSIKDOWNLOAD?	34
7. WIRTSCHAFTLICHE GRUNDLAGEN	35

ZWEITER TEIL

RUNDFUNKRECHTLICHE BETRACHTUNG VON INTERNETRADIO UND PODCASTS	40
I. DER VERFASSUNGSRECHTLICHE RUNDFUNKBEGRIFF	44
1. SEMANTISCHE AUSLEGUNG	45
2. TELEOLOGISCHE AUSLEGUNG	47
a) Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks	47
b) Die Bedeutung der Rundfunkfreiheit	50
c) Rundfunkfreiheit als „Jedermann-Grundrecht“	55
3. ZWISCHENERGEBNIS	57
II. DER EINFACHGESETZLICHE RUNDFUNKBEGRIFF	58
1. Die Tatbestandsmerkmale des § 2 RStV	59
a) „Allgemeinheit“	59

b)	„Verbreitung“	61
c)	„Darbietung“	62
2.	Regelungsziele des Rundfunkstaatsvertrages	63
a)	Gefahr der Überregulierung	64
b)	Deregulierung als Folge der Medienkonvergenz	65
c)	Vollständige Deregulierung?	68
d)	Keine vollständige Aufgabe der Regulierung	70
3.	Das System der abgestuften Regulierung	73
4.	Verzicht auf eine Abgrenzung anhand des Rundfunkbegriffs?	75
5.	Kriterien der Abgrenzung	76
a)	Abgrenzung nach Linearität	77
b)	Der europäische Rundfunkbegriff	79
c)	Kritik am Merkmal der Linearität	80
d)	Notwendigkeit einer flexiblen Abgrenzbarkeit	83
6.	Abgrenzung nach Meinungsbildungsrelevanz	85
a)	Interaktivität	86
b)	Inhaltliche Ausrichtung des Programms	87
c)	Wirkung des Mediums	88
d)	Technische Qualität und Reichweite	89
e)	Wettbewerbsorientierte Chancengleichheit und Angemessenheit	90
7.	Zwischenergebnis: Optimale Umsetzung der abgestuften Regulierung durch fließende Grenzen	90
8.	Rechtsklarheit und Rechtssicherheit durch § 20 Abs. 2 RfStV	91
9.	Einordnung der jeweiligen Internet-Audio-Dienste	91
III.	DER „REDAKTIONELL-JOURNALISTISCH GESTALTETE“ TELEMEDIENDIENST IM RfStV	 93
1.	Wortlautororientierte Auslegung	93
2.	Teleologische Auslegung	95
3.	Sonderausnahme für rein private Homepages	98
IV.	ERGEBNIS DER RUNDFUNKRECHTLICHEN BETRACHTUNG	99
	DRITTER TEIL	
	URHEBERRECHTLICHE BETRACHTUNG VON INTERNETRADIO UND PODCASTS	100
I.	URHEBERRECHTLICHER SCHUTZ FÜR INTERNET-AUDIODIENSTE	101
1.	Urheberrechtliche Werkqualität	102
2.	Phonecaster: Podcast per Telefon	104
3.	Mitschnitte von Internetradiosendern	107

II.	URHEBERRECHTLICHE VERWERTUNGSHANDLUNGEN BEIM INTERNETRADIO UND BEIM PODCAST	112
1.	Die Sendung aus § 20 UrhG und das Sendeprivileg	113
2.	Die öffentliche Zugänglichmachung aus § 19a UrhG	114
3.	Notwendigkeit einer Abgrenzung	115
a)	Der Mehrkanaldienst	117
b)	„Staytuned“	118
c)	Semantische Auslegung	119
d)	Historische Auslegung	122
e)	Europa- und völkerrechtliche Auslegung	123
f)	Teleologische Auslegung	126
g)	Bedeutung der Interaktivität	129
h)	Zwischenergebnis: Abgrenzung nach Linearität	131
4.	Vervielfältigungsrechte	132
III.	DAS PROBLEM DER WERKNUTZUNG IN PODCASTS	134
1.	Freie Musik als Alternative	137
2.	Erforderlichkeit einer interessengerechten Lösung	141
3.	Gesetzgeberische Pflicht zur Konfliktlösung	142
4.	Die Schranken des Urheberrechts zugunsten der Informationsfreiheit	144
5.	Die Idee der „Content“- oder „Kulturflatrate“	153
a)	Vor- und Nachteile einer „Content“-oder „Kulturflatrate“	156
b)	Der Dreistufentest	158
c)	Zwischenergebnis	162
6.	Schaffung einer gesetzlichen Lizenz für Rundfunk im Internet	162
a)	Bestimmter Sonderfall: Rundfunk im Internet	164
b)	Keine Beeinträchtigung für Online-Musikportale	165
c)	Keine unzumutbare Interessenverletzung	168
d)	Implementierung der gesetzlichen Lizenz in das Urhebergesetz	172
e)	Vorschlag einer Neufassung von § 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG	173
7.	Zwischenergebnis	174
VIERTER TEIL		
	ZUSAMMENFASSUNG UND THESEN	176

Erster Teil

**Radio online – neues Medium mit
neuer Funktion**

Lange Zeit bestand das Internet vorwiegend aus geschriebenen Informationen, die in Form von Texten übermittelt wurden. Erst eine deutlich verbesserte Übertragungsgeschwindigkeit ermöglichte zudem die Übertragung von Musik und gesprochenem Wort und brachte damit das Internet zum Klingen. Ein „Internet zum Hören“ aber verwirklicht, was des Informationsrechts tägliches Brot darstellt: neue Phänomene, geschaffen durch neue technische Möglichkeiten werfen vor allem die Fragen ihrer rechtliche Beurteilung auf.

So ist eine neue technische Entwicklung gelegentlich in der Lage, alte Regelungssysteme durch veränderte Voraussetzungen vollkommen auf den Kopf zu stellen. Daneben kann sie sich an anderer Stelle gefügig in bestehende Strukturen einordnen, da zuweilen allein die Technik weder am gesellschaftlichen Gefüge noch an den Regelungen, die sich eine Gesellschaft im Umgang mit bestimmten Phänomenen gegeben hat, zu rütteln vermag. In Einzelfällen kann es aber erforderlich sein, neues Recht zu schaffen, damit sich durch technische Entwicklungen geschaffene Phänomene in bestehende Strukturen eingliedern können und nicht im Recht die Grenzen ihres innovativen Fortkommens finden.

Internetbasierte Audiodienste, die vor allem durch den technischen Fortschritt im Bereich der Datenübertragungsgeschwindigkeiten das Internet auch zu einem Medium für akustische Information gemacht haben, sind aus diesem Grund darauf zu überprüfen, inwieweit sie sich einerseits in bestehende Regelungssysteme einordnen lassen, sie andererseits rechtliche Strukturen hinterfragen und verändern und an welcher Stelle darüber hinaus ein Neuregelungsbedarf besteht, weil nur so bereits umgesetzte Regelungsstrukturen auch angesichts neuer Audiodienste fortgeführt werden können.

Die Nähe zum klassischen Radio sowie die Fokussierung akustischer Angebote auf die Verwendung von Musik als urheberrechtlich geschützter Werkform legen es nahe, von einer Betrachtung historischer wie soziologischer Entwicklungen ausgehend das Rundfunk- sowie das Urheberrecht in das Zentrum einer Untersuchung der rechtlichen Rahmenbedingungen internetbasierter Audiodienste zu rücken.

I. Vom Weltempfänger zum Podcast – historische Entwicklungen

Internetbasierte Audiodienste sind nicht allein ein Produkt der technischen Entwicklungen rund um das Internet. Vielmehr liegen die Wurzeln dieser Kommunikationsformen in den Tiefen der Rundfunkgeschichte verborgen. Die

Entwicklungen des Radios vom allgemeinen Unterhaltungsmedium über eine Nachrichten- und Propagandaquelle bis hin zum Medium und Faktor der Demokratie zeigen eine Tendenz, die vom klassischen Massenmedium hin zu einer individuellen, aber doch massenkommunikativ geprägten Dienstleistung führt. Auf dem Höhepunkt dieser Evolution stehen Audiodienste wie das Internetradio und Podcasts, zwischen denen die Grenzen des Rundfunks zum individuellen Abrufdienst verschwimmen. Um diese Entwicklung nachzuzeichnen lohnt daher der Blick auf die Geschichte des Mediums Radio mit besonderem Fokus auf dem technischen Fortschritt sowie den sozio-kulturellen Veränderungen und der damit bedingten Wandlungen im Bereich der Musikknutzung und der Programmgestaltung.

1. Die Anfänge des Radios

Die Geschichte des deutschen Radios begann am 29. Oktober 1923 um 20 Uhr mit der Ansage: „Achtung, Achtung, hier ist die Sendestelle Berlin im Vox-Haus auf Welle 400 Meter¹.

Die Vorgeschichte ist die der technischen Entwicklung: 1860 veröffentlichte der britische Physiker James Maxwell seine Überlegungen zum Wellencharakter des Lichts², 1887 entdeckte dann Heinrich Hertz die drahtlose Verbreitung elektromagnetischer Schwingungen³. Die Technik der drahtlosen Telegraphie befand sich im 1. Weltkrieg noch in der Erprobungsphase. Mit der Erkenntnis, dass sich Funkwellen kugelförmig ausbreiten und damit nicht allein vom Sender zum einzelnen Empfänger gelangen, etablierte sich der Funkspruch „an alle“⁴. In Amerika wurde bereits am 2. November 1920 ein regelmäßiger Funk-Sendebetrieb aufgenommen, in Großbritannien beantragte die Funkindustrie 1922 Sendeerlaubnis⁵.

Das Radio war zunächst ein reines Unterhaltungsmedium, mit dem vorrangig Musik verbreitet wurde. Informationen im Sinne von Nachrichten sendeten die Funkgesellschaften nur sehr vereinzelt⁶. Zum Ende der 20er Jahre waren jedoch pro Tag

¹ Arnold, *ABC des Hörfunks*, 17.

² Dussel, *Deutsche Rundfunkgeschichte*, 20.

³ Hesse, *Rundfunkrecht*, 1.

⁴ Dussel, *Deutsche Rundfunkgeschichte*, 20 ff.

⁵ Dussel, *Deutsche Rundfunkgeschichte*, 28.

⁶ Stuißer, *Medien in Deutschland*, 144.

höchstens drei Nachrichtentermine vorgesehen, die hauptsächlich vormittags stattfanden, die Abende blieben weitgehend nachrichtenfrei⁷. Als Informationsmedium wurde der Rundfunk damit in seiner Frühphase kaum ernst genommen⁸. Aus dem Versuch, Information, Bildung und Unterhaltung zu verbinden, entstand ein Kästchen-Modell mit wechselnden Sendungen, bei denen der Musikanteil weit überwog und Wortbeiträge nur „in ganz kurzen fesselnden Proben an geeigneten Stellen“⁹ eingefügt wurden. Diese betrafen zum einen den Sport zum anderen wurden Vorträge und Reden oder auch Autorenlesungen gesendet¹⁰. Die Musik bewegte sich zwischen hochkarätiger Kammermusik und zeitgenössischer Tanzmusik, meist wurde eine bunte Mischung aus Oper, Operette und sog. „Salonmusik“ gespielt¹¹. Zu den besten Sendezeiten war jedoch vorrangig anspruchsvolle Klassik zu hören – schließlich verstanden sich die Rundfunkveranstalter primär als Kultur-Institution¹².

2. Radio im Nationalsozialismus

Veranstaltet wurde das Radioprogramm in Deutschland von insgesamt neun privaten Funkgesellschaften, die einer weitgehenden staatlichen Kontrolle unterlagen¹³. Bereits im Jahr 1932 mussten die Gesellschaften sämtliche Anteile an den Staat verkaufen. Damit fiel es kurze Zeit später den Nationalsozialisten auch leicht, den gesamten deutschen Hörfunk zu übernehmen¹⁴. Zunächst begannen die Nationalsozialisten mit einer „personellen Reinigung“ des Rundfunks – sowohl im Programmbereich als auch in Technik und Verwaltung. Im Rahmen der Gleichschaltung der Länder wurde auch der Rundfunk zentralisiert, die ehemaligen Regionalgesellschaften wurden zu Zweigstellen des Reichsrundfunks umgeformt¹⁵. Damit stand den Nationalsozialisten der Weg frei, das Radio als Nachrichtenmedium und Propaganda-Instrument wirkungsvoll zu nutzen. Ziel war es, möglichst jedermann über Radiowellen zu erreichen. Hierzu diente vor allem der deutsche Volksempfänger, die sog. „Goebbels-Schnauze“, die mit einem besonders

⁷ Dussel, *Deutsche Rundfunkgeschichte*, 59.

⁸ Bausch, *Rundfunk in Deutschland – Entwicklungen und Standpunkte*, 11.

⁹ Kurt von Boeckmann, Intendant in München, zit. nach Dussel, *Deutsche Rundfunkgeschichte*, 52.

¹⁰ Dussel, *Deutsche Rundfunkgeschichte*, 59 ff.

¹¹ Dussel, *Deutsche Rundfunkgeschichte*, 67.

¹² Dussel, *Deutsche Rundfunkgeschichte*, 68.

¹³ Stüiber, *Medien in Deutschland*, 147 f.

¹⁴ Arnold, *ABC des Hörfunks*, 18.

¹⁵ Hesse, *Rundfunkrecht*, 7.

günstigen Preis für alle Bevölkerungsschichten erschwinglich sein sollte¹⁶. Neben der Funktion als „Führungsmittel“¹⁷ erfüllte dieses Gerät zur Zeit des 2. Weltkrieges noch eine weitere wichtige Aufgabe als Warnmedium. Über Funk erfuhr die Bevölkerung von herannahenden Bomberverbänden der Alliierten¹⁸. Nur mit aufwändigeren Geräten war auch der Empfang ausländischer Sender möglich. Durch diese gelangten die Deutschen auch an Informationen darüber, wie es tatsächlich um Deutschland stand und dass der Krieg in einer vernichtenden Niederlage enden würde. Das Abhören von Feindsendern war strikt verboten und wurde mit Freiheitsstrafen sanktioniert¹⁹. Entsprechende Regelungen fanden sich in der „Verordnung über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen“²⁰. Um zu verhindern, dass ausländische Sender der attraktiven Musikangebote wegen gehört wurden, verfügte Goebbels bereits 1941, dass im abendlichen Radioprogramm nur noch leichte Unterhaltungsmusik gespielt werden solle²¹. Ansonsten war das Programm von einer klaren Struktur geprägt. Feste Zeiten hatten Nachrichten, Magazine sowie kurze Sendungen²². Daneben wurden Vorträge zu politisch-militärischen Themen gesendet.

Die Instrumentalisierung des Radios für Propaganda bzw. für einen „Staatsfunk“ war jedoch nicht allein in Deutschland zu beobachten. Auch die französische Regierung betrieb eine Rundfunk-Propaganda, genauso wusste man in Italien und Spanien das neue Medium zu staatlichen Zwecken zu nutzen²³.

3. Öffentlich-rechtlicher Rundfunk nach 1945

Schon kurze Zeit nach dem Krieg nahmen unter der Kontrolle der Besatzungsmächte die ersten Sender ihren Betrieb auf. In allen Besatzungszonen Westdeutschlands wurden daraufhin Rundfunkanstalten gegründet, die sich schließlich in der Arbeitsgemeinschaft der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten in der BRD, der ARD, zusammenschlossen²⁴.

¹⁶ <http://de.wikipedia.org/wiki/Volksempf%C3%A4nger> v. 20.07.2008

¹⁷ Bausch, *Rundfunk in Deutschland –Entwicklungen und Standpunkte*, 9.

¹⁸ Arnold, *ABC des Hörfunks*, 20.

¹⁹ § 1 der Verordnung über außerordentliche Rundfunkmaßnahmen vom 01. September 1939 (RGBl. I S. 1683) zit. nach Herrmann/Lausen, *Rundfunkrecht*, 90 f.

²⁰ RGBl. 1939 I, S. 1683.

²¹ Zit. nach Dussel, *Deutsche Rundfunkgeschichte*, 111.

²² Dussel, *Deutsche Rundfunkgeschichte*, 112.

²³ Holzengel, *Rundfunkrecht in Europa*, 31 (Frankreich), 71 (Italien), 83 (Spanien).

²⁴ Herrmann, *Rundfunkrecht*, § 4 Rn. 34.

Mit dem Aufbau der einzelnen Sender wurde im Rahmen der Demokratisierung Deutschlands insgesamt ein durch Staatsfreiheit, dezentrale Organisation und öffentliche Kontrolle geprägtes Konzept verfolgt, das dem britischen System BBC nachempfunden war. Der englische Rundfunk hatte – anders als seine Nachbarn im restlichen Europa – den 2. Weltkrieg überstanden, ohne zum Staatsfunk zu werden und war mit seinem hohen publizistischen Niveau und seiner stetigen Unabhängigkeit sowie seiner binnenpluralistischen Organisationsstruktur schnell zum Vorbild geworden²⁵. Als Mittel zur demokratischen Erziehung der Bevölkerung sollte der Rundfunk nun auch in Deutschland den Menschen die Möglichkeit eröffnen, ihre Ansichten zu Tagesfragen zum Ausdruck zu bringen. Bei der Bevölkerung sollte so ein „Verständnis für den Wert der Kritik und der freien Rede und des Aufeinanderprallens verschiedener Meinungen in einer demokratischen Gesellschaft“ hervorgerufen werden²⁶. Gleichzeitig stand vor allem die Staatsfreiheit des Rundfunks im Mittelpunkt. Das Bundesverfassungsgericht prägte die Begriffe „Medium“ und „Faktor“ im Rahmen des „Ersten Fernsehurteils“ von 1961²⁷ als die zwei wichtigsten Grundpfeiler des Rundfunks²⁸. Im Ergebnis führte dieses Urteil dazu, dass mangels einer Bundesgesetzgebungskompetenz für Rundfunk und wegen Art. 5 GG ein Staatsfernsehen – wie die von Adenauer geplante Deutschland-Fernsehen-GmbH – nicht zugelassen wurde²⁹.

Man wählte die Rechtsform der Anstalt öffentlichen Rechts, um so den Rundfunk aus dem Bereich der staatlichen Exekutive herauszuhalten³⁰. Die Sendeanstalten erhielten das Recht der Selbstverwaltung, die Kontrolle wurde dem Rundfunkrat übertragen, einem pluralistisch besetzten Gremium mit Vertretern aus allen gesellschaftlich relevanten Gruppen³¹.

Das Radioprogramm wurde zunächst von den Besatzungsmächten selbst gestaltet. Es liefen Musikbänder, die von Nachrichten in mehreren Sprachen unterbrochen wurden³². Später wurde im Sinne des Umerziehungsvorhabens der Besatzungsmächte die

²⁵ Holznagel, *Rundfunkrecht in Europa*, 52 ff.

²⁶ Schreiben des stellvertretenden Militärgouverneurs vom 13. Oktober 1947. Senatskanzlei Hamburg (316.00-1) zit. nach: Hagengut, *Modell und Wirklichkeit - 50 Jahre Rundfunkgeschichte in Nordrhein-Westfalen*, 32.

²⁷ BVerfG, NJW 1961, 547.

²⁸ Hesse, *Rundfunkrecht*, 16 f.

²⁹ Papier/Möller, *Mediengeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, 449, 459 f.

³⁰ Hesse, *Rundfunkrecht*, 9 f.

³¹ Hesse, *Rundfunkrecht*, 10.

³² Hagengut, *Modell und Wirklichkeit - 50 Jahre Rundfunkgeschichte in Nordrhein-Westfalen*, 25.

Programmstruktur an das Ziel der Demokratisierung angepasst. Neben regelmäßige Nachrichtensendungen traten etwa der Land- und Frauenfunk; besondere Förderung erhielt der Schulfunk³³. Die Musik bestand zunächst weitgehend aus Eigenproduktionen. Obwohl etwa seit dem Jahr 1940 Tonbandaufnahmen möglich waren, wurden Schallplatten nur selten eingesetzt. Stattdessen unterhielt jede Rundfunkanstalt mindestens drei Orchester: ein Symphonieorchester für die hochkulturellen Angebote, ein „Rundfunkorchester“, das vorwiegend „gehobene“ Unterhaltungsmusik spielte und ein kleines Unterhaltungsorchester, das den Bedarf an leichter Unterhaltungs- und Tanzmusik deckte³⁴.

Als im Frühjahr 1949 das neue UKW-Netz neben die Mittelwelle trat und deutlich mehr Sender zuließ, sahen sich die Rundfunkanstalten veranlasst, ihr Programm auszuweiten und ein zweites bzw. drittes Programm anzubieten. Inhaltlich hielt man sich zwar nach wie vor an das Kästchenprinzip, nach dem über den ganzen Tag verteilte Programmstücke die unterschiedlichsten Interessen vom Schul- und Landfunk bis zur „ersten Musik“ berücksichtigten, allerdings bediente man sich erstmals zur Programmgestaltung auch der Hörerforschung³⁵.

Mit dem „Ersten Fernsehurteil“ des Bundesverfassungsgerichts von 1961 wurde neben der Staatsfreiheit und der pluralistisch besetzten Kollegialorgane ein weiterer Anspruch an die Sendeanstalten gestellt: Alle in Betracht kommenden Kräfte der Gesellschaft sollten fortan im Rundfunkprogramm so zu Wort kommen, dass „ein Mindestmaß an inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung“³⁶ gewährleistet sei. Damit durften sich die Rundfunkanstalten nicht mit bestimmten gesellschaftlichen Sonderinteressen identifizieren, sondern mussten alle gesellschaftlichen Gruppen in ihrem Anspruch auf öffentliche Meinungskundgabe und Interessenartikulation gleichmäßig berücksichtigen³⁷.

Dies geschah auch in den 1980er Jahren noch in der Kästchenstruktur, daneben hatte sich inzwischen jedoch auch ein Magazincharakter mit einer Moderation durch sog. „Mundwerksburschen“ durchgesetzt.³⁸ Als man mit den Autofahrern eine neue

³³ Hagengut, *Modell und Wirklichkeit - 50 Jahre Rundfunkgeschichte in Nordrhein-Westfalen*, 25.

³⁴ Dussel, *Deutsche Rundfunkgeschichte*, 211.

³⁵ Halefeldt, *Mediengeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, 211, 214.

³⁶ BVerfGE 12, 205, 263.

³⁷ Hagengut, *Modell und Wirklichkeit - 50 Jahre Rundfunkgeschichte in Nordrhein-Westfalen*, 108.

³⁸ Halefeldt, *Mediengeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, 211, 217.

Hörergruppe entdeckte, die nicht nur aktuell über die Verkehrslage unterrichtet sondern auch angenehm unterhalten werden wollte, hielt schließlich auch der Service-Gedanke Einzug in die Programmgestaltung³⁹. Dazu gehörten nicht nur die Möglichkeit, jederzeit aktuelle Meldungen einblenden zu können, sondern auch die regelmäßige Zeitansage und kleinere Wortbeiträge zu Klatsch und Tratsch.

Mit kritischen Jugendsendungen wie „Rotlicht“ und „Radiothek“ entdeckte der WDR schließlich auch die Jugend als eigene Zielgruppe⁴⁰. Musikalisch führte diese neue Zielgruppe zu einer zunehmenden Auseinandersetzung mit Pop-Musik – etwa mit der Sendereihe „Pop-Shop“ im SWF⁴¹. Dennoch blieben diese Jugendsendungen auf wenige Stunden des Programms beschränkt.

Das tatsächliche Jugendprogramm kam dagegen schon bald von Piratensendern, die wie „Radio Veronica“ oder „Radio Caroline“ ohne eine Lizenz von Schiffen sendeten, die außerhalb der Hoheitsgebiete auf der Nordsee kreuzten. Aktuelle Pop-Musik, nach den Wünschen der Hörer zusammengestellt, bestimmte hier das Programm, das sich hauptsächlich durch Werbung finanzierte⁴².

4. Privater Hörfunk und das duale System

Bis zum Jahr 1972 gab es in Europa allein den öffentlich-rechtlichen Rundfunk. Eine erste Auflösung dieses Hörfunk-Monopols setzte in England ein, als dort sog. „Independent Local Radios“ zugelassen wurden⁴³. In Deutschland begannen Mitte der 80er Jahre die einzelnen Bundesländer schrittweise, private Sender einzuführen. Ursache hierfür war das sog. „Dritte Rundfunkurteil“ des Bundesverfassungsgerichts⁴⁴. Mehrere Bestimmungen des saarländischen Rundfunkgesetzes, die auch private Rundfunkveranstalter zuließen, wurden zwar für verfassungswidrig und nichtig erklärt. Richtungweisend war jedoch vor allem die Begründung des Urteils, in der das Gericht ausführte, dass die Veranstaltung privaten Rundfunks nicht per se verfassungswidrig sei,

³⁹ Dussel, *Deutsche Rundfunkgeschichte*, 219 f.

⁴⁰ http://www.wdr.de/unternehmen/basis_struktur/geschichte/1970.jhtml;jsessionid=3H3NBTZWPNMTYCQKYXFETIQ v. 10.05.2006

⁴¹ Dussel, *Deutsche Rundfunkgeschichte*, 222.

⁴² Hoven/Jacobshagen, Radiopiraten, WDR-Dokumentation.

⁴³ Holznagel, *Rundfunkrecht in Europa*, 59.

⁴⁴ Papier/Möller, *Mediengeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, 449, 462 f.

es aber wirksamer gesetzlicher Vorkehrungen bedürfe, die sicherstellen, dass auch nach Zulassung privater Rundfunksender alle gesellschaftlich relevanten Kräfte zu Wort kommen⁴⁵. Wegen seiner immensen Bedeutung für die öffentliche Meinung dürfe der Rundfunk nicht den bloßen Marktkräften überlassen werden⁴⁶.

Diesen Vorgaben kamen die Länder nach, indem sie mit den Landesmedienanstalten eine Aufsichtsinstanz gründeten, die Genehmigungen zur Veranstaltung von Rundfunk erteilt und die Einhaltung der Programmgrundsätze überwachen sollte⁴⁷. Es entstand so das „duale System“, in dem sowohl die binnenplurale Struktur der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten im Sinne einer Grundversorgung als auch die Vielfalt des privaten Programmangebotes im Sinne eines Außenpluralismus gemeinsam zur verfassungsmäßigen Meinungsbildung beitragen sollten⁴⁸.

Die erste private Hörfunklizenz in Deutschland erhielt am 01.07.1985 die Funk und Fernsehen Norddeutschland GmbH & Co. KG (FFN)⁴⁹. Das Programm startete am 31. Dezember 1986 um 12.00 Uhr aus einer Villa in Isernhagen mit dem Lied „Walk like an Egyptian“ von den Bangles, anmoderiert mit den Worten: „Am Anfang stand das Wort und dann kamen die Bangles...“⁵⁰.

Der neu eingeführte private Hörfunk bedeutete vor allem ein Ende des „Gemischtwarenladens“ im Rundfunk, der bis dahin mit verschiedenen Programmteilen auf einer einzigen Frequenz verschiedenste Interessengruppen zu bedienen suchte⁵¹. Es fand nunmehr eine verstärkte Spezialisierung auf einzelne Hörergruppen statt. So nahm z.B. am 20. Juni 1997 in Schwetzingen der Jugendsender „sunshine-live“ seinen Betrieb auf, der sich zunächst ganz allgemein jugendlicher Musik widmete, sich dann aber schon bald auf ein reines Dance- und Technoformat festlegte⁵². Die öffentlich-rechtlichen Anstalten reagierten ihrerseits mit vierten oder fünften Programmen, die i. d. R. reine Jugend- oder Nachrichtenformate hatten⁵³.

⁴⁵ BVerfGE 57, 295, 325.

⁴⁶ BVerfGE 57, 295, 323.

⁴⁷ Papier/Möller, *Mediengeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, 449, 463.

⁴⁸ Widlok, in: Jarren, *Medienwandel-Gesellschaftswandel?* 229, 231.

⁴⁹ Matzen, *Internationales Handbuch für Hörfunk und Fernsehen 2000/2001*, 238, 247.

⁵⁰ http://de.wikipedia.org/wiki/Radio_ffn v. 10.05.2006

⁵¹ Neun, *Öffentlich-rechtlicher Rundfunk: Grenzen des Wachstums*, 26 f.

⁵² http://de.wikipedia.org/wiki/Sunshine_live v. 10.05.2006

⁵³ Neun, *Öffentlich-rechtlicher Rundfunk: Grenzen des Wachstums*, 105 f.

Für solche Programme des kommerziellen Privatradios, die ein populäres, auf hohe Einschaltquoten zugeschnittenes und ausschließlich musikorientiertes Tagesbegleitprogramm enthalten, hat sich der Begriff des „Formatradios“ durchgesetzt⁵⁴. Das Formatradio verfügt über einen sehr hohen Musikanteil, Wortbeiträge beschränken sich meist nur auf kurz gehaltene Nachrichten. Dem Formatradio wird damit zum Teil bereits die Eigenschaft als journalistisch-publizistisches Medium abgesprochen⁵⁵. An anderer Stelle ist von einer „Entwertung“ oder „Magazinitis“, insgesamt aber von einer inhaltlichen Verflachung die Rede⁵⁶.

Gründe für eine solche fortschreitende Individualisierung im Rahmen von Formatradios sind vor allem wirtschaftlicher Art. Zum einen ist die Produktion kostengünstiger – Personalkosten können gespart werden, außerdem lässt sich vorhandenes Material etwa in einem großen Medienkonzern mehrfach verwerten. Zum anderen ist die Refinanzierung durch Werbung erleichtert – Hörer von Formatradios sind zielgruppengenau bestimmbar, was Streuverluste verringert⁵⁷. Daneben sind aber auch gesamtgesellschaftliche Veränderungen Ursache für diese Entwicklung. Hierzu gehört zunächst die Ausdifferenzierung der einzelnen Musikstile von „Acid Jazz“ oder „Schranz“ bis „New Wave“ aber auch ein allgemeines gesellschaftliches Auseinanderdriften, das mit der Auflösung in viele einzelne sozio-kulturelle Milieus verbunden ist⁵⁸.

Dazu kommt eine erhebliche Veränderung der Funktion von Hörfunk. Galt das Radio noch zu Beginn seiner Geschichte als Sensation, dem stets die volle Aufmerksamkeit gewidmet wurde, ist es mehr und mehr zu einem Nebenmedium geworden, das zwar zeitlich gesehen mehr gehört wird, auf das man sich aber weniger ausschließlich konzentriert. Stattdessen ist das Radio wahlweise Kummerkasten und Plattform für Selbstdarstellungen oder Jukebox, während es früher als unnahbarer Luxus galt, für den sich die ganze Familie feierlich um das Radiogerät versammelte⁵⁹.

Für die Anzahl der Radiosender aber vor allem für deren Reichweite war schließlich das Errichten eines Breitbandkabelnetzes von entscheidender Bedeutung. Im Jahr 1992

⁵⁴ Holznagel/Vesting, *Sparten- und Zielgruppenprogramme im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, insbesondere im Hörfunk*, 14.

⁵⁵ Holznagel/Vesting, *Sparten- und Zielgruppenprogramme im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, insbesondere im Hörfunk*, 15

⁵⁶ Widlok, in: Jarren, *Medienwandel-Gesellschaftswandel?* 229, 240.

⁵⁷ Neun, *Öffentlich-rechtlicher Rundfunk: Grenzen des Wachstums*, 29 f.

⁵⁸ vgl. Holznagel/Vesting, *Sparten- und Zielgruppenprogramme im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, insbesondere im Hörfunk*, 24.

⁵⁹ Widlok, in: Jarren, *Medienwandel-Gesellschaftswandel?* 229, 240.

empfangen bereits 35 % aller westdeutschen Haushalte Kabelrundfunk⁶⁰. Die Anzahl der privaten Radiosender in Deutschland stieg daneben auf 125 Sender im Jahr 1994.⁶¹

Insgesamt zeichnet sich damit ab, dass im Laufe der Geschichte des klassischen Radios die Anzahl der Rundfunksender stets aus sendetechnischen Gründen begrenzt war, wenngleich sich diese technisch bedingte Obergrenze stetig erhöht hat⁶². Den Anbruch einer neuen Ära bedeutete daher der faktische Wegfall dieser Grenzen durch die Technik des Digital Audio Broadcasting und des Internets.

5. Digital Audio Broadcasting (DAB)

Störanfälligkeit und Frequenzknappheit stellten seit den Anfängen des Radios die größten technischen Probleme dar. Deshalb gilt die Digitalisierung des Rundfunks auch als die größte Innovation seit der Einführung von UKW⁶³. Sie ermöglicht neben einem störungsfreien mobilen Empfang mit optimaler Klangqualität vor allem auch eine größere Variabilität der Angebotsformen⁶⁴. Dazu können im digitalen Datenstrom auch Zusatzinformationen wie etwa Bild- oder Textdaten gesendet werden⁶⁵.

Eine erste probeweise Einführung des digitalen Rundfunks in Deutschland wurde im März 1993 beschlossen und das erste Pilotprojekt startete im August 1995 in Baden-Württemberg⁶⁶. Dem folgte zwar sowohl im Bereich des Digital Audio Broadcasting (DAB) als auch im Bereich des digitalen Fernsehens (DVB-T) eine ständig fortschreitende technische Entwicklung, die Markteinführung verlief in Kontinentaleuropa jedoch sehr schleppend. Während in Großbritannien sowohl digitales Fernsehen als auch digitales Radio schon bald sehr erfolgreich waren, lagen die Hauptprobleme in Deutschland darin, dass kaum Endgeräte gekauft wurden und ohne eine entsprechende Menge an Empfängern der Ausbau des Sendernetzes und des Programmangebotes unrentabel waren⁶⁷. Damit fehlte dem DAB-Angebot wiederum der

⁶⁰ Holznagel, *Rundfunkrecht in Europa*, 21.

⁶¹ Widlok, in: Jarren, *Medienwandel-Gesellschaftswandel?* 229, 237.

⁶² Papier/Möller, *Mediengeschichte der Bundesrepublik Deutschland*, 449, 457.

⁶³ ALM, Jahrbuch, *Privater Rundfunk in Deutschland 2003*, 4.1.

⁶⁴ Schuler-Harms, *Internationales Handbuch für Hörfunk und Fernsehen 2000/01*, 139, 142.

⁶⁵ ALM, Jahrbuch, *Privater Rundfunk in Deutschland 2003*, 4.1.

⁶⁶ Matzen, *Internationales Handbuch für Hörfunk und Fernsehen 2000/01*, 238, 256.

⁶⁷ Matheus/Morich/Specks, *Media Perspektiven 2005*, 142, 143. Diese Autoren sprechen insofern von einer „Henne-Ei-Problematik“. Sie kritisieren, dass bei der Markteinführung in Deutschland insgesamt ein koordiniertes Vorgehen versäumt wurde.

erforderliche Mehrwert gegenüber UKW-Programmen, um den Kauf von Endgeräten attraktiver zu machen. Weitere Verzögerungen ergaben sich bei der Markteinführung durch das telekommunikationsrechtliche Zuteilungsverfahren der RegTP⁶⁸.

Ein anderes Problem lag darin, dass in Deutschland die Sendeleistung zu niedrig angelegt wurde, so dass der Empfang innerhalb von Häusern oder mit billigen Geräten bei hoher Geschwindigkeit beeinträchtigt war.

Trotz der massiven Schwierigkeiten, denen die tatsächliche Verbreitung digitalen Rundfunks im Hörfunkbereich begegnete, war die Digitalisierung dennoch für das Radio ein Meilenstein – denn sie eröffnete den Weg in das Internet.

6. Internetradio

Die Möglichkeit, digitalisierte Audio-Dateien über das Internet zu verbreiten, nutzte in Deutschland bereits im Jahr 1995 das von ORB, SFB und der TU Berlin gegründete „Info-Radio“. Der Streaming-Dienst „Info-Radio on Demand“ bietet bis heute einen 24-stündigen Live-Cast sowie Sendemitschnitte zum Abruf an⁶⁹. Zuvor war in den USA im November 1994 das erste Online-Radio auf Sendung gegangen⁷⁰.

Die Attraktivität eines jederzeitigen Zugriffs auf vergangene Sendungen über das Internet erkannte auch der Bayerische Rundfunk. Seit 1996 werden auf der Homepage alle Sendungen des Nachrichtenprogramms B5 bis zu einer Woche zum Abruf bereitgehalten⁷¹. Ein ähnliches Projekt führte der SWF durch und digitalisierte große Teile des SWF-Sendearchivs. Mitte 1995 lagen hier bereits über 190.000 Stunden Wort- und Musikbeiträge vor.

Damit war Internetradio zunächst allenfalls ein Abbild dessen, was an Hörfunk bereits auf herkömmlichem Wege verfügbar war. Öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten und kurz nach ihnen die privaten Sender machten ihre für den Funk produzierten Inhalte

⁶⁸ ALM, Jahrbuch, *Privater Rundfunk in Deutschland 1999/2000*, 475.

⁶⁹ <http://www.pc.prz.tu-berlin.de/prz/ps+pdf/inforadio.pdf> v. 10.05.2006

⁷⁰ Goldhammer/Zerdick, *Rundfunk online*, 16.

⁷¹ Thiele, *Rechtsfragen beim Betrieb von Webradios*, 6

http://www.eurolawyer.at/#!/pdf/Rechtsfragen_Webradios.pdf

http://www.eurolawyer.at/pdf/Rechtsfragen_webradios.pdf v. 27.05.2006.

parallel über das Internet als Audio-Dateien zugänglich. Zunächst diente das Internet so vor allem als „Weltempfänger gegen Heimweh“⁷², vorwiegend genutzt von ausgewanderten oder verreisten treuen Hörern, die den Kontakt zum heimatlichen Lokalsender nicht verlieren wollten. Erst 1998 nahmen mit „SonixRadio“ und dem Hamburger „Cyberradio“ die ersten reinen Internetradios in deutscher Sprache ihren Betrieb auf⁷³. Als erstes Internetradio erhielt das „Chart Radio“ Anfang 2000 von der Landesanstalt für Kommunikation in Baden-Württemberg eine Lizenz als Hörfunkprogramm. Diese Lizenz berechtigte dazu, das Programm über alle verfügbaren Kapazitäten wie Internet, Satellit, Antenne oder Kabel bundesweit zu verbreiten⁷⁴.

Da ein Internetradio bereits mit sehr geringen Anfangsinvestitionen betrieben werden konnte, stieg die Anzahl der weltweit verfügbaren Internetradio-Angebote schon bald explosionsartig an.

Viele Software-Programme wie „Phonostar“, „Realplayer“ und der „Windows-Media-Player“ erstellten im Zuge dieser Entwicklung Plattformen, von denen aus die Nutzer auf jeweils mehrere tausend Internetradio-Angebote zugreifen können. Spezielle Suchmasken ermöglichen hier eine Auswahl nach Musik-Genres, Herkunftsländern oder Übertragungsqualität; einzelne Lieblingssender können separat gespeichert werden.

Was die Frequenzknappheit im analogen Bereich bislang verwehrte, wurde mit dem Internetradio nunmehr möglich: die totale Vielfalt. Jede noch so winzige Anhängerschaft einer bestimmten Musikrichtung kann ihr eigenes Radio betreiben, die Zersplitterung geht so weit, dass einzelne Sender, sog. „Artist Radios“ ausschließlich die Stücke einer einzigen Band spielen⁷⁵. Internetradio mit seinen Inhalten und Formaten wird damit zum Teil als ein eigenständiges Medium angesehen, dessen entscheidende Stärke darin liegt, ein „Personalised Radio“ zu sein, das sich auf die ganz individuellen Hörerbedürfnisse einstellen kann⁷⁶.

Bald begannen auch die Verwertungsgesellschaften, das neue Medium ernst zu nehmen und erstellten eigene Musterverträge zur Musik-Lizenzierung für Internetradios⁷⁷.

⁷² Ory, AfP 1997, 845.

⁷³ <http://www.itschau.de/9812/2304.html> v. 10.05.2006

⁷⁴ <http://www.golem.de/0002/6558.html> v. 10.05.2006

⁷⁵ <http://www.phonostar.de/pages/empfehlungen.php?category=19> v. 10.05.2006 siehe hierzu auch Teil I II. 1. (S. 24).

⁷⁶ Bock, *Internationales Handbuch für Hörfunk und Fernsehen*, 179, 198.

⁷⁷ <http://www.kefk.net/Streaming/Systematik/Internetradio/index.asp> v. 10.05.2006

Auch die Unterhaltungsindustrie reagierte und entwickelte Geräte, die es möglich machen, nicht allein am Internet-PC auf Internetradio zugreifen zu können. Etwa das „Streamium MCi250“ von Philips, das im März 2003 in den USA auf den Markt kam, hat als Musikanlage mit eigenem Breitband-Internetzugang ständigen Zugriff auf Programme aus dem Netz und arbeitet dabei mit einer kabellosen WiFi (WirelessFidelity) – Lösung⁷⁸. Auch das „Noxon“ von Terratec kann eigenständig auf das Internet zugreifen und ist dafür mit einer WLAN-Schnittstelle ausgestattet⁷⁹. Daneben bestehen Adapter-Lösungen, durch die eine HiFi-Anlage mit Internet-Inhalten gespeist werden kann.⁸⁰ Auch im Bereich der Autoradios bestehen Bemühungen, Internet-Optionen zu integrieren. Ein weiteres multimediales „Integrationsmedium“ stellt das Mobiltelefon dar⁸¹. Längst werden die neueren Geräte nicht mehr nur zum Telefonieren genutzt, sondern bieten die Möglichkeit MP3-Dateien abzuspielen, Radio bzw. Handy-TV zu empfangen und über einen eigenen mobilen Internetzugang u. a. auch auf Internetradiosender zuzugreifen.

7. Podcast

Die neueste Entwicklung im Bereich der akustischen Information bzw. Unterhaltung ist die des Podcasts. Unter Podcasts sind Programmserien in Form von Audio-Dateien zu verstehen, die automatisiert in der jeweils neuesten Folge über das Internet herunter zu laden sind und in sehr einfachen Verfahren – lediglich mithilfe eines Laptops, eines Mikrofons und einer Internet-Verbindung – hergestellt werden können. Der Name „Podcast“ leitet sich aus einer Verbindung des englischen Wortes „broadcast“ mit dem Namen des Apple-Gerätes „iPod“ ab, das als Abspielgerät auch für Podcasts maßgeblich zu deren Bekanntwerden beigetragen hat. Allerdings ist die Verbreitung des Podcasts längst nicht mehr nur auf Apple-Geräte beschränkt. Die Dateien können auf sämtlichen MP3-Playern oder auch direkt am Rechner angehört werden. Aus diesem Grund und weil Apple-Konkurrenten das neue Medium gern vom „iPod“ trennen wollen, existiert bereits eine neue Worterklärung, wonach sich der Begriff „Podcast“ vom „Personal On Demand

⁷⁸ <http://www.golem.de/0301/23398.html> v. 10.05.2006

⁷⁹ <http://www.telepolis.de/r4/artikel/19/19505/1.html> v. 10.05.2006

⁸⁰ z.B. der Multimedia-Adapter SL 400 I/00 von Philips, zu finden unter:

http://www.consumer.philips.com/consumer/catalog/product.jsp?language=de&country=DE&catalogType=CONSUMER&productId=SL400I_00_DE_CONSUMER v. 10.05.2006

⁸¹ Breunig, Media Perspektiven 2006, 2, 7.

Broadcast“ ableite. In jedem Fall hat der Begriff „Podcast“ inzwischen Berühmtheit erlangt, 2005 wurde er in den USA zum Wort des Jahres gewählt⁸².

In der Regel besteht ein Podcasts aus mehreren Einzelepisoden von etwa 10 bis 30 Minuten Länge, die – einmal auf ein tragbares Abspielgerät oder ein MP3-fähiges Autoradio überspielt – z.B. auf dem Weg zur Arbeit oder beim Joggen gehört werden können. Die Idee des Podcastings wurde etwa ab September 2004 bekannt als das erste entsprechende Programm, der „Podcasting-Client“ vorgestellt wurde und stammte vom ehemaligen MTV-VJ Adam Curry, dem „Podfather“⁸³, der das Medium gemeinsam mit Dave Wine entwickelte⁸⁴. Wirkliche Popularität erlangte diese neue Form eines akustischen Mediums in Deutschland aber erst Mitte 2005. Seitdem hat sich ein stetig wachsender Markt entwickelt, der Angebote von der Tagesschau über muntere Audio-Tagebücher bis hin zu wöchentlichen Chinesisch-Kursen oder fachspezifischen Sendungen bereithält.

So nutzten laut der Online-Studie von ARD und ZDF im Jahr 2007 21% aller Internetnutzer zumindest einmal wöchentlich Audiobeiträge wie Podcasts, Internetradio oder MP3-Angebote im Internet⁸⁵. 4% aller Internet-Nutzer beziehen Podcasts regelmäßig, 8% sporadisch⁸⁶. Gegenüber den im Vorjahr erstmalig zu Podcasts ermittelten Zahlen der ARD/ZDF-Online-Studie stellt das bereits eine Steigerung von 30% dar und entspricht einer Anzahl von 3,1 Millionen zumindest sporadischen Nutzern⁸⁷. Die Media Consumption Study der European Interactive Advertising Association ermittelte im Jahr 2005 für Deutschland Nutzerzahlen von 5% und prognostizierte für das Jahr 2006 bereits 7%, für 2007 14 % und für das Jahr 2008 sogar 25%⁸⁸. Etwas zurückhaltender, jedoch mit gleicher Tendenz ermittelte die von der Telekom in Auftrag gegebene Studie „Deutschland Online 2007“ prognostizierte Werte von 12,8% im Jahr 2010 und 20,4% im Jahr 2015⁸⁹.

Dabei liegt der besondere Reiz des Podcastings für die Nutzer tatsächlich in der Breite des Angebots, das von der charmant-dilettantischen Plauderei bis hin zur journalistisch hochwertigen Reportage oder der nachhörbaren Radiosendung reicht und dabei

⁸² <http://www.podlog.de/de/news?id=166885> v. 22.05.2006

⁸³ Astle, 19 Harvard Journal of Law and Technology 2005, 161, 163.

⁸⁴ Lang, 14 CommLaw Conspectus 2006, 463, 466.

⁸⁵ van Eimeren/Frees, MediaPerspektiven 2007, 362, 373.

⁸⁶ Gscheidle/Fisch, MediaPerspektiven 2007, 393, 396.

⁸⁷ Martens/Amann, MediaPerspektive 2007, 538.

⁸⁸ http://www.content-crew.de/downloads/Verbreitung_Podcasts.pdf v. 1.7.2008.

⁸⁹ http://www.studie-deutschland-online.de/do5/sdo_2007_de.pdf v. 1.7.2008, S. 5.

vollkommen kostenlos ist⁹⁰. Für den Produzenten bestehen die Vorteile in der einfachen und kostengünstigen Herstellung, die vor allem für nicht-kommerzielle Anbieter zahlreiche Möglichkeiten eigener Produktionen eröffnet und den Podcast damit zu einem Sprachrohr für Jedermann macht.

Insofern lässt sich an dieser Stelle eine Parallele zur Begeisterung der 1980er und 90er Jahre für den Amateurfunk ziehen. Allerdings ist der Kreis potentieller und erreichbarer Hörer über das Internet ein ungleich größerer. Während der Amateurfunk damals aus Angst vor einer Verbreitung revolutionärer oder sonst gefährlicher Inhalte weitgehend verboten war⁹¹ und die erforderliche behördliche Genehmigung nur in den seltensten Fällen erteilt wurde⁹², bietet Podcasting unabhängig von Lizenzen und Frequenzen die Möglichkeit einer nahezu unbegrenzten Vielfalt.

Die Hörer erreichen Podcasts zum einen über spezielle Podcast-Suchportale, wie z.B. „Podster“⁹³, zum anderen sind Abonnements üblich, mit denen die Hörer automatisch mit Neuauflagen ihrer Lieblingssendungen versorgt werden. Dabei prüft ein Programm, ein so genannter „Podcatcher“, in regelmäßigen Abständen eine vom Benutzer zusammengestellte Liste von Podcasts, stellt fest, welche neuen Episoden verfügbar sind und lädt diese automatisch herunter.

Eine Weiterentwicklung stellen sog. „Vodcasts“ oder „Video-Podcasts“ dar, die statt der Audio-Datei im MP3-Format eine Videodatei enthalten⁹⁴. Berühmt geworden ist insoweit der wöchentlich erscheinende Video-Podcast von Angela Merkel „Die Kanzlerin direkt“⁹⁵, der bereits mit bei seiner Premiere 230.000 Zugriffe gehabt haben soll⁹⁶.

⁹⁰ Martens/Amann, MediaPerspektiven 2007, 538,539.

⁹¹ Bullinger, FS Winkler, 134.

⁹² Bundesgesetz über den Amateurfunk vom 14.03.1949 (BGBl. III 90 22 – 1).

⁹³ <http://www.podster.de> v. 10.05.2006

⁹⁴ Breunig, Media Perspektiven 2006, 2, 4.

⁹⁵ <http://www.bundestkanzlerin.de/Webs/BK/DE/Aktuelles/VideoPodcast/video-podcast.html> v. 11.04.2008.

⁹⁶ Bannas, in: faz.net v. 3.08.2006

<http://www.faz.net/s/Rub594835B672714A1DB1A121534F010EE1/Doc~E74A7EE5D454640F3A818A04943553AC1~ATpl~Ecommon~Scontent.html> v. 11.07.2008.

8. Gesamtentwicklung: Individualisierung

Die geschichtliche Entwicklung von der ersten Radiosendung bis zum Podcast ist damit vor allem von zwei Dingen geprägt: Zum einen ist dies der technische Fortschritt, der mit der Digital- bzw. Internetradiotechnik zur Überwindung der Frequenzknappheit und damit zur Aufhebung der quantitativen (sowie der nationalen) Grenzen führt. Zum anderen brachte eine sozio-kulturelle Veränderung über 8 Jahrzehnte nicht nur eine Zersplitterung in viele einzelne Konsumentengruppen und die Differenzierung der Musikstile mit sich – sie sorgte auch dafür, dass sich hinsichtlich der Bedeutung von Radio ein grundlegender Wandel vollzog. War der Rundfunk einst noch entscheidende (und im zweiten Weltkrieg sogar lebenswichtige) Informationsquelle und bot dazu die Möglichkeiten von Propaganda, Demokratieerziehung oder Bildung, so ist er heute kaum mehr als eine Jukebox im Hintergrund. Dementsprechend hat sich auch der Inhalt vom Kästchenprogramm über den Magazin-Charakter und das Formatradio bis hin zu hoch spezialisierten Musiksendern ohne Wortanteil bzw. individuell angepassten Podcasts entwickelt. Gab es zunächst noch einen einzigen Sender für die ganze Familie, ist nunmehr das Spektrum unterschiedlichster Sender allein im Internet so groß, dass von einer nahezu unbegrenzten Vielfalt gesprochen werden kann.

Eine derartige Entwicklung spiegelt sich natürlich nicht allein in der Erscheinungsform der Audioprogramme verschiedener Jahrzehnte wider sondern ist auch als Grundlage der juristischen Beurteilung zu sehen – etwa im Hinblick auf Meinungsmacht, Meinungsvielfalt und hieraus resultierende Regulierungsbedürfnisse oder aber im Hinblick auf eine Pflicht zu staatlicher Unterstützung.

II. Internetradio- und Podcasts – unbegrenzte Vielfalt im Internet

Bei der Vielzahl radioähnlicher Inhalte, die sich über das Internet verbreitet, eine genaue Definition zu geben, bereitet gewisse Schwierigkeiten. Im Internet verschwimmen Inhalte, Dienste und Übertragungswege, so dass die Begrifflichkeiten des klassischen Rundfunks nicht ohne weiteres übertragen werden können. Als Oberbegriff bezeichnet etwa der „Online-Rundfunk“ das Senden, Übertragen und der Empfang von Audio- und/oder Videodaten über das Internet⁹⁷. Aufgrund der Missverständlichkeit des Begriffs „Rundfunk“ in diesem Zusammenhang sollte jedoch besser von „Internet-Audiodiensten“ gesprochen werden.

Zu unterscheiden ist dann zwischen Internetradio und Podcasts. Vordergründig werden beim Internetradio akustische Datenströme in das Internet eingespeist, die vom Nutzer in Echtzeit empfangen werden können⁹⁸. Podcasts dagegen sind Dateien in digitalen Audioformaten (z.B. MP3 oder AAC), die vollständig über das Internet herunter zu laden sind und anschließend am Rechner gehört oder mit einem MP3-Player synchronisiert und abgespielt werden können⁹⁹. Dabei liegt die Besonderheit in der optionalen Abonnement-Funktion, mit der jeweils die neuesten Folgen eines Programms automatisch auf den Rechner geladen werden können. Der genauere Blick auf die technischen Abläufe wird zeigen, dass die Übertragung der Audiodaten insbesondere bei Mischformen nicht immer eindeutig abgegrenzt werden kann, festzuhalten bleibt aber zunächst, dass allein bei Podcasts eine unmittelbare Downloadmöglichkeit besteht¹⁰⁰.

1. Internetradio – Jukebox für jeden Geschmack

Vor allem im musikalischen Bereich zeigt sich beim Internetradio eine Vielfalt, die die Möglichkeiten des frequenzgebundenen und –begrenzten analogen Radios bei weitem übersteigt. Erstmals bietet das Medium Internetradio die Chance, auch sehr kleine Zielgruppen mit einem eigenen Programmangebot zu versorgen¹⁰¹. Vertreten ist daher

⁹⁷ Goldhammer/Zerdick, *Rundfunk online*, 19.

⁹⁸ Thiele, *Rechtsfragen beim Betrieb von Webradios*, 4, http://www.eurolawyer.at/****pdf/Rechtsfragen_Webradios.pdf v. 27.05.2006.

⁹⁹ Dufft/Bohn, MW 2005, 116.

¹⁰⁰ Näheres zur technischen Funktionsweise unter Teil 1 II.3.

¹⁰¹ Goldhammer/Zerdick, *Rundfunk online*, 176.

jede Musikrichtung – vom mittelalterlichen Folk bis zum russischen Techno. Schließlich ermöglicht es das Internet in seiner Schrankenlosigkeit, die Angebote den verschiedenen Geschmäckern optimal anzupassen. So findet sich etwa ein eigenes Radio der Londoner Disco „ministry of sound“¹⁰² oder das Rolling Stone Radio als eigener Sender der Musikzeitschrift „Rolling Stone Magazine“¹⁰³. Insoweit wird auch von einer „Verspartung“ der Programme gesprochen¹⁰⁴.

Eine weitere Besonderheit stellen sog. „Artist Radios“ dar, die nur die Musik eines einzigen Interpreten spielen wie etwa das Beatles-Radio¹⁰⁵, das Depeche-Mode-Radio¹⁰⁶ oder den „EP Express“ mit Musik von Elvis Presley¹⁰⁷. Allerdings wurden diese Sender durch eine Anpassung der Lizenzbestimmungen der Recording Industry Association of America (RIAA) gestoppt. Seit die Lizenz es nur noch erlaubt, von einem Interpreten pro Stunde nur eine bestimmte Anzahl an Titeln zu spielen¹⁰⁸, werden nunmehr auf diesen Sendern auch Titel anderer Interpreten gespielt. Dabei hilft man sich vor allem mit Coverversionen oder sehr ähnlichen Stücken sowie mit Solo-Projekten der Bandmitglieder.

Gingen noch zu den Anfangszeiten des Internetradios die Bestrebungen dahin, im Internet etwas dem analogen Radio Vergleichbares zu schaffen, so sind es nunmehr hauptsächlich die mit minimalem Aufwand hergestellten „Jukebox-Sender“, die über das Internet verbreitet werden. Ein 24-stündiges moderiertes Programm mit Werbeblöcken ist zur Ausnahme geworden. Das liegt vor allem daran, dass alle „klassischen“ Radiosender inzwischen über einen sog. „Simulcast“ verfügen, mit dem diese Sender ihr terrestrisches Rundfunkprogramm zeitgleich über das Internet zugänglich machen.¹⁰⁹ Mit Simulcasts nutzen die Sender das Internet damit vorrangig für einen ortsungebundenen Dienst, mit

¹⁰² <http://www.ministryofsound.com/radio> v. 31.05.2006.

¹⁰³ <http://www.rollingstone.com/listen> v. 31.05.2006 - hier finden sich vier Programme mit den Titeln: The Immortals, The Hot List, Random Notes und New Faces.

¹⁰⁴ Barth/Münch, MediaPerspektiven 1997, 619, 624.

¹⁰⁵ <http://www.beatleradio.com/> v. 03.05.2006

¹⁰⁶ <http://www.prosoul.com/depechemoderadio/tunein.htm> v. 03.05.2006

¹⁰⁷ <http://launch.groups.yahoo.com/group/theepexpress1> 03.05.2006

¹⁰⁸ Nach den Vorgaben dürfen in einem Zeitraum von 3 Stunden von einem Album nur 3 Stücke und von einem Künstler nur 4 Stücke gespielt werden.

http://www.riaa.com/issues/licensing/webcasting_faq.asp#conditions v. 3.5.2006. Die

Lizenzbestimmungen der deutschen GVL für Webradios sind ähnlich ausgestaltet und lassen in 3 Stunden ebenfalls nur maximal 4 Stücke eines Künstlers bzw. 3 Stücke eines Albums zu:

<https://www.gvl.de/pdf/nutzungsbedingungen.pdf> v. 11.07.2008. Näheres zu Musiklizenzen findet sich im Dritten Teil.

¹⁰⁹ Schwenzler, GRUR Int. 2001, 722, 723; Egloff, sic! 2005, 96, 103.

dem weitere Hörer auch außerhalb des klassischen Sendegebiets zu erreichen sind¹¹⁰. Darüber hinaus bietet die zeitgleiche Verbreitung des klassischen Radioprogramms im Internet die Möglichkeit, zusätzliche Informationen wie z.B. den Namen des gerade gespielten Titels mit dem Programm zu verknüpfen. Als besonderer Service kann hier ein Link zu Hintergrundinformationen zum Sänger, zu Konzertdaten oder aber zum Onlineshop für die CD angeboten werden. Auch beliebt sind in diesem Zusammenhang Chat- und Foren-Angebote¹¹¹.

Den Simulcasts als Ergebnis einer Zweitverwertung von Inhalten stehen die „reinen“ Internetradios gegenüber, die allein im Internet vertreten sind und daher auch im Internet erstmalig verbreitet werden. Hier sind zunächst die Webcasts zu nennen, die sich von Simulcasts allein dadurch unterscheiden, dass sie allein für das Internet produziert werden und keine parallele Ausstrahlung eines terrestrischen Programms darstellen. Genau wie Simulcasts bestehen Webcasts aus einem einheitlichen Signal, das gleichzeitig alle Hörer erreicht.

Die Besonderheit eines reinen Internetradios liegt aber vor allem in der Möglichkeit eines interaktiven und personalisierten Radios, denn die wohl revolutionärste Neuerung des Internetradios gegenüber dem klassischen Rundfunk ist die Erweiterung um einen Rückkanal¹¹². Dieser führt vom Hörer zum Anbieter und ermöglicht eine direkte oder indirekte Einflussnahme auf die Programmgestaltung. So können individuell angepasste Inhalte entstehen, die gleichzeitig seriell hergestellt werden. Dieser Vorgang wird auch als „Mass Customization“ bezeichnet¹¹³ und erfolgt etwa durch eine Einbindung der Nutzer mit der Hilfe kollaborativer Filter¹¹⁴. Diese Filter gleichen großen Datenbanken, die die Präferenzen einzelner Nutzer miteinander abgleichen und so ein optimal zugeschnittenes Profil erstellen. Die Musik wird dabei in fein abgestimmten Genre-Abteilungen angeboten und dann vom Nutzer auf einer Skala von 1-10 bewertet. Je nach Bewertung wird der Song künftig häufiger oder nicht mehr gespielt¹¹⁵. Reine Internetradios, deren Programm auf einer Nutzung des Rückkanals beruht, werden im Folgenden als „interaktive Internetradios“ von Webcasts und Simulcasts unterschieden.

¹¹⁰ Ehlers, *MediaPerspektiven* 2000, 369, 370.

¹¹¹ Mrazek, *Tendenz* 1/2001, 24, 25.

¹¹² Gersdorf, *AfP* 1995, 565.

¹¹³ Goldhammer/Zerdick, *Rundfunk online*, 11.

¹¹⁴ Entsprechende Filter werden etwa vom „AOL-Radio“ (<http://music.aol.com/radioguide/bb.adp>) v. 31.05.2006) verwendet.

¹¹⁵ Gefunden bei Goldhammer/Zerdick, *Rundfunk online*, 172

Ein weiteres, noch stärker individualisiertes Konzept hierzu bieten die interaktiven Internetradios „Pandora“ und „last.fm“ mit dem „persönlichen DJ“. Hier gibt der Nutzer den Namen eines Lieblingskünstlers oder eines gern gehörten Musiktitels ein und schon beginnt ein Musikprogramm, das sich ganz am Nutzergeschmack orientiert. Beim Radio „Pandora“ steht das „music genome project“ dahinter. Die Gründer haben zunächst sämtliche verfügbaren Musikstücke nach hunderten verschiedenen Kriterien sortiert¹¹⁶. Das Ergebnis ist ein Katalog mit genauen Beschreibungen und Verwandtschaftsbeziehungen der Musikstücke. Die Feinanpassung an den einzelnen Nutzer erfolgt durch Bewertungen, die ihrerseits in die automatisierte Musikauswahl einfließen. Gefällt dem Nutzer ein Titel, klickt er auf den „Daumen-hoch-Button“, andernfalls kann er zum nächsten Titel weiter springen. Nach und nach passt sich so das Programm haargenau den Neigungen des Nutzers an. Welche einzelnen Titel gespielt werden, entzieht sich dabei der Kontrolle des Nutzers.

Das Programm „last.fm“ arbeitet dagegen nicht mit einer vorherigen Analyse, sondern stützt sich allein auf Interaktivität. Die Höregewohnheiten werden dabei über plug-ins bei jedem abgespielten Titel übermittelt¹¹⁷.

Andere, einfachere Modelle sind stark am klassischen Hörerwunsch orientiert. Der Hörer nennt hier einen Wunschtitel, und der Betreiber sichert zu, diesen in das Programm aufzunehmen. Gleichzeitig kann der Nutzer bei Nichtgefallen fordern, dass dieser Titel für ihn zukünftig nicht mehr gespielt werden solle. Noch weiter geht das sog. „Preference Play“¹¹⁸. Hier kann der Nutzer sogar die einzelnen Titel für sein Wunschprogramm auswählen, unbeeinflussbar bleibt für ihn lediglich die zeitliche Abfolge der Titel.

Ein ähnliches Geschäftsmodell verfolgt das „DirectDrive Net Radio“, wie es der interaktive Internetradiosender „StayTuned“ betreibt¹¹⁹. Für eine monatliche Gebühr von 9,95 € kann die Musik auf der Webseite individuell zusammengestellt und angehört werden. Dabei hat der Nutzer die Auswahl zwischen bereits komplett zusammengestellten Programmen und einzeln zusammengestellten Titeln¹²⁰.

¹¹⁶ Frankfurter Rundschau v. 07.10.2005.

¹¹⁷ Frankfurter Rundschau v. 07.10.2005.

¹¹⁸ <http://www.radiomoi.com> v. 10.05.2006.

¹¹⁹ <http://www.presettext.de/ptepprint.mc?pte=040729003> und <http://www.staytuned.de> v. 22.06.2006.

¹²⁰ <http://www.presettext.de/ptepprint.mc?pte=040729003> und <http://www.staytuned.de> v. 22.06.2006.

Insgesamt zeigt sich damit im Bereich des Internetradios jenseits der aus dem terrestrischen Radio übernommenen Simulcasts und der daran orientierten Webcasts eine starke Tendenz zu einer Individualisierung, die weit über das hinausgeht, was ein auf kleine Zielgruppen zugeschnittenes Programm leisten kann. Die Vorteile eines so entstehenden „Ich-Kanals“ liegen dabei vor allem darin, dass er sämtliche Marktforschungsbemühen im Hörfunksektor zu ersetzen vermag. Der Nutzer steht nicht mehr als „consumer“ dem „producer“ gegenüber, er ist zum „prosumer“ geworden¹²¹ und macht seinen Einfluss auf die Inhaltsgestaltung geltend. Das Ergebnis ist eine sehr spezielle Hörerbindung und, was zunächst medienpolitisch nicht zu erwarten war, ein deutliches Gegenprodukt zum klassischen Radio.

2. Podcast – „User generated content“ statt Bürgerfunk

Während die Nutzer im Bereich des interaktiven Internetradios immer stärker in die Herstellung der Inhalte eingebunden werden, ist der Podcast unter dem Schlagwort des „User generated Content“ als weiterer Schritt im Rahmen dieser Entwicklung anzusehen. Das neue Medium gibt – mehr als es der klassische Bürgerfunk jemals vermochte – dem Nutzer selbst eine Stimme. Die einfache Herstellungsmöglichkeit eines solchen „Radios zum Mitnehmen“ und die universelle Einsetzbarkeit führten in relativ kurzer Zeit dazu, dass sich Podcasts bis in die winzigsten Nischen des Mediengeschehens hinein ausbreiteten.

So finden sich in der Podcast-Landschaft unter anderem etwa Chinesischkurse¹²², religiöse Podcasts (Godcasts)¹²³, gesprochene Horoskope¹²⁴, Kochcasts¹²⁵, Wissenschaftssendungen¹²⁶ oder Angebote für Blinde¹²⁷. Die Musiksendungen unter den Podcasts haben die Besonderheit, dass sie sich fast ausschließlich sog. „gemafreier“ Musik bedienen. Die Probleme der Podcaster, die erforderlichen Nutzungsrechte für Musik zu bekommen – auf die noch einzugehen sein wird¹²⁸ – haben dazu geführt, dass sich eine eigene Musikszene der sog. „Podsafe Music“ bildete. Musiker, die keine

¹²¹ Goldhammer/Zerdick, *Rundfunk online*, 165.

¹²² <http://www.chinesepod.com/> v. 31.05.2006.

¹²³ z.B. Anstoß unter <http://www.glaube24.de/> v. 31.05.2006.

¹²⁴ <http://oe3static.orf.at/podcast/> v. 31.05.2006.

¹²⁵ das kulinarische Duett, gefunden unter <http://www.podcast.de> 22.05.2006.

¹²⁶ z.B. Wahnhoffs wunderbare Welt der Wissenschaften unter <http://wissenschaft.wanhoff.de/> v. 31.05.2006.

¹²⁷ z.B. Fernseh-Talkshows als Podcast <http://www.mdr.de/presse/neue-medien/2131573.html> v. 10.05.2006.

¹²⁸ Mehr zu Musiklizenzen im Dritten Teil.

Verträge mit Verwertungsgesellschaften haben, stellen auf den entsprechenden Internet-Plattformen¹²⁹ ihre Stücke Podcastern zur Verfügung und nutzen diese Form der Verbreitung für die eigene Vermarktung.

Auch politische Parteien entdeckten das neue Medium Podcast schon früh und nutzten es für den Wahlkampf¹³⁰. Genauso erkannten Hochschulen, dass Podcasts sich hervorragend zur Wissensvermittlung eignen und starteten Podcast-basierte E-Learning-Projekte¹³¹. Gleichzeitig sind es aber vor allem die täglich oder wöchentlich erscheinenden Audiotagebücher, die die Podcast-Szene prägen. Im Format des als Pionier bekannt gewordenen Podcasts „Schlaflos in München“¹³² sprechen hier Menschen über ihren Alltag oder behandeln Themen, die ihnen gerade am Herzen liegen. Indem Podcasting so dem Einzelnen eine weltweit hörbare Stimme verleiht, ersetzt es damit, was noch im analogen Zeitalter der Bürgerfunk war. So wird weithin vermutet, dass Podcasting langfristig den Bürgerfunk überflüssig machen wird¹³³.

Die Zersplitterung eines Mediums in unzählige Einzelinteressen führt dazu, dass sich für den einzelnen Podcast oft nur eine kleine Hörergemeinde findet. Angelehnt an die sehr eng begrenzte Zielgruppe wird Podcasting daher auch als „Narrowcasting“ bezeichnet¹³⁴. Genau dies sorgt aber für die besondere Attraktivität des Podcasts. So sieht insbesondere der etablierte öffentlich-rechtliche Rundfunk seine Chance darin, eng umgrenzte Zielgruppen mit qualitativ hochwertigen Inhalten zu erreichen, die andernfalls bei einer Programmausrichtung auf die Grundversorgung mittelfristig immer auf der Strecke bleiben¹³⁵. Dabei wird von den klassischen Radioanstalten inzwischen aber auch die dauerhafte Verfügbarkeit gesendeter Inhalte als Servicedienstleistung am Hörer verstanden. Deutschlandfunk und Deutschlandradio Kultur halten daher nahezu sämtliche Inhalte als Podcast zum Download bereit¹³⁶.

¹²⁹ z.B. <http://music.podshow.com/> v. 12.04.2008 oder www.podsafefaudio.com v. 12.04.2008.

¹³⁰ <http://www.welt.de/data/2005/08/22/763587.html?prx=1> v. 23.05.2006.

¹³¹ Neben den juristischen Podcasts am ITM Münster, zu finden unter <http://www.uni-muenster.de/Jura.itm/hoeren/> ist hier vor allem das Projekt Podcampus des Multimedia Kontors Hamburg zu nennen, das Bildungspodcasts aller deutschen Hochschulen auf einem Portal mit der Adresse <http://www.podcampus.de> bereithält. Webinformationen v. 12.04.2008.

¹³² <http://www.schlaflosinmuenchen.net> v. 31.05.2006.

¹³³ <http://www.lfm-nrw.de/funkfenster/medientechnik/podcast.php3?druck=1> v. 23.05.2006.

¹³⁴ Dufft/Bohn, MW 2005, 116.

¹³⁵ <http://www.mdr.de/presse/neue-medien/2131573.html> v. 10.05.2006.

¹³⁶ <http://www.dradio.de/podcast> v. 05.06.2007.

Diese engen Zielgruppen stehen – als eine weitere Besonderheit des neuen Mediums – mit den Podcast-Produzenten in stetigem Kontakt und sind daher mit ihren Ideen und Wünschen keine unbekannte Hörermasse. Jede einzelne Podcast-Episode bietet die Möglichkeit, Kommentare zu hinterlassen. Hier werden nicht nur Lob und Kritik formuliert, Sternchen verteilt¹³⁷ oder Grüße ausgetauscht. Insbesondere findet im Rahmen der Kommentarfunktion eine inhaltliche Auseinandersetzung mit dem jeweiligen Autor oder mit anderen Hörern statt.

Einen Gesamtüberblick über die Podcast-Hörerschaft vermittelte zunächst eine im Herbst 2005 durchgeführte Podcast-Umfrage, die ergab, dass Podcast-Hörer zu 88,6% männlich und im Durchschnitt 29,5 Jahre alt sind, zu 56% über einen Hochschulabschluss verfügen und zu 64% berufstätig sind¹³⁸. Eine zweite Umfrage im Sommer 2006 zeigte eine Entwicklung dahin, dass mehr weibliche Hörer dazugekommen waren (nur noch 82% männliche Hörer) und breitere Bildungsschichten angesprochen wurden, da nur noch 45% der Hörer über einen Hochschulabschluss verfügten¹³⁹. Waren Podcast-Nutzer also zunächst vor allem die typischerweise männlichen, gebildeten und technikbegeisterten sog. "early adopters"¹⁴⁰, die neue Technologien noch vor allen anderen annehmen, scheint mit Etablierung des neuen Mediums auch eine breitere Schicht an Hörern angesprochen zu werden.

Genau wie das Internetradio den Weg vom „PC-Freak“ bis ins Wohnzimmer gefunden hat, ist inzwischen auch der Podcast längst nicht mehr auf den technikbegabten Computerbesitzer mit Breitband-Internetanschluss beschränkt. Für alle anderen besteht z. B. die Möglichkeit, Podcasts am Telefon anzuhören. Das entsprechende Angebot „Phonecast.de“ hat jedem Podcast eine Telefonnummer zugeordnet, unter der die einzelnen Episoden abrufbar sind¹⁴¹. Dabei hat die Podcast-Versorgung per Telefon lediglich den Nachteil, dass zum einen der Nutzer deutlich zielgerichteter und aktiver als im Internet auf das Angebot zugehen muss, wenn zunächst ein Notieren der Nummer und dann ein Anruf erforderlich sind. Zum anderen ist jeweils nur die neueste Episode zu hören, ein Zugriff auf ältere Folgen bleibt dem Phonecast-Nutzer verwehrt.

¹³⁷ Spezielles Bewertungssystem etwa bei <http://www.podster.de>

¹³⁸ http://tellerrand.typepad.com/tellerrand/2005/11/special_das_sin.html v. 12.04.2008.

¹³⁹ <http://tellerrand.typepad.com/tellerrand/podcastumfrage/> v. 12.04.2008.

¹⁴⁰ <http://www.houseofresearch.de/news/Presse/pmwis.doc> v. 12.04.2008.

¹⁴¹ <http://www.phonecaster.de> v. 10.05.2006 dazu auch Bahr, <http://www.dr-bahr.com/aufsaetze/urheberrechtlicher-schutz-von-podcasting-beitraegen.html> v. 10.05.2006

Wer die aktuellen Folgen seiner Lieblingspodcasts dagegen aus dem Internet bezieht, kann die Abonnement-Funktion nutzen, mit der ein automatischer Download auf den Rechner erfolgt. Anders als die Bezeichnung „Abonnement“ dies vermuten lässt, geht der Nutzer dabei allerdings keinerlei Vertragsbeziehung ein. Diese Form der Versorgung mit aktuellen Episoden zeigt wiederum eine gewisse Nähe zum klassischen Radio, bei dem die Inhalte geliefert werden und nicht jeweils einzeln abgerufen werden müssen.

3. Technische Grundlagen

Technische Grundlage des Internetradios ist das Streaming, bei dem nach dem kurzen Aufbau eines Datenpuffers ein kontinuierliches Abspielen bereits während der Übertragung möglich ist¹⁴².

Erforderlich ist dafür zunächst eine weitgehende Komprimierung der Daten, damit die so verringerte Datenmenge schneller übertragen werden kann. Dies erledigen Audiokompressionsverfahren wie „MP3“, „Ogg Vorbis“ oder „Real Audio“, die Dateien mit hochspezialisierten Streaming-Codecs encodieren. Die Hauptanforderung an solche speziellen Streaming-Codecs ist die möglichst starke Datenkompression während die Streaming-Datenformate auch Zusatzinformationen wie etwa Metadaten, Werbung oder Steuerungsinformationen enthalten müssen¹⁴³.

Die komprimierten Daten werden mittels spezieller Streaming-Protokolle oder über die Dateiübertragungs-Protokolle HTTP und FTP in Datenpaketen auf den Nutzerrechner übertragen. Dabei liegt die Hauptanforderung an die Protokolle in einer hohen Fehlertoleranz, so dass möglichst zumindest fünf Prozent an Paketverlusten ohne hörbare Qualitätseinbußen kompensiert werden können¹⁴⁴. Auf dem Rechner des Nutzers erfolgt daraufhin eine kurzzeitige Zwischenspeicherung. Bei dieser nur flüchtigen Speicherung der Pakete bleibt keine dauerhafte Kopie zurück, so dass zum einen die Speicherkapazität des Nutzerrechners nicht überschritten wird¹⁴⁵, zum anderen aber auch keine dauerhafte Vervielfältigung des Inhalts erfolgt. Hat der Stream den Rechner des Nutzers erreicht,

¹⁴² Goldhammer/Zerduck, *Rundfunk online*, 37; Lent, K&R 2003, 502.

¹⁴³ http://de.wikipedia.org/wiki/Streaming_Audio v. 12.04.2008.

¹⁴⁴ <http://de.wikipedia.org/wiki/Internet-Radio> v. 27.05.2006

¹⁴⁵ Bortloff, GRUR Int. 2003, 69, 670.

benötigt dieser eine Abspielsoftware in Form eines Players, um die Daten hörbar zu machen¹⁴⁶.

Der dauerhafte Datenstrom, der beim Streaming zwischen dem Server des Anbieters und dem Rechner des Nutzers entsteht, führt dazu, dass je nach Kapazität des Servers und nach verfügbarer Bandbreite nur eine bestimmte Anzahl möglicher Hörer zur gleichen Zeit bedient werden kann¹⁴⁷. Damit unterscheidet sich das Internetradio aus technischer Sicht dadurch vom klassischen terrestrischen Radio, dass die internetbasierte Übertragung zwar von den lokalen Grenzen eines Sendegebiets unabhängig ist, dafür aber die Höreranzahl limitiert ist. Eine technische Lösung bietet hier jedoch das Multicast-Streaming, bei dem mehrere Nutzerrechner mit einem einzigen Stream bedient werden können, so dass sich die maximale Hörerzahl vervielfacht¹⁴⁸. Es ist zu erwarten, dass sich diese Technik zukünftig gegenüber dem Unicast-Streaming, bei dem pro Datenstrom lediglich ein Nutzer erreicht werden kann, durchsetzen wird.

Genau wie beim Internetradio liegen auch dem Podcast Audiodateien zugrunde, die für den schnelleren und besseren Transport zunächst komprimiert werden. Gängig ist dabei das Format MP3, das insbesondere auch mobile Geräte wie MP3-Spieler oder Mobiltelefone abspielen können, zuweilen wird auch das Format AAC verwendet. Für die Übertragung der komprimierten Audiodateien kommt beim Podcast einerseits das Streaming-Verfahren in Frage, wenn die Episoden z.B. unmittelbar am Rechner abgespielt werden. Andererseits ermöglicht erst der Download die Erstellung einer dauerhaften Kopie der Daten und damit die weitere Übertragung auf ein mobiles Endgerät wie etwa den MP3-Player. Beim Download werden die Daten vom Rechner des Nutzers angefordert und vollständig zu diesem übertragen¹⁴⁹. Anders als beim Streaming-Verfahren sind diese Daten erst abspielbar, wenn der Übertragungsvorgang abgeschlossen ist.

Die Besonderheit des Podcasts liegt jedoch auch aus technischer Sicht in der Möglichkeit, durch ein sog. „Abonnement“ stets automatisch mit neuen Folgen eines

¹⁴⁶ Thiele, *Rechtsfragen beim Betrieb von Webradios*, 4, http://www.eurolawyer.at/////pdf/Rechtsfragen_Webradios.pdf
http://www.eurolawyer.at/pdf/Rechtsfragen_webradios.pdf v. 27.05.2006.

¹⁴⁷ Ory, AfP 1997, 845.

¹⁴⁸ Herrmann/Lausen, *Rundfunkrecht*, 45, Rn. 127; http://de.wikipedia.org/wiki/Streaming_Audio v. 12.04.2008.

¹⁴⁹ <http://de.wikipedia.org/wiki/Download> v. 27.05.2006

zuvor gewählten Podcasts versorgt zu werden. Dies funktioniert durch das Zusammenspiel von Rich Site Syndication-Feeds (RSS)¹⁵⁰ und Podcatchern.

RSS-Feeds wurden 1999 entwickelt und werden auch im Zusammenhang mit Weblogs verwendet¹⁵¹. Es handelt sich dabei um ein XML-basiertes Dateiformat, das den Inhalt einer Webseite nach einer strengen Normung anordnet¹⁵². Die Datei enthält neben einigen generellen Informationen eine Auflistung einzelner Items mit Meta-Informationen¹⁵³. Zumindest eines dieser Items enthält ein sog. Sub-Tag mit dem Namen „Enclosure“¹⁵⁴. Dahinter verbirgt sich ein spezieller Link – beim Podcasting gehört dieser zur jeweiligen Audiodatei¹⁵⁵. Wird eine neue Podcast-Episode veröffentlicht, so erweitert sich der RSS-Feed der jeweiligen Seite um ein „Enclosure“-Tag, das diese neue Audiodatei verlinkt.

Bei einem Podcatcher handelt es sich um ein Programm, das auf dem Rechner des Podcast-Hörers installiert wird. Dieses Programm ist in der Lage, RSS-Feeds auszulesen und automatisch einen Download-Vorgang auszulösen, sobald es eine Erweiterung des RSS-Feeds um eine weitere Audiodatei feststellt. Das Vorreitermodell eines Podcatchers war der „iPodder“¹⁵⁶. Im Juni 2005 wurde eine Podcatcher-Funktion auch bei dem Musikportal „iTunes“ der Firma Apple eingebaut, was dem Podcast in Deutschland letztlich zu seinem Durchbruch verhalf¹⁵⁷.

Zur Produktion eines eigenen Podcasts gehört somit neben der Aufnahme einer Audio-Datei auf technischer Seite auch die Erstellung eines RSS-Feeds und die Bereitstellung der Datei zum Download. Um technischen Laien den Betrieb eines Podcasts dennoch zu ermöglichen bzw. zu vereinfachen, entstanden mit der Entwicklung der Podcast-Szene auch entsprechende Dienstleistungsanbieter. So erstellt z.B. die Plattform „Podhost“ nicht nur RSS-Feeds und eine Webseite mit Speicherplatz, automatisch werden hier auch die Informationen zu neuen Episoden verbreitet. Dabei steht dem Kunden jeden Monat ein

¹⁵⁰ Dufft/Bohn, MW 2005, 116.

¹⁵¹ van Aaken, *Ich bin der Sender*, 5 http://wiki.podcast.de/Diplomarbeit_%22Ich_bin_der_Sender%22 v. 25.05.2006.

¹⁵² van Aaken, *Ich bin der Sender*, 5 http://wiki.podcast.de/Diplomarbeit_%22Ich_bin_der_Sender%22 v. 25.05.2006.

¹⁵³ van Aaken, *Ich bin der Sender*, 5 http://wiki.podcast.de/Diplomarbeit_%22Ich_bin_der_Sender%22 v. 25.05.2006.

¹⁵⁴ <http://www.podcast.de> v. 22.05.2006.

¹⁵⁵ http://www.dw-world.de/popups/popup_printcontent/0,,1413998,00.html v. 22.05.2006; van Aaken, *Ich bin der Sender*, 5 http://wiki.podcast.de/Diplomarbeit_%22Ich_bin_der_Sender%22 v. 25.05.2006.

¹⁵⁶ <http://juice-ipodder.softonic.de/> v. 13.04.2008.

¹⁵⁷ Rubens, *Podcasting*, 5; Lang, 14 *CommLaw Conspectus* 2006, 463, 468.

neuer Speicherplatz von 30 MB kostenlos zur Verfügung, größere Mengen an Speicherplatz werden in kostengünstigen Paketen bereitgestellt¹⁵⁸.

Insgesamt führt dieses Zusammenspiel von RSS-Feeds, Podcatchern und entsprechenden Dienstleistungsangeboten dazu, dass es über das Medium Podcast tatsächlich für „Jedermann“ möglich wird, eigene Inhalte zu erstellen. Es lässt sich so ein nahezu erschlagendes und kaum mehr zu überblickendes Angebot realisieren.

4. Phonostar, Podster & Co - Plattformen für den Durchblick

Je umfangreicher sich das gesamte Internetangebot darstellt, desto entscheidender wird die Bedeutung, die einer ordnenden Übersicht zukommt. Schließlich macht allein die abstrakte Möglichkeit, einen Stream auf dem Rechner empfangen und abspielen zu können, internetbasierte Audiodienste noch nicht zu einem konkurrenzfähigen Medium. Ein attraktives Angebot entsteht erst dann, wenn dem Nutzer ein vielfarbiges Sortiment zur Verfügung steht und jeder Wunschsender mit nur einem Klick erreichbar ist. Mit entsprechenden Konzepten arbeiten daher etwa kombinierte Player wie der „Windows-Media-Player“, „iTunes“ oder der „Realplayer“, die neben der Abspielmöglichkeit von Audio-Dateien auch einen Zugriff auf zahlreiche Internetradiosender anbieten. Ein reiner Internetradio-Player ist dagegen etwa Phonostar, der ca. 3.900 Sender bereithält¹⁵⁹.

Um einen schnellen Zugriff auf den Wunschsender zu erleichtern, wird bei den Playern eine Zuordnung der einzelnen Sender zu bestimmten Kategorien vorgenommen, die sich zumeist an Musikrichtungen orientieren. Wer einen Sender sucht, der vorwiegend Chill-out-Musik spielt, findet diesen unter „New Age“ oder „Electro“, kann zum Teil aber auch weiter wählen zwischen „Chill-Out“, „Ambient“ und „Lounge“. Für den Massengeschmack halten die meisten Player darüber hinaus eine Kategorie „Top 40“ oder Ähnliches bereit. Außerdem kann sich der Nutzer i. d. R. für seine Lieblingssender eine eigene Kategorie anlegen. In der jeweiligen Kategorie finden sich dann die einzelnen Sender, die per Klick sofort gestartet werden. Weitere Suchmöglichkeiten bietet z.B. Phonostar an, bei dem als Suchkriterien neben der Musikrichtung auch das Land, die Sprache, oder die Übertragungsqualität bereitstehen. Dazu liefert Phonostar ausführliche

¹⁵⁸ <http://www.podhost.de> v. 03.06.2006.

¹⁵⁹ Stand: Mai 2006 <http://www.phonostar.de> v. 20.05.2006.

Programmhinweise zu Live-Übertragungen von Konzerten oder zu Hörspielen. Wer eine bestimmte Sendung nicht verpassen möchte, kann sich hier mittels eines Timers erinnern lassen.

Den Überblick über die Vielfalt der Podcasts bieten Plattformen wie Podster, iTunes oder Zencast. Auch hier wird z. T. mit Kategorien wie „Wissenschaft“, „Kultur“ oder „Bildung“ bzw. mit Unterkategorien wie „Höhere Bildung“, „Sprachkurse“ oder „Bildungstechnologie“ gearbeitet¹⁶⁰. An anderer Stelle werden Stichworte verknüpft, so dass mit dem Suchbegriff „Jura“ alle juristischen Podcasts auffindbar sind. Die Vielzahl der unterschiedlichen Inhalte zeigt sich dann etwa bei Podster an Stichwörtern wie „Feuilleton“, „Fantasy“ oder schlicht „Gelaber“¹⁶¹.

Zusätzlich ist etwa bei iTunes ein Podcatcher unmittelbar verknüpft, so dass auch direkt Abonnements eingerichtet bzw. abbestellt werden können. Podster bietet Bewertungsmöglichkeiten, listet Podcasts in Charts und stellt einzelne Sendungen in Interviews vor. Eine nicht unerhebliche Bedeutung kommt darüber hinaus dem angeschlossenen Meinungsforum zu, in dem einerseits der inhaltliche Austausch z.B. über bestimmte Sender und Sendungen der Nutzer untereinander gefördert wird. Andererseits bieten speziell die Foren der Podcast-Plattformen einen Erfahrungsaustausch über produktionstechnische, rechtliche und sonstige Fragen. Der Podcast-Neueinsteiger erhält hier etwa wertvolle Informationen von erfahrenen Kollegen.

Die Podcast-Plattformen ermöglichen zwar das Auffinden eines Podcasts, dieser besteht jedoch in der Regel aus einer Vielzahl einzelner Episoden, die sich zum Teil sehr unterschiedlichen Themen widmen. Es besteht daher zusätzlich der Bedarf nach einer inhaltlichen Suche, mit der eine bestimmte Stelle einer Einzel-Episode ausfindig gemacht werden kann, an der ein bestimmter Inhalt besprochen wird. Eine Lösung bieten hier sog. „Speech-to-text“-Suchmaschinen¹⁶². Anders als bei herkömmlichen Suchmaschinen, die Webseiten oder Metatags auf das Vorhandensein der jeweiligen Stichwörter in der Form eines geschriebenen Textes untersuchen, arbeiten Podcast-Suchmaschinen mit einer Audio-Erkennung. Diese ist in der Lage, das gesprochene Wort zu erkennen und mit dem eingegebenen Suchwort abzugleichen. Als Suchtreffer erhält der Nutzer damit die

¹⁶⁰ <http://www.itunes.de> v. 13.04.2008.

¹⁶¹ <http://www.podster.de> v. 06.06.2006.

¹⁶² z.B. Podscope, Podzinger oder Blinkx

Podcast-Episode, in der das jeweilige Suchwort gesprochen wird. Die Suchmaschine „Podzinger“ ermöglicht darüber hinaus, dass bei Anklicken des Treffer-Podcasts dieser an genau der gefundenen Stelle abgespielt werden kann¹⁶³. Das erspart es dem Nutzer, für jeden Treffer den gesamten Podcast anhören zu müssen, um den besten Treffer herauszufiltern.

Die Bemühungen und sichtbaren Erfolge im Bereich der Nutzerfreundlichkeit zeigen, dass auch diese für den Erfolg der neuen Medien Internetradio und Podcast von entscheidender Bedeutung sind. Jedoch beschränkt sich die Berücksichtigung der Nutzerinteressen nicht allein auf eine komfortable Bedienbarkeit.

5. Interaktive Nutzungsformen

Die individuellen Bedürfnisse eines jeden einzelnen Hörers haben im Zusammenspiel mit technischem Fortschritt im Laufe der Rundfunkgeschichte dazu geführt, dass aus einem einheitlichen Analogradio eine bunte Vielzahl von Internetradios und Podcasts wurde. Damit liegt auf der Hand, dass eine Berücksichtigung der Einzelinteressen der Hörer auch in der Ausgestaltung der jeweiligen Programme eine nicht unwesentliche Rolle spielt¹⁶⁴.

Neben dem klassischen, für alle Empfänger gleichzeitig durchlaufenden Vollprogramm¹⁶⁵, das von Simulcasts und Webcasts genutzt wird, haben sich daher weitere Angebotsformen entwickelt, die sich dem individuellen Hörerwunsch immer weiter annähern.

Die klassische Rundfunkform wird insoweit auch als Verteildienst bezeichnet, bei dem der Anbieter ein vorgegebenes Programm an seine Hörer „verteilt“¹⁶⁶. Ein Verteildienst wird dabei einseitig vom Anbieter gesteuert, der sowohl die Inhalte als auch die zeitliche Abfolge vorgibt¹⁶⁷. Dem Hörer verbleibt lediglich die Wahl, ein- oder auszuschalten¹⁶⁸. Eine frühe Form der individuellen und interaktiven Nutzung wurde jedoch selbst

¹⁶³ <http://www.podzinger.com/about.jsp> v. 10.05.2006

¹⁶⁴ Eine Entwicklung hin zu immer mehr Interaktivität sieht auch Hesse, BayVBl. 1997, 132, 133.

¹⁶⁵ Schwenzer, GRUR Int. 2001, 722, 723.

¹⁶⁶ Hoffmann-Riem, AfP 1996, 9, 13.

¹⁶⁷ Gersdorf, AfP 1995, 565, 566.

¹⁶⁸ Kreile/Neuenhahn, K&R 1998, 41, 42.

hinsichtlich des klassischen terrestrischen Radios bereits darin gesehen, dass Kassetten und Videorecorder es dem Rezipienten ermöglichen, sich ein eigenes Programm zusammenzustellen¹⁶⁹.

Eine Modifikation erfährt die klassische Form des Rundfunks durch den internetbasierten Zugriffsdienst, bei dem die Sendungen nicht nur einmalig ausgestrahlt, sondern in einem bestimmten Turnus (z.B. alle 15 Minuten) regelmäßig wiederholt werden¹⁷⁰. Diese Sendungsform wird auch als „Looped Programming“ bezeichnet¹⁷¹. So können verschiedene Hörer dasselbe Programm zu unterschiedlichen Zeiten nutzen. Sie müssen lediglich warten, bis das gewünschte Angebot „vorbeikommt“¹⁷². Weiterhin bestimmt hier jedoch allein der Anbieter die Inhalte und legt den Wiederholungszyklus und damit letztlich den Zeitpunkt der Nutzung fest¹⁷³. Genau wie beim Verteildienst wird beim Zugriffsdienst an alle Hörer das gleiche Datensignal in Form einer Punkt-zu-Mehrpunkt-Übertragung gesendet. Insoweit spricht man hier von „Multicasting“¹⁷⁴.

Die interaktive Besonderheit des Internetradios stellt dagegen das sog. „Unicasting“ dar, bei dem der jeweiligen Sendung archivierte Programmpakete zugrunde liegen¹⁷⁵. Diese Programmpakete starten immer dann, wenn der Nutzer sie aktiviert und laufen dann z.B. eine Stunde lang. Da in diesem Fall die Datensignale nicht für alle Hörer gleich sind, sondern jeder Hörer ein eigenes Signal erhält, handelt es sich hier um eine Punkt-zu-Punkt-Übertragung¹⁷⁶. Auf der Grundlage eines archivierten Programmpaketes sind dann weitere interaktive Funktionen möglich. So kann der Nutzer ein Programm per „Stop and Play“ anhalten und zu einem späteren Zeitpunkt fortsetzen oder mit der „Forward“- oder „Skip“-Funktion einen oder mehrere Titel überspringen oder zum wiederholten Abspielen auf den Anfang des aktuell laufenden Titels zurückzuspringen¹⁷⁷. Damit hat der Hörer zwar nach wie vor keinen Einfluss auf die inhaltliche Gestaltung eines Programms, da der Inhalt des Programmarchivs vom Anbieter vorgegeben ist, er kann aber über interaktive Funktionen die zeitliche Komponente deutlich beeinflussen.

¹⁶⁹ Bullinger, *Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation*, 45.

¹⁷⁰ Hoffmann-Riem, AfP 1996, 9, 13.

¹⁷¹ Schwenzer, GRUR Int. 2001, 722, 723.

¹⁷² Gersdorf, AfP 1995, 565, 567.

¹⁷³ Gersdorf, AfP 1995, 565, 567; zu diesem Ergebnis kommt auch der EuGH bei der Abgrenzung des Near-Video-On-Demand vom Abrufdienst, MMR 2005, 517.

¹⁷⁴ Schwenzer, GRUR Int. 2001, 722, 723.

¹⁷⁵ Schwenzer, GRUR Int. 2001, 722, 723.

¹⁷⁶ Schwenzer, GRUR Int. 2001, 722, 723.

¹⁷⁷ Schwenzer, GRUR Int. 2001, 722, 724.

Davon zu unterscheiden ist der auch als „on demand“ bezeichnete Abrufdienst, bei dem ein jederzeitiger und zielgenauer Zugriff auf Sendungen oder Sendeteile bzw. auf einzelne Musikstücke möglich ist¹⁷⁸. Mit dieser Technik arbeiten etwa Musik-Downloadportale wie iTunes, musicload oder Napster. Neben der Möglichkeit des Downloads können Abrufdienste aber auch per Stream übertragen werden, wie das OLG Hamburg feststellte¹⁷⁹. Entscheidend ist damit nicht die Form der Übertragungstechnik, sondern ob der Nutzer an eine inhaltliche Vorgabe gebunden ist oder Inhalte nach eigenem Wunsch „abruft“. Dies ist etwa beim sog. „on demand webcasting“ der Fall, bei dem ausgestrahlte Sendungen im Archivformat auch über längere Zeit abrufbar sind¹⁸⁰. Diese Form des Inhalteabrufs ist damit jedoch nicht mehr als Internetradio im hier beschriebenen Sinne zu verstehen.

Interaktivität bewegt sich damit auch beim interaktiven Internetradio stets im Rahmen technischer Funktionen der Verteil- und Zugriffsdienste, mit denen Zugriffe auf bereits vom Anbieter gelieferte Inhaltsbausteine möglich sind¹⁸¹. Zwar ist eine deutliche Annäherung an ein „on demand“ zu erkennen, wenn man sich etwa eines der oben beschriebenen „Artist Radios“ vorstellt, bei dem dann per „Skip“-Funktion durch alle Titel eines einzigen Interpreten gesprungen werden kann, einen Einfluss auf inhaltliche Gestaltung hat der Hörer so jedoch nicht. Diese kann noch am ehesten beim „Personal DJ“ vermutet werden, bei dem der Hörer Lieblingstitel markieren oder unerwünschte Musik sperren kann. Allerdings bewegt sich auch hier die Einflussnahme im Rahmen technischer Funktionen: die Interaktion des Hörers führt zu einer technischen Reaktion, die vom Anbieter, der die Anpassung an den Musikgeschmack des Nutzers voreingestellt hat, gesteuert wird. Interaktivität ist beim Internetradio damit vorwiegend technischer Art und beeinflusst zwar äußere Bedingungen der Nutzung, nicht aber den eigentlichen Inhalt. Anders wäre dies etwa bei einem – so derzeit nicht existentem – Radio, das aus Hörervorgaben wie „soft“, „rockig“ und „G-Dur“ ein eigenes Musikprogramm erstellen würde.

¹⁷⁸ Gersdorf, AfP 1995, 565, 567.

¹⁷⁹ OLG Hamburg, MMR 2006, 173, 174.

¹⁸⁰ Egloff, sic! 2005, 96, 104.

¹⁸¹ Hoffmann-Riem, AfP 1996, 9, 13.

Im Gegensatz zur technischen Interaktivität beim Internetradio ist die Interaktion zwischen dem Podcaster und seinen Hörern von einer starken persönlichen Bindung geprägt. Da das Medium bereits eine universelle mobile Einsetzbarkeit voraussetzt, liegt der eigentliche Reiz einer Interaktivität in der Kommunikation. Diese findet sich vor allem in den Kommentarfunktionen eines Podcasts: Hier wird über den Inhalt diskutiert, werden technische Tipps gegeben und inhaltliche Wünsche an den Produzenten gerichtet. Die meisten Podcaster binden ihre Hörer ein, indem sie ihnen Fragen stellen, die dann per Kommentar beantwortet werden. Die Antworten und besonders nette oder konstruktive Anmerkungen werden im Laufe der Sendung erwähnt. Nehmen Hörer ihre Kommentare als Audiodatei auf, so können diese auch in die Sendungen mit einbezogen werden. Andere Formen von kommunikativer Interaktion nutzen etwa Podcaster, die selbst erfundene Geschichten erzählen und dabei ihre Hörer abstimmen lassen, wie es weitergehen soll¹⁸². Die Bereitschaft zur aktiven Mitgestaltung des Programms, die Podcasthörer verstärkt zeigen, zeugt dabei von einem beginnenden Wandel der Mediennutzung¹⁸³. Der Medienkonsument möchte nicht mehr nur als Ergebnis einer Marktforschungsstudie wahrgenommen werden, sondern als individueller Nutzer am Produktionsprozess teilhaben. Deshalb zahlt sich auch ein offenes Ohr für die Hörer unmittelbar aus, da eine gute Hörerbindung schnell zu guten Bewertungen führt. Ein Platz im vorderen Bereich der Bewertungscharts beschert einen Anstieg der Hörerzahlen. Eine Demokratisierung des Radios, wie sie Bertolt Brecht bereits 1967 für einen Zuhörer forderte, der nicht nur hören sondern auch sprechen sollte, scheint sich somit im Podcast endgültig zu erfüllen¹⁸⁴.

Während damit im Bereich des Internetradios eine Annäherung des ursprünglichen Verteildienstes an den Abrufdienst durch eine rein technische Interaktion erfolgt ist, ermöglicht im Podcasting eine kommunikative Interaktion auch die inhaltliche Einflussnahme des Hörers. Eine stärkere Bindung an das Medium, wie sie in der Einbindung der Nutzer vielfach gesehen wird¹⁸⁵, ist damit vor allem im Bereich des Podcasting zu beobachten.

¹⁸² <http://www.bodpot.de> v. 07.06.2006.

¹⁸³ <http://www.br-online.de/wissen-bildung/artikel/0601/17-podcast/index.xml> v. 10.05.2006.

¹⁸⁴ Brecht, *Ausgewählte Werke in sechs Bänden, Sechster Band 6*, 146, 147 f.

¹⁸⁵ Goldhammer/Zerdick, *Rundfunk online*, 11.

6. Messer-Software – Radiomitschnitt statt Musikdown-load?

Während beim Download z.B. eines Podcasts die Erstellung einer Kopie auf dem eigenen Rechner die Regel ist, wird beim Stream keine dauerhafte Kopie angefertigt¹⁸⁶. Je mehr sich das Internetradio als interaktive „Jukebox“ jedoch dem Abrufdienst und damit auch den Musikdownloadportalen annähert, desto eher entsteht beim Nutzer auch das Bedürfnis, Inhalte, die er per Stream empfangen hat, dauerhaft auf seinem Rechner zu speichern. Als digitales Pendant zum Kassettenrecorder, mit dem früher Radiosendungen aufgezeichnet wurden, gibt es daher eine Vielzahl von Software-Lösungen, die ein Mitschneiden von Internetradiosendungen ermöglichen.

Zum einen gibt es Programme, die – ähnlich wie der Kassettenrecorder im analogen Bereich – auf Knopfdruck gestartet werden und die akustischen Signale aufzeichnen. Mit einem weiteren Knopfdruck wird diese Aufnahme dann wieder gestoppt. Ein Beispiel hierfür ist die Aufnahmefunktion des Phonostar-Players¹⁸⁷. Das Programm „Air2mp3“ ist hiermit vergleichbar. Allerdings fertigt es keine Mitschnitte von Internetradiosendungen an, sondern wandelt die Signale der Fernsehsender Viva und MTV, die über einen angeschlossenen Fernseher oder über eine Fernsehkarte in den Rechner gelangen, in MP3-Format um¹⁸⁸. Die so erstellten MP3-Dateien können dann anschließend mit Programmen wie etwa „MP3DirectCut“ nachbearbeitet werden. Die Software ermöglicht es, die einzelnen Titel aus der Gesamtdatei zu extrahieren und dabei auch unerwünschte Moderationen etc. zu entfernen¹⁸⁹.

Deutlich komfortabler arbeiten dagegen Programme wie etwa der „Streamripper“, der ganz automatisch alle als Stream gesendeten Songs als mp3 abspeichert¹⁹⁰. Dabei tragen die gespeicherten Daten auch gleich die korrekte Bezeichnung mit Interpret und Titel. Technisch arbeitet das Programm so, dass es Metadaten aus scheinbar nicht interaktiven Streams im MP3-Format ausliest und aufgrund dieser Information die Musikstücke, auf die der Nutzer an sich keinen Zugriff hat, einzeln abspeichern kann¹⁹¹.

¹⁸⁶ Siehe hierzu die technischen Grundlagen in Teil 1 II. 3.

¹⁸⁷ <http://www.phonostar.de> v. 14.06.2006.

¹⁸⁸ <http://www.air2mp3.net> v. 14.06.2006.

¹⁸⁹ Kusenberg, *Webradio aufnehmen*, 37.

¹⁹⁰ <http://streamripper.sourceforge.net> v. 14.06.2006.

¹⁹¹ Bortloff, GRUR Int. 2003, 669, 671.

Zusammen mit der Spezialisierung des Internetradios auf einzelne Musikrichtungen oder gar auf nur eine Musikgruppe führt diese neue Aufnahmesoftware zu einer kostenlosen Musikversorgung mit einer recht genauen Auswahlmöglichkeit, zumindest das Musikgenre betreffend. Dementsprechend wird auch mit dem Slogan „Musik kostenlos und völlig legal“ geworben und es entsteht ein ganz eigener Markt, der sich rund um die Privatkopie rankt¹⁹².

In diesem Markt bewegen sich auch sog. „Streamsuchmaschinen“ wie „Audio Mill’s RadioActive Tuner“ oder Programme wie „flatster“, „Magix Webradio“ oder „Radiotracker“, die konstant tausende von Internetradios überwachen und den gezielten Mitschnitt einzelner Musikstücke ermöglichen¹⁹³. Diese Programme bedienen sich dabei der begleitenden ID3-Tags der Internetradioanbieter, die Informationen über Titel und Interpret der Musikstücke enthalten. Diese Daten werden mit dem vom Nutzer eingegebenen Wunschtitel abgeglichen, und bei Übereinstimmung erfolgt automatisch ein Mitschnitt¹⁹⁴. So kann der Nutzer, sofern er über einen permanenten Internetanschluss verfügt, abends seine Wunschtitel eingeben und hat diese am nächsten Morgen auf der Festplatte. Bei dieser Form einer Umgehung des kostenpflichtigen Musikdownloads sprechen kritischere Stimmen kaum mehr von einem Markt um die Privatkopie, sondern vielmehr von einer „Streamingmediapiraterie“ oder der „Napsterisierung des Urheberrechts“¹⁹⁵.

7. Wirtschaftliche Grundlagen

Internetradio und Podcasts werden aus unterschiedlichen Motiven und mit unterschiedlichen Mitteln produziert. Während viele private Podcaster ihr Hobby aus eigenen Mitteln finanzieren, versuchen gewerbliche Internetradiobetreiber, mit ihrer Tätigkeit einen Gewinn zu erzielen. Ableger des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wiederum sind größtenteils gebührenfinanziert. Hieraus können sich ganz unterschiedliche rechtliche Folgen ergeben. Daher lohnt der Blick auf das ökonomische Umfeld von Internetradio und Podcast.

¹⁹² Braun, ZUM 2005, 100, 101.

¹⁹³ Bortloff, GRUR Int. 2003, 669, 671.

¹⁹⁴ v. Zimmermann, MMR 2007, 553, 554.

¹⁹⁵ Bortloff, GRUR Int. 2003, 669, 671.

Die anfängliche Illusion, eine große Geldquelle gefunden zu haben, wandelte sich schon bald in die Erkenntnis, dass letztlich mit Internetradio kein Geld zu verdienen ist¹⁹⁶. Dafür sind die Einnahmen durch Bannerwerbung, Sponsoring o. ä. im lokalen Bereich zu gering¹⁹⁷. Die Studie „Rundfunk online“ ging 1998/99 noch davon aus, dass nur 38 % der Rundfunkanbieter überhaupt Werbeeinnahmen durch ihre Webpräsenz erzielen und nur ein Viertel hiervon durch Werbeeinnahmen eine Volldeckung der Kosten erreicht¹⁹⁸.

Dabei sind die Werbemöglichkeiten im Internetradio sehr vielseitig und gehen über die des analogen Radios deutlich hinaus. Zum einen können auf der Webseite Banner platziert werden, die Werbelinks enthalten, zum anderen können im Audio-Bereich Radiospots abgespielt werden. Weitere Optionen bieten sog. „Pop-ups“¹⁹⁹ und Sponsoring-Modelle. Dabei entstehen zum Teil auch vollkommen neue Werbeformen, bei denen die Grenzen zwischen Werbung und Programm durch neue interaktive Werbemöglichkeiten weitgehend verschwimmen, wenn etwa der Nutzer für seine Aufmerksamkeit bezahlt wird²⁰⁰. Neben der Einnahmequelle durch klassische Werbung bieten sich für Internetradios auch Kommissionsgeschäfte an, bei denen für jeden Kunden, der über einen Link zum beworbenen Angebot kommt, oder für jeden so erzielten Verkaufsabschluss ein bestimmter (oder kaufpreisanteiliger) Betrag gezahlt wird²⁰¹. Beispiele hierfür sind etwa das „Radio Regenbogen“ mit seinem angeschlossenen CD-Shop und der Radio Marketing Service. Wer bei diesem Dienst einen Song anklickt wird direkt zum jeweiligen CD-Verkauf bei „Amazon“ weitergeleitet²⁰². Für jede verkaufte CD wird dann eine Provision ausgeschüttet²⁰³. Bei anderen Sendern kann der jeweils laufende Song als Klingelton bestellt werden, folgt man dem Link zu „Jamba“²⁰⁴.

Der größte Vorteil der Internetradiowerbung liegt darin, dass die Spezialisierung einzelner Sender auf eine Musikkategorie eine sehr enge Eingrenzung der Zielgruppe ermöglicht, was die Attraktivität für Werbende deutlich erhöht. Allerdings steht das Internetradio dabei mit allen anderen Internetangeboten in Konkurrenz, da etwa die Banner- oder Pop-up-Werbung keine spezielle Werbemöglichkeit für Internetradio ist.

¹⁹⁶ Fuhrmann, Tendenz 1/2001, 22, 23.

¹⁹⁷ Mrazek, Tendenz 1/2001, 24, 25.

¹⁹⁸ Goldhammer/Zerdick, *Rundfunk online*, 230.

¹⁹⁹ Aufblinkende Werbefenster.

²⁰⁰ Goldhammer/Zerdick, *Rundfunk online*, 12.

²⁰¹ Auch bezeichnet als „pay-per-Klick“ und „pay-per-view“.

²⁰² <http://www.regenbogen.de/> v. 13.04.2008.

²⁰³ ALM, Jahrbuch, *Privater Rundfunk in Deutschland 1999/2000*, 470.

²⁰⁴ Gesehen bei <http://www.daswebradio.de> 03.05.2006.

Die größten Probleme im Zusammenhang mit dem Erzielen von Werbeeinnahmen stellen sich dem Internetradioanbieter bereits beim Marktzutritt. Einerseits besteht die Möglichkeit, zunächst mit geringen Streamingkapazitäten einzusteigen. Das hat den Vorteil, dass die nach Kapazitäten bzw. maximaler Zahl gleichzeitiger Hörer gestaffelten Gebühren für GEMA und GVL geringer ausfallen. Allerdings ist es damit auch deutlich schwieriger, geeignete Werbepartner zu finden²⁰⁵. Deutliche Wettbewerbsvorteile genießen dagegen die etablierten Sendeanstalten. Sie besitzen nicht nur einen großen Erfahrungsschatz und eine entsprechende Infrastruktur, in der Regel verfügen sie auch über eine Vielzahl von Werbepartnern und sind bereits im Offline-Bereich zu einiger Bekanntheit gelangt, so dass sich für sie außerdem crossmediale Effekte nutzen lassen²⁰⁶. Öffentlich-rechtliche Anbieter genießen zudem die Vorteile der Gebührenfinanzierung. Durch die bloße Doppelverwertung der für den klassischen Rundfunk produzierten Inhalte im Internet entstehen den öffentlich-rechtlichen Anstalten kaum Mehrkosten.

Reine Internetradioanbieter können einen Ausweg aus diesem Marktzutrittsdilemma jedoch über sog. „Webradio-Alliances“ finden, in denen sich Internetradio und Internet-TV-Anbieter zur gemeinsamen Erschließung des Werbemarktes zusammenfinden, um so eine bessere Vermarktung jedes Einzelnen zu erreichen²⁰⁷.

Im Unterschied zu den nicht unerheblichen Marktzutrittsschranken beim Internet-Radio ist der Einstieg in die Podcast-Produktion überaus einfach. Hier beschränken sich die Anfangsinvestitionen auf die Anschaffung eines Mikrofons und eines zugehörigen Kabels, darüber hinaus sind lediglich ein Rechner und ein DSL-Internetanschluss erforderlich. Mit den Angeboten der auf Podcasts spezialisierten Webspaces-Anbieter erfordert die Erstellung eines Podcasts auch nur einen minimalen technischen Aufwand. Kompliziertere Vorgänge wie etwa die Erstellung eines RSS-Feeds können in die Hände der entsprechenden Anbieter weitergegeben werden. Ein Marktzutritt im Bereich Podcasting ist damit letztlich für jedermann mit einer Anfangsinvestition von ca. 100 € möglich. Dennoch sind die Verbreitungsmöglichkeiten denen eines Internetradios vergleichbar – zumal die Downloadmöglichkeit beim Podcast die Verbreitung nicht an maximale Streamingkapazitäten bindet.

²⁰⁵ Hellmann, *Internetradio*, 69.

²⁰⁶ Goldhammer/Zerdick, *Rundfunk online*, 12, 161; Bortloff, GRUR Int. 2003, 669, 670.

²⁰⁷ Hellmann, *Internetradio*, 71.

Eine weitere Besonderheit beim Podcast stellt die bereits erwähnte sehr enge Hörerbindung dar, die durch kommunikative Interaktivität erreicht wird. In Kombination mit der beim Podcast noch stärkeren Fokussierung auf enge Zielgruppen macht dies Podcasts als Werbefläche überaus attraktiv, sofern eine gewisse Anzahl an Stammhörern erreicht wird. Dazu kommt, dass der durchschnittliche Podcast-Hörer wirtschaftlich als überaus interessant einzustufen ist, zumal er Umfrageergebnissen zufolge meist überdurchschnittlich gebildet ist, allein lebt und über ein überdurchschnittliches Einkommen verfügt²⁰⁸.

Die Art der Werbung bewegt sich beim Podcast einerseits im Rahmen der klassischen Internetwerbung wie Banner und Pop-ups. Andererseits wird zum Teil auch mit akustischer Werbung gearbeitet. Zu Beginn und/oder am Ende einer Episode wird dann Audio-Werbung eingeblendet, eigens hierfür gegründete Agenturen haben sich unter dem Stichwort „Podvertising“ die Vermittlung von Podcaster und Podcast-Werbern zur Aufgabe gemacht²⁰⁹. Daneben wird Podcasting auch für ein dezentes Product-Placement genutzt oder für ein Sponsoring der ganzen Sendung²¹⁰. Beispiele hierfür sind etwa der Track Cast, bei dem ausschließlich Musik vorgestellt wird, die bei Warner Music herauskommt²¹¹ oder Fluggesellschaften, die Podcast-Reiseführer zur Kundenbindung anbieten²¹².

Eine weitere Möglichkeit der Finanzierung von Podcasts bietet sich mit der bislang jedoch äußerst unpopulären Einrichtung eines Bezahlpodcasts. Zwar zeigen sich laut Umfrageergebnis 35% der Hörer bereit, vielleicht auch für Podcasts zu bezahlen²¹³. Dennoch sind bislang nahezu alle Inhalte kostenlos verfügbar. Eine Ausnahme bildet hier der Podcast „iSchmidt“, der für 99 Cent pro Folge bei iTunes erhältlich ist²¹⁴.

Damit ein solcher Bezahlpodcast seinen Zweck erfüllt, müssten dann aber auch technische Schutzmaßnahmen entwickelt und installiert werden, um den Podcast vor unzulässigem Kopieren zu schützen²¹⁵. Entsprechende Systeme werden zwar derzeit noch

²⁰⁸ <http://tellerrand.typepad.com/tellerrand/podcastumfrage/> v. 12.04.2008.

²⁰⁹ <http://www.audioads.de/> v. 13.04.2008.

²¹⁰ Dufft/Bohn, MW 2005, 116, 118.

²¹¹ Handelsblatt v. 05.05.2006, Weekend-Journal S. 1.

²¹² <http://www.avigo.de/podcast> v. 26.06.2006.

²¹³ <http://tellerrand.typepad.com/tellerrand/podcastumfrage/> v. 12.04.2008.

²¹⁴ <http://www.haraldschmidt.t-online.de/html/deutsch/ischmidt/ischmidt.php> v. 13.04.2008.

²¹⁵ Dufft/Bohn, MW 2005, 116, 118.

nicht verwendet, sind aber bereits entwickelt und einsatzbereit, so dass sich die Zukunft des Podcastings durchaus auch im Bereich kostenpflichtiger Abonnement bewegen könnte.

Insgesamt zeigt sich damit, dass für den aktuellen und zukünftigen Erfolg internetbasierter Audiodienste nicht allein die abstrakte Möglichkeit einer weltweiten Inhalteverbreitung in grenzenloser Vielfalt oder das Nutzerinteresse an einer kostenlosen Bereitstellung von Inhalten verantwortlich sind. Auch in ökonomischer Hinsicht bieten sich zahlreiche Chancen, vor allem unter Ausnutzung des speziellen und dadurch äußerst attraktiven Werbemarktes, das Audioangebot im Internet zu einem attraktiven Medienmarkt auszugestalten.

Zweiter Teil

Rundfunkrechtliche Betrachtung von Internetradio und Podcasts

Medien in Deutschland sind einer Vielzahl gesetzlicher Regelungen unterworfen, die sich in ein System unterschiedlicher Abstufungen einfügen. Je nach Art des Mediums und der mit ihm verbundenen Meinungsbildungsrelevanz sind auch die Vorschriften nach Art, Umfang und Grad der staatlichen Kontrolle ausgestaltet. So können etwa rein privat gestaltete Telemedien nach den Regelungen des Telemediengesetzes (TMG) frei von Zulassungspflichten und ohne jegliche inhaltliche Regulierung sein, während etwa der öffentlich-rechtliche Rundfunk zahlreichen Regelungen zur Sicherung der Meinungsvielfalt unterliegt. Diese bereichsspezifische Medienregulierung geht zurück auf die historischen Erfahrungen mit dem Missbrauch von Meinungsmacht und dem Bedürfnis nach Meinungsvielfalt – insbesondere bei den einst durch Frequenzknappheit gekennzeichneten Massenmedien. Doch die Ausrichtung der Regulierung an den Funktionen einzelner Medien ist auch Ausdruck einer Öffnung für neue Dienste. Die abgestufte Regulierung ermöglicht es, auf unterschiedlich große Gefahren für den demokratischen Meinungsbildungsprozess differenziert zu reagieren²¹⁶.

Entscheidend für die Beurteilung des Rechtsrahmens eines Mediums ist daher zunächst die Frage, auf welcher Stufe der Regulierung es sich befindet. Über ausdrückliche eigene gesetzliche Regelungen verfügen weder das Internetradio in seinen verschiedenen Erscheinungsformen noch der Podcast. Es muss daher zunächst eine Einordnung in die bestehende Begrifflichkeit im Bereich der Medienregulierung vorgenommen werden.

Die Frage, wo neue, über das Internet verbreitete Dienste einzuordnen seien, stellte sich bereits Mitte der neunziger Jahre in verstärktem Maße. Dem Begriff nach konnte man bei all den damals zur Diskussion stehenden Diensten wie Abruf- und Zugriffsdienste, Online-Zeitungen, Chats etc. mit einer entsprechend weiten Auslegung des Begriffs von „Rundfunk“ ausgehen²¹⁷. Dabei stellte sich jedoch die Frage, ob die strengen Regelungen des Rundfunks tatsächlich etwa auch auf reine Text-Informationsangebote im Internet Anwendung finden sollten.

²¹⁶ In diesem Sinne beschloss auch der 64. Deutsche Juristentag in Berlin 2002, dass trotz der Medienkonvergenz an der bestehenden Medienregulierung festgehalten werden solle und das System der dualen Rundfunkordnung beizubehalten sei, <http://www.dvjj.de/data/pdf/408b0447471d4e3540224e240a1d6a5c.pdf> v. 26.3.2007, S. 8 ff.

²¹⁷ Für den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff: Gersdorf, AfP 1995, 565, 572, für Video on demand: Eberle, ZUM 1995, 249, 254.

Zwar waren die neuen Dienste dem klassischen Rundfunk zum Teil nicht unähnlich, dennoch schien eine rechtliche Gleichbehandlung dieser Dienste mit dem Rundfunk weitgehend unangemessen. Das Korsett, das die deutsche Gesetzgebung dem Rundfunk im Dienste der Meinungsvielfalt und der demokratischen Meinungsbildung angedacht hatte und das in zutreffender Weise auch als feste und sichere, aber gleichsam unbewegliche und beschwerliche „Ritterrüstung“ bezeichnet wurde²¹⁸, mochte auf diese neuen Dienste nicht recht passen. So bildete sich eine vorherrschende Meinung heraus, wonach neue Dienste wie Teleshopping, On-Demand-Dienste, individuelle Online-Angebote und elektronische Zeitungen nicht unter den Rundfunkbegriff fallen sollten²¹⁹. Vielmehr sollte für die Multimediadienste eine neue gesetzliche Regelung geschaffen werden²²⁰. Diese neue Regelung sollte die Besonderheiten neuer Medien berücksichtigen, gleichzeitig aber auch in angemessener Weise an die bewährten Mechanismen der Vielfaltssicherung anknüpfen²²¹.

Mit den Ergebnissen dieser Debatte, dem Mediendienstestaatsvertrag und dem Teledienstegesetz aus dem Jahr 1997 wurde eine neue Kategorie von Diensten jenseits des Rundfunks geschaffen, die zwar nicht vollkommen ohne rechtliche Kontrolle aber doch ohne schwere „Ritterrüstung“ belassen wurde. So waren sowohl Medien- als auch Teledienste zulassungsfrei und wurden mit verschiedenen Haftungsprivilegierungen versehen. Auch das am 01.03.2007 in Kraft getretene Telemediengesetz (TMG), das den Mediendienstestaatsvertrag und das Teledienstegesetz ersetzte und damit die begrifflichen und kompetenzrechtlichen Abgrenzungsschwierigkeiten beseitigen sollte, bewegt sich inhaltlich im System einer abgestuften Regulierung, die für neue Medien geringere Anforderungen bereithält als für klassische Rundfunk-Massenmedien.

An der Schnittstelle zum Rundfunk stellt sich nunmehr für Internetradio und Podcasts die Frage der Einordnung erneut. Als „Jedermannradio“ zeigen diese Dienste ihre Nähe zum klassischen Radio bereits begrifflich. Sind sie also in all ihren unterschiedlichen, hier beschriebenen Erscheinungsformen dem Rundfunk zuzuordnen? Treffen sie damit die für den Rundfunk bestimmten Einschränkungen der gesetzlichen „Ritterrüstung“ oder sind

²¹⁸ Bullinger, AfP 1996, 1, 2.

²¹⁹ Enquete-Kommission Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft, *Meinungsfreiheit Meinungsvielfalt Wettbewerb*, 29.

²²⁰ Bullinger, JZ 1996, 385 ff; Gersdorf, AfP 1995, 565, 574.

²²¹ Eberle, ZUM 1995, 249, 255; Kresse/Heinze, AfP 1995, 574, 577.

sie vielmehr gleich einer „normalen“ Internetseite als Telemedien mit geringeren gesetzlichen Anforderungen zu behandeln?

Die Suche nach dem, was „Rundfunk“ ist, beginnt im Grundgesetz. Hier statuiert Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG in Form einer lapidaren Generalklausel die Rundfunkfreiheit als die Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk²²². Den Begriff des Rundfunks definiert das Grundgesetz allerdings nicht, sondern setzt ihn vielmehr voraus²²³. Lediglich im einfachen Recht, in § 2 Abs. 1 des Rundfunkstaatsvertrags der Länder (RfStV) findet sich eine Definition, die sich jedoch nicht nur aus Gründen der Normenhierarchie auf den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff nicht anwenden lässt²²⁴. Die grundrechtliche Rundfunkfreiheit ist vor allem bestimmt durch die Funktionen des Rundfunks als Medium der Massenkommunikation und durch das Verhältnis zu den anderen Freiheiten des Art. 5 GG, das sich bei tatsächlichen Veränderungen im geschützten Sozialbereich durchaus auch wandeln kann²²⁵. Insofern kann eine abschließende Definition hier schwerlich getroffen werden. Dagegen kann der einfachgesetzliche Begriff durchaus enger ausgestaltet sein und nur einen Teil dessen betreffen, was verfassungsrechtlich als Rundfunk anzusehen ist²²⁶. Das unterstrich auch das BVerfG in der Entscheidung „Baden-Württemberg“ aus dem Jahr 1987 mit der Bestätigung, dass einzelne neue Dienste, die der Landesgesetzgeber als „rundfunkähnlich“ bezeichnet, dennoch „Rundfunk“ im Sinne des Grundgesetzes sein können²²⁷. In diesem Sinne umfasste laut amtlicher Begründung der in § 50 RfStV vor dem 01.03.2007 verwendete Begriff des „Rundfunks“ auch den weiten verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff²²⁸. Damit waren auch massenkommunikative Dienste jenseits des einfachgesetzlich geregelten Rundfunks mit umfasst. Die Änderungen durch den 9. RfÄStV brachten eine Klarstellung dahingehend, dass in § 50 RStV nunmehr von „Rundfunk und vergleichbaren Telemedien (Telemedien, die an die Allgemeinheit gerichtet sind)“ die Rede ist.

²²² Gersdorf, *Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation*, 81, bezeichnet das Grundrecht insoweit als „Lapidarformel“.

²²³ Dörr, FS Oppermann, 121, 123.

²²⁴ Gersdorf, *Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation*, 82.

²²⁵ Jarass, AfP 1998, 133, 134.

²²⁶ Schulz, ZUM 1996, 487, 491.

²²⁷ BVerfGE 73, 118, 154.

²²⁸ Begründung zum Neunten Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge, 13.
<http://www.lfk.de/gesetzeundrichtlinien/rundfunkstaatsvertrag/download/RStV9-Begruendung.pdf> v. 21.5.2007.

Es muss also zwischen zwei unterschiedlichen Rundfunkbegriffen, dem verfassungsrechtlichen und dem einfachgesetzlichen unterschieden werden.

I. Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff

Die verfassungsrechtlich gewährte Rundfunkfreiheit basiert auf dem Schutz individueller und öffentlicher Kommunikation, wie sie auch die anderen Grundrechte des Art. 5 GG wie Meinungs-, Presse- und Informationsfreiheit im Blick haben. Damit ist in der Rundfunkfreiheit ebenso eine demokratische Komponente enthalten, mit der die öffentliche Meinungsbildung als entscheidender Bestandteil einer freiheitlichen Grundordnung geschützt werden soll²²⁹. Für die Rundfunkfreiheit hat das BVerfG insoweit den Begriff der „dienenden Freiheit“²³⁰ geprägt, die nicht in erster Linie dem Grundrechtsträger dient, sondern vielmehr primär „im Interesse freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung gewährleistet“²³¹ wird.

Diesen Funktionen des Rundfunks entsprechend muss auch der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff verstanden werden. Die Rundfunkfreiheit soll all diejenigen Bedingungen absichern, die vor allem im Sinne der öffentlichen Meinungsbildung, aber auch im Sinne individueller und öffentlicher Kommunikation zur Erfüllung dieser Aufgaben benötigt werden. In diesen Anforderungen offenbaren sich bereits die Schwierigkeiten einer eindeutigen Definition des Rundfunks im verfassungsrechtlichen Sinne. Schließlich sind Rundfunk und Gesellschaft – in all ihren möglichen Veränderungen – ineinander verwoben, gleichzeitig unterliegt die Technik als weitere Komponente ständiger Weiterentwicklung²³². Diese Voraussetzungen erklären, warum eine letztgültige Definition des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs nicht festgesetzt ist und vielmehr das Bundesverfassungsgericht im Laufe seiner Entscheidungen zum Rundfunk den Begriff mehr und mehr konturiert hat.

So lehnte sich das Gericht in der „Baden-Württemberg-Entscheidung“²³³ zunächst an den einfachgesetzlichen Begriff an, betonte aber, dass sich der verfassungsrechtliche

²²⁹ Hesse, *Rundfunkrecht*, 61.

²³⁰ BVerfGE 57, 295, 319; 83, 238, 295 f.; 87, 181, 197; 90, 60, 87.

²³¹ BVerfGE 83, 238, 315.

²³² Stüiber, *Medien in Deutschland*, 36 f., der damit (aus kommunikationswissenschaftlicher Perspektive) zu dem Schluss kommt, dass eine Unterscheidung von Presse und Rundfunk sowie neuen Massenmedien gar keinen Sinn ergebe.

²³³ BVerfGE 73, 118.

„Rundfunk“ nicht in eine dauerhaft gültige Definition fassen lasse. Schließlich könne sich die Bedeutung verfassungsrechtlicher Begriffe, die in Inhalt und Tragweite von ihrem Normbereich abhängen, mit Veränderungen in diesem Bereich auch wandeln²³⁴. In der Entscheidung zum WDR-Gesetz machte das BVerfG dann deutlich, dass technische Details für das Medium Rundfunk nicht entscheidend seien: „Soll die Rundfunkfreiheit unter den Bedingungen des raschen technischen Wandels ihre normative Kraft bewahren, dann darf bei der Bestimmung von Rundfunk nicht nur an eine bereits eingeführte Technik angeknüpft werden“²³⁵. Das Gericht prägte damit den sog. „dynamischen Rundfunkbegriff“, der vor allem zukunfts offen ausgestaltet sein soll.

Zusammen mit der Rechtsprechung des BVerfG bieten herkömmliche Auslegungsmethoden die notwendige Handhabe, um den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff näher zu konturieren.

1. Semantische Auslegung

Zur Annäherung an den verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff ist zunächst der Blick auf die „Lapidarformel“ des Art. 5 GG und die wenigen darin enthaltenen Hinweise des Wortlauts zu richten. Dem Begriff „Rund-funk“ ist zunächst ein sendetechnisches Element zu entnehmen²³⁶. So orientiert sich der deutsche Begriff „Funk“ an der ursprünglichen Methode, Ätherschwingungen durch elektrische Funken herbeizuführen²³⁷. Im Verständnis des Grundgesetzes beinhaltet das sende- oder nachrichtentechnische Element eine Übertragung von Nachrichten durch elektromagnetische Schwingungen mit oder auch ohne Verbindungsleiter²³⁸. Eingeschlossen ist dabei eine gewisse räumliche Distanz, die durch die Fernmeldetechnik überwunden wird²³⁹. Angesichts der Mahnung des BVerfG, auch bislang noch nicht absehbare Übertragungstechniken mit einzubeziehen²⁴⁰, ist diese Formulierung bewusst technisch offen gestaltet. Zur Eingrenzung des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs verbleibt daher lediglich die technisch irgendwie geartete Übertragung.

²³⁴ BVerfGE 73, 118, 154.

²³⁵ BVerfGE 83, 238, 299.

²³⁶ Kremser, ZUM 1996, 503.

²³⁷ Stuißer, *Medien in Deutschland*, 22.

²³⁸ Degenhart, in: Abraham/Dolzer, *Bonner Kommentar Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 673; Starck, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Bonner Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 1 und 2, Rn. 92.

²³⁹ Degenhart, in: Abraham/Dolzer, *Bonner Kommentar Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 674.

²⁴⁰ BVerfGE 83, 238, 299.

Für Internetradios, Podcasts und sonstige über das Internet und damit über Breit- oder Schmalbandkabel bzw. über Funk verbreitete Angebote besteht insoweit kein Zweifel, dass eine „Übertragung“ im Sinne eines sendetechnischen Elementes stattfindet.

Einen weiteren Hinweis für eine semantische Auslegung enthält der Wortbestandteil „Rund“, der ursprünglich die Radialwirkung der elektrischen Wellen bezeichnete²⁴¹. Hiermit wird eine Übertragung nicht nur in einer Richtung, sondern vielmehr an eine Mehrzahl von Empfängern nahelegt²⁴². Auszuschließen ist demnach die reine Individualkommunikation, die sich gezielt an Einzelempfänger richtet. Der Adressatenkreis von „Rundfunk“ besteht demnach aus nicht im Vorhinein festgelegten Personen, also der Allgemeinheit²⁴³. Dieses massenkommunikative Element hat für sich jedoch keine Auswirkungen auf die Art der Übertragung, da es lediglich die Beschaffenheit des Adressatenkreises betrifft. So kommt es auf die Frage, ob ein Einzelabruf oder eine gleichzeitige Übertragung an mehrere Personen erfolgt, nicht an²⁴⁴.

Internetradios und Podcasts richten sich – bedingt durch ihre freie Zugänglichkeit im Internet – stets an einen offenen Adressatenkreis und enthalten damit auch ein massenkommunikatives Element.

Art. 5 Abs. 1 GG schützt die „Berichterstattung“. Hierin lässt sich unter semantischen Gesichtspunkten ein Hinweis auf ein inhaltliches Element erkennen. In Form eines „Berichts“ müssen in irgendeiner Form Informationen übertragen werden. Welcher Art jedoch diese Informationen sind, ob es sich nun um Meinungsäußerungen oder um die Wiedergabe von Tatsachen handelt, ist dabei nicht erheblich²⁴⁵. Genauso kann eine reine Musikwiedergabe ohne informativen Wortanteil darunter fallen. Auch unter diese vage Umschreibung lassen sich Internetradios und Podcasts ohne Weiteres subsumieren, da sie stets Inhalte übermitteln.

²⁴¹ Janik, AfP 2000, 7.

²⁴² Diese weitere Bedeutung erhielt der Begriff durch die Einrichtung drahtloser Telephonie als „Kommunikation an alle“, von Holtzbrinck, *Definitions- und Rangfolgeprobleme bei der Einspeisung von Rundfunkprogrammen in Kabelanlagen*, 32

²⁴³ Libertus, ZUM 2000, 555, 558.

²⁴⁴ Libertus, ZUM 2000, 555, 558.

²⁴⁵ Kremser, ZUM 1996, 503, 504.

2. Teleologische Auslegung

Neben den zaghaften Hinweisen, die sich im Wortlaut des Art. 5 Abs. 1 GG auf die Konturen des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs finden, entscheidet vor allem die Zielrichtung der Rundfunkfreiheit über die Zuordnung bestimmter Dienste zum Rundfunk im Sinne des Grundgesetzes. Dabei bilden sowohl die vom BVerfG in zahlreichen Entscheidungen umrissene Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks wie auch die Bedeutung der Rundfunkfreiheit im grundrechtlichen Gefüge die ausschlaggebenden Anhaltspunkte.

a) Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks

Die Rundfunkfreiheit als „dienende Freiheit“²⁴⁶ soll vor allem im Interesse freier individueller und öffentlicher Meinungsbildung gewährleistet werden²⁴⁷. Bezweckt ist damit insbesondere die Sicherung der Meinungsvielfalt. Erstmals im „Niedersachsen-Urteil“ aus dem Jahr 1986 erwähnte das BVerfG in diesem Zusammenhang den Begriff der „Grundversorgung“, die den öffentlich-rechtlichen Anstalten obliege²⁴⁸. Die Grundversorgung besteht demnach aus drei Elementen: einer Übertragungstechnik, die einen Empfang für alle sicherstellt, einem inhaltlichen Standard, der dem Auftrag der individuellen und öffentlichen Meinungsbildung entspricht und einer Sicherung der Meinungsvielfalt²⁴⁹. Angesichts der erheblichen Bedeutung der Grundversorgung bleibt diese Aufgabe des Rundfunks auch unter sich ändernden Umständen stets erhalten und ist dynamisch zu verstehen²⁵⁰. Da von einem Rundfunk, der den Gesetzen des Marktes überlassen wird, ein solches Programm nicht zu erwarten ist, muss der Gesetzgeber an dieser Stelle tätig werden und eine Rundfunkordnung schaffen, die eine Grundversorgung ermöglicht²⁵¹.

Insoweit hat sich der Gesetzgeber für das duale System, das Nebeneinander von öffentlich-rechtlichem und privatem Rundfunk entschieden, wobei der öffentlich-rechtliche Rundfunk zur Sicherstellung der Grundversorgung durch die

²⁴⁶ BVerfGE 57, 295, 319; 83, 238, 295 f.; 87, 181, 197; 90, 60, 87.

²⁴⁷ BVerfGE 83, 238, 315.

²⁴⁸ BVerfGE 73, 118, 157 f.

²⁴⁹ BVerfGE 74, 297, 326.

²⁵⁰ BVerfGE 83, 238, 326, das BVerfG prägte insoweit den Begriff der „Bestands- und Ewigkeitgarantie“.

²⁵¹ Hesse, *Rundfunkrecht*, 121 f.

Gebührenfinanzierung von Einschaltquoten unabhängig gemacht wurde. Allerdings schreibt die Verfassung diese Entscheidung nicht vor. Sollte sich die Regierung also für ein anderes als das duale System entscheiden, so könnte dies auch das Ende des öffentlich-rechtlichen Rundfunks bedeuten²⁵². In diesem Sinne tauchte im Zuge der Digitalisierung auch mehrfach die Frage auf, ob das duale System als Lösung der gesetzgeberischen Aufgabe zum Rundfunkrecht überhaupt noch zeitgemäß sein könne²⁵³. Überwiegend wird jedoch davon ausgegangen, dass auch im Zeichen der Konvergenz das duale System beizubehalten sei²⁵⁴. Innerhalb dieses Systems kommt dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk dabei angesichts der grenzenlosen Vielzahl an Programmen eine neue, integrierende Aufgabe zu, damit auch neue Angebote für jedermann zugänglich bleiben und nicht nur von einzelnen Gruppen wahrgenommen werden²⁵⁵.

Die Auswirkungen des dualen Rundfunksystems auf die Konturen des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs zeigen sich vor allem in der Möglichkeit einer großzügigeren Auslegung. Zur Frage, ob es neben dem öffentlich-rechtlichen Rundfunk überhaupt einen privaten Rundfunk geben kann, entschied das BVerfG im sog. „Niedersachsen-Urteil“, dass die Grundversorgung zunächst Aufgabe der öffentlich-rechtlichen Anstalten sei²⁵⁶. Sei aber die Wahrnehmung dieser Aufgaben durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk gesichert, so könnten an die Vielfaltssicherung im privaten Rundfunk geringere Anforderungen gestellt werden, wobei jedoch die gesetzlichen Maßnahmen geeignet und bestimmt sein müssten, ein möglichst hohes Maß gleichgewichtiger Vielfalt im privaten Rundfunk zu erreichen²⁵⁷.

Damit muss das Rundfunksystem lediglich insgesamt den Anforderungen entsprechen, die das Verfassungsrecht an eine Repräsentanz der verschiedenen vorhandenen Meinungsströmungen stellt. Sorgen bereits der öffentlich-rechtliche Rundfunk und daneben der private Rundfunk mit entsprechend geringeren Anforderungen für eine gleichgewichtige öffentliche Meinungsbildung, so können jenseits der Offline-Medien auch solche Medien zum Rundfunk zählen, die allein nicht zum Erfüllen der verfassungsrechtlichen Standards in der Lage wären. Schließlich können sie zwar selbst

²⁵² Lindner, AfP 2005, 429, 432; ablehnend Krausnick, AfP 2006, 125 f.

²⁵³ Lindner, AfP 2005, 429, 432; ablehnend Eberle, ZUM 1995, 249, 254.

²⁵⁴ Beschlüsse des Deutschen Juristentages Berlin 2002 B I. 7. (angenommen mit 25:2 Stimmen bei 8 Enthaltungen); Krausnick, AfP 2006, 125, 128.

²⁵⁵ Eberle, ZUM 1995, 249, 255.

²⁵⁶ BVerfG, NJW 1987, 239, 241.

²⁵⁷ BVerfG, NJW 1987, 239, 241.

keine inhaltliche Vielfaltssicherung bieten, fungieren aber durch ihre Vielzahl und Mannigfaltigkeit als Teil einer äußeren Vielfalt, die im Ergebnis ebenfalls dazu führt, dass sämtliche Meinungsströmungen repräsentiert sind.

Die Wahrnehmung der Grundversorgung durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ermöglicht damit eine weitere Auslegung des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs, so dass auch Internetmedien wie Internetradio oder Podcasts in den Rundfunkbegriff mit einbezogen werden können, ohne dass das Gesamtsystem Rundfunk seinem verfassungsrechtlichen Auftrag zuwiderliefe.

Für diese Annahme spricht auch das Ergebnis der ab Mitte der 90er Jahre geführte Diskussion um die Erweiterung des Aufgabenbereichs öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten im Internet. Mit der immer dringenderen Notwendigkeit, als Unternehmen auch im Internet präsent zu sein, entstand die Frage, ob auch ein Online-Angebot öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten noch von dem Aufgabenbereich gedeckt sein kann, den die Sendeanstalten aufgrund ihrer Sonderstellung nicht eigenständig erweitern können. Zwar gehört ein Online-Dienst nicht zum Kernbereich der Veranstaltung von Rundfunk, als zulässige Randnutzung mit Bezug zum Hauptzweck kommt er aber dennoch in Frage²⁵⁸. Sobald ein Internetangebot jedoch über das bloße Informieren über Sendungen, Moderatoren etc. hinausging, wurde die Zulässigkeit einer „dritten Programmsäule im Internet“ zum Teil abgelehnt²⁵⁹. Schließlich war hier auch zu beachten, dass neue Betätigungsfelder der Rundfunkanstalten stets gebührenrelevant sind²⁶⁰. Anderer Ansicht nach liegt in der Online-Tätigkeit des öffentlich-rechtlichen Rundfunks kein Rechtsverstoß – insbesondere auch nicht gegen das Wettbewerbsrecht²⁶¹. Vielmehr ist hiernach der Programmauftrag, der im Setzen und Einhalten journalistischer Qualitätsstandards besteht, auch auf den Multimediasektor zu beziehen²⁶². Zum Teil wurde in diesem Zusammenhang der Online-Dienst auch als Teil des Rundfunks und damit per se als Teil der Aufgaben der Anstalten angesehen²⁶³.

²⁵⁸ Kreile/Neuenhahn, K&R 1998, 41, 46; Ernst, NJW-CoR 1998, 49.

²⁵⁹ Kreile/Neuenhahn, K&R 1998, 41, 47; Ricker, ZUM 2001, 28, 34; Börner, K&R 1998, 345, 349.

²⁶⁰ Rüter, MediaPerspektiven 2002, 144, 145.

²⁶¹ Rüter, MediaPerspektiven 2002, 144, 147.

²⁶² Ehlers, MediaPerspektiven 2000, 369.

²⁶³ Pieper/Wiechmann, ZUM 1995, 82, 92, ablehnend insoweit aber Ricker, ZUM 2001, 28, 30; Kreile/Neuenhahn, K&R 1998, 41, 45.

Insgesamt überwogen die Forderungen an den öffentlichen Rundfunk, sich im Rahmen des dynamisch zu verstehenden Funktionsauftrages auch neuartigen Online-Dienstleistungen nicht zu verschließen²⁶⁴. Schließlich fürchtete man massive Wettbewerbsnachteile im Kampf um Werbeanteile, die die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks durchaus gefährden konnten²⁶⁵.

Letztlich reagierte der Gesetzgeber und entschied im 7. Rundfunkänderungsstaatsvertrag mit einem Kompromiss: Nach § 11 Abs. 1 S. 2 RStV dürfen nunmehr programmbegleitend Druckwerke und Telemedien mit programmbezogenem Inhalt dargeboten werden²⁶⁶. Auch § 3 Abs. 1 S. 2 des WDR-Gesetzes erlaubt – ebenfalls programmbegleitend – ein Online-Angebot sowie weitere Mediendienste. Daraus ist zu schließen, dass auch aus Sicht des Gesetzgebers das gesamte Rundfunksystem seinen verfassungsrechtlichen Aufgaben gerecht werden kann, wenn das klassische Offline-Rundfunkprogramm um Online-Dienste ergänzt wird.

Theoretisch ließe sich damit annehmen, dass – wie zum Teil behauptet – der gesamte Internetbereich dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff zuzuordnen sei²⁶⁷. Hiergegen spricht jedoch eindeutig die Notwendigkeit, den Rundfunk von der ebenfalls in Art. 5 GG geschützten Presse abzugrenzen²⁶⁸. Insoweit ist also im Internetbereich weiterhin zu differenzieren.

Für Internetradio und Podcasts bleibt jedoch festzuhalten, dass ihre Zugehörigkeit zum verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff mit der Aufgabe des Rundfunks und der Rolle der öffentlich-rechtlichen Anstalten vereinbar ist.

b) Die Bedeutung der Rundfunkfreiheit

Die Rundfunkfreiheit dient vor allem der freien, individuellen und öffentlichen Meinungsbildung²⁶⁹. Dabei erfüllt sie eine Art Brückenfunktion zwischen der Meinungs-

²⁶⁴ Beschlüsse des 64. Deutschen Juristentages in Berlin 2002, angenommen mit 17:8 Stimmen bei 9 Enthaltungen.

²⁶⁵ Ernst, NJW-CoR 1998, 49.

²⁶⁶ Degenhart, AfP 2007 Sonderheft, 24, 29.

²⁶⁷ so u.a. Röger, ZRP 1997, 203, 204, der aus dem rundfunkrechtlichen Grundversorgungsauftrag und aus dem telekommunikationsrechtlichen Infrastrukturauftrag aus Art. 87 f. I GG einen Internet-Grundversorgungsauftrag ableitet; Pieper/Wiechmann, ZUM 1995, 82, 92.

²⁶⁸ Bullinger, AfP 1996, 1, 3.

²⁶⁹ BVerfGE 83, 238, 315.

und der Informationsfreiheit, indem sie die Vermittlung von Information und Meinung in einem freien und öffentlichen Prozess der Massenkommunikation ermöglicht²⁷⁰. Der Rundfunk selbst wird dabei als Medium und Faktor angesehen. So ist er Medium, indem er die Vermittlung vorhandener Informationen und Meinungen übernimmt. Gleichzeitig aber ist der Rundfunk auch ein nicht unerheblicher Faktor, indem er selbst Einfluss auf die öffentliche Meinung nimmt – durch Kommentare oder auch durch die reine Auswahl des Sendematerials²⁷¹. Ein Wirken als Medium und Faktor ist damit charakterisierend für den Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne. Diesen Funktionen entsprechend gewährt die Rundfunkfreiheit vor allem Programmautonomie und schützt vor der Einflussnahme durch den Staat oder auch durch bestimmte Gruppen²⁷². Damit darf einem Sender auch nicht untersagt werden, ein bestimmtes Programm zu veranstalten – etwa weil ein Lokalprogramm privaten Sendern vorbehalten bleiben sollte²⁷³. Gleichzeitig beinhaltet die Rundfunkfreiheit aber auch die Freiheit des Rezipienten, sich bloßer Unterhaltung statt informierenden und kulturellen Inhalten zuzuwenden. Ein „aufoktroiertes Abendvolkshochschulprogramm“ würde demnach der Rundfunkfreiheit widersprechen²⁷⁴.

Ob diese Programmautonomie automatisch jedem Medium zustehen sollte, dass gleichzeitig auch nach Art des klassischen Rundfunks als „Faktor“ der öffentlichen Meinungsbildung anzusehen ist, wird zum Teil kontrovers betrachtet. Es muss insoweit zwischen dem klassischen Rundfunk und Online-Medien differenziert werden. Fraglich ist allerdings, ob diese Differenzierung bereits durch eine reduzierende Bestimmung des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs erfolgen muss. Einerseits wird dies als eine Art „Entrümpelung“ des Rundfunkbegriffs gefordert²⁷⁵ und vermutet, dass nur ein eng gefasster Rundfunkbegriff überlebensfähig sein kann²⁷⁶. Demgegenüber ist aber anzuführen, dass eine Differenzierung sehr wohl auf der Rechtsfolgenseite, also letztlich bei der Frage der Anwendbarkeit der Regulierungsmaßnahmen durch den Rundfunkstaatsvertrag, vorgenommen werden kann²⁷⁷. Schließlich ergibt sich aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG nicht, dass alles, was verfassungsrechtlich Rundfunk ist, auch

²⁷⁰ Janik, K&R 2001, 572, 573.

²⁷¹ BVerfGE 12, 205, 260; 57, 295, 320; 73, 118, 152; Hesse, *Rundfunkrecht*, 62.

²⁷² BVerfG, MMR 1998, 196.

²⁷³ BVerfG, NJW 1987, 2987, 2988.

²⁷⁴ Bullinger, *Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation*, 119.

²⁷⁵ Müller-Using/Lücke, ArchivPT 1995, 32, 38.

²⁷⁶ Badura, FS Oppermann, 117.

²⁷⁷ so kann der einfache Gesetzgeber sich auf einen Teil des verfassungsrechtlichen Rundfunks zur Regulierung beschränken, Jarass, AfP 1998, 133, 134.

medienspezifisch reguliert werden muss²⁷⁸. Wenn aber über das anzuwendende Rechtsregime erst auf einfachgesetzlicher Ebene zu entscheiden ist, muss auf übergeordneter Ebene der Rundfunkbegriff auch neuen Medien geöffnet werden²⁷⁹.

Des Weiteren wird eine Beschränkung des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs auf klassischen Rundfunk zum Teil damit begründet, dass die für die Rundfunkfreiheit spezifische Meinungsmacht erst bei einem zeitlich planmäßig ablaufenden Gesamtprogramm entstehe²⁸⁰. Schließlich kann sich der Rezipient bei einem Einzelabruf von Inhalten aus dem zeitlichen Schema des Gesamtprogramms und der Zielsetzung nach inhaltlich ausgewogener Zusammensetzung lösen²⁸¹. Dies mag die Beeinflussbarkeit des Nutzers abschwächen, führt aber nicht zu einem völligen Ausschluss der rundfunkspezifischen Meinungsmacht. Auch das BVerfG sieht einen Bedarf für die Schutzwirkung der Rundfunkfreiheit, insbesondere der Programmautonomie, bei rundfunkähnlichen Kommunikationsdiensten, zumal sich diese vom herkömmlichen Rundfunk nicht wesentlich unterscheiden²⁸².

Somit bleibt die Frage, wie viel Meinungsmacht für die Rundfunkfreiheit vorauszusetzen ist. Geringer ist der Einfluss eines Mediums auf die öffentliche Meinungsbildung, wenn der Nutzer Inhalte selbst zusammenstellen kann, wenn ein Programm ausschließlich aus Musik besteht oder wenn technische Kapazitäten nicht ausreichend sind, um eine große Zahl an Nutzern gleichzeitig zu bedienen.

Dennoch sind auch Dienste, deren Inhalte nur auf konkreten Abruf hin rezipiert werden können, Massenmedien, von denen eine erhebliche Meinungsmacht ausgehen kann. Dies beweist der Blick auf die Presselandschaft, bei der die Leser in gleicher Weise selektieren können, die aber dennoch der Presse- und nicht allein der Meinungsfreiheit untersteht²⁸³. Auch das weitgehend veraltete Argument, wonach etwa ein Internetradio mangels entsprechender Bandbreiten zu wenig Hörer erreichen kann, ist insoweit nicht einschlägig. Schließlich hat das Internetradio seine Erscheinung im verfassungsrechtlichen Sinne in den letzten Jahren nicht dadurch verändert, dass

²⁷⁸ Gersdorf, FS Oppermann, 137, 139; so auch BVerwG, NJW 2006, 632, 633.

²⁷⁹ Schoch, VVDStrRL 57, 158, 197.

²⁸⁰ Bullinger/Mestmäcker, *Multimediendienste*, 1997, 55 ff.

²⁸¹ Bullinger, *Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation*, 45.

²⁸² BVerfGE 74, 297, 350 ff.

²⁸³ Jarass, AfP 1998, 133, 136.

technisch nunmehr deutlich größere Hörerzahlen möglich sind. Bei der Frage, ob für die Annahme von Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne eine Art „Relevanzschwelle“ für die Meinungsbildungsrelevanz vorauszusetzen ist, gilt es vielmehr wiederum, die Funktion der Rundfunkfreiheit im Blick zu behalten. Als Bindeglied zwischen Meinungs- und Informationsfreiheit sollte sie bei jeder Form der Meinungsbildung, unabhängig von Intensität und Bedeutung, Berücksichtigung finden²⁸⁴. Auf einen bestimmten Grad an Meinungsrelevanz kommt es daher nicht an, entsprechende Differenzierungen können allenfalls auf einfachgesetzlicher Ebene vorgenommen werden.

Im Ergebnis ist damit jedem Medium, das massenkommunikativ auch als Faktor der öffentlichen Meinungsbildung fungiert, der Schutz der Rundfunkfreiheit zuzusprechen²⁸⁵. Für die Frage, inwieweit Massenkommunikation vorliegt, kann dann etwa auf kommunikationswissenschaftliche Definitionen zurückgegriffen werden, wonach Massenkommunikation jene Form der Kommunikation ist, bei der Aussagen öffentlich durch technische Verbreitungsmittel indirekt und einseitig an ein disperses Publikum vermittelt werden²⁸⁶.

Internetradios und Podcasts verbreiten ihre Inhalte über das Internet an ein offenes Publikum. Fraglich ist insoweit aber, ob die jeweiligen Inhalte auch stets als „Aussagen“ zu verstehen sind. Schließlich gibt es etwa neben den zahlreichen Podcasts, die fast ausschließlich aus Wortbeiträge bestehen auch solche, in denen lediglich Musik wiedergegeben wird.

Allein die Auswahl bestimmter Beiträge gilt jedoch bereits als eine Form der Gestaltung, die ein Medium auch als Faktor der Meinungsbildung charakterisiert²⁸⁷. Selbst dann, wenn der Nutzer bei einem Internetradioprogramm eine Wunschkategorie wählen kann, ist zuvor eine Auswahl bzw. eine Zuordnung von Titeln zur Wunschkategorie getroffen worden. Auch hierin liegt eine – wenn auch geringe – Faktorwirkung des jeweiligen Mediums. Internetradios in allen Spielarten sowie Podcasts verbreiten damit Aussagen.

²⁸⁴ so auch Misserre, *Rundfunk-, Multimedia- und Telekommunikationsrecht*, 2006, 103.

²⁸⁵ vgl. Jarass, AfP 1998, 133, 139; so auch Pieper/Wiechmann, ZUM 1995, 82, 89 und Hoffmann-Riem/Vesting, *MediaPerspektiven* 1994, 382, 386 f.

²⁸⁶ Maletzke, *Psychologie der Massenkommunikation*, 1972, 32.

²⁸⁷ Hesse, *Rundfunkrecht*, 62; BVerfGE 12, 205, 260; 57, 295, 320; 73, 118, 152.

Problematisch ist angesichts der oben ausgeführten wachsenden Bedeutung von Interaktivität in diesen Medien allerdings weiterhin das Merkmal der Einseitigkeit. Geht man davon aus, dass Einseitigkeit dann nicht mehr vorliegt, wenn Kommunikator und Rezipient die Rollen tauschen²⁸⁸, so kann bereits der individuelle Abruf von Inhalten, spätestens aber das podcastspezifische Kommentieren „an alle“ das Vorliegen von Massenkommunikation ausschließen. Versteht man dagegen die Einseitigkeit als Abgrenzung zur Individualkommunikation, die von den massenkommunikativen Freiheiten nicht mit umfasst ist, so liegt auch bei Podcasts der Schwerpunkt auf der Inhaltevermittlung in einer Richtung, vom Kommunikator zum Rezipienten.

Eine Kommunikationsform, die mit einer reinen Individualkommunikation vergleichbar ist, findet nicht statt. Die dem Charakter nach massenkommunikative Inhaltevermittlung über das Medium Podcast trägt lediglich individualkommunikative Züge²⁸⁹. Die Frage, ob der Rezipient selbst den Abrufzeitpunkt bestimmt oder auf den Inhalt durch Antwortmöglichkeiten reagieren kann, betrifft insoweit nur technische Aspekte, die jedoch über die Anwendbarkeit der Rundfunkfreiheit nicht entscheiden können²⁹⁰. Im Sinne einer Abgrenzung von reiner Individualkommunikation ist damit bei sämtlichen Erscheinungsformen von Internetradios und Podcasts von einer Einseitigkeit auszugehen.

Demnach sind Internetradios und Podcasts trotz ihrer Besonderheiten als Massenmedien im kommunikationswissenschaftlichen Sinne anzusehen. Dadurch, dass sie einerseits Meinungen und Inhalte transportieren und andererseits durch ihre zum Teil sehr subjektive Prägung Einfluss auf die öffentliche Meinungsbildung ausüben, fungieren sie im verfassungsrechtlichen Sinne als Medium und Faktor. Damit findet die Rundfunkfreiheit Anwendung²⁹¹.

Eine Ausnahme ist insoweit lediglich dann zu machen, wenn es sich zwar äußerlich um Internetradios oder Podcasts handelt, diese aber allein zu Werbezwecken eingesetzt werden. Werbung wurde bereits in anderem Zusammenhang die Rundfunkeigenschaft abgesprochen. Schließlich fehlt es bei reiner Werbung an der Vermittlerfunktion des

²⁸⁸ Schulz, ZUM 1996, 487, 489.

²⁸⁹ von massenkommunikativen Inhalten mit der Tendenz zur Individualisierung spricht im Zusammenhang mit dem Rundfunkbegriff auch Degenhart, in: Abraham/Dolzer, *Bonner Kommentar Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 668.

²⁹⁰ vgl. hierzu: Gersdorf, *Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation*, 179, so i. E. auch BVerfG 74, 297, 351 f.

²⁹¹ so i. E. allgemein für Zugriffs- und Abrufdienste auch Gersdorf, AfP 1995, 565, 570 f.

Mediums, wenn von einem Dritten Inhalte gestaltet wurden und dieser für die Ausstrahlung Geld bezahlt²⁹². Dies würde bedeuten, dass etwa Unternehmenspodcasts aus dem Rundfunkbegriff auszunehmen sind, wenn sie aus reinen Werbesendungen bestünden. Allerdings diktiert die gesamte Web 2.0-Bewegung auch Unternehmen eine entsprechende Auseinandersetzung mit den Hörern und mit eigenen Inhalten. Eine reine Werbesendung würde vermutlich schon nach kürzester Zeit in der Bedeutungslosigkeit verschwinden. Ein reiner Werbepodcast stellt damit keinen Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne dar, ist aber praktisch kaum denkbar.

c) **Rundfunkfreiheit als „Jedermann-Grundrecht“**

Wenn die Rundfunkfreiheit auch auf bestimmte Online-Medien anwendbar ist, bleibt allerdings fraglich, ob die angesprochene individualkommunikative Komponente insbesondere beim Podcast, Auswirkungen auf das Verständnis der Rundfunkfreiheit hat.

Grundsätzlich gilt, dass „der individualrechtliche Kern der Rundfunkfreiheit durch die objektiv-rechtliche Gewährleistungsschicht überlagert und bis zur Unkenntlichkeit verkürzt“²⁹³ wird. Das Grundrecht wird nicht „zum Zweck der Persönlichkeitsentwicklung oder Interessenverfolgung“²⁹⁴ eingeräumt, sondern als „dienende Freiheit“²⁹⁵ „nicht primär im Interesse der Rundfunkveranstalter, sondern im Interesse freier, individueller und öffentlicher Meinungsbildung gewährleistet“²⁹⁶. Diese „dienende Freiheit“ unterscheidet sich damit erheblich von den anderen klassischen Grundrechten, bei denen der subjektive Gehalt der jeweiligen Freiheit im Vordergrund steht.

Parallel zur sich zunehmend individualisierenden Medienlandschaft, die insbesondere im Online-Bereich von Interaktion und Individualkommunikation durchsetzt wird, könnte sich jedoch die Rundfunkfreiheit zurück zu einem klassischen Grundrecht mit subjektivem Gehalt wandeln und sich so zu einem „Jedermann“-Grundrecht entwickeln. Dies ist insbesondere deshalb zu erwägen, weil der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff stetigem Wandel unterliegt und gesellschaftsbezogen zu betrachten ist²⁹⁷.

²⁹² Jarass, AfP 1998, 133, 135.

²⁹³ Gersdorf, *Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation*, 60.

²⁹⁴ BVerfGE 87, 181, 197.

²⁹⁵ BVerfGE 57, 295, 319; 83, 238, 295 f.; 87, 181, 197; 90, 60, 87.

²⁹⁶ BVerfGE 83, 238, 315.

²⁹⁷ vgl. Kresse/Heinze, AfP 1995, 574, 576.

Hinsichtlich des Personenkreises, dem die Rundfunkfreiheit zusteht, hatte zunächst das BVerfG im Fall „extra radio“ entschieden, dass hierzu „ohne Rücksicht auf öffentlich-rechtliche oder private Rechtsform, auf kommerzielle oder gemeinnützige Betätigung jedenfalls alle natürlichen und juristischen Personen, die Rundfunkprogramme veranstalten“, gehören²⁹⁸. Dabei stellte die Besonderheit des Falles die Rechtslage in Bayern dar, wonach private Rundfunkanbieter – anders als die öffentlich-rechtlichen Anstalten – nicht „Veranstalter“ sein können. Da es sich aber der Sache nach um Rundfunk handelte, galt, so das BVerfG, die Rundfunkfreiheit auch für die Privaten²⁹⁹. Genauso sprach das BVerfG schon in der Entscheidung „Dreieckland“ aus dem Jahr 1995 von einem „Grundrecht auf Rundfunkfreiheit“ und behandelte es wie ein echtes Freiheitsrecht³⁰⁰. Jahre später scheiterte vor dem BayVerfGH die Ansicht der Bayerischen Landeszentrale für Neue Medien, ihre Rundfunkfreiheit sei derjenigen eines privaten Rundfunkveranstalters vorrangig³⁰¹. Ein solches Rangverhältnis verneinte das Gericht. Beide Rechtspositionen seien vielmehr einem schonenden Ausgleich zuzuführen. Ein weiteres Urteil, das eine Tendenz hin zu einer „emanzipierten Rundfunkfreiheit im Sinne eines klassischen Freiheitsgrundrechts zeigt“³⁰², stammt aus Hannover. Hier ging es um ein niedersächsisches Landesgesetz, das politische Parteien von der Veranstaltung privaten Rundfunks faktisch ausschloss. Deren Rundfunkfreiheit sah der Niedersächsische Staatsgerichtshof verletzt und führte dazu aus, dass Rundfunk „nicht von vornherein ausschließlich als unabhängiges Medium der kritischen Berichterstattung mit der zwingenden Folge konzipiert ist, dass der Ausschluss politischer Parteien von der Veranstaltung privaten Rundfunks verfassungsrechtlich geboten“ sei³⁰³.

Je mehr also private Veranstalter klassischen Rundfunks oder politische Parteien in den Fokus der Rundfunkfreiheit geraten, umso näher rückt das Grundrecht auch an das Grundrecht der Meinungsfreiheit heran, so dass es sich letztlich auch einem Anspruch des Einzelnen auf eine freie Meinungsverbreitung nicht mehr grundsätzlich verschließen

²⁹⁸ BVerfG, MMR 1998, 196.

²⁹⁹ BVerfG, MMR 1998, 196.

³⁰⁰ BVerfGE 95, 220.

³⁰¹ BayVerfGH, MMR 2005, 694.

³⁰² Müller, MMR 2005, Heft 12, VI.

³⁰³ Niedersächsischer Staatsgerichtshof, StGH 4/04 v. 09.06.2005, zu finden unter:

<http://www.staatsgerichtshof.niedersachsen.de/web/index.php?page=1922493573&f=1&i=1438545141&s=387292095&ss=1922493573#2005> v. 14.5.2007

kann³⁰⁴. Dies geht mit der Web 2.0-Entwicklung einher, die Private zum Sender macht und damit die Grenzen zum tatsächlichen Rundfunk-„Veranstalter“ verschwimmen lässt. Wenn jeder die technischen Möglichkeiten besitzt, sich über das Internet an die Öffentlichkeit zu wenden, erfordert dies auch ein „Jedermann-Grundrecht“³⁰⁵. Es schwindet damit der Exklusivitätsanspruch der Rundfunkfreiheit, die nunmehr wie jedes andere Grundrecht zu behandeln ist³⁰⁶.

Im Ergebnis dieser Tendenz ist also die Rundfunkfreiheit nunmehr in gleichem Maße subjektives Recht jeglicher Produzenten von Rundfunk und dienende Freiheit im Gefüge von Gemeinwesen und verfassungsrechtlicher Dogmatik. Produzenten von Internetradios und Podcasts können sich damit auch als private Einzelpersonen, die keinem klassischen Rundfunkveranstalter angehören, auf die Rundfunkfreiheit berufen.

3. Zwischenergebnis

Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff umfasst sämtliche Medien der Massenkommunikation, die als Faktor der öffentlichen Meinungsbildung dienen. Hierzu zählen unter anderem Internetradios in jeglicher Erscheinungsform und Podcasts mit der Ausnahme reiner Werbesendungen. Gleichzeitig findet die Rundfunkfreiheit für die Produzenten auch in Form eines klassischen subjektiven Freiheits-Grundrechts Anwendung.

³⁰⁴ Bullinger, *Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation*, 118; vorsichtiger: Degenhart, K&R 2007, 1 und AfP 2007 Sonderheft 24, 27 f. für den die Rechtsprechung noch zu punktuell ist, um von einem Indiz für die Wandlung der Grundrechtsdogmatik auszugehen. Eine entsprechende Richtung sieht er aber auch.

³⁰⁵ Gersdorf, AfP 1995, 565, 574.

³⁰⁶ Gersdorf, FS Oppermann, 137, 143; so i. E. auch Degenhart in: Abraham/Dolzer, *Bonner Kommentar Grundgesetz*, Art. 5 Abs. 1 und 2 Rn. 644 ff.

II. Der einfachgesetzliche Rundfunkbegriff

Aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG leitet sich die Pflicht des Staates ab, einen Ordnungsrahmen zu schaffen, der die Erfüllung der verfassungsrechtlichen Aufgaben des Rundfunks gewährleistet³⁰⁷. Zur Rundfunkregulierung schufen daher die Länder den Rundfunkstaatsvertrag, der mit besonderem Blick auf die Sicherung der Meinungsvielfalt den Rechtsrahmen für Rundfunk normiert. In § 2 RfStV wird Rundfunk definiert als „die für die Allgemeinheit bestimmte Veranstaltung und Verbreitung von Darbietungen aller Art in Wort, in Ton und in Bild unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters“.

Bei der Frage, ob das Internetradio in seinen verschiedenartigen Erscheinungsformen oder Podcasts von diesem Begriff umfasst sind, ist zunächst zu beachten, dass der seinem konkreten Regelungsziel entsprechende einfachgesetzliche Rundfunkbegriff durchaus enger sein kann als der dynamisch verfassungsrechtliche Begriff, der durch die Funktion des Rundfunks und das Verhältnis zu den anderen Freiheiten des Art. 5 bestimmt wird³⁰⁸. Obwohl Internetradios in allen Erscheinungsformen und Podcasts unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten Rundfunk sind, besteht dennoch die Möglichkeit, dass sie dem einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff nicht unterfallen.

Der RfStV versteht sich ausweislich seiner Präambel als grundlegende Regelung für das duale Rundfunksystem. Folglich findet er keine Anwendung auf alles, was sich außerhalb des dualen Systems bewegt. Das kann insoweit dem staatlichen Auftrag entsprechen, als dieser ja lediglich darin besteht, eine Medienordnung so zu schaffen, dass Kommunikationsfreiheit gewährt ist. Denkbar ist, dass dieses Ziel auch erreicht wird, wenn bestimmte Bereiche gerade nicht reguliert werden³⁰⁹. Insoweit ist die Frage des Rundfunkbegriffs als Vorfrage für die weitere Regulierung des Rundfunks entscheidend: nur das, was unter die Rundfunkdefinition des RfStV fällt, kann auch Gegenstand der staatsvertraglichen Regelungen und damit der staatlichen Rundfunkregulierung im ~~Allgemein~~ Bereich sein. Internetradios und Podcasts unter den Anwendungsbereich des RfStV fallen, ist damit anhand einer Auslegung des einfachgesetzlichen Rundfunkbegriffs zu bestimmen.

³⁰⁷ Hesse, *Rundfunkrecht*, 121

³⁰⁸ Jarass, AfP 1998, 133; besonders betont wird die nicht gegebene Kongruenz beider Rundfunkbegriffe auch vom BVerwG, NJW 2006, 632, 633.

³⁰⁹ Hoffmann-Riem, AfP 1996, 9.

1. Die Tatbestandsmerkmale des § 2 RStV

Der Wortlaut des § 2 RStV enthält als Tatbestandsmerkmale insbesondere die Begriffe der „Allgemeinheit“, der „Verbreitung“ und der „Darbietung“, die näherer Untersuchung bedürfen.

a) „Allgemeinheit“

Der Begriff der Allgemeinheit legt zunächst fest, dass der Adressatenkreis eines Angebots nicht zuvor bestimmbar sein darf. Es darf sich nicht ausschließlich um Personen handeln, die durch gegenseitige Beziehung untereinander oder mit dem Veranstalter verbunden sind³¹⁰. Das BVerfG spricht insoweit auch von einer „beliebigen Öffentlichkeit“³¹¹. Außerdem darf der Anbieter nicht einzelne Nutzer vom Empfang ausschließen können³¹². Dabei ist es jedoch unerheblich, wie viele Zuhörer oder Zuschauer ein Programm tatsächlich konsumieren, entscheidend ist vielmehr, wie viele potentielle Rezipienten die Informationen wahrnehmen können³¹³.

Diesem Merkmal entspricht insoweit die offene Verbreitung über das Internet, die keiner Beschränkung durch eventuelle geschlossene Benutzergruppen – etwa in Intranets – unterliegt. Anders verhält es sich dagegen etwa beim Amateurfunk, der sich an bestimmte Personen richtet und daher kein Rundfunk i. S. d. RfStV sein kann³¹⁴.

Daneben ist die „Allgemeinheit“ auch in qualitativer und nicht nur in quantitativer Hinsicht betrachten, so dass nur unter den Rundfunkbegriff fällt, was auch inhaltlich auf eine Vielzahl beliebiger Personen ausgerichtet ist³¹⁵. Ein auf interne Meldungen beschränkter Polizeifunk ist demnach trotz technischer Empfangbarkeit durch jedermann nicht „allgemein“.

³¹⁰ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, *Rundfunkstaatsvertrag*, § 2 Rn. 6; Herrmann/Lausen, *Rundfunkrecht*, § 2 Rn. 148.

³¹¹ BVerfGE 74, 297, 352.

³¹² Lent, K&R 2003, 501, 503.

³¹³ Kresse/Heinze, ZUM 1995, 608, 609.

³¹⁴ Kremser, ZUM 1996, 503, 504.

³¹⁵ Herrmann/Lausen, *Rundfunkrecht*, § Rn. 147.

Internetdienste dagegen, die auch inhaltlich durch Offenheit gegenüber jedermann gekennzeichnet sind, fallen damit unter das Kriterium der Allgemeinheit.

Im Hinblick auf die Form der Kommunikation wird der Begriff der Allgemeinheit jedoch vielfach als noch einschränkender betrachtet. Als problematisch gilt insoweit der individuelle Abruf eines Inhalts, der gegenüber der klassisch massenkommunikativen Verbreitungsform der gleichzeitigen Ausstrahlung durch deutlich mehr Interaktivität gekennzeichnet ist.

So wird vertreten, dass es sich nicht mehr um eine „Allgemeinheit“ und damit um Rundfunk handle, sobald der Nutzer den Zeitpunkt und den konkreten Inhalt einer Kommunikationsdienstleistung selbständig bestimmen kann³¹⁶. Die Abgrenzung nach der „Allgemeinheit“ diene der massenkommunikativen Funktion, die bei einer „*invitatio ad offerendum*“, die das Angebot dann lediglich darstelle, nicht mehr gegeben sei³¹⁷.

Nach anderer Ansicht ist die Frage, ob es sich um eine Punkt-zu-Punkt-Verbindung wie beim individuellen Abruf oder um eine Punkt-zu-Mehrpunkt-Verbindung wie beim klassischen Hörfunk oder Fernsehen handelt, für die Frage der Allgemeinheit unerheblich³¹⁸. Schließlich komme es nicht auf die Gleichzeitigkeit, sondern auf die an eine unbestimmte Vielzahl gerichtete Kommunikation an, die allein als solche verantwortlich ist für die öffentliche Willensbildung³¹⁹.

Der Begriff der Allgemeinheit ist im Rahmen der Wortlautauslegung zwar im erstgenannten Sinne als Merkmal der Massenkommunikation zu verstehen, einen Ausschluss sämtlicher Abrufdienste legt er damit indessen nicht nahe. Stellt man im Rahmen der Allgemeinheit tatsächlich auf eine Publikumsoffenheit oder auch auf die „beliebige Öffentlichkeit“ ab, so ist diese bei Abrufdiensten in gleichem Maße erreichbar wie beim klassischen terrestrischen Hörfunk.

Als Unterschiede verbleiben die Gleichzeitigkeit gegenüber der individuellen Zeitbestimmung und ein höheres Maß an Interaktivität, die zwar an anderer Stelle noch

³¹⁶ Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg, *Mediengesetze*, § 2 RStV Rn. 4.

³¹⁷ Ricker, NJW 1997, 3199, 3200.

³¹⁸ Schulz, in: Hahn/Vesting/Schulz, *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, § 2 Rn. 19; Janik, K&R 2001, 572, 579; Jarass, *Online-Dienste und Funktionsbereich des Zweiten Deutschen Fernsehens*, 15 f.; Gersdorf, *Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation*, 131; Hoffmann-Riem, AfP 1996, 9, 14 f.; Eberle, ZUM 1995, 249, 254.

³¹⁹ Dörr, FS Oppermann, 121, 125.

zu berücksichtigen sind, die aber eine Ablehnung des Merkmals der Allgemeinheit nicht zu rechtfertigen vermögen. Für diese Annahme spricht auch, dass der alte Begriff der „Mediendienste“ in § 2 Abs. 1 Mediendienstestaatsvertrag (MDStV) ebenfalls mit dem Begriff der „Allgemeinheit“ definiert wurde. Wären damit sämtliche Abrufdienste auch aus dem Begriff der „Mediendienste“ herausgefallen, hätte dies den MDStV weitgehend sinnentleert.

Internetradios und Podcasts, die in offener Form über das Internet verbreitet werden und damit einem unbestimmbaren Personenkreis zugänglich sind, richten sich damit an eine „Allgemeinheit“ im Sinne des § 2 Abs. 2 RStV.

b) „Verbreitung“

Das Tatbestandsmerkmal der „Verbreitung“ zielt auf die rundfunkspezifische Technik, also auf die Benutzung elektrischer Schwingungen. ab³²⁰. Dabei ist entscheidend, dass ein Programm der Allgemeinheit zugänglich gemacht wird. Keine Verbreitung im rundfunkrechtlichen Sinn ist demnach alles, was nur ein bestimmtes Publikum anspricht wie etwa der Lautsprecherwagen oder die Darbietung auf der Kinoleinwand³²¹. Im Hinblick auf das weltweit zugängliche Internet ist insoweit daher von einer „Verbreitung“ auszugehen.

Allenfalls problematisch ist die Frage, inwieweit eine Übertragung über das Internet der Vorgabe einer Benutzung elektrischer Schwingungen entspricht. Die etwas umständliche Beschreibung der rundfunkspezifischen Technik entstammt der ursprünglichen Definition des Rundfunkbegriffs, wie sie 1975 im sog. „Schliersee-Papier“ festgelegt wurde. Schon damals sollte im Hinblick auf erwartete technische Fortschritte eine bewusst technikoffene Formulierung gewählt werden. Der Begriff der „elektrischen Schwingung“ ist damit stellvertretend für jegliche Form der technischen Übertragung von Klängen zu verstehen. Insoweit besteht auch heute kein Anlass, die technische Übermittlung via Internet auszuklammern³²². Die angeführten Übertragungsvarianten „ohne, längs oder mittels eines Leiters“, die den Datenübertragungsformen des Internets über Breitbandkabel oder Wireless Lan entsprechen, enthalten einen weiteren Hinweis darauf, dass auch über das Internet „Verbreitung“ stattfindet. Dies gilt auch für Abrufdienste, die

³²⁰ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, *Rundfunkstaatsvertrag*, § 2 Rn. 7.

³²¹ Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg, *Mediengesetze*, § 2 RStV Rn. 5.

³²² Dörr, FS Oppermann, 121, 125.

insoweit nicht anders zu behandeln sind³²³. Das Tatbestandsmerkmal der „Verbreitung“ wird damit auch von sämtlichen Internetradios sowie von Podcasts erfüllt.

c) „Darbietung“

Die „Darbietung“ ist das entscheidende Merkmal, um den Rundfunk von Telemedien abzugrenzen. Darauf weist wiederum die Definition des außer Kraft getretenen MDStV in § 2 Abs. 1 hin, die als einziges Merkmal für einen Mediendienst die „Darbietung“ nicht enthielt. Im Begriffskern weist die Darbietung auf die für den Rundfunk typische Meinungsbildungsrelevanz hin³²⁴. Erforderlich ist damit, dass ein Dienst einen Bezug zur öffentlichen Meinungsbildung enthält³²⁵ bzw. zur öffentlichen Meinungsbildung bestimmt und geeignet ist³²⁶. Mangels einer Meinungsbildungsrelevanz ist daher etwa die nackte Mitteilung der Börsenkurse³²⁷ oder das Ergebnis der akustischen Überwachung eines Kinderspielplatzes³²⁸ kein Rundfunk i. S. d. § 2 RfStV. Zum Teil wird davon ausgegangen, dass der Begriff der Darbietung eine planvolle redaktionelle Gestaltung voraussetze und damit auch eine Moderation, eine Kommentierung und die Einbindung in ein Gesamtprogramm enthalten müsse³²⁹. Dies ist im Rahmen der rein semantischen Betrachtung jedoch zu weit gehend, da auch das reine, nicht moderierte Musikprogramm allein durch die Auswahl der Titel eine – wenn auch geringere – Meinungsbildungsrelevanz enthält. Rein vom Wortlaut des § 2 Abs. 1 RfStV ausgehend reicht demnach jegliche Meinungsbildungsrelevanz für die Subsumtion eines Dienstes unter den Rundfunkbegriff aus – was allerdings gewisse Unschärfen mit sich bringt. Über eine konkretere Abgrenzung wird daher im Rahmen einer am Regelungsziel orientierten Auslegung zu entscheiden sein. Unter Verweis auf die bereits festgestellte Meinungsbildungsrelevanz von Internetradios und Podcasts³³⁰ handelt es sich dem Wortlaut des § 2 Abs. 1 RfStV zufolge insoweit jeweils um Rundfunk.

³²³ vgl. Hoffmann-Riem AfP 1996, 9, 13; Pieper/Wiechmann, ZUM 1995, 82, 85 f.

³²⁴ DLM, *Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten*, S. 5, http://www.alm.de/fileadmin/user_upload/3Strukturpapier.pdf v. 8.5.2007.

³²⁵ Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg, *Mediengesetze*, § 2 RfStV Rn. 7; Gersdorf, AfP 1995, 565, 569.

³²⁶ Schroeder, ZUM 1994, 471, 476; Stettner/Tresenreiter, ZUM 1994, 669, 673; Hoffmann-Riem, AfP 1996, 9, 11.

³²⁷ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, *Rundfunkstaatsvertrag*, § 2 Rn. 8.

³²⁸ Hartstein/Ring/Kreile/Dörr/Stettner, *Rundfunkstaatsvertrag*, § 2 Rn. 8.

³²⁹ Beucher/Leyendecker/v. Rosenberg, *Mediengesetze*, § 2 RfStV Rn. 7.

³³⁰ s. o. Zweiter Teil I. 2. b) S. 66 ff.

2. **Regelungsziele des Rundfunkstaatsvertrages**

Das Ergebnis der wortlautorientierten Auslegung des § 2 Abs. 2 RfStV, wonach Internetmedien letztlich insgesamt unter den Rundfunkbegriff zu fassen wären, bedarf einer genaueren Überprüfung unter Einbeziehung der Regelungsziele der Rundfunkstaatsverträge. Der Rundfunkstaatsvertrag ist das Ergebnis der sich aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG ergebenden Pflicht des Staates, eine positive Rundfunkordnung zu schaffen. Dabei obliegt es dem Gesetzgeber zunächst, über die Grundlinien zu entscheiden, also etwa darüber, ob es einen privaten Rundfunk geben soll. Dann hat er dafür zu sorgen, dass der Rundfunk weder dem Staat noch einzelnen gesellschaftlichen Gruppen ausgeliefert wird und dass die in Betracht kommenden Kräfte im Gesamtprogramm zu Wort kommen können³³¹. Schließlich soll auch noch ein Mindestmaß an inhaltlicher Ausgewogenheit, Sachlichkeit und gegenseitiger Achtung gewährleistet werden³³².

Damit diese Ziele erreicht werden können, sieht das BVerfG aus verfassungsrechtlicher Sicht die Notwendigkeit für ein Erlaubnisverfahren und für eine begrenzte Staatsaufsicht³³³. Vorgesehen ist insoweit in § 20 RfStV eine Zulassungspflicht für privaten Rundfunk, je einen Regelungsabschnitt widmet der Staatsvertrag der Sicherung der Meinungsvielfalt und der Medienaufsicht. Insgesamt ist der Rundfunkstaatsvertrag damit ein Regelwerk, das den in der Rundfunkgeschichte erkannten rundfunktypischen Gefahren entgegenwirken soll. Dazu gehört zum einen die Gefahr einer Instrumentalisierung des Rundfunks durch den Staat oder durch private Marktbeherrscher. Zum anderen begegnet der RfStV der Sorge, dass ein allein wirtschaftlichem Streben folgender Rundfunk eine inhaltliche Vielfalt zugunsten eines werbefreundlichen Angebots vernachlässigen könnte. Damit jenseits der Redaktionen auch andere Meinungsgruppen zu Wort kommen können, schafft der RfStV etwa Zugangsmöglichkeiten für Kirchen und Parteien (§ 42) oder Sendezeiten für unabhängige Dritte (§ 31).

Wenn damit insgesamt der RfStV zur Erfüllung der staatlichen Aufgabe aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG vor allem in der Begegnung rundfunktypischer Gefahren liegt, bedeutet dies auch, dass seine Anwendung dort enden muss, wo diese Gefahren nicht vorliegen.

³³¹ BVerfGE 57, 295, 324 f.; 74, 297, 324; 90, 60, 88.

³³² BVerfGE 12, 205, 263; 57, 295, 325.

³³³ BVerfGE 57, 295, 326; 73, 118, 198.

a) Gefahr der Überregulierung

Neue Dienste im Internet stehen für Innovation, die Entwicklungen im Web 2.0 offenbaren technischen und gesellschaftlichen Fortschritt. Je mehr die Produzenten internetbasierter Audiodienste auch die Wege der kommerziellen Verwertung entdecken, desto mehr neue Wirtschaftszweige entstehen. Eine strenge Rundfunkordnung im Sinne der „schweren Ritterrüstung“ steht diesen Entwicklungen unmittelbar im Weg. Die für moderne Internetdienste charakteristische Leichtigkeit und Schnelligkeit des Marktzutritts passt genauso wenig zu Zulassungsbeschränkungen wie die typische Polarisierung in Bürgermedien zur gesetzlich geforderten inhaltlichen Ausgewogenheit. Damit wird die Frage des Rundfunkbegriffs zum „Zankapfel zwischen Wettbewerbsfähigkeit der deutschen Medienwirtschaft und gesellschaftlicher Verantwortung für die Medien der Zukunft“³³⁴.

Damit Innovationsanreize geschaffen werden, ist es sinnvoll, neue Dienste zumindest zu Beginn ihrer Entwicklung von staatlicher Regulierung freizustellen³³⁵. Diese Ansicht findet ihre Stütze auch in der amtlichen Begründung zum elektronischer Geschäftsverkehr-Vereinigungsgesetz (EIGVG), das u. a. das neue TMG enthält³³⁶. Allerdings ist nicht nur die Entwicklung neuer Dienste vor Überregulierung zu schützen. Längst kann nicht mehr bei sämtlichen Erscheinungen der Medienwelt der Wunsch vermutet werden, dass hiermit die öffentliche Meinungsbildung beeinflusst werden soll. So werden beispielsweise die wenigsten Aktionäre von Pro7 deshalb Aktien erworben haben, weil sie damit Meinungen beeinflussen wollten³³⁷. Vielmehr werden Medien zum Teil ausdrücklich jenseits der politischen und gesellschaftlichen Themen angesiedelt. Bestimmte Medien – wie zum Beispiel das reine Musikprogramm – werden eher mit einer rein dienstleistungsorientierten Ausrichtung veranstaltet³³⁸. Dann sollte ein solcher Dienst jedoch auch eher einem ökonomisch orientierten Regelungssystem begegnen, da andernfalls Maßnahmen der Vielfaltssicherung an dieser Stelle ihren Zweck verfehlen.

Gleichzeitig ist die Rundfunkordnung gehalten, dort eingreifen zu können, wo sich rundfunktypische Gefahren realisieren können. Gefordert wird insoweit, dass Randbereiche abgestoßen werden, damit der Rundfunk im Kern mit seiner rechtlichen

³³⁴ Schulz, ZUM 1996, 487.

³³⁵ Holznagel, MMR 2006, 661, 665.

³³⁶ BT-Drs. 16/3078, S. 11.

³³⁷ Schoch, VVDStRL 57, 158, 194.

³³⁸ Bermanseder, ZRP 1997, 330.

Sonderstellung erhalten bleiben könne³³⁹. In pragmatischeren Ansätzen wird dagegen eine Zweifelsregelung angeregt, nach der neue Dienste im Zweifel nicht unter den Rundfunkbegriff fallen sollen³⁴⁰.

Um der Sorge einer Überregulierung entgegenwirken zu können, sollte Rundfunk im einfachgesetzlichen Sinne zumindest nicht in der weiten, dem reinen Wortlaut entsprechenden Form verstanden werden. Zur Sicherung der Innovationsanreize im Bereich neuer Medien ist eine Lösung zu finden, die bestimmte Internetdienste zumindest zeit- oder teilweise aus der Rundfunkregulierung ausnimmt, wobei gleichzeitig die Besonderheiten des „klassischen“ Rundfunks zu berücksichtigen sind.

b) Deregulierung als Folge der Medienkonvergenz

Die Sorge um eine Überregulierung legt unmittelbar die Vermutung nahe, dass der gesamte zugrunde liegende Regulierungsapparat veraltet ist, und somit demontiert werden müsse. Wenn die Voraussetzungen, die einst die Schaffung der Rundfunkordnung begleiteten, nicht mehr zutreffen, kann auch ein hierauf aufbauendes Regelwerk keine Geltung mehr beanspruchen.

Prägend für die frühe Geschichte des Rundfunkrechts war stets die Tatsache, dass die terrestrische Verbreitung lediglich eine äußerst begrenzte Anzahl an Frequenzen bereithielt. Die Frequenzknappheit bewirkte, dass es nur einen kleinen Kreis von Programmveranstaltern geben konnte. Auch durch die Kabelübertragung hat sich daran im Grunde nichts geändert – es konnten durch neue Übertragungstechniken lediglich mehr Sendeplätze zur Verfügung gestellt werden. Wenn aber für das gesamte Meinungsspektrum nur wenige Kanäle zur Verfügung stehen und dennoch eine gerechte Verteilung stattfinden soll, macht dies Maßnahmen zur Vielfaltssicherung erforderlich. Ebenfalls prägend für die Rundfunkordnung war der teure und aufwändige Produktionsprozess, der früher einer Rundfunksendung zugrunde lag. Allein die mit Gebühren finanzierten öffentlich-rechtlichen Anstalten und später auch die werbefinanzierten privaten Sender waren überhaupt in der Lage, Rundfunk zu veranstalten. Einzelne Meinungsgruppen außerhalb der Sendeanstalten waren daher stets auf Teilhabemöglichkeiten angewiesen. Die Hauptziele der klassischen

³³⁹ Bullinger, FS Winkler, 127, 131.

³⁴⁰ BITKOM, Stellungnahme zum EIGVG und zum 9. RfÄStV, S. 4.

rundfunkrechtlichen Regulierung lag daher bislang im Ausgleich des durch Frequenzknappheit und hohe Marktzutrittsschwellen verursachten Ungleichgewichts³⁴¹.

Seit Radio und Fernsehen auch über das Internet empfangbar sind, hat sich die Programmverbreitung etwa durch Techniken wie peer-to-peer³⁴² von möglichen Grenzen der Übertragungskapazitäten weitgehend emanzipiert. Auch hat die Entwicklung des „Web 2.0“ hin zu einem „user generated content“ dazu geführt, dass für die Produktion eines Audioprogramms nunmehr nur noch ein Rechner, ein Internetzugang und ein Mikrofon erforderlich sind. Damit haben Internetradio und Podcasts genauso wie entsprechende Angebote im Bereich des Online-TV das Potenzial, die gesamte deutsche Medienordnung in Frage zu stellen³⁴³.

Gibt es nur einige wenige Programme, sollte durchaus Wert auf eine inhaltliche Ausgewogenheit gelegt werden. Ist dagegen eine große Anzahl unterschiedlichster Audio-Angebote im Internet aufzufinden, fallen einseitige und unausgewogene Meinungsbeiträge nicht ins Gewicht³⁴⁴. So kann sich die Summe aller internetbasierten Audiodienste zu einem Gesamtbild der inhaltlichen Ausgewogenheit zusammenfügen. Dieses führt schon durch die rein quantitative Entwicklung der Programme dazu, dass auch eine Institutionalisierung des Rundfunks durch den Staat, wie sie die Erfahrung aus dem Dritten Reich befürchten ließ, nicht mehr möglich erscheint³⁴⁵. Genauso wenig droht dann die Gefahr eines privaten Meinungsmonopols, wenn die überindividuelle Kommunikation zur „kleinen Münze des gesellschaftlichen Alltags“ wird³⁴⁶. Eine Vielzahl von Angeboten im Internet sorgt somit dafür, dass sich der gewünschte Pluralismus automatisch realisiert. Diese außenpluralistische Wirkung wird auch von der Rechtsprechung erkannt, die sich inzwischen fragt: „ob angesichts der mittlerweile in sehr großem Maße fortgeschrittenen Übertragungskapazitäten und eines stark fortgeschrittenen Außenpluralismus im Bereich des Rundfunks sowie unter Beachtung der Rechtsprechung vom EGMR und EuGH [...] noch an der bisherigen Rechtsprechung des BVerfG festgehalten werden kann“³⁴⁷.

³⁴¹ Eberle, FS Oppermann, 149.

³⁴² Peer-to-peer-Technik verwendet etwa der neue Dienst für Online-TV Joost. Dadurch, dass die Bandbreitenbelastung im gesamten Netz verteilt wird, können auch größere Datenmengen transportiert werden. Siehe hierzu: [http://de.wikipedia.org/wiki/Joost_\(Software\)](http://de.wikipedia.org/wiki/Joost_(Software)) v. 14.5.2007.

³⁴³ Janik, K&R 2001, 572.

³⁴⁴ Begründung zum Neunten Staatsvertrag zu Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge zu § 54, S. 16, <http://www.lfk.de/gesetzueundrichtlinien/rundfunkstaatsvertrag/download/RStV9-Begrueudung.pdf> v. 21.5.2007.

³⁴⁵ Ory, AfP 1996, 105, 109.

³⁴⁶ Bullinger, *Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation*, 53.

Beteiligungsregelungen, wie sie der Rundfunkstaatsvertrag etwa für Kirchen vorsieht, werden dort überflüssig, wo sich die Vertreter bestimmter Meinungen durch die technisch leicht zu bewältigende Produktion eines Podcasts weltweit Gehör verschaffen können – und damit sogar weit über die Grenzen eines klassischen Sendegebiets hinaus Menschen erreichen können.

Ein besonderes Anliegen der klassischen Rundfunkordnung ist eine Berücksichtigung von Nischenthemen, die jenseits der besonders publikumswirksamen Kassenschlager Eintritt in die Rundfunklandschaft erhalten sollen. Da einem werbefinanzierten Privatrundfunk kaum zugetraut werden konnte, auch ein weites Themenspektrum abzudecken, traf den gebührenfinanzierten und damit finanziell unabhängigeren öffentlich-rechtlichen Rundfunk bislang die Aufgabe der Grundversorgung. Diese umfasste u. a. eine vielfältige Themenauswahl und deren breitenwirksame Verbreitung³⁴⁸. Eine Einschränkung enthält die Aufgabe der Grundversorgung durch den öffentlich-rechtlichen Rundfunk allerdings insoweit, als sie nur erforderlich sein soll, solange der private Rundfunk entsprechende Defizite hinsichtlich der Themenbreite aufweist³⁴⁹. Denkbar wäre damit eine Auflockerung oder gar Auflösung der Grundversorgungsaufgabe.

Hiergegen wird jedoch eingewandt, dass der Grundversorgungsauftrag insofern nicht privatisiert werden könne, als es ja dann immer noch von der Beliebigkeit des Veranstalters abhänge, ob es eine Themenvielfalt gebe³⁵⁰. Dies wäre problematisch, weil es damit keine Gewährleistung für eine tatsächliche Grundversorgung geben könnte.

Untersuchungen von Online-Märkten zeigen jedoch, dass ein Besetzen von Nischenbereichen im Internet eine ganz andere Attraktivität erhält als dies in klassischen Offline-Märkten der Fall ist³⁵¹. Da bei einem Internethandel keine hohen Lager- und Vertriebskosten anfallen, besteht keine Notwendigkeit, sich aus wirtschaftlichen Gründen auf einzelne Bestseller zu beschränken. Vielmehr schätzen die Kunden im Internet gerade die Möglichkeit, auch Nischenprodukte zu erhalten. So sind zum Beispiel 25 % der bei

³⁴⁷ Niedersächsischer Staatsgerichtshof, StGH 4/04 v. 09.06.2005, zu finden unter: <http://www.staatsgerichtshof.niedersachsen.de/web/index.php?page=1922493573&f=1&i=1438545141&s=387292095&ss=1922493573#2005> v. 14.5.2007.

³⁴⁸ s. o. Zweiter Teil I. 2. a) S. 59.

³⁴⁹ zit nach Hesse BayVBl 1997, 132, 138.

³⁵⁰ Hesse, BayVBl 1997, 132, 138.

³⁵¹ Dierking/Möller, MMR 2007, 426, 427.

Amazon verkauften Bücher im normalen Buchhandel nicht erhältlich³⁵². Im Gegensatz zu einer klassischen Buchhandlung, die etwa 100.000 Titel führt, sind bei Amazon 3,7 Millionen Titel erhältlich³⁵³. Diese Tendenz von Internetmärkten, hinsichtlich der Nischenprodukte einen langen Rattenschwanz, den sog. „Long Tail“, auszubilden, lässt sich auch auf die Entwicklungen im Bereich der internetbasierten Audiodienste übertragen³⁵⁴. Geringe Produktions- und Vertriebskosten führen demnach auch in diesem Bereich dazu, dass sich der Markt bis in die kleinsten Nischen hinein ausbreitet. Wenn die natürlichen Kräfte des Marktes jedoch automatisch für eine größtmögliche Themenbreite sorgen können, stellt dies eine Regelung zur Grundversorgung durchaus in Frage³⁵⁵.

Im Ergebnis lassen sich also die Voraussetzungen des einstigen Rundfunkbegriffs nicht einfach auf die durch das Internet bestimmten neuen Lebenssachverhalte übertragen. Das Ziel, unter den früheren Bedingungen eine quantitative und qualitative Vielfalt durch binnenpluralistische Regulierung zu erreichen, muss der Erkenntnis weichen, dass Internetmedien bereits für einen eigenen Außenpluralismus sorgen. Die große Anzahl an Produzenten und deren unterschiedlichste thematische Ausrichtung führt dazu, dass Medien im Internet die Regulierungsziele der klassischen Rundfunkordnung bereits eigenständig realisieren.

Folge dieser Erkenntnisse könnte daher die Forderung nach einer vollständigen Deregulierung im gesamten Rundfunkbereich sein.

c) Vollständige Deregulierung?

Wenn sich die Voraussetzungen der Rundfunkregulierung geändert haben, muss die Rechtfertigung der Regulierung erneut an Art. 5 GG überprüft werden, insbesondere das Vorschreiben von Binnenpluralismus könnte dann unverhältnismäßig sein³⁵⁶. Ein weiterer Faktor für einen gewissen Deregulierungsdruck ist das zunehmende Verschmelzen der unterschiedlichsten Medienformen, die Medienkonvergenz³⁵⁷.

³⁵² Anderson, *The Long Tail*, 26.

³⁵³ Anderson, *The Long Tail*, 26.

³⁵⁴ Dierking/Möller, MMR 2007, 426, 430.

³⁵⁵ Ory, AfP 1996, 105, 108.

³⁵⁶ Bullinger, *Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation*, 55.

³⁵⁷ Hain, K&R 2006, 325, 327.

Während faktisch die Grenzen zwischen Internetmedien und klassischem Rundfunk mehr und mehr verschwinden, knüpft eine Regelung wie der Rundfunkstaatsvertrag nach wie vor an der Unterscheidung zwischen Rundfunk und Telemedien an. Insoweit war die Aufhebung der Unterscheidung zwischen Tele- und Mediendiensten durch die Neuschaffung des TMG ein erster Schritt. Möglicherweise entsprechen jedoch auch die Unterscheidung zwischen Telemedien und Rundfunk und die darauf aufbauenden Regelwerke nicht mehr den tatsächlichen Gegebenheiten.

Eine Forderung geht somit dahin, den staatlichen Auftrag im Bereich des Rundfunks unter den veränderten Vorzeichen erneut zu betrachten und dann festzustellen, dass insoweit kein Tätigwerden mehr verlangt sein kann, sondern allenfalls Präsenz gezeigt werden müsse³⁵⁸. Eine solche Präsenz könnte etwa in einem System der regulierten Selbstregulierung verwirklicht werden, wie es bislang schon im Bereich des Jugendschutzes praktiziert wird. So könnte die Rundfunkindustrie selbst Verhaltenskodizes ausarbeiten, anhand derer die Aufsichtsbehörden dann bei einem Missbrauch sanktionierend einschreiten würden³⁵⁹. Zu Recht wird jedoch ein solches System aufgrund der Erfahrungen im Bereich des Jugendmedienschutzes als illusionär bezeichnet, wenn es Normziele tatsächlich effektiv umsetzen soll³⁶⁰.

Ein anderer Ansatz geht dahin, die Regulierung insgesamt auf ein Marktordnungsrecht in Form einer kartellrechtlichen Kontrolle zu reduzieren³⁶¹. Aus der sonderrechtlichen Rundfunkregulierung, die bislang stets im Vorhinein „ex ante“ reguliert, würde damit eine Ex-post-Kontrolle, die erst dann eingreift, wenn eine konkrete Missbrauchsgefahr entstanden ist. Denkbar wäre ein solches Modell dann, wenn allein durch die Ex-post-Kontrolle tatsächlich die Vorgaben aus Art. 5 GG realisiert werden könnten. In diesem Zusammenhang ist dann sogar ein Aufgeben des dualen Rundfunksystems für möglich zu erachten³⁶².

³⁵⁸ Röger, ZRP 1997, 203, 207.

³⁵⁹ Groebel/Konert, *Fernsehen und Internet: Neue Risiken, neue Regulierungsfragen*, 56.

³⁶⁰ Hain, K&R 2006, 325, 331.

³⁶¹ Hain, K&R 2006, 325, 332; Bertelsmann-Stiftung, Grundsatzpapier: *Kommunikationsordnung 2000*, 1998 S. 13 ff. zu finden unter: http://www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xbcr/SID-0A000F14-EF97F089/bst/d6_ko2000.pdf v. 22.5.2007; Auffassung der Fraktionen der CDU/CSU und FDP in: Enquete Kommission Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft Deutscher Bundestag, *Meinungsfreiheit, Meinungsvielfalt, Wettbewerb*, 6.

³⁶² Lindner, AfP 2005, 429, 433.

Die Zuständigkeiten für eine Ex-post-Regulierung nach kartellrechtlichem Prinzip könnte dann an die Kartellbehörden übertragen werden oder aber es könnte für die inhaltliche Kontrolle eine gemeinsame Bund-/Länderanstalt gebildet werden, während das Bundeskartellamt die Zuständigkeit allein für die Konzentrationskontrolle erhielte³⁶³.

d) Keine vollständige Aufgabe der Regulierung

Die Erweiterung des klassischen Rundfunks um Medien im Internet hat – wie oben festgestellt – dazu geführt, dass einige der Voraussetzungen, auf der die Ex-ante-Rundfunkregulierung des Rundfunkstaatsvertrages fußt, nicht mehr zutreffen. Fraglich ist aber, ob die als Voraussetzung für eine Ex-ante-Regulierung angenommene Sondersituation des Rundfunks damit beendet ist, oder ob nicht vielmehr nach wie vor eine – wenn auch veränderte – Sonderstellung bestehen bleibt³⁶⁴. Dies hätte zur Folge, dass zumindest die vollständige Umstellung der bisherigen Rundfunkregulierung auf eine Ex-post-Kontrolle in kartellrechtlichem Sinne nicht verfassungsgemäß wäre.

Zwar haben die klassischen Rechtfertigungsgründe der Rundfunkregulierung wie Pluralität, Staatsferne und Grundversorgung an Bedeutung verloren. Zweifel bestehen aber durchaus auch daran, ob aus dem Vorhandensein eines vielfältigen und weitgefächerten Angebots allein auch tatsächlich auf Pluralität geschlossen werden kann³⁶⁵. So ist hierbei auch das Phänomen der Nachfragemonotonie zu berücksichtigen³⁶⁶. Wenn also Angebote zu Nischenthemen zwar existieren, dabei aber so weit von den durch Masseninteressen kanalisierten Nachfrageströmungen entfernt sind, dass sie nicht wahrgenommen werden, fällt die Annahme tatsächlicher Pluralität schwerer. Zum Teil wird daher das Vorhandensein von Außenpluralismus in einem privaten Rundfunk von vornherein ausgeschlossen³⁶⁷.

³⁶³ Booz Allen Hamilton, Aufsicht auf dem Prüfstand 1999 Teil 2, Gutachten im Auftrag der Bertelsmann-Stiftung http://www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xbcr/SID-0A000F14-2CDC82E4/bst/d3_aufsicht.pdf S. 5; Hoffmann-Riem/Schulz/Held, *Konvergenz und Regulierung*, 188 ff.

³⁶⁴ so im Ergebnis BVerfG, MMR 2007, 770, 772.

³⁶⁵ Entwurf der SPD-Fraktion, in: Enquete Kommission Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft Deutscher Bundestag, *Meinungsfreiheit, Meinungsvielfalt, Wettbewerb*, 89, 108.

³⁶⁶ Betzler, FS Oppermann, 155, 160.

³⁶⁷ Dörr, FS Oppermann, 121, 126 f.

Abgesehen davon gehört zur Sonderstellung des Rundfunks aber vor allem auch die besondere Faszinationskraft des gesprochenen Wortes bzw. der bewegten Bilder – die nach wie vor besteht. Auch ist für die professionelle Produktion von Hörfunk – gemessen etwa an technischer Ausrüstung, Recherchearbeit, Zeit und Know-how – immer noch ein hoher finanzieller Aufwand erforderlich³⁶⁸. Für Fernsehproduktionen gilt dies in noch höherem Maße. Insofern gelten die geringen Marktzutrittsschranken zwar für den typischen Social-media-Bereich wie etwa bei Podcasts, beziehen sich aber keinesfalls auf den gesamten Rundfunksektor.

Neben diesen alten Problemen verursachen die Entwicklungen von Audioangeboten im Internet aber auch neue Gefahren für die freie öffentliche Meinungsbildung. So ist die starke Verspartung des Angebots durchaus als Risiko anzusehen, wenn sie zu einer starken Kanalisierung der Meinungen führt, etwa weil ein sehr einseitiges Angebot eine besonders große Hörerschaft anzieht. Zudem unterliegt der Medienmarkt im Internet extremen Konzentrationsbestrebungen³⁶⁹. So wirkt sich besonders der globale Wettbewerb auf konvergenten Vertriebswegen konzentrationsfördernd aus, da große Medienunternehmen die Risiken auf den Medienmärkten deutlich besser streuen und beherrschen können als kleine regionale Anbieter³⁷⁰. Wenn allerdings bei der drohenden Gefahr privater „Machtzusammenballungen“ dem Gesetzgeber im Vorhinein die Hände gebunden werden sollen, könnte dies dem Vorrang der Freiheit des Meinungsbildungsprozesses widersprechen³⁷¹. Insofern wird befürchtet, dass nur punktuelle Eingriffe nicht zu einer angemessenen Problemlösung führen würden³⁷². Dies entspricht auch dem Ergebnis des Deutschen Juristentages des Jahres 2002, auf dem die Überführung der Rundfunkregulierung in eine kartellrechtliche Ex-post-Kontrolle mit deutlicher Mehrheit abgelehnt wurde³⁷³. Genauso bestärkte das BVerfG in den Jahren 1996 und zuletzt 2007 und damit durchaus im Angesicht der Veränderungen durch Internetmedien die frühere Forderung, dass der Rundfunk nicht dem freien Spiel der Kräfte überlassen werden dürfe³⁷⁴. So werde das Erfordernis einer positiven Ordnung des Rundfunkwesens und damit letztlich einer Ex-ante-Regulierung auch durch die neueren

³⁶⁸ Misserre, *Rundfunk-, Multimedia- und Telekommunikationsrecht*, 2006, 89.

³⁶⁹ Misserre, *Rundfunk-, Multimedia- und Telekommunikationsrecht*, 2006, 89.

³⁷⁰ Gounalakis, AfP 2004, 394.

³⁷¹ Hesse, BayVbl 1997, 132, 134; Dörr, *Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Europa*, 58.

³⁷² Hesse, BayVbl 1997, 132, 134.

³⁷³ Der Vorschlag: „Auf gesonderte publizistische Medienkonzentrationsregeln kann zugunsten einer rein kartellrechtlichen Kontrolle verzichtet werden“ wurde mit 8 zu 23 Stimmen abgelehnt bei 3 Enthaltungen, Beschlüsse des Deutschen Juristentages Berlin 2002 B I. 14.

³⁷⁴ BVerfGE 57, 295, 320, 322; BVerfG MMR 2007, 770, 772.

technischen Entwicklungen nicht in Frage gestellt und sei insbesondere erforderlich, da Fehlentwicklungen in Form von konzentrierter Meinungsmacht im Nachhinein kaum zu beheben seien³⁷⁵. Auch auf europäischer Ebene hat man inzwischen festgestellt, dass allein die europäische Fusionskontrolle oder die kartellrechtliche Missbrauchsaufsicht nicht in der Lage sind, Meinungsvielfalt zu garantieren und möchte deshalb eine europäische Pluralismussicherung auf den Weg bringen³⁷⁶.

Die Sondersituation des Rundfunks besteht also weiterhin³⁷⁷, eine vollständige Aufgabe der bisherigen publizistischen Sonderregulierung kann damit nicht vollzogen werden. Dennoch sind die Ansätze zu bedenken, die dort nach kartellrechtlichem Muster regulieren wollen, wo die typischen Gefahren des Rundfunks in seiner Sondersituation nicht zutage treten können. Wo also der Schutz der öffentlichen Meinungsbildung nach wie vor eines absoluten Vorranges bedarf, sollte weiterhin eine publizistische Ex-ante-Regulierung stattfinden. Wo dagegen rundfunktypische Gefahren durch internetspezifische Veränderungen an Bedeutung verlieren, ist im Interesse der Innovation und der Sozialisierung der Medienherstellung auf eine am Kartellrecht orientierte Ex-post-Kontrolle auszuweichen. Im Sinne einer Harmonisierung des kartellrechtlichen und des publizistischen Regulierungsansatzes sollte sich also das Rundfunkrecht dort zurücknehmen, wo eine wettbewerblich orientierte Konzentrationskontrolle als ausreichend anzusehen ist³⁷⁸. Zu lösen bleibt damit die Frage, wie eine solche Regulierungsflexibilität auf der Grundlage der bestehenden, eher unflexiblen Regulierungsinstrumente erreicht werden kann.

Zusammenfassend betrachtet liegen somit die Regelungsziele des RfStV nach wie vor in seiner dem analogen Rundfunk entstammenden Aufgabe, rundfunktypischen Gefahren wie der Instrumentalisierung oder der Manipulation regulierend vorzugreifen. Daneben besteht der Auftrag des Regelungswerkes aber auch darin, Innovationsanreize durch Regulierungsfreiräume dort zu schaffen, wo Meinungsvielfalt – etwa durch Long-Tail-Effekte im Internet – bereits aus sich heraus entsteht, ohne dabei die Instrumentarien einer Missbrauchskontrolle aus der Hand zu geben.

³⁷⁵ BVerfGE 95, 163, 172 f.

³⁷⁶ Zagouras, AfP 2007, 1.

³⁷⁷ Hesse, BayVbl 1997, 132, 134 f.; Entwurf der SPD-Fraktion, in: Enquete Kommission Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft Deutscher Bundestag, *Meinungsfreiheit, Meinungsvielfalt, Wettbewerb*, 118; Gounalakis, AfP 2004, 394, 395.

³⁷⁸ Gounalakis, AfP 2004, 394, 397.

3. Das System der abgestuften Regulierung

Wenn eine Pluralismussicherung also weiterhin erforderlich bleibt, sollte mit Rücksicht auf den geringeren Regulierungsbedarf bei reinen Internetmedien eine Abstufung vorgenommen werden³⁷⁹. Eine solche abgestufte Regelungsdichte sollte es ermöglichen, das kleine neue Internetmedien bis zum Erreichen einer bestimmten Größe oder bis zu einem bestimmten Grad der Annäherung an klassischen Rundfunk von der Regulierung befreit werden oder doch zumindest bestimmten einschränkenden Regulierungsmaßnahmen wie der Zulassung oder binnenpluralistischen Regelungen nicht unterfallen³⁸⁰. Ein „Grundsockel“ an Verpflichtungen – etwa aus dem Bereich des Jugendschutzes – sollte dagegen für alle Dienste gelten, die Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne sind³⁸¹. Vergleichbare Pläne finden sich auch auf europäischer Ebene, wo im Rahmen des Reding-Wallström-Plans zur Pluralismussicherung in Europa eine unterschiedliche Regulierungsdichte für die verschiedenen Medienbereiche beabsichtigt ist³⁸².

Dabei ist zunächst vorauszusetzen, dass – wie im „Niedersachsen-Urteil“ durch das BVerfG bestätigt – es bei der Schaffung eines Regulierungsrahmens auf die Gesamtmodellkonsistenz in Bezug auf die Vorgaben der Rundfunkfreiheit ankommt³⁸³. Erfüllt bereits ein öffentlich-rechtlicher Rundfunk etwa die Vorgaben der Grundversorgung, können an den privaten Rundfunk insgesamt geringere Anforderungen gestellt werden. Auch über das Modell des dualen Rundfunksystems hinaus kann somit der Gesetzgeber Modelle beliebig kombinieren, solange er dabei das Ziel des Art. 5 GG nicht aus den Augen verliert³⁸⁴. Denkbar ist damit ein Gesamtmodell der Rundfunkregulierung, das im Bereich des öffentlich-rechtlichen Rundfunks an die Pluralismussicherung sehr hohe Anforderungen stellt, einen privaten Rundfunk mit geringeren Anforderungen ausstattet und reine Internetmedien, die sich bzgl. rundfunktypischer Gefahren vom klassischen Rundfunk unterscheiden lassen, einer rein kartellrechtlich orientierten Ex-post-Regulierung unterwirft. Dabei müsste dann das Maß der rundfunkrelevanten Regelungsdichte für die Internetmedien durch die Waage der wirtschaftsorientierten Liberalisierung einerseits und der programmbezogenen Qualitätssicherung andererseits bestimmt werden³⁸⁵.

³⁷⁹ Dörr, FS Oppermann, 121, 127.

³⁸⁰ Holznagel, MMR 2006, 661, 665.

³⁸¹ Pieper, ZUM 1995, 552, 557.

³⁸² Zagouras, AfP 2007, 1, 4.

³⁸³ BVerfGE 73, 118, 157.

³⁸⁴ BVerfG, NJW 1991, 899, 904.

³⁸⁵ Betzler, FS Oppermann, 155.

Die Ansicht, dass ein Medium umso mehr an Rundfunkregelung erfahren muss, je mehr klassische Meinungsbildung es enthält, wurde bereits vor Schaffung der IuK-Gesetze und des MDStV im Jahr 1997 vertreten³⁸⁶. Genauso unterschied auch das BaWü-LMediengesetz schon vorher zwischen Rundfunk und „rundfunkähnlichen Kommunikationsdiensten“³⁸⁷.

Mit dem MDStV wurde diese Erkenntnis schließlich länderübergreifend umgesetzt: Den gegenüber dem RfStV weniger eingriffsintensiven Regelungen unterfielen nach § 2 Abs. 1 MDStV alle an die Allgemeinheit gerichteten Informations- und Kommunikationsdienste in Text, Ton oder Bild, die unter Benutzung elektromagnetischer Schwingungen ohne Verbindungsleitung oder längs oder mittels eines Leiters verbreitet werden. Vom Rundfunk nach § 2 RfStV unterschieden sich Mediendienste also allein durch das Merkmal der „Darbietung“³⁸⁸. Im Gegensatz zum Rundfunk waren Mediendienste zulassungsfrei, genossen besondere Haftungsprivilegien und waren inhaltlich weitgehend frei. Lediglich die Regelungen des Jugendschutzes, eine Impressumspflicht und etwa die Trennung von Bericht und Kommentar sowie von Werbung und redaktionellen Inhalten waren zu beachten. Damit war der MDStV ein erster Schritt bei der Modernisierung der Medienordnung im Sinne einer abgestuften Regulierung mit dem Ziel, „dass die neuen Dienste der Informationsgesellschaft in ihrer wirtschaftlichen Entwicklung nicht durch traditionell auf den Rundfunk zugeschnittene Vorgaben beeinträchtigt werden sollten“³⁸⁹.

Die neue Regelung des TMG, die laut § 1 TMG für alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste gilt, die nicht Telekommunikationsdienst und nicht Rundfunk sind, knüpft insoweit unmittelbar an den MDStV unter Beibehaltung des inhaltlichen Konzepts an. So verbirgt sich hinter der Unterscheidung zwischen Rundfunk und Telemedien auch weiterhin eine unterschiedliche Funktion hinsichtlich der Meinungsbildung³⁹⁰.

Das derzeitige Rundfunkregulierungssystem gibt also eine abgestufte Regulierungsdichte bereits vor. Internetmedien, die kein Rundfunk sind, unterfallen den weniger strengen

³⁸⁶ Eberle, ZUM 1995, 249, 255.

³⁸⁷ Bermanseder, ZRP 1997, 330, 331.

³⁸⁸ s. o. Zweiter Teil II 1. c) S. 76 f.

³⁸⁹ BT-Drs. 16/3078, S. 11.

³⁹⁰ BT-Drs 16/3078 S. 11.

und damit innovationsfreundlicheren Regelungen des TMG. Damit besteht zunächst keine Notwendigkeit, den einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff im Sinne der reinen Wortlautauslegung sehr weit zu verstehen, da für Dienste, die zwar verfassungsrechtlich, nicht aber einfachgesetzlich Rundfunk sind, Auffangregelungen bestehen. Offen ist damit aber weiterhin, wo und anhand welcher Kriterien eine Grenze zwischen streng reguliertem „Rundfunk“ einerseits und den innovationsfreundlicher behandelten „Telemedien“ andererseits zu ziehen ist. Eine Antwort darauf geben auch die Begründungen zum TMG und zum 9. RfÄStV nicht, wenn sie „Simulcasting“ und „Webcasting“ vom TMG ausschließen, ohne diese Begriffe im Zusammenhang mit der Abgrenzung näher zu bestimmen³⁹¹. Zu suchen ist daher nach einer Schwelle, die eine Trennung von Rundfunk und Telemedien markiert und dabei möglichst beweglich ist, damit die begrenzten Kontrollressourcen der Medienaufsicht effektiv einsetzbar sind und gleichzeitig optimal auf die Besonderheiten der Internetmedien reagieren können³⁹².

4. Verzicht auf eine Abgrenzung anhand des Rundfunkbegriffs?

Angesichts der Schwierigkeit, Rundfunk zielgenau von Telemedien abzugrenzen, drängt sich die Idee auf, weg von der begrifflichen Unterscheidung allein das Ziel der jeweiligen Einzelregelung zu betrachten³⁹³. Jenseits der „Begriffsjurisprudenz“ wäre damit unabhängig von einer Zuordnung zum Rundfunkbegriff von einer Einzelnorm genau der Dienst betroffen, der vom jeweiligen Regelungsziel umfasst wird. Auch die Abstufung der Regelungsdichte würde dann erst anhand der Einzelnorm vorgenommen werden und der Rundfunkbegriff selbst an Bedeutung verlieren³⁹⁴. Beispielsweise könnte als Regelungsziel der Zulassungspflichtigkeit so vor allem der Überblick über bestehende Angebote betrachtet werden - insbesondere im Hinblick auf möglicherweise erforderlich werdende weitere Regulierungsmaßnahmen. Derartige Regulierungsmaßnahmen werden aber nur dann erforderlich sein, wenn ein Angebot einer gewissen Nachhaltigkeit unterliegt. Eine Serie, deren Produktion bereits nach der 2. Folge eingestellt wird, bedarf

³⁹¹ BT-Drs 16/3078 S. 13; Begründung zum Neunten Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge, S. 4, <http://www.lfk.de/gesetzundrichtlinien/rundfunkstaatsvertrag/download/RStV9-Begrueundung.pdf> v. 21.5.2007. Insofern fordert Ricke, *Neue Dienstekategorien im Zuge der Konvergenz der Medien*, 20, dringend eine Konkretisierung der Zuordnungskriterien.

³⁹² Kresse/Heinze, AfP 1995, 574, 577.

³⁹³ Sander, FS Oppermann, 187.

³⁹⁴ Betzler, FS Oppermann, 155, 168 f.

daher keiner Zulassung. Kriterien der Zulassungspflichtigkeit wären demnach unter anderem anhand der Nachhaltigkeit zu bestimmen.

Angeichts der Tatsache, dass aber bereits durch die verschiedenen Gesetzeswerke eine Abstufung der Regelungsdichte – angeknüpft am Rundfunkbegriff – vorhanden ist, wäre eine weitere Unterscheidung anhand von Einzelnormen hier weder erforderlich noch der Übersichtlichkeit zuträglich. Vor allem angesichts der ansonsten entstehenden Rechtsunsicherheit und –unklarheit sollte daher auf ein Beibehalten der eindeutigen Abgrenzung zwischen Rundfunk und Telemedien gesetzt werden.

5. Kriterien der Abgrenzung

Festzumachen sind damit die Kriterien, nach denen neue Dienste, die in ihrer wirtschaftlichen Entwicklung nicht durch strenge Rundfunkregelungen beeinträchtigt werden sollen, als Telemedien einzuordnen sind, Medien, bei denen sich rundfunktypische Gefahren realisieren können dagegen dem Rundfunkbegriff unterfallen. Gleichzeitig soll auch die Vorgabe der amtl. Begründung zum TMG berücksichtigt werden, wonach Webcasting und Simulcasting trotz ihrer Neuheit und Internetgebundenheit ausdrücklich keine Telemedien sind.

Anzulehnen ist diese Unterscheidung an die Besonderheit des Rundfunks, die Hörer nach Art eines „Rattenfängers“ in seinen Bann ziehen zu können. Für diese besondere Anziehungskraft haben sich die Schlagworte der Aktualität, der Breitenwirkung und der Suggestivkraft etabliert, die Rundfunk als Medium mit rundfunktypischen Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung charakterisieren³⁹⁵.

Die Aktualität eines Angebots führt dazu, dass sich beim Nutzer der Eindruck verfestigt, er sei selbst Teil des Geschehens und dass er daher zu einer meinungsbildenden Auseinandersetzung motiviert wird³⁹⁶. Die Breitenwirkung ist durch den Multiplikationseffekt gekennzeichnet, der entsteht, wenn derselbe Inhalt zeitgleich von

³⁹⁵ BVerfGE 90, 60, 87; Gersdorf, *Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation*, 146; DLM, *Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten*: www.alm.de/fileadmin/user_upload/3Strukturpapier.pdf v. 18.5.2007.

³⁹⁶ DLM, *Erstes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten*, S. 3 http://www.alm.de/fileadmin/Download/Positionen/strukturpapier_1_97.pdf v. 21.5.2007.

einer Vielzahl an Nutzern empfangen wird³⁹⁷. Schließlich wirkt die Suggestivkraft über den Eindruck der Authentizität, den der Nutzer bei akustisch oder visuell wahrgenommenen Inhalten viel eher hat als etwa bei gelesenen³⁹⁸.

Das Vorliegen dieser Merkmale könnte zum einen anhand äußerlich feststellbarer Kriterien ausgemacht werden oder sich erst aus einer inhaltlichen Betrachtung ergeben.

a) Abgrenzung nach Linearität

Auf der Suche nach einem möglichst pragmatischen und einfach handhabbaren Abgrenzungskriterium zwischen klassischem Rundfunk einerseits und Internetmedien andererseits lockt die Versuchung, auf technische Merkmale auszuweichen. Anzulehnen wäre eine solche technisch orientierte Betrachtung an die Unterscheidung zwischen Verteil- und Abrufdiensten.

Der Hörer des klassischen Hörfunks ist seinem Sender ausgeliefert, seine unmittelbaren Einflussmöglichkeiten beschränken sich auf das Ein- oder Ausschalten einer Sendung. Das verführt ihn zu einer passiven Nutzerhaltung, dazu, sich vom Programm berieseln zu lassen. In dieser intellektuellen Passivhaltung wird sodann eine gesteigerte Empfänglichkeit für mögliche Beeinflussungen vermutet, die den Nutzer zum potentiellen Opfer rundfunktypischer Suggestivkraft macht³⁹⁹.

Im Gegensatz dazu bieten Abrufdienste dem Hörer die Möglichkeit, sich ein eigenes Programm zusammenzustellen, der eigene Programmdirektor zu sein⁴⁰⁰. Ein solches aktives Nutzerverhalten wirkt sich nicht unerheblich auf die Stärke der suggestiven Wirkung eines Mediums aus. Der interaktiv eingebundene Hörer gibt sich nicht so leicht dem vollkommen unkritischen Konsumieren hin, eher wechselt er den Diensteanbieter, überspringt Inhalte oder setzt das Studium interessanter Passagen zu einem späteren Zeitpunkt fort.

³⁹⁷ DLM, *Erstes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten*, S. 3 http://www.alm.de/fileadmin/Download/Positionen/strukturpapier_1_97.pdf v. 21.5.2007.

³⁹⁸ DLM, *Erstes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten*, S. 3 http://www.alm.de/fileadmin/Download/Positionen/strukturpapier_1_97.pdf v. 21.5.2007.

³⁹⁹ Lent, K&R 2003, 502, 504.

⁴⁰⁰ Hesse, *Rundfunkrecht*, 80 f.

Eine Unterscheidung ließe sich insoweit also anhand der Rückkanalfähigkeit machen⁴⁰¹. Technisch entspricht dies der Unterscheidung zwischen linearen und nicht-linearen Diensten. Während lineare Dienste wie in einer Einbahnstraße in nur einer Richtung verbreitet werden, befinden sich nicht-lineare Dienste in einer Netzstruktur, die eine Kommunikation in alle Richtungen erlaubt⁴⁰².

Was Abrufdienste weiterhin von den Verteildiensten unterscheidet ist deren fehlende Simultaneität. Während das linear verbreitete Programm zur gleichen Zeit an eine Vielzahl von Empfängern gesendet wird, bestimmt beim nicht-linearen Dienst der Nutzer selbst den Zeitpunkt seines Abrufs und seiner Nutzung. Die lineare Verbreitung geht also von einem zentralen Punkt aus und erreicht gleichzeitig eine Vielzahl von Empfangspunkten. Insoweit spricht man auch von einer „point-to-multipoint-Verbindung“. Demgegenüber ist die Verbindung bei einem nicht-linearen Dienst stets die durch den Nutzerabruf hergestellte Verbindung zwischen zwei Einzelpunkten, die sog. „point-to-point-Verbindung“⁴⁰³.

Indem nun ein Hörfunkprogramm gleichzeitig an alle Empfänger ausgestrahlt wird, erhält es seine rundfunktypische Wirkungsweise auch dadurch, dass es den Hörer anders fesseln kann. Möchte er das Programm verfolgen, so muss er dabeibleiben und kann nicht – wie der Nutzer eines Abrufdienstes – das Ende einer Sendung zu einem beliebigen anderen Zeitpunkt hören. Genau in dieser Fesselung, die unmittelbar mit der Gleichzeitigkeit der Ausstrahlung an alle zusammenhängt, liegt die Breitenwirkung, die ein Dienst dann auf ein größeres Publikum haben kann⁴⁰⁴.

Konsequenz einer Abgrenzung anhand der Linearität und Simultaneität wäre es, den linear und in einer „point-to-multipoint-Verbindung“ verbreiteten Dienst als Rundfunk anzusehen, den nicht-linear und „point-to-point“ verbreiteten Dienst dagegen als Telemediendienst nach dem TMG zu behandeln. Ein Abrufdienst könnte damit kein Rundfunk sein, egal wie meinungsbildend sein Inhalt ist⁴⁰⁵.

Gleichzeitig ließe sich so auch eine Trennschärfe für die pauschale Zuordnung des Online-Rundfunks zum Rundfunk herleiten. Unter den Rundfunkbegriff fiel demnach

⁴⁰¹ Pieper/Wiechmann, ZUM 1995, 82.

⁴⁰² Janik, K&R 2001, 572, 574.

⁴⁰³ Betzler, FS Oppermann, 155, 157.

⁴⁰⁴ Classen, FS Oppermann, 53, 65.

⁴⁰⁵ Ring, ZUM 1998, 358, 361.

das als Stream verbreitete Gesamtprogramm ohne jegliche Einflussmöglichkeit des Nutzers. Jede Form des rückkanalfähigen Internetradios, das etwa das Überspringen eines Titels anbietet, wäre demnach genauso als Telemediendienst anzusehen wie jede Form des Podcasts.

b) Der europäische Rundfunkbegriff

Eine Stütze findet diese Lösungsmöglichkeit für eine Unterscheidung von Rundfunk und Telemediendiensten auch im Blick auf den europäischen Rundfunkbegriff⁴⁰⁶. Dieser war zunächst auf Seiten der Rechtsprechung von starker Zurückhaltung geprägt. Eine genaue Aussage oder gar Definition des Rundfunkbegriffs war vom EuGH lange nicht zu vernehmen⁴⁰⁷. Erst im Rahmen der Near-Video-on-Demand-Entscheidung aus dem Jahr 2005, in der es um die für Fernsehen geltenden Quotenregelungen ging, äußerte sich der EuGH zum Fernsehbegriff. Fernsehen liege demnach vor, wenn eine Sendung gleichzeitig an eine unbestimmte Zahl möglicher Zuschauer übertragen wird – kein Fernsehen sei dagegen ein Dienst, der erst auf individuellen Abruf hin erbracht wird⁴⁰⁸.

In diesem Sinne finden sich Definitionen für Fernsehen auch in der Fernsehrichtlinie, die bereits in der Version von 1989⁴⁰⁹ Abrufdienste ausdrücklich ausschloss⁴¹⁰. Auch in der neuen Fernsehrichtlinie⁴¹¹ wird anhand des Merkmals der Linearität unterschieden. Nicht-lineare Dienste sollen demnach geringerer Regelungsintensität unterworfen werden⁴¹². Genauso geht die E-Commerce-RL⁴¹³ von einem engeren Rundfunkbegriff aus, wenn sie Abrufdienste zu den dort genannten Diensten der Informationsgesellschaft und nicht zum Rundfunk zählt⁴¹⁴. Eine klare Abgrenzung für den Hörfunk liefert der Blick nach Europa damit nicht, da jeweils vom Fernsehbegriff ausgegangen wird.

⁴⁰⁶ Betzler, FS Oppermann, 155, 157.

⁴⁰⁷ Classen, FS Oppermann, 53, 55.

⁴⁰⁸ EuGH, MMR 2005, 517, 518.

⁴⁰⁹ Richtlinie 89/552/EWG des Rates vom 3. Oktober 1989 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität.

⁴¹⁰ Classen, FS Oppermann, 53, 55; Gersdorf, *Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation*, 70.

⁴¹¹ Richtlinie 2007/65/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates v. 11. Dezember 2007 zur Änderung der Richtlinie 89/552/EWG des Rates zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Ausübung der Fernsehaktivität.

⁴¹² Kleist/Scheuer, MMR 2006, 206.

⁴¹³ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 8. Juni 2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt.

⁴¹⁴ Degenhart, K&R 2007, 1, 3.

Dennoch ist eine Abgrenzung anhand der Linearität auf Gemeinschaftsebene inzwischen als gängige Praxis anzusehen. Dies ist u. a. damit zu begründen, dass dem europäischen Rundfunkverständnis ein eher ökonomisch geprägtes Weltbild zugrunde liegt und insoweit unabhängig von der Bedeutung für die Meinungsfreiheit ein eindeutiges und praktikables Abgrenzungskriterium erforderlich war⁴¹⁵.

c) Kritik am Merkmal der Linearität

Die derzeitige Praktikabilität des Abgrenzungskriteriums der Linearität ist kaum zu bestreiten. Der Blick auf technische Entwicklungen zeigt allerdings, dass diese Abgrenzung schon bald in ihren Grenzen verschwimmen wird. Schließlich ermöglicht die digitale Verbreitungsform immer mehr interaktive und damit nicht-lineare Formen des Rundfunks. Damit kann zukünftig der Zuschauer aktiv mitbestimmen und etwa über Handlungsalternativen eines Krimis entscheiden, ohne dass das Programm damit aber zu einem reinen Abrufdienst würde⁴¹⁶.

Ein anderes Beispiel sind hier etwa Dienste wie Pandora oder last.fm. Diese Angebote beinhalten in ihrer bisherigen Form einen Rückkanal, über den der Nutzer Musikstücke überspringt oder positiv bewertet und damit dem Programm seinen persönlichen Musikgeschmack „beibringt“. Insoweit ist der Dienst nicht-linear. Ist allerdings die „Lernphase“ abgeschlossen, kann derselbe Dienst anschließend als höchstpersönliches Geschmacksradio auch auf linearem Weg übermittelt werden. Eine veränderte Regulierung erscheint deshalb aber nicht erforderlich zu sein.

Auch für die Fernsehrichtlinie wird deshalb empfohlen, zumindest zusätzlich zur Frage der Linearität auch die der Meinungsbildungsrelevanz bei der Abgrenzung mit einzubeziehen⁴¹⁷.

Ob dennoch eine Übertragung der Kriterien des europäischen Rundfunkbegriffs auf eine deutsche Abgrenzung von Rundfunk und Telemedien in Frage kommt, hängt vor allem von der Grundausrichtung des deutschen Rundfunkrechts ab. Anders als das ökonomisch ausgerichtete europäische Recht liegt der Abgrenzung des Rundfunkbegriffs im

⁴¹⁵ Stender-Vorwachs/Theißen, ZUM 2006, 362, 369.

⁴¹⁶ Schütz, MMR 2005, Heft 9, VIII, XI.

⁴¹⁷ Stender-Vorwachs/Theißen, ZUM 2006, 362, 367.

deutschen Recht die Frage der Relevanz für die öffentliche Meinungsbildung zugrunde⁴¹⁸. Nur wenn diese gegeben ist, soll die Rundfunkregulierung greifen. Ein Ausweichen auf rein technische Abgrenzungskriterien erscheint also schon insoweit fragwürdig. Eine Pflicht zur deutschen Übernahme des europäischen Rundfunkbegriffs aus der Fernsichtlinie besteht indes nicht⁴¹⁹. Der Begriff kann durchaus auch kontrovers behandelt werden, schließlich hängt die Weite des Rundfunkbegriffs immer vom Telos des jeweiligen Regelungswerkes ab⁴²⁰. In diesem Zusammenhang ist zu beachten, dass sich die grenzüberschreitenden europäischen Regelungen stets auf den Bereich von Wirtschaft und Technik konzentrieren. Der gesamte Kulturbereich wie etwa die Meinungsvielfalt im Rundfunk ist dagegen Sache der Mitgliedstaaten, so dass eine Übernahme europäischer Begriffe nicht angezeigt ist⁴²¹. Sollte sich also herausstellen, dass das Kriterium der Linearität dem Regelungsziel der Schaffung freier öffentlicher Meinungsbildung nicht entspricht, kann eine deutsche Abgrenzung unabhängig von der Fernsichtlinie oder der EuGH-Rechtsprechung erfolgen.

Für eine Abgrenzung nach Linearität sprechen die Unterschiede bei Gleichzeitigkeit und Interaktivität. Jedoch verliert das Merkmal der Gleichzeitigkeit an Gewicht, je mehr das Internet als Medium an Bedeutung gewinnt. Für einen Nutzer, der die Tagesschau je nach Umständen einmal zuhause am Fernsehgerät, einmal unterwegs als Videopodcast ansieht, ist es lediglich eine Frage der Zweckmäßigkeit, ob nun ein Abruf- oder ein Zugriffsdienst verwendet wird⁴²². Ob er denselben Inhalt um 20 Uhr oder ansonsten erst eine Viertelstunde später wahrnimmt, hat auf die publizistische Wirkung dann keinen Einfluss mehr⁴²³. Zu bedenken bleibt darüber hinaus, dass der Nutzer eines Verteildienstes letztlich durch sein Ein- oder Ausschalten den Zeitpunkt seiner Nutzung bestimmen kann und daher mitnichten dem Programmveranstalter vollends ausgeliefert ist, so dass eine Differenzierung an dieser Stelle aus Sicht des Rundfunktypischen kaum sinnvoll erscheint⁴²⁴.

Die Interaktivität, die rückkanalfähigen Diensten zur Verfügung steht, führt dazu, dass sich ein Höchstmaß an Informationsfreiheit realisiert, wenn jeder Nutzer sein eigener

⁴¹⁸ Schreier, MMR 2005, 519.

⁴¹⁹ Betzler, FS Oppermann, 155, 164.

⁴²⁰ BVerfGE 74, 297 ff.(350)

⁴²¹ Pieper, ZUM 1995, 552, 558; siehe dazu auch das UNESCO-Übereinkommen zum Schutz und zur Förderung der Vielfalt kultureller Ausdrucksformen, insb. Art. 6 Abs. 2h).

⁴²² Gersdorf, AfP 1995, 565, 571.

⁴²³ Hesse, BayVBl 1997, 132, 135.

⁴²⁴ Gersdorf, AfP 1995, 565, 571.

Programmdirektor sein kann⁴²⁵. Dies führt allerdings nicht automatisch dazu, dass sich die Suggestionskraft des Dienstes verringert. Zu berücksichtigen ist vielmehr auch, dass ein Nutzer, der sich einen speziellen Dienst explizit herausgesucht hat, für dessen Inhalte auch empfänglicher ist als etwa für ein permanent nebenbei laufendes Programm, dem er unter Umständen nur geteilte Aufmerksamkeit schenkt⁴²⁶.

Damit spiegelt das Kriterium der Linearität die Abgrenzung nach Aktualität, Breitenwirkung und Suggestionskraft nur begrenzt wieder. Jenseits der rein quantitativen Unterscheidung zwischen Abruf- und Verteildienst könnte stattdessen vielmehr das Bedürfnis bestehen, einzelne Dienste im Hinblick auf den Rundfunkbegriff flexibler zu handhaben⁴²⁷. Genauere Hinweise auf eine solche einzelfallbezogene Form der Abgrenzung könnten sich in § 20 Abs. 2 RfStV finden.

§ 20 RfStV betrifft die Zulassungspflicht solcher elektronischer Informations- und Kommunikationsdienste, die dem Rundfunk zuzuordnen sind. Dabei stellt die zuständige Landesmedienanstalt im Einvernehmen mit allen anderen Landesmedienanstalten fest, ob die Rundfunkeigenschaft gegeben ist oder nicht. Hieraus ergibt sich de facto eine Zweifelsregelung, bei der eine positive Entscheidung aller Medienanstalten erforderlich ist, damit ein Dienst als Rundfunk behandelt wird. Wird unter den Landesmedienanstalten keine Einigung erzielt, gilt der Dienst als Telemediendienst⁴²⁸.

Zwar lässt sich insoweit vermuten, dass sich die Landesmedienanstalten aufgrund des Prozessrisikos zunächst scheuen könnten, entsprechende Feststellungen zu treffen. Schließlich hätten diese unmittelbare Rechtswirkung und könnten daher gerichtlich angefochten werden⁴²⁹.

Allein das Bestehen einer solchen Zweifelsregelung spricht aber dafür, dass eine Abgrenzung nicht anhand eindeutiger technischer Kriterien erfolgen kann. Erst wenn auch Zweifelsfälle möglich sind, erhält eine solche Regelung einen Sinn. Zwar könnte an § 20 Abs. 2 RfStV ein derart restriktiver Maßstab angelegt werden, dass nur

⁴²⁵ Hesse, BayVBl 1997, 132, 135.

⁴²⁶ Schulz, in Hahn/Vesting, *Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht*, § 2 Rn. 19.

⁴²⁷ Röger, ZRP 1997, 203, 205.

⁴²⁸ Begründung zum Neunten Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge, S. 10 <http://www.lfk.de/gesetzeundrichtlinien/rundfunkstaatsvertrag/download/RStV9-Begrueundung.pdf> v. 21.5.2007.

⁴²⁹ Hesse, BayVBl. 1997, 132, 136.

Verteildienste auch Rundfunk sein können⁴³⁰. Dem steht allerdings entgegen, dass § 20 Abs. 2 RfStV keinerlei Unterschiede hinsichtlich der Verteilform berücksichtigt, so dass sich für eine solche Annahme keine rechtliche Grundlage findet⁴³¹. Vielmehr ist § 20 Abs. 2 RfStV daher als eine Kollisionsnorm zu verstehen, die die Übergänge zwischen den überlappenden Regelungsbereichen fließend gestalten soll⁴³². Der Vorgabe fließender Grenzen widerspricht jedoch eine technisch orientierte Abgrenzung⁴³³.

d) Notwendigkeit einer flexiblen Abgrenzbarkeit

Wie wichtig eine flexibel handhabbare Abgrenzung zwischen Rundfunk und Telemedien sein kann, zeigt der Blick auf die Entwicklungen im Web 2.0. Waren etwa Weblogs bis vor einigen Jahren noch belächelte Tagebuchangebote einzelner Sonderlinge, so können wichtige internationale Blogs inzwischen ein Millionenpublikum mit entsprechender Meinungsmacht erreichen. Eine vergleichbare Entwicklung ist angesichts der wachsenden Bedeutung des Internets auch für abrufbasierte Internetradios oder Podcasts denkbar. Obwohl ein Teil der Breitenwirkung durch die Form eines Abrufdienstes verloren geht, können dennoch Suggestionskraft und Aktualität eines Internetmediums dazu beitragen, dass sich rundfunktypische Gefahren für die öffentliche Meinungsbildung realisieren. Eine hohe meinungsbildende und –prägende Wirkung besonders für Jugendliche wird daher bei Internetmedien für möglich gehalten⁴³⁴. In diesem Fall sollte ein solcher Abrufdienst jedoch auch über den RfStV regulierbar sein⁴³⁵. Schließlich betrifft diese Situation genau den aus Art. 5 Abs. 2 GG resultierenden Auftrag zur Sicherung der Meinungsbildung, der als ein Teil kultureller Identität nicht der Einfachheit und Eindeutigkeit einer Abgrenzungsmethode zum Opfer fallen sollte.

Eine derartige Wandlung vom unbeachteten Mediendienst hin zum zulassungspflichtigen Rundfunk hat sich für das Internetradio bereits vollzogen. Noch im Rahmen des Zweiten Strukturpapiers zu Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten aus dem Jahr 1998⁴³⁶ sah die Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten wie bereits im Jahr

⁴³⁰ Ring, ZUM 1998, 358, 361.

⁴³¹ Janik, AfP 2000, 7, 13.

⁴³² so i. E. auch Castendyk/Böttcher, MMR 2008, 13, 18.

⁴³³ Janik, K&R 2001, 572, 575.

⁴³⁴ Pieper, ZUM 1995, 552, 557.

⁴³⁵ Miserre, *Rundfunk-, Multimedia- und Telekommunikationsrecht*, 2006, 296.

⁴³⁶ Zweites Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten, S. 6
http://www.alm.de/fileadmin/Download/Positionen/strukturpapier_2_98.pdf v. 21.5.2007.

zuvor⁴³⁷ das Internetradio nicht als Rundfunk an. Schließlich habe derzeit auch das „Pendant zum klassischen Rundfunk“ keine dem Rundfunk vergleichbare Suggestivkraft gehabt⁴³⁸. Eine Trendwende sah die Direktorenkonferenz dann im Jahr 2003 als sie feststellte, dass eine globale Einschränkung der Breitenwirkung bei Abrufdiensten nicht mehr unterstellt werden könne⁴³⁹. Inzwischen gilt Internetradio in der Form des Simulcastings und des reinen Webcastings als Rundfunk⁴⁴⁰ und entsprechende Zulassungen werden erteilt⁴⁴¹. Bei einer rein an Linearität orientierten Abgrenzung wäre diese – der technischen Entwicklung und publizistischen Bedeutung angemessene – Wandlung nicht möglich gewesen.

Ein ähnliches Schicksal widerfuhr dem Dienst des „Near-Video-On-Demand“, bei dem Filme in Form eines Verteildienstes gesendet werden, mit der Option für den Nutzer, zu verschiedenen Zeitpunkten (etwa alle 15 Minuten) in das Programm einzusteigen. War der Dienst zunächst als Rundfunk angesehen worden⁴⁴², so wurde später auf eine Einzelfallprüfung bzgl. der Meinungsbildungsrelevanz verwiesen⁴⁴³. Entgegen der Literaturansicht⁴⁴⁴, die im Near-Video-On-Demand einen Mediendienst sah, entschied schließlich der EuGH, dass es sich um Rundfunk handele⁴⁴⁵. An dieser Entscheidung orientiert sich nunmehr auch die Auslegung des RfStV⁴⁴⁶, so dass bei sämtlichen Near-on-demand-Diensten nunmehr von Rundfunk auszugehen ist.

Diese Beispiele zeigen, dass eine Abgrenzung nicht nach technischen, sondern vielmehr nach funktionalen Merkmalen zu erfolgen hat⁴⁴⁷. Dabei muss eine der tatsächlichen Meinungsbildung entsprechende flexible Anpassung des Rundfunkbegriffs möglich sein,

⁴³⁷ Erstes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten, S. 6
http://www.alm.de/fileadmin/Download/Positionen/strukturpapier_1_97.pdf v. 21.5.2007.

⁴³⁸ Erstes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten, S. 6
http://www.alm.de/fileadmin/Download/Positionen/strukturpapier_1_97.pdf v. 21.5.2007 so i. E. auch Ory, AfP 1997, 845, 847.

⁴³⁹ Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten, S. 6
http://www.alm.de/fileadmin/user_upload/3Strukturpapier.pdf v. 21.5.2007.

⁴⁴⁰ BT-Drs 16/3078 S. 13.

⁴⁴¹ Holznagel, MMR 2006, 661, 663.

⁴⁴² Erstes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten, S. 6
http://www.alm.de/fileadmin/Download/Positionen/strukturpapier_1_97.pdf v. 21.5.2007.

⁴⁴³ Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten, S. 6
http://www.alm.de/fileadmin/user_upload/3Strukturpapier.pdf v. 21.5.2007.

⁴⁴⁴ Schreier, MMR 2005, 519; Lent, *Rundfunk-, Medien-, Teledienste*, 2001, 157.

⁴⁴⁵ EuGH, MMR 2005, 517, 518.

⁴⁴⁶ Begründung zum Neunten Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge, S. 6
<http://www.lfk.de/gesetzeundrichtlinien/rundfunkstaatsvertrag/download/RStV9-Begrueundung.pdf> v. 21.5.2007.

⁴⁴⁷ In Übereinstimmung mit der Forderung des BVerfG, NJW 1991, 899, 901; Kresse/Heinze, AfP 1995, 574, 580; Pieper/Wiechmann, ZUM 1995, 82, 84; Eberle, ZUM 1995, 249, 255.

die darüber hinaus der Grundidee abgestufter Regulierungsdichte entspricht. Solange eine Regulierung nach Rundfunkrecht nicht erforderlich ist, erfolgt auch keine Einordnung als Rundfunk. Diese Grenze ist aber nicht starr und vor allem nicht technisch orientiert sondern richtet sich allein nach der Bedeutung eines Dienstes für die öffentliche Meinungsbildung.

6. Abgrenzung nach Meinungsbildungsrelevanz

Die Abgrenzung nach der jeweiligen Meinungsbildungsrelevanz ist eng an die Rolle des Rundfunks als meinungsbildender Faktor zu binden⁴⁴⁸. Nur durch sie kann sich der Rundfunk letztlich in seiner verfassungsrechtlich wesentlichen kommunikativen Struktur und Wirkung von anderen Angeboten abheben. Entscheidend abzustellen ist damit auf die Meinungsmacht, die ein Medium einerseits auf seine Nutzer und andererseits auf die gesamte öffentliche Meinungsbildung auszuüben vermag⁴⁴⁹. Eine Entsprechung findet die Anlehnung an den Einfluss eines Dienstes auf die öffentliche Meinung im Konzept des Art. 10 Abs. 2 der Europäischen Menschenrechtskonvention⁴⁵⁰. Auch aus dieser Vorschrift ergibt sich eine Pflicht zur Sicherung von Meinungspluralismus – und genau wie im deutschen Recht verlangt auch hier das Prinzip der Verhältnismäßigkeit einen gleitenden Ausgleich zwischen der Rundfunkveranstalterfreiheit und dem Pluralismus⁴⁵¹. Damit kann auch im Sinne des Art. 10 EMRK etwa ein Vollprogramm anders behandelt werden als das genauso verbreitete Spartenprogramm.

Unabhängig von jeder technischen Beschaffenheit ist ein Dienst damit auf seine Relevanz für die öffentliche Meinungsbildung hin zu untersuchen. Damit können etwa im nicht-professionellen Bereich die Anforderungen gering gehalten und so Innovationsanreize geschaffen werden. Sobald jedoch die publizistische Bedeutung wächst, wächst auch die Verantwortung. Ab einer gewissen Schwelle gelten die Anforderungen des TMG, für meinungsbildungsrelevantere Telemedien hält der RfStV Sonderregelungen bereit. Wird schließlich mit einem Angebot tatsächliche Meinungsmacht erreicht, so kann

⁴⁴⁸ Betzler, FS Oppermann, 155, 161.

⁴⁴⁹ Bullinger, AfP 1996, 1, 7;

⁴⁵⁰ Schoch, VVDStRL 57, 158, 197.

⁴⁵¹ Dörr, *Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Europa*, 1997, 57 f, 60; Dörr, FS Kriele, 1417, 1428 f.

beispielsweise auch ein Podcast als Rundfunk gelten und damit unter anderem zulassungspflichtig werden⁴⁵².

Problematisch bleibt damit allein das, was die Abgrenzung anhand technischer Merkmale so attraktiv gemacht hat: In Grenzfällen gestaltet sich die Feststellung der tatsächlichen Bedeutung eines Angebots für die Meinungsbildung als schwieriges Unterfangen⁴⁵³.

Damit sind Kriterien erforderlich, die als Anhaltspunkte die eindeutige Bestimmung der Meinungsbildungsrelevanz eines Dienstes ermöglichen.

a) **Interaktivität**

Zwar kann die Unterscheidung zwischen Verteil- und Abrufdienst wie festgestellt eine Gewichtung der Meinungsbildungsrelevanz eines Dienstes nicht ersetzen, dennoch gibt der Grad der Interaktivität entscheidende Hinweise auf die mögliche publizistische Wirkung⁴⁵⁴. Je mehr das Verhältnis von Anbieter und Nutzer durch eine starke Asymmetrie geprägt ist, desto eher ist der Nutzer dem Angebot ausgeliefert⁴⁵⁵. Mit steigender Mitbestimmung bis hin zum nahezu gleichberechtigten Kommunikationspartner, der eigene Inhalte zum Programm beiträgt, sinkt gleichzeitig die Gefahr einseitiger Meinungsbeeinflussung⁴⁵⁶. Damit werden dann auch Regulierungsmechanismen zur Sicherung eines Binnenpluralismus obsolet, da kein Ungleichgewicht zwischen Anbieter und Nutzer mehr ausgeglichen werden muss. Eine Einbeziehung der möglichen Interaktion als Maßstab sieht auch der Reding-Wallström-Plan für eine europäische Pluralismusregelung vor⁴⁵⁷. Konkret sind damit jegliche Mitbestimmungsmöglichkeiten des Nutzers wie etwa Kommentarfunktionen, Auswahlmöglichkeiten wie Skip-Funktionen oder gar die Anpassung einer Musikauswahl an eigene Wunschkriterien zu berücksichtigen.

Beim Podcast etwa, bei dem die kommunikative Interaktion eine große Rolle spielt, besteht faktisch kaum ein Ungleichgewicht. Der Produzent ist in hohem Maße abhängig von seinen Hörern. Diese können durch Kommentare Einfluss nehmen oder mit einem

⁴⁵² vgl. generell zu On-Demand-Diensten: Castendyk/Böttcher, MMR 2008, 13, 17.

⁴⁵³ Bermanseder, ZRP 1997, 330, 332.

⁴⁵⁴ Ricker, NJW 1997, 3199, 3200 f.

⁴⁵⁵ Schulz, ZUM 1996, 487, 491.

⁴⁵⁶ vgl. hierzu Lent, *Rundfunk-, Medien-, Teledienste*, 121 ff., der die Interaktivität in vier unterschiedliche Level eingeteilt hat, die vom reinen Ein- und Ausschalten (Level 0) bis hin zur beidseitigen Kommunikation (Level 3) reichen.

⁴⁵⁷ Zagouras, AfP 2007, 1, 4.

eigenen Podcast bzw. Audioeinträgen antworten. Dazu hören sie stets auch nur genau die Episoden, die sie wirklich interessieren.

Ein Internetradio mit Skip-Funktion bietet dagegen zwar Interaktionsmöglichkeiten, dennoch ist der Hörer unausweichlich an die Vorauswahl der vorhandenen Musikstücke gebunden. Der Grad an Interaktivität richtet sich dabei weiterhin nach Größe und Vielfalt dieser Vorauswahl. Stehen aus einer äußerst speziellen Musikrichtung nur wenige Titel zur Verfügung, sind die Einwirkungsmöglichkeiten des Nutzers höher als bei einem umfangreichen Musikprogramm in der Klangfarbe eines Formatradios.

Ähnlich verhält es sich etwa mit einem Fernsehprogramm, dessen Zuschauer über den Ausgang eines Krimis anhand dreier Handlungsalternativen abstimmen können.

b) Inhaltliche Ausrichtung des Programms

Der zweite Blick bei der Feststellung von Meinungsbildungsrelevanz gilt der inhaltlichen Gestaltung. Hier kann zunächst zwischen Voll- und Spartenprogrammen unterschieden werden⁴⁵⁸. Ein Programm, das auf ein Senden rund um die Uhr eingestellt ist und dabei einen Querschnitt durch verschiedene Themen anbietet, vermag den Hörer schneller zu beeinflussen. Viel eher vertraut ein Nutzer hier auf Objektivität und Vielfältigkeit der Beiträge. Selbst isolierte Einzelbeiträge innerhalb des Vollprogramms nehmen dabei an der Autorität des Gesamtprogramms teil und genießen eine entsprechende Glaubwürdigkeit⁴⁵⁹. Ein anderes Programm, das sich vielleicht nur für einige Stunden am Tag oder in der Woche einem speziellen Themengebiet wie etwa Sport oder Heavy-Metal-Musik widmet, vermittelt dagegen sogleich den Eindruck einer gewissen Einseitigkeit und wird daher in Bezug auf die Meinungsbildung viel kritischer betrachtet.

Neben der Unterscheidung zwischen Voll- und Spartenprogrammen ist auch die inhaltliche Ausrichtung entscheidend. Hierzu kann das Merkmal der redaktionellen Gestaltung herangezogen werden. Steht hinter dem Programm eine journalistische Aufbereitung, etwa gekennzeichnet durch vorherige Recherche, Konzeption einer Sendung und Moderation, ist die dahinter stehende Absicht eher publizistischer Natur mit entsprechender Auswirkung auf die Meinungsbildungsrelevanz. Folgt dagegen ein Programm rein ökonomischen Interessen und besteht beispielsweise ausschließlich aus

⁴⁵⁸ Bermanseder, ZRP 1997, 330, 332.

⁴⁵⁹ Bullinger, AfP 1996, 1, 7.

Musikstücken, so ist der Einfluss auf die öffentliche Meinung deutlich geringer als bei redaktionell aufbereiteten Wortbeiträgen.

c) Wirkung des Mediums

Ob letztlich beim einzelnen Hörer bzw. in der öffentlichen Meinung eine Beeinflussung stattfindet, hängt dann von den Wirkungsmöglichkeiten des Mediums ab. Hier sind vor allem der individualpsychologische Aspekt und damit die Wirkung eines Dienstes auf den Einzelnen zu betrachten. So kann etwa durch eine Kombination aus Bildern und Sprache oder durch ein hohes Identifikationspotential, wie Spielfilmen es bieten, ein Medium viel eher den Effekt eines „Mitreißens“⁴⁶⁰ erhalten, als dies beim gelangweilten Ablesen juristischer Texte der Fall ist. Möglich ist insoweit, dass selbst ein durch hohe Interaktivität gekennzeichnete Dienst dem Rundfunk zuzuordnen ist, weil er eine so starke Fesselungswirkung entfaltet⁴⁶¹. Zu denken wäre hierbei z.B. an eine mitreißende Soap in Form eines Video-Podcasts.

Daneben ist bei der Wirkung eines Dienstes auch eine soziologische Komponente zu betrachten. So kommt es dabei etwa auf die Integration eines Mediums in das Alltagsgeschehen an. Zwar wird der PC längst nicht mehr nur als Arbeitsgerät verstanden. Dennoch besteht derzeit etwa zum klassischen Fernseher oder zum Radio der Unterschied, den die Begriffe „lean forward“- bzw. „lean-back“- Medium beschreiben⁴⁶². Vor dem Fernseher lässt man sich auf einem Sofa nieder, stellt beispielsweise Knabberzeug und Getränke parat und begibt sich in eine passive Konsumhaltung. Vor dem PC sitzt der Nutzer dagegen angespannter, eher in Aktionsbereitschaft und geht deshalb möglicherweise kritischer mit Inhalten um⁴⁶³. Die fortschreitende Konvergenz kündigt hier aber bereits Veränderungen an. Das digitale Wohnzimmer, in dem Stereoanlage und Plasmabildschirm über WLAN mit dem Internet verbunden sind, stellt schließlich längst keine hohle Zukunftsvision mehr dar. Wird es dann zur Selbstverständlichkeit, Podcasts statt Radio zum Frühstück zu hören, steigt auch insoweit die Meinungsbildungsrelevanz⁴⁶⁴.

⁴⁶⁰ Schulz, ZUM 1996, 487, 492.

⁴⁶¹ Bullinger, AfP 1996, 1, 8.

⁴⁶² van Eimeren/Frees, MediaPerspektiven 2006, 402, 412.

⁴⁶³ DLM, *Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten*, S.10
http://www.alm.de/fileadmin/user_upload/3Strukturpapier.pdf v. 8.5.2007.

⁴⁶⁴ vgl. zum Zusammenwachsen verschiedener Angebotsformen: Barth/Münch, MediaPerspektiven 1997, 619 ff.

d) Technische Qualität und Reichweite

Da die Meinungsbildungsrelevanz nicht allein den Einfluss auf den Einzelnen, sondern auch auf die gesamte Öffentlichkeit umfasst, ist ebenso entscheidend, wie viele Hörer ein Programm erreichen kann und tatsächlich erreicht. Zwar ist bei der Verbreitung über das Internet die Reichweite etwa gegenüber terrestrischer Verbreitung ungleich höher, die Sprache oder spezielle regionale Bindungen können hier aber auch begrenzend wirken⁴⁶⁵. Bei der Streaming-Technologie kann die mögliche Anzahl der Hörer zudem durch eine zu geringe Bandbreite oder begrenzte Serverkapazitäten beschränkt sein. Darüber hinaus hängt die Attraktivität eines Programms letztlich auch von dessen technischer Qualität ab. Ein ruckelndes, winziges Bild oder ein durch Rauschen gestörtes Tonsignal werden kaum ein Millionenpublikum anziehen⁴⁶⁶. Die tatsächliche Anzahl der Hörer spielt damit letztlich neben der Reichweite auch eine entscheidende Rolle. An ihr lässt sich etwa feststellen, ob ein Abrufdienst eine dem Verteildienst vergleichbare Breitenwirkung erreicht. Hiervon ist z. B. auszugehen, wenn das Online-Portal einer Stadt, auf dem ein Video-Podcast mit lokalen Nachrichten täglich um 16 Uhr zum Download bereitgestellt wird, um 17 Uhr jeweils mehr Downloads nachweisen kann als das konkurrierende Lokalfernsehprodukt Zuschauer verzeichnet.

Willkürlich und deshalb unangemessen erscheint dagegen der Vorschlag der Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich (KEK) und der Direktorenkonferenz der Landesmedienanstalten (DLM), eine eindeutige und starre Grenze bei einer potenziellen gleichzeitigen Anzahl von 500 Nutzern zu ziehen⁴⁶⁷. Eine solche Grenze würde letztlich allein auf die Serverkapazitäten abstellen und damit hinsichtlich der tatsächlichen Breitenwirkung nur äußerst bedingt aussagefähig sein. Die Zahl potentieller gleichzeitiger Nutzer ist daher allenfalls als ein wenig aussagekräftiges Indiz (anders als ermittelte tatsächliche Nutzerzahlen mit deutlich höherem Aussagewert) in eine Gesamtbeurteilung mit einzubeziehen.

⁴⁶⁵ DLM, *Drittes Strukturpapier zur Unterscheidung von Rundfunk und Mediendiensten*, S. 10 http://www.alm.de/fileadmin/user_upload/3Strukturpapier.pdf v. 8.5.2007.

⁴⁶⁶ Miserre, *Rundfunk-, Multimedia- und Telekommunikationsrecht*, 2006, 285; wegen mangelnder technischer Qualität die Rundfunkeigenschaft 1998 noch ausschließend: Jarass, AfP 1998, 133, 141.

⁴⁶⁷ Pressemitteilung der KEK v. 16.11.2007, abrufbar unter: http://www.kek-online.de/kek/information/publikation/kek_mitteilung_4.pdf v. 18.04.2008.

e) **Wettbewerbsorientierte Chancengleichheit und Angemessenheit**

Als ein letztes Korrektiv ist in die Frage, ob hohe Meinungsbildungsrelevanz zu Rundfunkregulierung führen soll, auch der jeweilige Markt mit einzubeziehen. Ergibt sich für einen einzelnen Dienst ein Bild, wie es die Befürworter der vollständigen Deregulation beschreiben⁴⁶⁸, so kann unter dem Gesichtspunkt der Angemessenheit trotz hoher Meinungsbildungsrelevanz von einer Regulierung des Dienstes als Rundfunk abgesehen werden. Denkbar ist dies, wenn ein funktionierender Wettbewerb tatsächlich dazu führt, dass Nischenthemen besetzt sind, inhaltliche Vielfalt vorliegt und Marktzutrittsschranken minimal oder nicht vorhanden sind. In diesem Fall ist der Verzicht auf die rundfunkspezifische Ex-ante-Regulierung zugunsten der dann verbleibenden kartellrechtlichen Ex-post-Missbrauchskontrolle der Gefahr einer innovationsfeindlichen Überregulierung vorzuziehen.

7. **Zwischenergebnis: Optimale Umsetzung der abgestuften Regulierung durch fließende Grenzen**

Die Abgrenzung von Rundfunk anhand einer Gesamtschau der genannten Kriterien führt zu dem Ergebnis, dass einerseits Online-Medien genau wie Offline-Medien behandelt werden, wenn sie sich allein durch den Verbreitungsweg voneinander unterscheiden⁴⁶⁹. Andererseits unterfallen neue Dienste, die sowohl technisch als auch hinsichtlich ihrer publizistischen Wirkung noch am Anfang stehen, nicht von vornherein den einschränkenden Regelungen des RfStV. So lässt sich die Ausrichtung an den Regelungszielen der Innovationsoffenheit und der Investitionsfreudigkeit erreichen. Erst wenn ihre Bedeutung, ihre Meinungsmacht und damit auch ihre Anfälligkeit für rundfunktypische Gefahren so sehr zugenommen haben, dass eine rundfunkspezifische Sonderregulierung erforderlich scheint, wird Rundfunkrecht anwendbar⁴⁷⁰. Dies ermöglicht die technisch unabhängige, flexible Handhabung des einfachgesetzlichen Rundfunkbegriffs.

⁴⁶⁸ siehe hierzu oben Zweiter Teil II. 3. c).

⁴⁶⁹ so gefordert von Eberle, FS Oppermann, 149, 152.

⁴⁷⁰ Badura, FS Oppermann, 117, 118.

8. Rechtsklarheit und Rechtssicherheit durch § 20 Abs. 2 RfStV

Damit bleibt lediglich zu klären, wie sich das Überschreiten dieser Schwelle und die verfassungsgemäße und für jeden erkennbare Festlegung der Rundfunkeigenschaft eines Dienstes darstellen lässt. Hierzu gibt § 20 Abs. 2 RfStV, nach dem die Landesmedienanstalten gemeinsam das Vorliegen der Rundfunkeigenschaft feststellen, die erforderlichen Instrumentarien⁴⁷¹. Die im Einverständnis der Medienanstalten erzielte Feststellung ist Voraussetzung für die Anwendung des Rundfunkrechts und sorgt daher für Rechtsklarheit und Rechtssicherheit auch im unscharfen Grenzbereich zwischen Telemedien und Rundfunk. Dabei ist § 20 Abs. 2 RfStV keinesfalls so zu verstehen, dass die Landesmedienanstalten eigenständig entscheiden, welches Angebot als Rundfunk zu betrachten ist und welches nicht. Dann läge in der Tat ein Verstoß gegen den Wesentlichkeitsgrundsatz vor, wie zum Teil bemängelt wird⁴⁷². Die Frage, ob ein Dienst unter den einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff fällt, bestimmt sich vielmehr nach der Definition aus § 2 RfStV unter Anwendung der hier erläuterten Auslegungshilfen. Die Feststellung der Medienanstalten hat insoweit nur deklaratorischen Charakter, ist aber formelle Voraussetzung für die Anwendung des Rundfunkrechts. Dies führt im Ergebnis zu einer Zweifelsregelung zugunsten neuer Medienangebote, die – selbst wenn sie der Sache nach „Rundfunk“ sind – solange nicht rundfunkspezifisch reguliert werden, wie eine entsprechende Feststellung durch die Landesmedienanstalten nicht erfolgt ist.

9. Einordnung der jeweiligen Internet-Audio-Dienste

Im Bereich des Internetradios kann anhand der hier aufgezählten Kriterien die pauschale Feststellung der Begründung zu dem TMG und dem 9. RfÄStV insoweit bestätigt werden, als Simulcasting genau wie das redaktionell gestaltete Webcasting ohne Interaktionsmöglichkeiten mit Voll- oder Teilzeitprogramm ihrer Meinungsbildungsrelevanz nach unter der Rundfunkbegriff fallen. Hier haben sich Technik, Nutzerverhalten und Nutzerzahlen inzwischen soweit entwickelt, dass ein Unterschied zum klassischen Radio allein in der Verbreitungstechnik liegt. Auch wenn ein redaktionell gestaltetes Internetradio nicht durchgehend 24 Stunden pro Tag, sondern nur halbtags oder einige Stunden pro Woche angeboten wird, ist von Rundfunk auszugehen, da inzwischen die Nutzerakzeptanz so weit geht, dass ein der

⁴⁷¹ Castendyk/Böttcher, MMR 2008, 13, 18.

⁴⁷² Ricker, NJW 1997, 3199, 3201.

rundfunktypischen Wirkung entsprechendes Grundvertrauen auch einem Teilzeit-Internetradio entgegengebracht wird⁴⁷³.

Kein Rundfunk im Sinne des § 2 Abs. 2 RfStV sind hingegen reine Online-Musikprogramme, bei denen sich die meinungsbildende Gestaltung in der Auswahl der Musiktitel erschöpft. In der Zusammenschau mit der oft sehr geringen Hörerzahl, die aus der nahezu unüberschaubaren Menge an versparteten Mini-Programmen herrührt, kann hier nicht von hoher Meinungsbildungsrelevanz ausgegangen werden. Nichts Anderes kann damit für reine Musiksender gelten, die zusätzlich mit Interaktionsmöglichkeiten wie Skip-Funktionen o. ä. ausgestattet sind. Je mehr sich das Angebot dabei dem klassischen Abrufdienst annähert, desto weniger Meinungsbildungsrelevanz kann angenommen werden.

Eine große Anhängerschaft hat dagegen mittlerweile das Angebot des Personal-Radios um sich geschart. So zählt die Social-music-Plattform „last.fm“ inzwischen über 20 Millionen Nutzer⁴⁷⁴. Trotz großer Reichweite ist aber auch dieses Angebot nicht als Rundfunk anzusehen, da der Einfluss des Hörers durch die zahlreichen Interaktionsmöglichkeiten so groß ist, dass kaum noch von einer Meinungsbildungsrelevanz ausgegangen werden kann. So sorgt allein die Programmierung dafür, dass sich das automatisch aus einem riesigen Datenpool erstellte reine Musikprogramm ganz dem persönlichen Geschmack des Hörers anpasst.

Für den gesamten Bereich der Podcasts gilt, dass die derzeit noch geringe Verbreitung und Akzeptanz in der Bevölkerung sowie demzufolge die geringen Hörerzahlen bislang eine Annahme von Rundfunk – selbst bei inhaltlich stark auf Meinungsbildung ausgerichteten Programmen – vollkommen ausschließen. Sollte hier eine Veränderung der tatsächlichen Umstände eintreten, bleibt der diesem Angebot eigene hohe Grad der Interaktion zu berücksichtigen. Darüber hinaus zeichnet sich im Bereich der Podcasts derzeit ein Markt ab, der auch sehr entlegene thematischen Nischen ausfüllt und dessen Marktzutrittsschranken nahezu nicht vorhanden sind, so dass eine Ex-ante-Regulierung nach dem RfStV derzeit nicht als angemessen angesehen werden kann.

⁴⁷³ Anders sah dies im Jahr 2002 noch Neun, *Öffentlich-rechtlicher Rundfunk: Grenzen des Wachstums*, 62 f., der allein Simulcasts, nicht dagegen Webcasts als Rundfunk einordnete.

⁴⁷⁴ <http://www.last.fm/advertise/> v. 23.5.2007.

Diese Dienste sind demnach zwar Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne, fallen jedoch nicht unter den einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff und sind daher Telemedien im Sinne des TMG.

III. Der „redaktionell-journalistisch gestaltete“ Telemediendienst im RfStV

Das System abgestufter Regelungsdichte sieht vor, dass für einen Dienst je nach Bedeutung für die öffentliche Meinungsbildung entsprechend weitreichende Regelungen greifen. Diese Abstufung erschöpft sich nicht allein in der Unterscheidung zwischen Rundfunk und Telemediendiensten. In seinem Abschnitt VI, der an die Stelle des aufgehobenen Mediendienstestaatsvertrages getreten ist, sieht der RfStV besondere Regelungen für „redaktionell-journalistisch gestaltete“ Telemedien vor. Diese betreffen vor allem die dem Presserecht angeglichenen journalistischen Sorgfaltspflichten und besonderen Rechte zur journalistischen Recherche aber etwa auch gesteigerte Anforderungen an ein Impressum. Laut den §§ 54 Abs. 2 und 55 Abs. 2 RfStV finden diese Regelungen Anwendung bei „Telemedien mit journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten, in denen insbesondere vollständig oder teilweise Inhalte periodischer Druckerzeugnisse in Text oder Bild wiedergegeben werden“.

1. Wortlautorientierte Auslegung

Was sich im Einzelnen hinter dieser Formulierung verbirgt, ist auch nach Durchsicht der Begründung zum 9. RfÄStV nicht eindeutig feststellbar. Eine ähnliche Formulierung fand sich jedoch bereits im nunmehr aufgehobenen MDStV. Dort schrieb § 10 Abs. 3 besondere Informationspflichten für die Anbieter von „journalistisch-redaktionell gestalteten Angeboten“ vor, „in denen vollständig oder teilweise Inhalte periodischer Druckerzeugnisse in Text oder Bild wiedergegeben oder in periodischer Folge Texte verbreitet werden“. Auch der MDStV hielt hierzu allerdings keine Definition bereit.

Der Begriff des „journalistisch-redaktionellen Zweckes“ taucht dagegen auch in § 41 Abs. 1 S. 1 BDSG auf und steht dort für das Ziel einer Veröffentlichung für einen unbestimmten Personenkreis⁴⁷⁵. Ohne dass eine qualitative Bewertung insoweit zulässig

⁴⁷⁵ Gola/Schomerus, *BDSG* § 41 Rn. 10.

wäre, müssen entsprechende Publikationen als Beitrag zur Meinungsbildung oder Berichterstattung anzusehen sein⁴⁷⁶.

Im ebenfalls aufgehobenen TDG diente die „redaktionelle Gestaltung zur Meinungsbildung“ in § 2 Abs. 2 Nr. 1 als Abgrenzungskriterium zwischen Tele- und Mediendiensten. Hierunter war das Sammeln und das inhaltliche, sprachliche, grafische oder akustische Aufbereiten verschiedener Informationen und Meinungen mit Blick auf den potentiellen Empfänger zu verstehen⁴⁷⁷. Das Merkmal der „redaktionellen Gestaltung“ war damit letztlich für die Abgrenzung der Individual- von der Massenkommunikation zuständig. Zum Teil wurde es auch als ein wesensgleiches Minus zur Darbietung, die der Abgrenzung von Mediendiensten und Rundfunk diente, verstanden⁴⁷⁸.

Damit scheint sich hinter dem „redaktionell-journalistischen Angebot“ also zunächst ein Dienst zu verbergen, der als Massenkommunikation anzusehen ist und einen Beitrag zur Meinungsbildung leistet⁴⁷⁹.

Da sämtliche Formen von Internetradio und Podcast, wie bereits festgestellt, Massenkommunikation sind und auch einen – zumindest kleinen – Beitrag zur Meinungsbildung leisten, könnten sie insofern als journalistisch-redaktionelle Telemedien angesehen werden. Allerdings ist auch der angehängte Relativsatz mit zu berücksichtigen, nach dem insbesondere bei der vollständigen oder anteiligen Wiedergabe periodischer Druckerzeugnisse in Text oder Bild von einem journalistisch-redaktionellen Angebot auszugehen ist. Mit der „Wiedergabe periodischer Druckerzeugnisse“ zielt die Vorschrift auf die elektronische Presse, die insoweit auch bei der vergleichbaren Formulierung des MDStV als Adressat angesehen wurde⁴⁸⁰. Auch die Begründung des 9. RfÄStV nennt die journalistisch-redaktionellen Angebote aus § 54 Abs. 2 RfStV verkürzt „massenkommunikative Telemedien“ mit dem Klammerzusatz „elektronische Presse“⁴⁸¹. Dabei ist unter elektronischer Presse letztlich das Internet-

⁴⁷⁶ Gola/Schomerus, *BDSG* § 41 Rn. 10.

⁴⁷⁷ Spindler, in: Roßnagel, *Recht der Multimediadienste*, § 2 TDG Rn. 31; Gounalakis/Rhode, CR 1998, 487, 490.

⁴⁷⁸ Gounalakis/Rhode, CR 1998, 487, 490.

⁴⁷⁹ Ory, AfP 1998, 465, a. A. Ukrow, in: Roßnagel, *Recht der Multimediadienste*, § 10 MDStV Rn. 127: mangels Trennbarkeit sollen auch nicht-meinungsbildende Angebote mit einbezogen werden.

⁴⁸⁰ Maennel, in: Engel-Flechsigt/Maennel/Tettenborn, *Beck'scher IuKDG-Kommentar*, § 6 MDStV Rn. 3.

⁴⁸¹ Begründung zum Neunten Staatsvertrag zu Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge, S. 18, <http://www.lfk.de/gesetzeundrichtlinien/rundfunkstaatsvertrag/download/RStV9-Begrueundung.pdf> v. 21.5.2007.

Pendant zur gedruckten Presse zu verstehen. Als Beispiele gelten hier etwa die Portale von <http://www.spiegel.de> oder <http://www.focus.de>.⁴⁸²

Insoweit handelt es sich bei elektronischer Presse zum einen um elektronische Inhalte von Zeitungen und Zeitschriften als Ergänzung zur Printausgabe und zum anderen um sog. e-papers als digitale Ausgabe der Zeitung im Internet⁴⁸³. Angebote, die wie etwa Audio-Dienste nicht auf geschriebenem Text basieren, sind damit also nicht gemeint.

Die Beschreibung in § 54 Abs. 2 verwendet jedoch das Wort „insbesondere“. Folglich müssen auch journalistisch-redaktionelle Angebote gemeint sein, die nicht unter die angefügte Beschreibung der elektronischen Presse fallen. Welche Dienste außerhalb der „insbesonderen Angebote“ unter die Beschreibung fallen, ist damit anhand einer zweckorientierten Auslegung zu ermitteln.

2. Teleologische Auslegung

Ursprüngliches Ziel der Sonderbehandlung von redaktionell-journalistisch gestalteten Diensten war es, die elektronische Presse hinsichtlich der Sorgfaltsanforderungen der offline-Presse anzupassen. Dies zeigt sich in der Anlehnung der Regelungen an das Presserecht. Weitere Hinweise auf die Reichweite der Beschreibung in § 54 Abs. 2 RfStV sind zunächst den Veränderungen zu entnehmen, die die Regelung durch die Übernahme aus dem MDStV in den RfStV erlebt hat. So fehlte in § 10 MDStV das Wort „insbesondere“, stattdessen war als zweite Alternative die periodische Verbreitung von Texten genannt. Unter diese zweite Alternative, die nicht mehr die unmittelbare Nähe zur gedruckten Presse, also zum „Druckwerk“ aufwies, fielen etwa auch Weblogs bzw. „elektronische Tagebücher“⁴⁸⁴. Von diesen wiederum sind Podcasts, die ja auch als Audioblogs bezeichnet werden, nicht weit entfernt⁴⁸⁵. Daher wurde zum Teil angenommen, dass der Schutzzweck der Norm auch dann greife, wenn Texte in periodischer Folge in Audio-Form verbreitet wurden⁴⁸⁶. Dem widerspricht jedoch, dass ausdrücklich nur von „Texten“ also von dem geschriebenen Wort die Rede ist⁴⁸⁷.

⁴⁸² Als Beispiele genannt bei Gounalakis/Rhode, CR 1998, 487, 492.

⁴⁸³ Weiner/Schmelz, K&R 2006, 453 f.

⁴⁸⁴ Ukrow, in: Roßnagel, *Recht der Multimediadienste*, § 10 Rn. 128.

⁴⁸⁵ Fox, *Entertainment Law Review* 2005, 215, 216.

⁴⁸⁶ Ukrow, in: Roßnagel, *Recht der Multimediadienste*, § 10 Rn. 128.

⁴⁸⁷ Bizer/Trosch, DuD 1999, 621, 625.

Aber auch vom Regelungszweck der Norm her lässt sich kaum argumentieren, dass Audioformen unter den redaktionell-journalistisch gestalteten Mediendienst fallen sollten. Schon in der Formulierung zeigt sich die enge Anlehnung an die Landespressegesetze, in denen ebenfalls bei „periodischen Druckwerken“ Name und Anschrift des verantwortlichen Redakteurs anzugeben sind⁴⁸⁸. Diese Sonderregelung gegenüber der einfachen Impressumspflicht erklärt sich im Presserecht aus dem besonderen Einfluss von Zeitungen und Zeitschriften⁴⁸⁹. Diese genießen ein großes Vertrauen insbesondere in ihren vermeintlich objektiven redaktionellen Teil⁴⁹⁰. Die namentliche Nennung des Redakteurs soll zum einen dem potentiellen Opfer von Rechtsverletzungen die Möglichkeiten zur gerichtlichem Vorgehen geben, zum anderen wird aber auch das Verantwortungsbewusstsein des Redakteurs gegenüber seinen Lesern ~~gestärkt~~ ^{gestärkt} gleichbarer Einfluss, der auf dem Vertrauen in Objektivität beruht, lässt sich jedoch bei Medien wie Weblogs oder Podcasts nicht feststellen. Schließlich ist diesen Medien wie oben beschrieben ja gerade eigen, dass sie in besonders personalisierter Form eine sehr subjektive Sichtweise darstellen⁴⁹¹. Nichts Anderes erwarten auch die Leser und Hörer, die aufgrund der einfachen Form der Kontaktaufnahme per Kommentar oder E-Mail auch ohne ein erweitertes Impressum gegen mögliche Rechtsverletzungen vorgehen können.

Dem Gesetzgeber ist daher zu unterstellen, dass aus genau diesen Gründen der Zusatz „oder in periodischer Folge Texte verbreiten“ einem „insbesondere“ gewichen ist. Nunmehr fällt nicht automatisch jedes kleine Weblog unter die Vorschrift, das ohne jeglichen Anspruch an Objektivität einen etwa mit der Tagespresse nicht zu vergleichenden Einfluss auf die Meinungsbildung hat. Ein Weblog dagegen, das aufgrund seiner Größe und Themenvielfältigkeit wie elektronische Presse zu beurteilen ist, fiel demnach unter die Regelung des „Insbesonderen“ und müsste damit etwa auch den erweiterten Impressumspflichten genügen.

Gestützt wird diese Vermutung durch eine weitere Veränderung, die bei der Übernahme einzelner Regelungen aus dem MDStV in den neuen RfStV vorgenommen wurde. So findet die bisherige Pflicht zur Trennung von Kommentar und Berichterstattung aus § 11

⁴⁸⁸ z.B. in § 8 Abs. 2 LPresseG NRW.

⁴⁸⁹ Löffler/Ricker, *Handbuch des Presserechts*, 93.

⁴⁹⁰ Bizer/Trosch, DuD 1999, 621, 624.

⁴⁹¹ siehe hierzu Erster Teil II. 2.

Abs. 2 S. 3 MDStV im RfStV keine Entsprechung. Hierzu führt die amtliche Begründung aus, dass diese Regelung mit dem zahlenmäßig steigenden Angebot nicht mehr geboten sei, da es nunmehr auch möglich sein müsse, einseitige und unausgewogene Meinungsbeiträge zu leisten⁴⁹².

Wenn jedoch schon das kleine Weblog trotz journalistisch aufbereiteten Inhalts kein redaktionell-journalistisch gestalteter Telemediendienst ist, kann für den Audiodienst nichts Anderes gelten. Hier ist zudem die Besonderheit zu beachten, dass Maßstäbe, die für einen geschriebenen Text anzuwenden sind, dem gesprochenen Wort kaum gerecht werden können. Während ein Text nachträglich in der Wortwahl im Einzelfall korrigiert werden kann, ist dies beim einmal aufgenommenen Audio-Interview nicht möglich. Gleichzeitig kann jedoch die Wirkung etwa einer scharfen und unberechtigten Kritik eine ganz andere sein, wenn sie einerseits im flüchtigen Klang vorbeizieht und ihr dabei andererseits durch Einkleidung in eine flapsige Bemerkung bei entsprechender Stimmlage und entspannter Gesamtatmosphäre die Schärfe genommen wird. Die Sorgfaltsanforderungen der Presse für ein „Spontanmedium“ wie den Podcast zu übernehmen scheint also insofern zweifelhaft.

Gegen die Anwendung der Regelungen zum redaktionell-journalistisch gestalteten Angebot auf Audio-Medien im Internet spricht zudem ein weiterer Aspekt. Internetradios und Podcasts bieten dem mediengestalterisch interessierten Laien einen leichten Zugang zu einer Öffentlichkeit für eigene Inhalte. Das hat inzwischen dazu geführt, dass die Bedeutung des klassischen Bürgerfunks – zumindest als Sprachrohr – stark abgenommen hat. Als Konsequenz sieht etwa das neue nordrheinwestfälische Landesmediengesetz starke Einschränkungen beim Bürgerfunk vor. So soll etwa das Programm nur noch in der Zeit zwischen 21 und 22 Uhr gesendet werden⁴⁹³. Gleichzeitig verschiebt sich die Aufgabe vom Bereich der Meinungsbildung mehr in Richtung Medienkompetenz für Schülerinnen und Schüler. Wenn somit also Podcasts zukünftig die meinungsbildende Funktion des Bürgerfunks übernehmen sollen, muss journalistischen Laien, die dann sich selbst überlassen werden, aber auch ein gewisses Maß an Unprofessionalität zugebilligt

⁴⁹² Begründung zum Neunten Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge, 16. <http://www.lfk.de/gesetzeundrichtlinien/rundfunkstaatsvertrag/download/RStV9-Begrueundung.pdf> v. 21.5.2007.

⁴⁹³ LT NRW-Drs. 14/4336, S. 4 <http://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMD14-4336.pdf?von=1&bis=0> v. 24.5.2007.

werden. Dem widerspräche es, würden an sie die für die professionelle Presse geltenden Maßstäbe etwa hinsichtlich journalistischer Sorgfaltspflichten angelegt.

Im Ergebnis fallen damit Internetradios und Podcasts nicht unter die auf geschriebene Texte ausgelegten Sondervorschriften für redaktionell-journalistische Telemediendienste.

3. Sonderausnahme für rein private Homepages

Als Telemediendienste, die nicht im Sinne der §§ 54 Abs. 2 und 55 Abs. 2 RfStV redaktionell-journalistisch gestaltet sind, unterfallen die Internetradios, die nicht bereits dem Rundfunkbegriff unterstellt sind, und Podcasts damit den Regelungen einfacher Telemediendienste. Hinsichtlich der Impressumspflichten sieht jedoch § 55 Abs. 1 RfStV eine Sonderausnahme für Telemedien vor, die ausschließlich persönlichen oder familiären Zwecken dienen. Fraglich bleibt, ob Internetradios oder Podcasts in diese Sonderkategorie der Telemedien fallen können. Dafür könnte sprechen, dass sich der Kreis der Angesprochenen bei einem Podcast oft im Rahmen persönlicher Bekanntschaften bewegt. Auch ist die weltweite Erreichbarkeit über das Internet kein Kriterium, das gegen die Annahme eines rein persönlichen Zweckes sprechen könnte. Schließlich trifft dies automatisch auf sämtliche Telemedien zu.

Dennoch trifft der spezielle Schutz der Privatsphäre, der mit der Sonderregelung beabsichtigt war, nicht die sog. „privaten Podcaster“ oder auch private Internetradioveranstalter. Selbst wenn deren Hörerkreis oft sehr überschaubar ist und sich aus dem privaten Umfeld kaum herausbewegt, so sind diese Angebote dennoch an eine Öffentlichkeit gerichtet. Zum Teil wird sogar davon ausgegangen, dass lediglich ein passwortgeschützter Bereich unter die Sonderregelung der Privatsphäre fallen kann⁴⁹⁴. Ein Podcast, der in einem Podcastportal angemeldet wird und den jedermann via RSS-Feed abonnieren kann, oder ein Internetradio, das ebenfalls über eine Plattform verlinkt oder in einem verbreiteten Player angeboten wird, sind gerade darauf ausgerichtet, auch von außerhalb Hörer anzuziehen. Um ausschließlich privaten oder familiären Zwecken dienende Angebote handelt es sich damit nicht, so dass die Sonderausnahme aus § 55 Abs. 1 RStV keine Anwendung findet.

⁴⁹⁴ Ott, Impressumspflichten für Webseiten neu geregelt! Auf heise.de am 26.02.2007, <http://www.heise.de/tp/r4/artikel/24/24689/1.html> v. 29.5.2007.

IV. Ergebnis der rundfunkrechtlichen Betrachtung

Sowohl Internetradios in allen möglichen Erscheinungsformen als auch Podcasts unterfallen dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff und genießen damit Rundfunkfreiheit. Internetradios in Form reiner Webcasts mit einem dem klassischen Radio vergleichbaren Vollprogramm und Simulcasts, die eine Parallelveröffentlichung des klassischen Radioprogramms darstellen, sind aufgrund ihrer Meinungsbildungsrelevanz Rundfunk im Sinne des Rundfunkstaatsvertrages. Sonstige Internetradios und Podcasts sind dagegen weitestgehend als Telemedien anzusehen und unterfallen nur dann dem einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff, wenn sich aus einer Gesamtbetrachtung verschiedener Kriterien ergibt, dass sie hinsichtlich ihrer Aktualität, Suggestivkraft und Breitenwirkung eine dem klassischen Rundfunk vergleichbare Meinungsbildungsrelevanz erreichen. Als Kriterien sind der Grad der Interaktivität, die inhaltliche Gestaltung, die Wirkung, die technische Qualität und Reichweite sowie die Marktsituation im Einzelfall zu berücksichtigen. Die Sonderregelungen für redaktionell-journalistisch gestaltete Telemedien treffen auf Internetradios und Podcasts nicht zu.

Dritter Teil

Urheberrechtliche Betrachtung von Internetradio und Podcasts

Internetradios und Podcasts verbreiten selbst produzierte Audio-Dateien über das Internet. Damit liegt es in der Natur der Sache, dass diese Dateien nicht nur überall verfügbar, sondern auch von jedem Internetnutzer in unterschiedlichster Form verwertbar sind. Für die Frage der Rechte des Produzenten hinsichtlich fremder Nutzungen kommt es dabei aus urheberrechtlicher Sicht entscheidend auf die Werkqualität des jeweiligen internetbasierten Audiodienst an.

Bei der Produktion eines reinen Audiodienstes kommt zudem der Verwendung von Musik entscheidende Bedeutung zu. Diese ist in aller Regel urheberrechtlich geschützt, so dass ihre Verwendung für einen internetbasierten Audiodienst eine vorherige Klärung der Rechte voraussetzt. Je nach Einordnung des jeweiligen Audiodienstes in das System urheberrechtlicher Verwertungsrechte und Schranken kommen auf den Anbieter unterschiedlichste Anforderungen hinsichtlich der zu erwerbenden urheberrechtlichen Nutzungsrechte zu. Entweder kann ein Dienst genau wie klassisches Radio zu behandeln sein, was beispielsweise bei der Zweitverwertung durch eine Sendeanstalt keinen zusätzlichen Rechteerwerb erforderlich machen würde. Oder es kann ein Dienst unter urheberrechtlichen Gesichtspunkten solchen Verwertungsrechten zuzuordnen sein, für die sowohl Urheber als auch Leistungsschutzberechtigte wie etwa die Tonträgerhersteller über Ausschließlichkeitsrechte verfügen, was den Rechteerwerb möglicherweise erschwert.

Neben der Frage der rundfunkrechtlichen Einordnung internetbasierter Audiodienste sind daher Internetradios und Podcasts auch unter urheberrechtlichen Aspekten zu untersuchen.

I. Urheberrechtlicher Schutz für Internet-Audiodienste

Zum dem mit einem „Mitmachnetz“ gleichgesetzten Web 2.0 der unüberschaubaren Produktion von Inhalten gehört die Verwertung fremder Produktionen genauso wie die bereitwillige Beteiligung am Schaffen anderer. Damit entsteht nicht nur ständig Neues, es wird vor allem viel reproduziert, kopiert und übernommen. Dies kann, muss jedoch nicht im Interesse des ursprünglich Schaffenden liegen. Der diesbezügliche Schutz durch das Urheberrecht ist allerdings abhängig vom Vorliegen eines Werkes im Sinne des § 2 UrhG.

1. Urheberrechtliche Werkqualität

Als zentrale Vorschrift des Urheberrechts bestimmt § 2 UrhG, was als Werk im Sinne des Urheberrechts durch die Vorschriften des UrhG Schutz genießt. Dabei wird der in § 2 Abs. 2 UrhG als „persönlich-geistige Schöpfung“ näher definierte Werkbegriff durch insgesamt vier Elemente bestimmt. Diese sind neben der persönlichen Schöpfung mit geistigem Gehalt auch die wahrnehmbare Formgestaltung und die darin zum Ausdruck gebrachte Individualität des Urhebers⁴⁹⁵. Ein Werk im urheberrechtlichen Sinne setzt damit voraus, dass ein Mensch den Ausdruck seines individuellen Geistes in eine wahrnehmbare Form gebracht hat⁴⁹⁶, ohne dass es insoweit auf die Qualität der Gestaltung⁴⁹⁷ oder die Höhe der Produktionskosten ankäme⁴⁹⁸. Dabei wird die Untergrenze der als ausreichend befundenen Schöpfungshöhe durch die sog. „kleine Münze“ markiert, für die bereits das Reichsgericht im Zusammenhang mit einem Schriftwerk einen „äußerst geringen Grad“ individuellen Schaffens für ausreichend hielt⁴⁹⁹. Trotz der deutlichen Kritik am Schutz der „kleinen Münze“⁵⁰⁰ befürwortet ihn der Gesetzgeber⁵⁰¹ hat die „kleine Münze“ vor allem im Bereich der Musik etabliert und neben einfachen Melodien auch Arrangements und Potpourris urheberrechtlichen Schutz zuerkannt⁵⁰².

Für internetbasierte Audiodienste kommt es damit entscheidend darauf an, inwieweit hinter der Produktion eines Angebots die persönlich geistige Schöpfung eines Menschen steht, selbst wenn diese Schöpfung im Sinne der „kleinen Münze“ nur einen geringen Grad individuellen Schaffens aufweist. Keine Werke im urheberrechtlichen Sinn sind damit diejenigen Internetradios, bei denen die reine Musikkwiedergabe anhand technisch voreingestellter Parameter gesteuert wird. Hierzu zählen etwa die Personal Radios wie „last.fm“ oder „Pandora“⁵⁰³, aber auch solche Musiksender, bei denen mittels einer technisch gesteuerten Zufallsauswahl Titel aus einer zuvor festgelegten Musikfarbe abgespielt werden.

⁴⁹⁵ Löwenheim, in: Schrickler, *Urheberrecht*, § 2 Rn. 9.

⁴⁹⁶ Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Rn. 155 ff.

⁴⁹⁷ BGH, GRUR 1981, 267, 268 „Dirlada“; OLG München, GRUR 1990, 674, 675 „Forsthaus Falkenau“.

⁴⁹⁸ BGH, GRUR 1985, 1041, 1048 „Inkasso-Programm“

⁴⁹⁹ RGZ 81, 120, 123.

⁵⁰⁰ Stellvertretend: Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Rn. 265.

⁵⁰¹ BT-Drs. 13/781, S. 10.

⁵⁰² vgl. BGH, GRUR 1991, 533, 534 „BrownGirl II“.

⁵⁰³ Genauer beschrieben unter: Erster Teil, II, 1.

Dagegen kommt ein urheberrechtlicher Schutz für solche internetbasierten Audiodienste in Frage, denen ein individuell gestaltetes Gesamtprogramm oder aber die Wiedergabe eigener Texte, gleich welcher Qualität zugrunde liegt.

§ 2 UrhG sieht in seinem Abs. 1 den urheberrechtlichen Schutz für bestimmte Werkkategorien vor, u. a. findet sich in § 2 Abs. 1 Nr. 1 UrhG das „Sprachwerk“, das durch die Begriffe „Schriftwerke, Reden und Computerprogramme“ näher aber nicht abschließend bestimmt wird. Um ein Sprachwerk handelt es sich demnach immer dann, wenn der Werkinhalt durch das Ausdrucksmittel der Sprache ausgedrückt wird, wenn somit die Mitteilung eines verbalen, gedanklichen oder gefühlsmäßigen Inhalts erfolgt.

Soweit im Rahmen eines Audiodienstes neben dem Gestaltungsmittel der Musik auch das der Sprache bedient wird, um damit eigenständig geschaffene Inhalte an den Hörer zu übermitteln, liegt damit stets ein Sprachwerk im Sinne des § 2 UrhG vor. Da sich die meisten Podcasts vorwiegend des Gestaltungsmittels der Sprache bedienen und an inhaltliche oder gar ästhetische Qualität keine Ansprüche gestellt werden, ist bei all diesen Podcasts von einem Sprachwerk im Sinne des UrhG und damit von einem urheberrechtlichen Schutz auszugehen.

Podcasts, die hauptsächlich der Verbreitung eigener Musik dienen, genießen demgegenüber Schutz als Musikwerk i. S. d. § 2 I Nr. 2 UrhG.

Problematischer ist die Einordnung solcher Audiodienste, die zwar ein sprachlich begleitetes Musikprogramm anbieten, bei denen das Abspielen fremdproduzierter Musik jedoch allein durch ein An- oder Abmoderieren begleitet wird. Anerkannt ist insoweit ein urheberrechtlicher Schutz allein für solche Programme, bei denen sich die Schutzfähigkeit aus der Darbietung, der Einteilung und Anordnung des Stoffs sowie aus begleitenden Texten ergibt⁵⁰⁴. Eine pauschale Aussage lässt sich insofern nicht treffen, vielmehr wird es jeweils auf den einzelnen Dienst ankommen, ob eine Schutzfähigkeit anzuerkennen ist, oder nicht. Während das bloße Ansagen von Titeln in der Regel nicht ausreichen wird, kann dagegen ein individuell gestaltetes und von persönlichen Eindrücken Moderieren einer unter speziellen Gesichtspunkten zusammengestellten Musikauswahl sehr wohl eine Schutzfähigkeit des Angebotes begründen. Für das klassische Radioprogramm, das in der Regel aus verschiedenen Beiträgen, Moderationen

⁵⁰⁴ Loewenheim, in: Schricker, *Urheberrecht*, § 2 Rn. 105.

und Musik besteht, ist der urheberrechtliche Schutz zudem als Sammelwerk im Sinne des § 4 UrhG anerkannt⁵⁰⁵.

Zusammenfassend liegt ein urheberrechtliches Werk damit bei sprachlich gestalteten Podcasts in aller Regel vor, unabhängig von inhaltlicher oder technischer Qualität des Angebots. Ein Schutz als Musikwerk ist zudem dann anzunehmen, wenn der Podcast teilweise oder ausschließlich eigens produzierte Musik enthält.

Bei Angeboten, die sich allein auf die Wiedergabe anderweitig produzierter Musik beschränken und deren Zusammenstellung anhand technischer Parameter erfolgt, ist dagegen kein Urheberrechtsschutz möglich. Auch bei einer von Menschen erstellten Musikauswahl, die nicht oder nur von reinen An- und Absagen der Titel begleitet wird, ist in der Regel die Schöpfungshöhe des § 2 UrhG nicht erreicht. Eine Moderation sowie eine besondere Auswahl der wiedergegebenen Musik kann die Schutzfähigkeit eines Angebotes begründen, auch kommt insoweit der Schutz als Sammelwerk i. S. d. § 4 UrhG in Betracht. Nur eine Einzelfallbetrachtung kann hierfür jedoch ein eindeutiges Ergebnis liefern.

Für internetbasierte Audiodienste, die dem Werkbegriff des § 2 UrhG unterfallen, gilt demnach insbesondere, dass sie ohne Zustimmung des Urhebers nicht verwertet werden dürfen, soweit dem Urheber ein Ausschließlichkeitsrecht zusteht.

2. Phonecaster: Podcast per Telefon

Um die Nutzung von Podcasts vom Bestehen eines Internetanschlusses unabhängig zu machen und so auch Hörern, die gerade „offline“ sind, einen Zugriff auf die aktuelle Folge ihres Lieblingspodcasts zu ermöglichen, ist mit dem Phonecaster ein Dienst entstanden, der Podcasts via Telefon erreichbar macht⁵⁰⁶. Jedem Podcast ist eine bestimmte Telefonnummer zugeordnet und unter der Nummer hört der Anrufer stets die jeweils neueste Episode eines Podcasts⁵⁰⁷. Dabei fallen normale Festnetzgebühren an, so dass etwa bei Bestehen einer Festnetz-Flatrate ein kostenloser Zugriff auf die Inhalte möglich ist. Technisch betrachtet bewirkt der Anruf der jeweiligen Podcast-

⁵⁰⁵ Loewenheim, in Schricker, *Urheberrecht*, § 4 Rn. 15.

⁵⁰⁶ <http://www.phonecaster.de> v. 17.7.2008.

⁵⁰⁷ Unter der Telefonnummer 0931-663990319 ist beispielsweise der Jura-Podcast „J!Cast!“ zu hören.

Telefonnummer einen Einzelabruf des im Internet bereitgehaltenen Inhalts, so dass seitens des Diensteanbieters keine Zwischenspeicherung erfolgt. Vielmehr ersetzt somit die Telefonleitung lediglich den unmittelbaren Zugriff des Nutzers auf den Internetinhalt und ist damit bildlich wie ein verlängerter Arm zu betrachten.

Angesichts des zuvor ermittelten urheberrechtlichen Schutzes von Podcasts als Sprach- bzw. Musikwerk stellt sich angesichts des Phonecasters die Frage, inwieweit hiermit möglicherweise Urheberrechte der Podcastproduzenten verletzt werden. Sollte das Angebot eine Verwertung des Werkes i. S. d. §§ 15 ff. UrhG darstellen, wäre eine Einwilligung der Urheber erforderlich, die seitens des Dienstes Phonecaster jedoch vor der Einrichtung nicht eingeholt wurde⁵⁰⁸.

Als mögliche Verwertung käme eine öffentliche Zugänglichmachung des Inhalts gem. § 19a UrhG in Frage, da durch den Telefondienst die Podcastinhalte der Öffentlichkeit über das Telefonnetz derart zugänglich gemacht werden, dass sie jederzeit und an jedem Ort darauf zugreifen kann. Rein begrifflich setzt die *Verwertung* jedoch voraus, dass der Handlung in Bezug auf das Werk ein gewisser eigener Wert innewohnt. Dies gilt insbesondere deshalb, weil gem. § 11 UrhG das urheberrechtliche System der Verwertungsrechte vor allem der wirtschaftlichen Beteiligung des Urhebers an der Nutzung seines Werkes dienen soll. Soweit durch eine Handlung der Nutzerkreis eines Werkes vergrößert wird, ist dies zweifellos der Fall, z.B. dann, wenn ein Inhalt zunächst nur als analoger Beitrag einmalig im Radio gesendet wird und anschließend über das Internet nunmehr weltweit und jederzeit zugänglich ist. Ein Podcast, der im Internet zum Download bereitgestellt wurde, ist jedoch per se von jedem Ort der Welt zu jeder Zeit zugänglich. Eine weitere Zugriffsmöglichkeit über das Telefon vergrößert den bereits größtmöglichen Nutzerkreis de facto nicht. Ein tatsächlicher Wert wohnt dem zusätzlichen Zugänglichmachen durch den Dienst „Phonecaster“ damit nicht inne, so dass eine Verwertung im urheberrechtlichen Sinne bereits nicht vorliegt.

Sollte dennoch eine Verwertung des jeweiligen Podcasts durch den Dienst „Phonecaster“ angenommen werden, stellt sich die Frage, inwieweit hierfür Nutzungsrechte erforderlich bzw. bereits erteilt worden sind.

⁵⁰⁸ Bahr, Urheberrechtlicher Schutz von Podcasting-Beiträgen (am Beispiel Phonecaster.de), <http://www.dr-bahr.com/aufsaeetze/urheberrechtlicher-schutz-von-podcasting-beitraegen> v. 17.07.2008.

Hinsichtlich der Verbreitung körperlicher Werkstücke, die bereits mit Zustimmung des Berechtigten in Verkehr gebracht worden sind, sieht § 17 Abs. 2 UrhG eine Erschöpfung vor mit der Folge, dass die Weiterverbreitung dieser Werkstücke zulässig ist. Zwar ist weder der online verfügbare Podcast ein körperliches Werkstück noch die Zugänglichmachung via Telefon eine Verbreitung, so dass eine unmittelbare Anwendung des § 17 II UrhG nicht in Betracht kommt. Der Rechtsgedanke des § 17 Abs. 2 UrhG könnte jedoch, auf den Fall des Phonecasters angewandt, dazu führen, dass die erneute Form der Zugänglichmachung auch ohne Einverständnis der Urheber zulässig ist. Das Verständnis des Erschöpfungsgrundsatzes als eine auf sämtliche Verwertungsrechte übertragbare allgemeine Rechtsregel war – insbesondere nach dessen Annahme durch den BGH im Zusammenhang mit einer Weiterleitung von Kabelfernsehen in Abschattungsgebiete⁵⁰⁹ – heftig umstritten⁵¹⁰. Inzwischen hat jedoch nicht nur die Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft eine Erschöpfung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe ausgeschlossen⁵¹¹ sondern auch der BGH seine diesbezügliche Rechtsprechung aufgegeben⁵¹², so dass von einem allgemeinen Erschöpfungsgrundsatz nicht mehr ausgegangen werden kann. Ein Rückgriff auf den Rechtsgedanken der Erschöpfung ist damit jedoch nicht verwehrt für den speziellen Fall, dass der erneuten Verwertung eines Werkes kein eigenständiger wirtschaftlicher Wert innewohnt. Gerade weil der Urheber bei einer öffentlichen Zugänglichmachung seines Werkes im Internet bereits die Form der größtmöglichen Verbreitung selbst gewählt hat, erscheint ein Beruf auf das Ausschließlichkeitsrecht des § 19a UrhG widersinnig, so dass mit dem Rechtsgedanken der Erschöpfung eine Grenze zu ziehen ist.

Die Zugänglichmachung eines Podcasts via Telefon ist damit auch ohne Einwilligung des Urhebers zulässig.

Abgesehen davon kann überdies von einer erklärten Einwilligung des Podcasters in eine erweiterte Zugänglichmachung auch durch einen Telefondienst ausgegangen werden. Indem der Podcastproduzent Inhalte zum Download im Internet anbietet, räumt er damit konkludent gleichzeitig jedem potentiellen Nutzer das Recht ein, die Inhalte auf den Rechner oder tragbare Abspielgeräte zu kopieren und abzuspielen. Dieses einfache Nutzungsrecht umfasst im Zweifel jede Form des Zugriffs auf den Inhalt, da der Podcast-

⁵⁰⁹ BGHZ 79, 350.

⁵¹⁰ Ausführliche Darstellung des Meinungsstreits bei v. Ungern-Sternberg, in: Schrickler, *Urheberrecht*, § 15 Rn. 30-37.

⁵¹¹ Erwägungsgrund 29 der Richtlinie 2001/29/EG.

⁵¹² BGH GRUR 2000, 699, 701 „Kabelweitersendung“.

Produzent die Form der Internetveröffentlichung gerade gewählt hat, um eine größtmögliche Verbreitung zu erreichen. Der Telefonzugriff erfolgt daher mit konkludenter Einwilligung des Podcasters.

Im Ergebnis stellt ein Dienst, der Podcasts, ohne eine Kopie herzustellen, über das Telefonnetz zugänglich macht, keine Urheberrechtsverletzung dar. An sich ist die Zugänglichmachung eines bereits zugänglich gemachten Werkes schon keine „Verwertung“ im Sinne einer werthaltigen Nutzung, zumindest aber ist diese nach dem Rechtsgedanken der Erschöpfung zulässig. Zudem hat der Podcastproduzent durch das Bereitstellen der Inhalte im Internet seine konkludente Einwilligung in jegliche Form der Zugänglichmachung gegeben.

3. Mitschnitte von Internetradiosendern

Eine Verwertung der Inhalte von Internetradios findet vor allem durch die oben beschriebenen Programme statt, die ein Mitschneiden der Inhalte ermöglichen⁵¹³. Dabei sind für die Frage der Rechtmäßigkeit eines solchen Mitschnitts zunächst drei Varianten zu unterscheiden:

Die technisch einfachste Form des Mitschnitts ist diejenige, die am ehesten mit der analogen Kassettenaufnahme am Radio verglichen werden kann. Der Nutzer startet dabei ein Aufnahmeprogramm, das sich auf seinem Rechner befindet. Stoppt er es wieder, hat er das laufende Programm des zuvor ausgewählten Senders in dieser Zeit mitgeschnitten und besitzt nunmehr eine entsprechende Kopie im MP3-Format.

Die zweite Erscheinungsform eines Internetradiomitschnitts lässt den Nutzer wiederum selbständig eine Aufnahme starten, allerdings befindet sich die hierzu erforderliche Software nicht auf dem Rechner des Nutzers sondern wird online gesteuert. Entsprechend der zuvor getroffenen Auswahl (z.B. einer Musikrichtung) wird eine Vielzahl von Radiosendern parallel aufgezeichnet, einzelne Musiktitel isoliert und diese mit Titel- und Interpretenbezeichnung auf einem Server ablegt. Der Nutzer kann anschließend „seinen“ Gesamtfundus durchsuchen und einzelne Titel vom Anbieterserver auf seinen Rechner herunterladen.

Die dritte zu untersuchende Variante eines Mitschnitts arbeitet mit einem Programm, das anhand vorgegebener Titelinformationen Internetradios daraufhin untersucht, ob der

⁵¹³ Erster Teil II, 6.

gewünschte Titel gespielt wird. Findet das Programm den Titel, startet es automatisch den Mitschnitt, der dann vom Nutzer heruntergeladen werden kann.

In allen drei Fällen besitzt der Nutzer am Ende die Kopie eines Musiktitels bzw. die Aufnahme eines Internetradios im MP3-Format auf seinem Rechner. Damit handelt es sich jeweils um eine Form der Vervielfältigung i. S. d. § 16 Abs. 1 bzw. Abs. 2 UrhG, also um eine körperliche Festlegung des Werkes in einer sinnlich wahrnehmbaren Form⁵¹⁴. Da der Nutzer eines Mitschneideprogramms die Vervielfältigungen in aller Regel zur Wiedergabe auf seinem Rechner oder MP3-Player nutzt, kommt insoweit die Anwendbarkeit der Privatkopierschranke aus § 53 Abs. 1 UrhG in Betracht mit der Folge, dass der jeweilige Mitschneidevorgang auch ohne Einwilligung des (Musik-) Urhebers oder Leistungsschutzberechtigten zulässig wäre.

Bei der ersten Mitschnitt-Variante hat der Nutzer die Aufnahmesoftware auf seinem Rechner installiert und startet eigenständig eine Aufnahme. Damit stellt er selbst eine Vervielfältigung zum privaten Gebrauch her. Da die Schranke des § 53 I UrhG auch auf digitale Kopien Anwendung findet⁵¹⁵, ist diese Form des Mitschnitts grundsätzlich als Privatkopie zulässig. Eine Besonderheit ergibt sich lediglich aus der Regelung des § 96 Abs. 2 UrhG, die gegenüber § 53 Abs. 1 UrhG als Spezialgesetz Vorrang genießt⁵¹⁶. Demnach dürfen rechtswidrig veranstaltete Funksendungen nicht aufgenommen werden. Dies gilt etwa für solche Internetradios, die gegen eine Lizenzpflicht verstoßen⁵¹⁷. Solange jedoch die entsprechende Software sich allein auf eine Auswahl rechtmäßig veranstalteter Sender beschränkt, ist diese Form des Mitschnitts gem. § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG zulässig.

Die zweite Variante des Internetradio-Mitschnitts zeichnet sich gegenüber der ersten durch zwei Besonderheiten aus. Zum einen wird der Mitschnitt zwar auf Initiative des Nutzers, aber mit den technischen Mitteln und auf den Servern des Anbieters gefertigt. Zum anderen ermöglicht die Suchfunktion ein gezieltes Auswählen bestimmter Titel und deren anschließenden Download. Damit stellt sich zunächst die Frage, wer tatsächlich Hersteller der Kopie ist, der Nutzer oder der Anbieter. Das LG Köln, das über diese Form

⁵¹⁴ Siehe die amtl. Begr. Zu § 16 BT-Drs. IV/270, S.47.

⁵¹⁵ Loewenheim, in: Schricker, *Urheberrecht*, § 53 Rn. 14a.

⁵¹⁶ v. Zimmermann, MMR 2007, 553, 555.

⁵¹⁷ v. Zimmermann, MMR 2007, 553, 555.

eines Mitschneideprogramms zu entscheiden hatte⁵¹⁸ sieht den Hersteller im Anbieter, da dem Nutzer die Sachherrschaft über den Kopiervorgang selbst entzogen ist. Dies entspricht dem Herstellerbegriff, der sich im Zuge der Rechtsprechung zu sog. „Personal Video Recordern“ entwickelt hat⁵¹⁹. Demnach ist Hersteller derjenige, der sich des technischen Vorgangs zum Zweck der Werknutzung bedient⁵²⁰. Dabei kommt es nicht allein auf den auslösenden Knopfdruck, sondern vielmehr in normativer Betrachtung auf die tatsächliche Herrschaft über den Herstellungsvorgang an⁵²¹. Da sich bei der zweiten Variante des Internetradio-Mittschnitts der Beitrag des Nutzers auf die reine Auslösung des Aufnahmevorgangs beschränkt, die eigentliche Herrschaft aber beim Anbieter und Betreiber von Servern und Programm liegt, ist der Anbieter insoweit Hersteller. Eine Privilegierung der Vervielfältigung nach § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG kommt damit nicht Betracht. Nach § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG ist jedoch eine digitale Privatkopie auch dann privilegiert, wenn sie von einem anderen hergestellt wird, sofern dies unentgeltlich geschieht. Diese Herstellung durch einen anderen war ursprünglich für diejenigen gedacht, die sich einen eigenen Kopierer nicht leisten können⁵²². Dementsprechend wird für ein Eingreifen der Schranke vorausgesetzt, dass sich die Herstellung im Rahmen einer konkreten Anweisung zur Herstellung eines bestimmten Vervielfältigungsstücks für den vom Gesetz begünstigten Nutzer hält⁵²³. Soweit der Nutzer einer Messer-Software durch die Anwahl verschiedener Sender, die anschließend aufgezeichnet werden sollen, einen konkreten Auftrag zur Herstellung von Vervielfältigungen erteilt, ist diese Voraussetzung erfüllt. Problematisch ist in diesen Fällen damit allein die Frage der Unentgeltlichkeit, da entsprechende Modelle in der Regel mit Gewinnerzielungsabsicht betrieben werden. Im Fall des LG Köln war das Herunterladen von bis zu 5 Titeln pro Tag kostenlos, für weitere Downloads wurden 0,99 € pro Tag oder 2,99 € pro Monat verlangt. Ganz im Sinn des ursprünglichen Zwecks der Vorschrift entschied das Gericht, dass ein solches Geschäftsmodell nur ganzheitlich betrachtet werden kann und dass insoweit von einer Entgeltlichkeit auszugehen ist⁵²⁴.

⁵¹⁸ LG Köln, MMR 2007, 610.

⁵¹⁹ OLG Dresden, MMR 2007, 664; ZUM 2007, 385; CR 2007, 458; OLG Köln, MMR 2006, 35; LG Braunschweig, K&R 2006, 362; LG München I, ZUM 2006, 583; LG Leipzig, GRUR-RR 2007, 143 „virtueller Videorecorder“.

⁵²⁰ OLG Köln, MMR 2006, 35.

⁵²¹ OLG Dresden, MMR 2007, 664; ZUM 2007, 385; CR 2007.

⁵²² Loewenheim, in: Schricker, *Urheberrecht* § 53 Rn. 15.

⁵²³ BGH, GRUR 1997, 459, 462 „CB-Infobank“ I; BGH, GRUR 1997, 464, 466 „CB-Infobank II“; BGH, GRUR 1999, 707, 709 „Kopienversanddienst“.

⁵²⁴ LG Köln, MMR 2007, 610.

Für ein entsprechendes Angebot, das kostenlos ausgestaltet ist und sich z.B. rein über Bannerwerbung finanziert, stellt sich jedoch weiter die Frage, ob auch die zusätzliche Suchfunktion innerhalb der Aufzeichnungen unter die Privilegierung des § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG fallen kann. Diese ermöglicht es dem Nutzer, anhand der Eingabe von Titeldaten aus dem Gesamtfundus aufgezeichneter Musiktitel einzelne Stücke zu identifizieren und anschließend gezielt herunterzuladen. Das LG Köln hat hierzu unter Verweis auf eine Entscheidung des OLG Köln zu einem juristischen Recherchetooll⁵²⁵ entschieden, dass diese Funktion über die reine Herstellung einer Privatkopie hinausgehe⁵²⁶. Dabei hat es allerdings nicht berücksichtigt, dass – anders als bei einer inhaltlichen Recherche – das bloße Ausfindigmachen eines Datums innerhalb eines Verzeichnisses kaum als zusätzliches Angebot bewertet werden kann. Beide Fälle sind daher nicht vergleichbar. Bei der inhaltlichen Recherche liefert das Rechercheprogramm eine Zusammenstellung z.B. von Gerichtsentscheidungen und Aufsätzen zu einem Thema, die der Nutzer selbst ohne Hilfsmittel nicht ohne Weiteres hätte fertigen können. Steht dem Nutzer dagegen ein Verzeichnis mit Musiktiteln zur Verfügung, so könnte er die Auswahl eines bestimmten Titels mit einfachen technischen Mitteln wie etwa einer automatischen alphabetischen Sortierung oder aber der Wortsuche („Strg. + F“) auch selbst bewerkstelligen. Das eigentliche Zusatzangebot über die bloße Kopie hinaus liegt damit vielmehr in der Isolierung einzelner Titel und deren Benennung mithin also lediglich im Auslesen der vom Internetradio gesendeten Meta-Informationen. Die Möglichkeit einer solchen Informationsverarbeitung liegt jedoch gerade in der Natur der digitalen Kopie und unterscheidet sie von ihrem analogen Pendant. Mit der Entscheidung, digitale Privatkopien zuzulassen und analogen i. S. d. § 53 UrhG gleichzustellen ist diese Art des zusätzlichen Komforts damit ebenfalls von der ratio legis umfasst. Einer Anwendung der Privatkopieschranke auf Angebote der zweiten Variante steht die Suchfunktion sowie die Isolierung und Benennung der einzelnen Musiktitel damit nicht entgegen. Soweit also ein solches Angebot insgesamt betrachtet für den Nutzer kostenlos ist, führt die Anwendbarkeit des § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG folglich zu einer Zulässigkeit derartiger Dienste. Bei Entgeltlichkeit ist dagegen die Zustimmung der Rechteinhaber erforderlich.

Hinsichtlich der dritten Variante, die einen Mitschnitt allein nach Angabe des Wunschtitels ermöglicht, kommt es für die Frage der Zulässigkeit im Einzelnen wiederum auf die Frage an, wer als Hersteller der Kopie anzusehen ist. Besteht der Dienst

⁵²⁵ OLG Köln, GRUR 2000, 414 „GRUR/GRUR Int.“.

⁵²⁶ LG Köln, MMR 2007, 610.

des Anbieters allein darin, verschiedene Internetradios daraufhin zu durchsuchen, ob der Wunschtitel dort gespielt wird und fertigt daraufhin der Nutzer selbst eine Kopie, so ist das Angebot lediglich als ein Vermitteln des Zugangs zu einem bestimmten Internetradio zu verstehen⁵²⁷.

Wird jedoch entsprechend dem zweiten Modell dann eine Aufnahme auf Servern des Anbieters initiiert, so steht der Anwendung des § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG abgesehen vom Problem der Unentgeltlichkeit das Erfordernis einer konkreten Handlungsanweisung des privilegierten Nutzers entgegen. Der Auftrag des Nutzers bezieht sich hier nicht auf einen bestimmten Internetradiosender, der zu kopieren ist. Vielmehr gibt der Nutzer mit dem Wunschtitel lediglich Parameter vor, anhand derer das Programm den aufzuzeichnenden Sender zu ermitteln hat. Das aber vermag dem Erfordernis der konkreten Handlungsanweisung für ein bestimmtes Vervielfältigungsstück nicht mehr zu genügen, da insoweit nicht mehr der Hersteller gewissermaßen als Vertreter des Nutzers handelt. Eine Vergleichbarkeit mit der an sich bezweckten Herstellung für einen Nutzer, der sich keinen eigenen Kopierer leisten kann, ist so nicht mehr gegeben⁵²⁸. Greift somit § 53 Abs. 1 S. 2 UrhG in dieser Konstellation nicht ein, ist ein Angebot der dritten Variante daher nur zulässig, wenn der Nutzer selbst Hersteller der Kopie ist, weil diese an seinem Rechner gefertigt wird.

Zusammenfassend sind „Messer-Programme“ ohne Einwilligung der Rechteinhaber demnach zulässig, soweit der Nutzer selbst die Kopie auf seinem Rechner herstellt und das betreffende Internetradio nicht rechtswidrig veranstaltet wird. Entsteht die Aufnahme auf Servern und mit Mitteln des Anbieters, ist das Angebot nur dann zulässig, wenn der Nutzer zuvor einen konkreten Auftrag hinsichtlich des aufzunehmenden Internetradios erteilt hat und das Angebot insgesamt betrachtet kostenlos ist.

⁵²⁷ In diesem Sinne hatte das LG Hamburg den Dienst „flatster“ beurteilt. Im einstweiligen Verfügungsverfahren gegen dieses Angebot hatte das Gericht daher der Antragstellerin nahegelegt, den Antrag zurückzuziehen, was diese auch tat. Über das Verfahren berichtet die Kanzlei Terhag & Partner auf ihrer Webseite: <http://www.aufrecht.de/5303.html> v. 20.07.2008.

⁵²⁸ vgl. Loewenheim, in: Schricker, *Urheberrecht* § 53 Rn. 15.

II. Urheberrechtliche Verwertungshandlungen beim Internetradio und beim Podcast

Wird Musik über Internetradios und Podcasts verbreitet, so sind dabei zunächst die Rechte der Musikurheber betroffen. Gleichzeitig müssen aber auch die Rechte von Leistungsschutzberechtigten berücksichtigt werden – so etwa die der Musiker bzw. Sänger und Tonträgerhersteller. Während der Verkauf von Tonträgern im Bereich der Musik als „Erstverwertung“ bezeichnet wird, fällt die weitere Verwertung einmal erworbener Tonträger – etwa durch die Veröffentlichung in einem Internetradio – unter die sog. „Zweitverwertung“⁵²⁹. Im Rahmen der Zweitverwertung nehmen die Tonträgerhersteller die Rechte der Künstler oftmals exklusiv wahr und sind damit als derivativ Berechtigte mit geschützt⁵³⁰.

Hinsichtlich der im Einzelnen betroffenen Verwertungsrechte ist zunächst der jeweils zugrunde liegende technische Vorgang zu betrachten. So wird ein im Podcast verwendetes Musikstück vervielfältigt, damit es anschließend auf einem Server zum Download bereitstehen kann. Gleiches gilt für das sog. „Archived Programming“, das Internetradio mit Pausen- oder Skipfunktionen ermöglicht.

Der reine Stream ist dagegen auch ohne vorherige Vervielfältigung möglich⁵³¹. Diese Variante des Internet-Audio-Dienstes empfiehlt sich daher etwa für die Schweiz, denn hier ist zwar das "Aufführen" von der Verwertungsgesellschaft „swissperform“ abgedeckt, das vorherige Speichern von Tonaufnahmen auf dem Server und damit das Vervielfältigen jedoch nicht, da die entsprechenden Rechte von den Interpreten und Tonträgerherstellern selbst gehalten werden⁵³².

Für die im Weiteren betroffenen Verwertungsrechte durch die – wie auch immer geartete – Veröffentlichung im Internet hat das LG München zunächst festgestellt, dass es sich insoweit um eine gegenüber der klassischen Ausstrahlung neue Nutzungsart handelt⁵³³. Rechte, die für eine klassische Rundfunksendung erteilt wurden, gelten damit nicht für die Internetverbreitung, wenn dies nicht gesondert vereinbart wurde. Welche Verwertungsrechte jedoch für die Internetverbreitung bei den einzelnen Varianten der

⁵²⁹ Schulze, in: Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, vor § 1 UrhWG Rn. 1.

⁵³⁰ Runge, GRUR Int. 2007, 130, 131.

⁵³¹ Astle, 19 Harvard Journal of Law and Technology 2005, 161, 192.

⁵³² Burckhardt, sic! 2003, 938, 939.

⁵³³ LG München v. 10.03.1999 – 21 O 15029/98, JurPC Web-Dok. 25/2000.

Audio-Dienste einschlägig sind, bedarf einer näheren Untersuchung. In Frage kommen insoweit das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG oder das Senderecht aus § 20 UrhG.

1. Die Sendung aus § 20 UrhG und das Sendeprivileg

Das Senderecht als das Recht des Urhebers an der Rundfunksendung war bereits vor der Schaffung des UrhG anerkannt⁵³⁴. Zunächst wurde es als Unterfall des Verbreitungs- und Aufführungsrecht behandelt, bis der BGH⁵³⁵ im Jahre 1960 das Senderecht als ein eigenständiges Verwertungsrecht anerkannte und dies mit einer Gesetzesanalogie begründete⁵³⁶. Schließlich reagierte der Gesetzgeber auf die Besonderheit des Rundfunks und schuf im UrhG von 1965 ein eigenständiges Senderecht. Auch in der RBÜ (Art. 11 bis Abs. 1) ist bereits seit der Rom Fassung von 1928 ein Senderecht verankert⁵³⁷.

Es handelt sich bei dem Senderecht um ein Recht der öffentlichen Wiedergabe in unkörperlicher Form⁵³⁸. Die Gesetzesbegründung definiert die Sendung als jede Übertragung von Zeichen, Tönen oder Bildern durch elektromagnetische Wellen, die von einer Sendestelle ausgesandt werden und an anderen Orten von einer beliebigen Zahl von Empfangsanlagen aufgefangen und wieder in Zeichen, Bilder oder Töne zurückverwandelt werden können⁵³⁹. Unabhängig vom ursprünglichen Ziel, den „Funk“ zu erfassen, ist damit auch die leitergebundene Sendung gemeint⁵⁴⁰.

Eine Besonderheit der Sendung gegenüber anderen Verwertungsformen liegt im sog. „Sendeprivileg“. Dieses Privileg folgt aus den §§ 78 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 86 UrhG und führt dazu, dass den Leistungsschutzberechtigten bereits erschienener Bild- oder Tonträger bei einer Sendung ihrer Werke lediglich ein Vergütungsanspruch und kein Ausschließlichkeitsrecht zusteht⁵⁴¹. Dies ermöglicht es den Sendeanstalten, Musiklizenzen pauschal mit den Verwertungsgesellschaften abzurechnen, ohne aufwändige Vertragsverhandlungen mit einzelnen Tonträgerherstellern führen zu müssen.

⁵³⁴ Dreier, in: Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, § 20 Rn. 1.

⁵³⁵ BGHZ 33, 38, 42

⁵³⁶ v. Ungern-Sternberg, in: Schrickler, *Urheberrecht*, vor §§ 20 ff. Rn. 26.

⁵³⁷ Walter, FS Dittrich, 363, 364.

⁵³⁸ v. Ungern-Sternberg, in: Schrickler, *Urheberrecht*, § 20 Rn. 1.

⁵³⁹ Amtl. Begr. Zu § 20, BT-Drs. IV/270.

⁵⁴⁰ Dreier, in: Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, § 20 Rn. 7.

⁵⁴¹ Dreier, in: Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, § 20 Rn. 3.

Letztlich liegt diese Vorgehensweise im Interesse der Musiker und Musikverlage, für die eine Verbreitung über das Radio eng mit Bekanntheit und Erfolg verknüpft ist. Insbesondere ist hiermit aber auch der Rundfunkfreiheit im Rahmen der Programmgestaltung gedient.

Noch weitergehend zeigt sich die Privilegierung konventioneller Radiosender in den USA. Hier zahlen die Sender zwar an die Autoren der Songs, nicht aber an Künstler und Tonträgerhersteller. Allerdings gilt diese Ausnahme nicht für das Internetradio. So müssen US-Internetradios auch dann eine Urheberrechtsabgabe an Künstler und Tonträgerhersteller zahlen, wenn sie ihr Programm gleichzeitig über einen konventionellen Sender abstrahlen⁵⁴². Diese Regelung geht auf eine Initiative der amerikanischen Plattenindustrie (der RIAA) und der Digital Media Association zurück⁵⁴³.

2. Die öffentliche Zugänglichmachung aus § 19a UrhG

Das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung wurde erstmals im Jahr 1996 bei der WIPO-Konferenz zum Urheberrecht und zu den verwandten Schutzrechten formuliert und in den WCT sowie den WPPT implementiert. Ziel des neuen Rechts war es, den Urheberrechtsschutz im digitalen Bereich und insbesondere im Internet zu verbessern⁵⁴⁴. Dabei gewährt es dem Urheber das ausschließliche Recht, sein Werk im Internet sowie in sonstigen Netzwerken so zu verwerthen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist. Dabei ist die rechtlich relevante Handlung nicht erst die Übertragung bzw. der Abruf, sondern bereits die vorangehende Zugänglichmachung bzw. das Anbieten von Werken⁵⁴⁵.

Art. 8 des WCT wurde anschließend nahezu wortgleich in Art. 3 der Info-Richtlinie (2001/29/EG) übernommen und dann mit dem neu geschaffenen § 19a in das deutsche Urheberrecht eingefügt⁵⁴⁶. Hier ist es – wie auch im Rahmen der Richtlinie – ein Unterfall des Rechts der öffentlichen Wiedergabe, das vor Schaffung des neuen Rechts bereits entsprechend angewandt wurde⁵⁴⁷.

⁵⁴² Meldung in: CR 2003, 951, 952.

⁵⁴³ Goldhammer/Zerdick, *Rundfunk online*, 96.

⁵⁴⁴ Poll, GRUR 2007, 476, 477.

⁵⁴⁵ v. Lewinski, MMR 1998, 115, 116.

⁵⁴⁶ Dreier, in: Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, § 19a Rn. 2.

⁵⁴⁷ Dreier, in: Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, § 19a Rn. 3.

Im Gegensatz zum Senderecht ist das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht nur für Urheber, sondern gem. §§ 78 Abs. 1 Nr. 1, 85 Abs 1 S. 1 UrhG auch für ausübende Künstler und Tonträgerhersteller als ein Ausschließlichkeitsrecht ausgestaltet. Für die Frage, welche Rechte beim Anbieten von Audiomedien im Internet betroffen sind, kommt es daher entscheidend auf die Abgrenzung zwischen dem Senderecht und der öffentlichen Zugänglichmachung an.

Während die Nutzungsrechte für Musik in einer Sendung i. S. d. § 20 UrhG in der Regel durch Pauschalverträge der Sendeanstalten mit den Verwertungsgesellschaften GEMA und GVL in Form von prozentualen Beteiligungen am Bruttowerbevolumen eingeräumt werden⁵⁴⁸, gestaltet sich der Rechteerwerb im Bereich des § 19a UrhG schwieriger. Eine Abwicklung des Erwerbs von Nutzungsrechten über die Verwertungsgesellschaften ist hier zunächst nur hinsichtlich der Rechte der Urheber möglich. Nur diese übertragen bislang im Rahmen des Wahrnehmungsvertrages an die GEMA auch die Nutzungsrechte aus § 19a UrhG. Für die Tonträgerhersteller haben sich dagegen individuelle Vereinbarungen mit Geschäftsmodellen wie Music-on-demand-Portalen als so lukrativ erwiesen, dass eine kollektive Verwertung nicht in ihrem Interesse liegen konnte⁵⁴⁹. Die Wahrnehmungsverträge der GVL enthalten daher keine Regelungen hinsichtlich der Nutzungsrechte zur öffentlichen Zugänglichmachung⁵⁵⁰. Daher müssen die Anbieter von Audiodiensten, die unter § 19a UrhG fallen, mit den Tonträgerherstellern jeweils individuelle Rechtevereinbarungen treffen, um deren Musik verwenden zu können.

3. Notwendigkeit einer Abgrenzung

Die unterschiedlichen Folgen für die Rechteeinräumung an Musikstücken für Angebote, die entweder als Sendung oder als öffentliche Zugänglichmachung anzusehen sind, machen eine Abgrenzung beider Verwertungsformen unabdingbar. Dabei liegen die gegenteiligen Interessen klar auf der Hand. Die Anbieter von internetbasierten Audio-Diensten würden gern durch pauschale Verträge mit den Verwertungsgesellschaften alle erforderlichen Nutzungsrechte erwerben, um dann die Musik rechtmäßig nutzen zu

⁵⁴⁸ Goldhammer/Zerdick, *Rundfunk online*, 92.

⁵⁴⁹ Handig, GRUR Int. 2007, 207, 211.

⁵⁵⁰ vgl. den Wahrnehmungsvertrag der GVL für Tonträgerhersteller, zu finden unter: http://www.trisys.gvl.de/reportG/Download/info_vertragsab.zip v. 18.08.2007.

können. Dies ist derzeit aber nur bei einer Sendung i. S. d. § 20 UrhG möglich. Müsste stattdessen jedes über das Internet verbreitete Audioprogramm für eine Musikknutzung jeweils Einzellizenzen von den Tonträgerherstellern erwerben, so könnte dies vielfach ein existenzbedrohendes Erfordernis darstellen⁵⁵¹.

Der Musikindustrie käme es dagegen eher entgegen, wenn sie mithilfe eines Ausschließlichkeitsrechts, das den Tonträgerherstellern nur im Falle einer öffentlichen Zugänglichmachung zusteht, die Musikverwertung durch sämtliche Internet-Audio-Dienste unterbinden oder von hohen finanziellen Beteiligungen abhängig machen könnten. Erst dann wäre schließlich die Gefahr gebannt, dass sich Internet-Audio-Dienste auf die Erstverwertung von Musik, also insbesondere den Verkauf von Tonträgern, negativ auswirken. Bei einer Anwendung des Sendeprivilegs auf ein dem Musikabruf ähnelndes Internetradio wird dagegen von dieser Seite eine „galoppierende“ Entwertung der Leistungsschutzrechte befürchtet⁵⁵². Daher geht etwa die Forderung der IFPI dahin, sämtliche Übertragungsformate jenseits der klassischen Rundfunksendung einem Ausschließlichkeitsrecht für Künstler und Tonträgerhersteller zu unterstellen⁵⁵³. Insoweit wird jedoch bereits von anderer Seite befürchtet, dass damit die Tonträgerhersteller plötzlich eine Vielzahl von Geschäftsmodellen nach eigenen Vorstellungen lenken könnten und so aus der rein urheberrechtlichen eine medienpolitische Frage würde⁵⁵⁴.

Nicht ganz so polarisierend ist dagegen die Sicht der Urheber selbst. Werden ihre Werke etwa durch Radiosender zusätzlich über das Internet verbreitet, profitieren sie bzw. die GEMA davon unmittelbar, da die Radiosender einen Prozentsatz ihres Bruttowerbevolumens an die GEMA abführen⁵⁵⁵. Im Übrigen wirkt sich der Unterschied beider Verwertungsrechte für sie nicht aus, da ihnen in jedem Fall ein Ausschließlichkeitsrecht zusteht. Daher gewährt etwa auch der GEMA-Tarif für das sog. „Premium-Radio“, das unter anderem Internetradios mit interaktiven Merkmalen mit umfasst, sowohl das Recht zur Sendung als auch das der öffentlichen Zugänglichmachung, ohne sich damit der schwierigen Abgrenzung stellen zu müssen⁵⁵⁶.

⁵⁵¹ Stellungnahme des Deutschen Internetradio Verbandes (DIRV) <http://www.dirv.de/pressepublic/1f023d978f13bc417/1f023d978f13cb71c/index.html> v. 18.08.2007.

⁵⁵² Thurow, FS Thurow, 127, 134.

⁵⁵³ Braun, ZUM 2005, 100, 103; Zombik, FS Thurow, 103, 108.

⁵⁵⁴ Michel, ZUM 2000, 425, 428.

⁵⁵⁵ Goldhammer/Zerdick, *Rundfunk online*, 92

⁵⁵⁶ GEMA-Tarif „Premium-Radio“, zu finden unter: http://www.gema.de/media/de/online/gema_tarif_premium_radio.pdf v. 27.07.2007.

Muss folglich eine Abgrenzung vollzogen werden, stellt sich an dieser Stelle erneut die Frage der gebotenen Abgrenzungskriterien, um zwischen klassischem Radio, das zweifellos als Sendung einzustufen sein wird, und den Internet-Audiodiensten zu unterscheiden.

a) Der Mehrkanaldienst

Für die konkrete Frage, inwieweit Internetradios in ihren verschiedenen technisch neuartigen Erscheinungsformen bzw. Podcasts der Sendung oder der öffentlichen Zugänglichmachung zuzuordnen sind, gestaltet sich ein Rückgriff auf Rechtsprechung naturgemäß schwierig. Auf eine Entscheidung des OLG München kann jedoch in der Frage der „Mehrkanaldienste“ zurückgegriffen werden⁵⁵⁷.

Unter einem „Mehrkanaldienst“ ist ein Dienst zu verstehen, der aufgrund seiner Digitalisierung und starken Komprimierung eine große Auswahl verschiedener Programme auf parallelen Kanälen anbieten kann⁵⁵⁸. In der Regel handelt es sich hierbei um Musikprogramme, die die unterschiedlichsten Musikrichtungen von Folk bis New Age zur Auswahl bereithalten. Die Musikprogramme in digitaler Qualität werden dabei rund um die Uhr ohne jegliche Moderation oder Werbung verbreitet. Damit handelt es sich bei einem Mehrkanaldienst um ein Angebot, das gewissermaßen zwischen klassischem Rundfunk und Internetradio anzusiedeln ist.

Im Zusammenhang mit Mehrkanaldiensten kam schnell die Forderung auf, den Tonträgerherstellern hier ein Ausschließlichkeitsrecht zukommen zu lassen⁵⁵⁹. Durch die große Auswahl an Musik in digitaler Qualität sah man die primäre Verwertung von Tonträgern gefährdet⁵⁶⁰. Während zum einen für digitale Formen der Sendung ein eigenes absolutes Recht für Tonträgerhersteller gefordert wurde⁵⁶¹, verlangte man an

⁵⁵⁷ OLG München, ZUM 2000, 591.

⁵⁵⁸ Rochlitz, FS Thurow, 67, 73.

⁵⁵⁹ Rochlitz, FS Thurow, 67, 73; Schaefer, FS Thurow, 95, 97.

⁵⁶⁰ Zu diesem Ergebnis kam die Kommission aufgrund der Stellungnahmen beteiligter Kreise zum Grünbuch von 1995 in ihrer Mitteilung KOM (96) 568 S. 28, zit. nach Reinbothe, FS Thurow, 13, 21; die GVL führte in ihrem Klägervorbringen zum Urteil des OLG München (ZUM 2000, 591, 592) aus, wirtschaftlich sei der Mehrkanaldienst am ehesten mit einer Musiksammlung in Form einer Sampler-CD zu vergleichen.

⁵⁶¹ Rochlitz, FS Thurow 67, 73.

anderer Stelle die Einbeziehung des Mehrkanaldienstes in das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung⁵⁶².

Den Streit der GVL mit einem englischen Mehrkanaldiensteanbieter um die Angemessenheit eines Tarifes entschied zunächst das OLG München im Jahr 2000⁵⁶³. Diesem lag unter anderem die Frage zugrunde, ob es sich um eine Sendung im Sinne des UrhG handelte. Hierzu führte das OLG aus, dass auch bei einem reinen Musikprogramm, das ohne Moderation und ohne Werbung über Kabel bzw. Satellit als Mehrkanaldienste verbreitet werde, eine Sendung i. S. d. § 20 UrhG vorliege, da es bei der Beurteilung nicht auf die an Art. 5 GG orientierte inhaltliche Meinungsbildungsrelevanz, sondern lediglich auf die Übertragungstechnik ankomme⁵⁶⁴. Zwar hob der BGH dieses Urteil des OLG München auf und verwies die Sache an das Berufungsgericht zurück, in der Frage der Beurteilung des Mehrkanaldienstes als Sendung stimmten beide Gerichte aber überein⁵⁶⁵.

b) „Staytuned“

Einen anderen Fall in diesem Problemkreis entschied das OLG Hamburg im Jahr 2005⁵⁶⁶. Dabei ging es um einen Dienst namens „staytuned“, der es dem Nutzer gegen Zahlung eines zeitraumabhängigen Geldbetrages ermöglichte, ein Musikprogramm nach eigenen Wünschen zusammenzustellen und dieses dann per Stream zu übermitteln. Der Nutzer musste dafür ein Abo abschließen, konnte ein Musikprogramm beliebig oft abspielen, jedoch nicht herunterladen. Obwohl eine Downloadmöglichkeit nicht gegeben war, entschied das OLG Hamburg, dass es sich bei dem Angebot „staytuned“ um ein öffentliches Zugänglichmachen im Sinne des § 19a UrhG handelte. Schließlich sei für das Vorliegen des § 19a UrhG ein Herunterladen nicht erforderlich, auch ein Stream könne die Voraussetzungen der öffentlichen Zugänglichmachung erfüllen. Damit galt für das Angebot weder § 20 UrhG noch das Sendeprivileg, da die angebotenen Inhalte nicht für den gleichzeitigen Empfang durch die Öffentlichkeit bestimmt waren⁵⁶⁷. Im Ergebnis kann damit ein Stream auch öffentliche Zugänglichmachung im Sinne des § 19a UrhG sein.

⁵⁶² Schaefer, FS Thurow, 95, 97.

⁵⁶³ OLG München, ZUM 2000, 591.

⁵⁶⁴ OLG München, ZUM 2000, 591, 594.

⁵⁶⁵ BGH, GRUR 2004, 669, 670 „Musikmehrkanaldienst“.

⁵⁶⁶ OLG Hamburg, MMR 2006, 173, 174.

⁵⁶⁷ OLG Hamburg, MMR 2006, 173, 174.

Inwieweit sich diese Ergebnisse jedoch auch auf die verschiedenen Formen des Internetradios sowie auf Podcasts übertragen lassen, ist anhand einer am jeweiligen Angebot orientierten Auslegung der Vorschriften zu ermitteln.

c) Semantische Auslegung

Sprachlich stimmen die Verwertungsrechte des § 20 und des § 19a UrhG zunächst insoweit überein, als jeweils von einem Zugänglichmachen gegenüber der Öffentlichkeit ausgegangen wird.

Sämtliche Untersuchungen der Frage, ob sich anhand des Öffentlichkeitsbegriffs eine Unterscheidung beider Verwertungsformen darstellen lasse, kommen zu dem Ergebnis, dass hier jeweils der aus § 15 Abs. 3 UrhG abgeleitete Öffentlichkeitsbegriff gemeint ist⁵⁶⁸. Insbesondere kommt es bei der Frage der Öffentlichkeit nicht auf die tatsächliche Zahl der Hörer sondern nur auf die mögliche Anzahl an, so dass auch sehr geringe Hörerzahlen den Öffentlichkeitsbegriff nicht berühren⁵⁶⁹. Ebenso reicht nach Aussage des österreichischen OGH auch eine sukzessive Öffentlichkeit, wie sie etwa durch den zeitversetzten Empfang entsteht, im Sinne des Öffentlichkeitsbegriffs des Senderechts aus⁵⁷⁰.

Unterschiede beider Regelungen lassen sich also allenfalls hinsichtlich der weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des „Funks“ als Begriff des § 20 sowie der Zugänglichkeit „von Orten und Zeiten ihrer Wahl“ im Sinne des § 19a UrhG ausmachen.

Der Begriff des „Funks“ ist zwar ursprünglich am historischen technischen Begriff des Rundfunks orientiert gewesen. In der Gesetzesbegründung zu § 20 UrhG wird jedoch an der technisch neutralen Umschreibung einer „Übertragung [...] durch elektromagnetische Wellen [...] von einer Sendestelle[...] zu einer beliebigen Zahl von Empfangsanlagen“⁵⁷¹ festgehalten. Beispielhaft und nicht abschließend sind dazu der Ton- und Fernsehrundfunk, der Satellitenrundfunk, der Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel aufgezählt⁵⁷². Damit ist auch die leitergebundene Übertragung, insbesondere die

⁵⁶⁸ v. Ungern-Sternberg, in: Schrickler, *Urheberrecht*, § 19a UrhG Rn. 48; § 20 UrhG Rn. 8.

⁵⁶⁹ Handig, GRUR Int. 2007, 207, 210.

⁵⁷⁰ Thiele, *Rechtsfragen beim Betrieb von Webradios*, 9, www.eurolawyer.at/pdf/Rechtsfragen_Webradios.pdf v. 27.05.2006 mit Hinweis auf OGH, Urt. v. 27.1.1987, 4 Ob 393/86.

⁵⁷¹ Amtl. Begr. UFITA 45 (1965), 240, 265.

⁵⁷² Dreier, in: Dreier/Schule, *Urheberrechtsgesetz*, § 20 Rn. 7.

Übertragung via Internet von dieser Regelung mit umfasst⁵⁷³. Schließlich unterscheidet auch die Verwendung eines digitalen Signals Internetmedien zunächst nicht von der herkömmlichen Sendung, da inzwischen üblicherweise in digitalisierter Form übermittelt wird⁵⁷⁴. Daher ist die Art des Kommunikationsweges bei Internetmedien aller Formen durchaus unter das deutsche Senderecht zu fassen⁵⁷⁵.

Problematisch ist hier allenfalls der Rückgriff auf internationale Verträge, da einige Regelungswerke (insb. Internationale Abkommen) zwischen drahtloser und drahtgebundener Übertragung differenzieren. Da jedoch das Internet auf zusammengeschlossenen Computernetzwerken basiert, sind alle Abkommen, die insoweit nicht technologieneutral formuliert sind, nicht unmittelbar anwendbar. Insbesondere das Brüsseler Satellitenabkommen und das Rom-Abkommen sowie das WTTP gehen ausschließlich von einer drahtlosen Übertragung aus. Auch im Entwurf eines WIPO-Abkommens zum Schutz der Sendeunternehmen wird von der Begriffsdefinition für die „Sendung“ aus Art. 2 f WPPT ausgegangen und damit die Übertragung über Computernetze – selbst wenn sie drahtlos erfolgt – ausgeschlossen⁵⁷⁶. Damit sind auf sämtliche Formen des Internetradios als internationale Abkommen lediglich die RBÜ und das TRIPS-Abkommen anwendbar⁵⁷⁷.

Angesichts der ansonsten bewusst technologieneutral formulierten Regelungen zum Senderecht ist hieraus jedoch kein unmittelbarer Rückschluss auf eine Auslegung nationalen Rechts dahingehend vorzunehmen, dass eine Internetübertragung nicht unter den Sendebegriff fallen könne⁵⁷⁸. Vielmehr ist auch angesichts der Regelungswerke, die an Drahtgebundenheit anknüpfen, anzunehmen, dass eine Sendung über das Internet die Funk-Kriterien zumindest entsprechend erfüllt. Schließlich wird von einer Sendestelle aus gesendet und lediglich nur eine andere Übertragungstechnik als etwa beim terrestrischen Funk gewählt⁵⁷⁹.

Die Übertragungsart des „Funks“ vermag daher eine Abgrenzung zwischen der Sendung und der öffentlichen Zugänglichmachung nicht zu leisten.

⁵⁷³ Hoeren, MMR 2008, 139, 140.

⁵⁷⁴ Schwarz, ZUM 2000, 816, 822.

⁵⁷⁵ Sasse/Waldhausen, ZUM 2000, 837, 840; Intveen, *Internationales Urheberrecht und Internet*, 35.

⁵⁷⁶ Hillig, GRUR Int. 2007, 122, 124.

⁵⁷⁷ Handig, GRUR Int. 2007, 207, 210.

⁵⁷⁸ so i. E. auch: Walter, FS Dittrich, 363, 369.

⁵⁷⁹ Knies, JurPC Webdok 42/2004, Abs. 5.

Etwas Anderes könnte allerdings hinsichtlich der Übertragungsform gelten, die nach dem Wortlaut des § 19a UrhG die Inhalte für Mitglieder der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich macht. Während sich hinsichtlich der freien Ortswahl wiederum keine Unterschiede ergeben, markiert der zeitlich freie Zugriff eine Besonderheit der öffentlichen Zugänglichmachung. Diese ergibt sich ausdrücklich auch aus Art. 8 WCT und Art. 10 bzw. Art. 14 WPPT. Der Sendebegriff geht demgegenüber von einer einzigen Ausstrahlung bei gleichzeitiger mehrfacher Wahrnehmung aus⁵⁸⁰.

An genau dieser Gleichzeitigkeit mangelt es aber dann, wenn Inhalte zeitunabhängig – etwa zum Download – zur Verfügung gestellt werden. Bei einem Podcast, der auf Initiative des Nutzers hin abgerufen und heruntergeladen wird, liegt eine zeitversetzte, einzelabruforientierte Punkt-zu-Punkt-Übertragung vor, die demnach dem durch Gleichzeitigkeit charakterisierten Sendebegriff nicht mehr unterfallen kann⁵⁸¹. Der Download als Übertragungsform ist daher § 19a UrhG zuzuordnen.

Allerdings wird der Podcast alternativ ebenso wie das Internetradio per Stream übertragen. Beim Streaming kann die Übermittlung – etwa im Falle des klassischen Web- oder Simulcastings an alle Nutzer gleichzeitig erfolgen. In diesem Fall wäre das Kriterium der Gleichzeitigkeit dem Wortlaut nach erfüllt. Ebenso kann der Stream aber auch zeitversetzt starten, wenn etwa bei der Übertragungsform „Near-on-Demand“ eine Sendung im Viertelstundentakt beginnt. Hier ließe sich bei großzügiger Interpretation des Begriffs der Gleichzeitigkeit annehmen, dass auch der an sich gleichzeitige Empfang einer sukzessiven Öffentlichkeit darunter fällt⁵⁸².

Schließlich besteht die dritte Möglichkeit des Streamings, die etwa auch beim Podcasting genutzt wird, darin, dass der Stream als zeitunabhängige Übertragungsform angeboten wird. Selbst wenn in diesem Fall die gleichzeitige Nutzung der Inhalte möglich ist, wird man hier nicht von einer Gleichzeitigkeit ausgehen können, so dass insoweit keine Sendung nach § 20 UrhG vorliegt⁵⁸³.

⁵⁸⁰ Intveen, *Internationales Urheberrecht und Internet*, 35.

⁵⁸¹ Sasse/Waldhausen. ZUM 2000, 837, 840.

⁵⁸² Leupold, ZUM 1998, 99, 107. so i. E. auch Zscherpe, MMR 1998, 404, 408.

⁵⁸³ Sasse/Waldhausen, ZUM 2000, 837, 842; so i. E. auch OLG Hamburg, MMR 2006, 173, 175.

Aus technischer Sicht ist dem allerdings entgegenzusetzen, dass jede Form des Internetstreams erst dann startet, wenn zuvor ein individueller Abruf stattgefunden hat. Erst auf Anforderung per Mausklick wird eine Verbindung zu dem Webserver aufgenommen, der den Stream überträgt⁵⁸⁴. Dann entsteht auf den Abruf des Nutzers eine Punkt-zu-Punkt-Verbindung zur Datenübertragung. Bei dieser handelt es sich aber wiederum um eine internettypische Zurverfügungstellung⁵⁸⁵. Demgegenüber ist das klassische terrestrische Sendesignal dauerhaft an jedem möglichen Empfangsort vorhanden und wird durch das Einschalten etwa eines Radiogeräts lediglich hörbar gemacht. Jede Form des Streamings wäre demnach also dem Verwertungsrecht aus § 19a UrhG zuzuordnen.

Allerdings werden nach dem Abruf beim Streaming die Daten wiederum – wenn auch in Datenpakete zerlegt – parallel und damit gleichzeitig übertragen. Für eine Zuordnung zumindest des Simul- und des Webcastings zu § 20 UrhG spricht zudem, dass das Kriterium der Gleichzeitigkeit für eine Sendung der freien Zeitwahl aus § 19a UrhG gegenübersteht. Wahlfreiheit besteht jedoch nicht, wenn die zeitliche Programmgestaltung für alle Nutzer vorgegeben ist. Genau so verhält es sich aber beim Webcasting, da der Hörer auf die zeitliche Komponente hier keinen Einfluss hat⁵⁸⁶. Auch ist der Begriff der „Gleichzeitigkeit“ ausdrücklich in § 20 UrhG nicht enthalten, was ebenfalls für eine großzügigere Handhabung bei der Begriffsauslegung spricht⁵⁸⁷.

Letztlich vermag der Begriff der „Gleichzeitigkeit“ bzw. der „Zugänglichmachung zur gewählten Zeit“ damit allein keine klare Abgrenzung vorzunehmen. Für eine deutliche Unterscheidung beider Verwertungsrechte muss daher eine über die Begriffsorientierung hinausgehende Auslegung vorgenommen werden.

d) Historische Auslegung

Den entscheidenden Unterschied zwischen den §§ 19a und 20 UrhG stellt auf der Rechtsfolgenseite das Sendeprivileg dar, das dazu führt, dass den Leistungsschutzberechtigten bei einer Sendung lediglich ein Vergütungsanspruch und kein Ausschließlichkeitsrecht zusteht. Dieses Sendeprivileg ist – anders als das deutlich ältere Senderecht – erst mit Erlass des UrhG im Jahre 1965 entstanden. Noch 1937 hatte

⁵⁸⁴ Bortloff, GRUR Int. 2003, 669, 675.

⁵⁸⁵ Handig, *ecolex* 2005, 921, 922.

⁵⁸⁶ Handig, GRUR Int. 2007, 207, 209; Egloff, *sic!* 2005, 96, 104.

⁵⁸⁷ Schardt, ZUM 2000, 849, 854, Zscherpe, MMR 1998, 404, 407.

das Reichsgericht entschieden, dass den Herstellern von Schallplatten gegenüber dem Rundfunk ein ausschließliches Recht zustehe⁵⁸⁸.

In den sechziger Jahren und in der weiteren Zeit des analogen Radios befanden sich Rundfunk und Schallplatten- bzw. später CD-Industrie in einer Art Symbiose⁵⁸⁹. Das Radio stellte eine wertvolle Werbepattform für Musik dar, gleichzeitig führte der enorme Qualitätsunterschied zwischen der Schallplatte und dem am Kassettenrecorder erstellten Radiomitschnitt dazu, dass im Radio gespielte Musik auch käuflich erworben wurde⁵⁹⁰. Da man außerdem fürchtete, zu hohe Lizenzforderungen der Plattenindustrie könnte sich auf die Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zum Nachteil der Bürger auswirken, war die Schaffung des Sendeprivilegs logische Konsequenz dieser Entwicklung⁵⁹¹.

Die Veränderungen des Rundfunks insbesondere durch das Internet haben dazu geführt, dass eine derartige Symbiose zwischen Rundfunk und Musikindustrie – vor allem aus Sicht der Musikindustrie – in dieser Form nicht mehr existiert. So führt etwa die Möglichkeit, Internetradio in CD-Qualität mitzuschneiden, dazu, dass die Verwertung im Internetradio gegenüber der Verwertung durch den Plattenverkauf eine Art Konkurrenz darstellt. Je stärker der Nutzer durch individualisierte Formen mehr und mehr Einfluss auf das Radioprogramm nehmen kann, desto größer wird der Konkurrenzdruck. Eine starke Konkurrenz zwischen individualisiertem Radioprogramm und der klassischen Erstverwertung durch Verkauf führt wiederum dazu, dass die ursprünglichen Rechtfertigungsgründe für die Schaffung eines Sendeprivilegs nicht mehr durchgreifen. Die historische Sicht legt damit nahe, das Sendeprivileg und damit den Anwendungsbereich des § 20 UrhG dort enden zu lassen, wo die Form der Musikübertragung zu einer ernsthaften Konkurrenz für die urheberrechtliche Erstverwertung wird.

e) **Europa- und völkerrechtliche Auslegung**

Das Verwertungsrecht der öffentlichen Zugänglichmachung fand seinen Weg in das deutsche Urheberrecht durch die Umsetzung der E-Commerce-Richtlinie (2000/31/EG) in deutsches Recht. Anhaltspunkte für die Abgrenzung des neuen Verwertungsrechts vom

⁵⁸⁸ RGZ 153, 1 ff.

⁵⁸⁹ Bäcker, *Die Rechtsstellung der Leistungsschutzberechtigten im digitalen Zeitalter*, 161.

⁵⁹⁰ Schwenger, GRUR Int. 2001, 722, 726.

⁵⁹¹ Schwenger, GRUR Int. 2001, 722, 726.

Senderecht des § 20 UrhG könnten daher der Richtlinie sowie ihrer Entstehungsgeschichte zu entnehmen sein.

Im Jahr 1996 wurden im Zusammenhang mit den Veränderungen, denen das Urheberrecht in einer Informationsgesellschaft unterliegt, zwei völkerrechtliche Verträge im Rahmen der Weltorganisation für Geistiges Eigentum (WIPO) abgeschlossen, um die bestehenden Regelungen der Berner Übereinkunft bzw. des Rom-Abkommens weiterzuentwickeln⁵⁹²: der World Copyright Treaty (WCT) und der World Performance and Phonograms Treaty (WPPT). Während der WCT die Anpassungen des Urheberrechts an die neuen wirtschaftlichen, sozialen, kulturellen und technischen Entwicklungen⁵⁹³ vornahm, regelt der WPPT Entsprechendes für den Bereich der verwandten Schutzrechte. Beide Verträge wurden sowohl von der EU als auch von den meisten Mitgliedstaaten der EU ratifiziert und in ihrem Entstehen entscheidend von den Vorstellungen der EU beeinflusst⁵⁹⁴. So knüpfte die Lösung der WIPO-Verträge hinsichtlich des neuen Online-Rechts an einen Formulierungsvorschlag der EG und ihrer Mitgliedsstaaten an, die das Element der Interaktivität als kennzeichnend vorgesehen hatten⁵⁹⁵. Die Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft sollte schließlich der Umsetzung der in den WIPO-Verträgen eingegangenen Verpflichtungen dienen⁵⁹⁶, wobei allerdings zu Recht angezweifelt wurde, ob eine Wiederholung der ohnehin für die Mitgliedsstaaten völkerrechtlich verpflichtenden Regelungen in einer EU-Richtlinie tatsächlich erforderlich war⁵⁹⁷.

Das neue Recht auf öffentliche Zugänglichmachung, das die ausgiebig geführte Diskussion um die Einordnung des Bereitstellens von Inhalten im Internet beendete⁵⁹⁸, wurde dementsprechend aus den WIPO-Verträgen in die EU-Richtlinie übernommen⁵⁹⁹. So findet sich die Formulierung des Art. 8 WCT:

„Zugänglichmachung in der Weise, dass sie [die Werke] Mitgliedern der Öffentlichkeit an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind“

⁵⁹² Art. 1 des WCT bezeichnet den Vertrag ausdrücklich als Sonderabkommen im Sinne des Art. 20 der RBÜ.

⁵⁹³ so ausdrücklich die Präambeln zu beiden Verträgen.

⁵⁹⁴ Spindler, GRUR 2002, 105, 106.

⁵⁹⁵ Walter, FS Dittrich, 363, 369.

⁵⁹⁶ Erwägungsgrund Nr. 15 zur RL 2000/29/EG, Abl EG L167/11.

⁵⁹⁷ Hoeren, MMR 2000, 515, 516.

⁵⁹⁸ Schippan, NJW 2001, 2682, 2683.

⁵⁹⁹ v. Lewinski, MMR 1998, 115, 116.

sowie die der Art. 10 und 14 WPPT:

„drahtlos in einer Weise der Öffentlichkeit zugänglich gemacht, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit an Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind“

in Art. 3 der Richtlinie wieder, in dem es heißt:

„...der öffentlichen Zugänglichmachung der Werke in der Weise, dass sie Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich sind“.

Gemäß Erwägungsgrund 25 der Richtlinie soll damit die interaktive Übertragung auf Abruf bezeichnet und die diesbezügliche Rechtsunsicherheit beseitigt werden⁶⁰⁰. Eine weitere Erläuterung zur Abgrenzung geben die Erwägungsgründe nicht. Jedoch wurde hierin weitgehend die Absicht gesehen, Angebote, die auf individuellen Abruf hin erhältlich sind, zu erfassen, nicht aber Near-on-Demand-Angebote oder andere nicht interaktive Dienste⁶⁰¹. In Zweifel gezogen wurde allerdings, ob Art. 3 der Richtlinie 200/29/EG allein klassische Abrufdienste betrifft oder ob auch das automatische Zusenden oder Präsentieren (Push-Dienste) mit umfasst sein sollte⁶⁰². Den Erwägungsgründen lässt sich eine Antwort hierauf nicht entnehmen. Dennoch wird klar, dass die Frage der Interaktivität bei der Auslegung der Richtlinie eine entscheidende Rolle spielt.

Im Ergebnis ist damit festzuhalten, dass die Charakterisierung des neuen Verwertungsrechts als „der Öffentlichkeit zugänglich von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl“ den WIPO-Verträgen WCT und WPPT entstammt und dass dies durch die Richtlinie als „interaktiv“ verstanden wurde. Neben der bloßen lokalen und zeitlichen Unabhängigkeit scheint daher aus europa- bzw. völkerrechtlicher Sicht das Kriterium der Interaktivität von erheblicher Bedeutung zu sein.

Neben der Neueinführung des Rechts auf öffentliche Zugänglichmachung findet sich im WPPT auch eine Definition der „Sendung“ in Art. 2 lit. f WPPT. Demnach bedeutet „Sendung“ die „drahtlose Übertragung von Tönen oder von Bildern und Tönen oder deren Darstellungen zum Zwecke des Empfangs durch die Öffentlichkeit“. Die ausdrückliche Bezugnahme auf die Drahtlosigkeit deutet damit auf ein technisch orientiertes Verständnis des Begriffs hin.

⁶⁰⁰ Erwägungsgrund Nr. 25 zur RL 2000/29/EG, Abl. EG L 167/12.

⁶⁰¹ Spindler, GRUR 2002, 105, 108, so auch Reinbothe, GRUR Int. 2001, 733, 736; v. Lewinski, MMR 1998, 115, 116.

⁶⁰² Flehsig, CR 1998, 225, 227.

In Abhängigkeit von dieser Definition wird die „öffentliche Wiedergabe“ in Art. 2 lit. g WPPT als „öffentliche Übertragung der Töne [...] einer Darbietung oder der auf einem Tonträger festgelegten Töne oder Darstellungen von Tönen auf einem anderen Weg als durch Sendung“ definiert. Der „öffentlichen Wiedergabe“ im Sinne des WPPT unterfällt demnach insbesondere jede Form der drahtgebundenen Übertragung – wie etwa der Internetübertragung⁶⁰³. Sollte die öffentliche Zugänglichmachung als Unterfall der öffentlichen Wiedergabe anzusehen sein, ließen sich daraus weitere Rückschlüsse auf die Abgrenzung beider Verwertungsrechte ziehen. Die Drahtlosigkeit bzw. Drahtgebundenheit wäre danach entscheidendes Abgrenzungskriterium.

Der Annahme, bei der öffentlichen Zugänglichmachung könnte es sich um einen Unterfall der öffentlichen Wiedergabe handeln, widerspricht jedoch bereits die Systematik des WPPT. Art. 15 WPPT sieht für die Sendung wie für die öffentliche Wiedergabe einen Vergütungsanspruch vor, während Art. 10 und Art. 14 WPPT in Bezug auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung von einem ausschließlichen Recht ausgehen. Da ein Verwertungsrecht entweder ausschließlich ist oder für die ansonsten freie Nutzung einen Vergütungsanspruch vorsieht, kann das neue Verwertungsrecht gerade kein Unterfall der öffentlichen Wiedergabe sein⁶⁰⁴. Rückschlüsse aus dem WPPT auf eine Abgrenzung anhand der Drahtgebundenheit sind daher nicht möglich.

Insgesamt verweist eine europa- und völkerrechtliche Betrachtung der Rechte aus den §§ 19a und 20 UrhG damit einerseits auf die Bedeutung der Interaktivität im Zusammenhang mit dem Recht auf öffentliche Zugänglichmachung und andererseits auf eine technisch-orientierte Auslegung im Hinblick auf die „Sendung“.

f) Teleologische Auslegung

Eine Annäherung an den gesetzgeberischen Willen hinsichtlich einer Abgrenzung zwischen dem Verwertungsrecht der Sendung und dem der öffentlichen Zugänglichmachung ermöglicht zunächst die Betrachtung der Regelungssystematik des UrhG.

Das UrhG nimmt eine Aufteilung in die verschiedenen Verwertungsrechte des Urhebers vor allem deshalb vor, um diesem eine differenzierte Wahrnehmung seiner Rechte zu ermöglichen. Dabei ist der ursprüngliche Ansatz des Urheberrechts zu berücksichtigen,

⁶⁰³ Egloff, sic! 2005, 96, 101.

⁶⁰⁴ Reinbothe/v. Lewinski, *The WIPO Treaties 1996*, 100 ff (WCT 8 N 1 ff.).

der eine Existenzsicherung des kreativ Schaffenden im Blick hatte⁶⁰⁵ und ausdrücklich seinen Niederschlag in § 11 S. 2 UrhG gefunden hat. Der Ausgestaltung der Verwertungsrechte liegt daher das Ziel zugrunde, den Urheber möglichst angemessen an dem wirtschaftlichen Nutzen zu beteiligen, der aus seinem Werk gezogen wird⁶⁰⁶. Daher sind etwa aufeinanderfolgende unterschiedliche Nutzungen desselben Werkes jeweils anderen Verwertungsrechten zuzuordnen und damit jedenfalls nicht pauschal abzugelten. Vielmehr müssen für jede Nutzung die entsprechenden Rechte eingeräumt werden, so dass der Urheber auf diesem Weg die Chance einer fairen und angemessenen Vergütung erhält⁶⁰⁷. Damit kann die Unterscheidung der einzelnen Verwertungsrechte schon nicht inhaltlicher Natur sein, da sie sich jeweils auf ein und dasselbe Werk beziehen sollen. Bei der Reichweite einzelner Verwertungsrechte ist im Sinne der Urheberinteressen allein auf die Form der Werknutzung abzustellen⁶⁰⁸. Diese zu analysieren bedeutet, den reinen Vorgang der Verwertung unabhängig von inhaltlichen Elementen zu betrachten. Im Falle der Abgrenzung einer Sendung von einer öffentlichen Zugänglichmachung bedeutet dies notwendigerweise auch die Betrachtung des technischen Vorganges.

Wie jedoch bereits die Wortlautauslegung des „Funk“-Begriffs gezeigt hat, kann die rein technische Betrachtung der Übertragungsart kein treffendes Unterscheidungskriterium sein. Schließlich ist zwar der Internetdownload der Verwertungsform des § 19a UrhG zuzuordnen, innerhalb der Übertragungsart des Streamings ist jedoch weiter zu differenzieren. Schließlich kann ein öffentliches Zugänglichmachen auch im Falle des Streamings erfolgen⁶⁰⁹. Abzustellen ist vielmehr auf die Übertragungsform, die ein Angebot entweder in die Nähe der Erstverwertung rückt, so dass auch aus historischer Sicht ein Sendeprivileg nicht zu rechtfertigen ist, oder es der klassischen Rundfunksendung gleichstellt und damit § 20 UrhG zuordnet⁶¹⁰.

Nicht zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang ein Nutzerverhalten, das sich an den eigentlichen Verbreitungsvorgang anschließt⁶¹¹. In diesem Sinne wird zum Teil

⁶⁰⁵ Schrickler, in: Schrickler, *Urheberrecht*, Einl. Rn. 8.

⁶⁰⁶ vgl. dazu etwa BGHZ 140, 326, 334; 141, 13, 35.

⁶⁰⁷ v. Ungern-Sternberg, in: Schrickler, *Urheberrecht*, § 15 Rn. 10.

⁶⁰⁸ vgl. v. Ungern-Sternberg, in: Schrickler, *Urheberrecht*, § 15 Rn. 15.

⁶⁰⁹ OLG Hamburg MMR 2006, 173, 174.

⁶¹⁰ vgl. v. Ungern-Sternberg, in: Schrickler, *Urheberrecht*, § 15 Rn. 15.

⁶¹¹ so aber Bäcker, *Die Rechtsstellung der Leistungsschutzberechtigten im digitalen Zeitalter*, 154, die davon ausgeht, dass dann nicht mehr von einer Sendung ist, wenn etwa durch die Digitalisierung für den Nutzer ein fassbarer Mehrwert (durch Mehrkanaldiversifizierung oder Near-on-Demand-Angebote) entsteht.

argumentiert, dass auch der an sich flüchtige und vom Nutzer nicht zu beeinflussende Datenstrom im Sinne einer Erstverwertung genutzt wird, wenn der Nutzer anhand von Messer-Programmen den Stream mitschneidet und so auf seinem Computer konserviert⁶¹². Die so entstehende Perpetuierung der Inhalte ist als nachgelagerter Vorgang vielmehr ein Problem der Privatkopie. Auf die Übertragungsform des eigentlichen Angebots hat sie keinen Einfluss.

Ebenfalls abzulehnen ist eine Abgrenzung anhand der Typenlehre und damit anhand einer Gesamtbetrachtung des Erscheinungsbildes, die einen Dienst entweder als Sendung oder als öffentliche Zugänglichmachung erscheinen lässt⁶¹³. Zwar lassen sich – wie bereits im Rahmen der rundfunkrechtlichen Einordnung festgestellt⁶¹⁴ – einzelne Besonderheiten eines Angebots durch eine Gesamtbetrachtung in angemessener Form berücksichtigen. Das Urheberrecht stellt jedoch keine dem § 20 Abs. 2 RfStV vergleichbare Kollisionsnorm bereit, so dass Zweifelsfälle im Bereich des Urheberrechts nicht eindeutig und damit rechtssicher zu lösen wären, fände sich nicht eine klare und zweifelsfreie Abgrenzungsform.

Eine Rechtsunsicherheit in diesem Bereich würde jedoch bedeuten, dass die Anbieter internetbasierter Audiodienste, um mit Sicherheit keine Rechtsverletzung zu begehen, entweder jeweils die Nutzungsrechte für eine Nutzung nach § 19a und § 20 UrhG erwerben oder auf die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke ganz verzichten müssten. Das aber ist weder im Interesse der Urheber noch der Verwerter.

Allerdings spielt bei einer Unterscheidung anhand der Übertragungsform wiederum die soziologische Betrachtung eine Rolle. So lassen sich etwa im Konsumverhalten deutliche Unterschiede der aktiven Nutzer gegenüber den passiven Zuhörern festmachen⁶¹⁵. Ein interaktiv eingebundener Nutzer, der sein Audioprogramm selbst mit gestalten kann, ist eher mit einem Einkäufer vergleichbar. Der dem vorgegebenen Programm ausgesetzte Zuhörer ist dagegen ein klassischer Adressat für eine urheberrechtliche Zweitverwertung. Während der Grad an Interaktivität im Bereich der rundfunkrechtlichen Abgrenzung, deren Fokus auf der Meinungsbildungsrelevanz lag, keinen Unterschied zu markieren

⁶¹² Bortloff, GRUR Int. 2003, 669, 672.

⁶¹³ Bäcker, *Die Rechtsstellung der Leistungsschutzberechtigten im digitalen Zeitalter*, 190 ff.

⁶¹⁴ vgl. zweiter Teil II 6. und 7.

⁶¹⁵ Intveen, *Internationales Urheberrecht und Internet*, 34 f.

vermag, sieht dies im urheberrechtlichen Spannungsfeld zwischen § 19a und § 20 UrhG anders aus. Hier kommt der Interaktivität entscheidende Bedeutung zu.

g) Bedeutung der Interaktivität

Ein Hinweis auf die Bedeutung der Interaktivität findet sich etwa in den Wahrnehmungsverträgen der GVL für Tonträgerhersteller. Hierin erklärt sich die GVL bei Internetradio in Form von Simulcasting und reinem Webcasting dann für zuständig, wenn das Programm nicht-interaktiv gestaltet ist⁶¹⁶. Die GVL unterstellt dabei, dass es sich bei interaktiven Programmmodellen nicht um „Sendungen“, sondern um öffentliche Zugänglichmachung handelt und verlangt zur Abgrenzung beim Webcasting, dass moderiert wird und das Programm nicht in Schleifen unter 70 Minuten übertragen wird⁶¹⁷. Zwar kann es auf eine Moderation oder die Länge von Tonschleifen bei der Abgrenzung nicht ankommen⁶¹⁸, der Hinweis auf interaktive Beeinflussbarkeit des Programms findet sich letztlich aber auch in Erwägungsgrund 25 der Richtlinie 2001/29/EG. Hier ist von der „interaktiven Übertragung auf Abruf“ die Rede, die sich durch die freie Orts- und Zeitwahl auszeichnet⁶¹⁹. Die individuelle Entscheidung des Nutzers, von wo und zu welcher Zeit er auf das Programm zugreift, verstanden als eine Form der Interaktivität, stellt damit das wesentliche Abgrenzungsmerkmal dar⁶²⁰.

Wenn die Interaktivität als entscheidendes Kriterium der Abgrenzung zwischen § 19a und § 20 UrhG anzusehen ist, stellt sich weiterhin die Frage, welcher Grad an Interaktivität die Grenze zwischen beiden Verwertungsformen bildet und wie dieser festzustellen ist.

Hierzu kann zum einen aus Nutzersicht vertreten werden, dass allein die Chance, einzelne Teile eines Programms nicht zu hören, dabei aber dennoch an ein vorgegebenes Programm gebunden zu sein, nicht mit der positiven Möglichkeit des gezielten Abrufes gleichzusetzen ist⁶²¹. Schließlich handelt es sich auch insoweit um eine flüchtige Übertragung und es bleibt – anders als etwa beim Podcast – keine Kopie beim Nutzer

⁶¹⁶ Wahrnehmungsvertrag der GVL für Tonträgerhersteller § 1 Nr. 4, zu finden unter: http://www.trisys.gvl.de/reportG/Download/info_vertragsab.zip

⁶¹⁷ Ventroni/Poll, MMR 2002, 648, 652 f.

⁶¹⁸ Ventroni/Poll, MMR 2002, 648, 653.

⁶¹⁹ Erwägungsgrund Nr. 25 zur RL 2000/29/EG, Abl.EG L 167/12.

⁶²⁰ v. Lewinski, MMR 1998, 115, 116.

⁶²¹ Handig, GRUR Int. 2007, 207, 209.

zurück⁶²². Das würde bedeuten, dass sämtliche Formen des Internetradios nicht unter § 19a UrhG zu fassen wären, sondern vielmehr das Sendeprivileg Anwendung fände.

Aus einer streng ökonomischen Sicht heraus lässt sich dagegen eine faktische Erstverwertung und damit ein Fall des § 19a UrhG bereits dann annehmen, wenn die normale Erstverwertung durch irgendeine Möglichkeit interaktiver Nutzung wirtschaftlich auch nur geringfügig gefährdet ist. Hierzu wäre dann bereits ein inhaltlich spezialisiertes Webcasting-Programm (z.B. ein Artist Radio) zu zählen, bei dem der Nutzer durch seine – insoweit interaktive – Auswahl und die anschließende Möglichkeit eines digitalen Mitschnittes theoretisch den Kauf einer CD ersparen könnte. Dann wäre allein für die traditionelle Sendeform außerhalb des Internets eine Zuordnung zu § 20 UrhG zu rechtfertigen, da bereits die gezielte Auswahlmöglichkeit aus einer endlose Anzahl weltweit erreichbarer Programme eine Form von Interaktivität darstellt, anhand derer eine unterschiedliche Beurteilung festgemacht werden könnte⁶²³.

Genauso wenig wie das dem Empfang nachgelagerte Verhalten des Nutzers, der theoretisch einen Mitschnitt anfertigen könnte, in die Berücksichtigung der Verwertungsform einfließen kann, ist auch das Zurückbleiben einer Kopie bzw. das Ausbleiben einer Perpetuierung des Inhalts zu beachten. Beide Extrempositionen, die jeweils den eigentlichen Verwertungsvorgang aus den Augen verlieren, führen daher nicht zu einer vertretbaren Lösung.

Stattdessen bietet es sich an, die Abgrenzungsfrage zunächst auf die problematischsten Dienste in diesem Zusammenhang zu fokussieren. Dies dürften Programmschleifen (near-on-demand) und Internetradios mit Programmpaketen sein, die z.B. Skip- und Pausenfunktionen ermöglichen.

Während hier im Einklang mit dem EuGH⁶²⁴ einerseits davon ausgegangen werden kann, dass es beim Format des „Near-on-demand“ nicht zu einer individuellen Wahl kommt⁶²⁵ – auch dann nicht, wenn die Intervalle sehr kurz sind⁶²⁶, ist andererseits dann von einem interaktiven Dienst auszugehen, sobald der Nutzer – etwa durch Skip- oder

⁶²² Barrett, Shidler *Journal of Law, Commerce & Technology* 2006, 3.

⁶²³ so in der Tendenz: Dreier, *ZUM* 2002, 28, 31.

⁶²⁴ EuGH, *MMR* 2005, 517.

⁶²⁵ Kröger, *CR* 2001, 316, 318.

⁶²⁶ v. Ungern-Sternberg, in: Schricker, *Urheberrecht*, § 20 UrhG Rn. 9.

Pausefunktionen – eine Einflussmöglichkeit auf das Programm erhält. Die erforderliche Abgrenzung muss also anhand verlässlicher Kriterien zwischen interaktiver und nicht interaktiver Übertragungsform vorgenommen werden. Hierzu bietet sich die bereits zuvor angesprochene Unterscheidung zwischen linearen und nicht-linearen Angeboten an.

h) Zwischenergebnis: Abgrenzung nach Linearität

Die Linearität, wie sie schon im Rahmen der rundfunkrechtlichen Abgrenzung diskutiert wurde, unterscheidet Dienste, die wie in einer Einbahnstraße nur in einer Richtung verbreitet werden, von anderen Angeboten, die innerhalb einer Netzstruktur eine Kommunikation in alle Richtungen erlauben⁶²⁷. Daneben spielt das Kriterium der Gleichzeitigkeit, das bereits als Abgrenzungsmerkmal anhand des Wortlauts herausgearbeitet wurde, hinsichtlich der Linearität ebenfalls eine bedeutende Rolle. Während das linear verbreitete Programm zur gleichen Zeit an eine Vielzahl von Empfängern gesendet wird, kann der Nutzer beim nicht-linearen Dienst selbst den Zeitpunkt seines Abrufs bestimmen. Dies entspricht der Formulierung „zu Zeiten ihrer Wahl“ in § 19a UrhG.

Unerheblich ist insoweit zum einen, ob im Falle des nicht-linearen Angebots via Stream oder Download übertragen wird und zum anderen, ob eine lineare Verbindung erst durch den vom Nutzer getätigten Einzelabruf zustande kommt. Entscheidend ist allein, ob die Verbindung wie beim klassischen Rundfunk eine point-to-multipoint-Verbindung ist, die gleichzeitig eine Vielzahl von Empfängern erreicht, oder ob es sich um eine point-to-point-Einzelverbindung handelt, die interaktive Einflussnahme auch auf die Zeitwahl ermöglicht⁶²⁸. Damit ist es ebenfalls unerheblich, wenn aus technischen Gründen zunächst eine Zwischenspeicherung der Inhalte erfolgen muss⁶²⁹.

Soweit demnach eine lineare Verbindung vorliegt, handelt es sich folglich um eine „Sendung“ im Sinne des § 20 UrhG. Ist die Verbindung dagegen nicht-linear, liegt ein Fall des § 19a UrhG vor. § 19a UrhG umfasst damit jegliche Angebotsformen, die interaktiv zu nutzen sind und damit sowohl angesichts der Unterscheidung zwischen Erst- und Zweitverwertung als auch angesichts der wirtschaftlichen Betrachtung der Nutzungsformen die nutzungsintensiveren Angebote darstellen. Sobald die Linearität

⁶²⁷ Janik, K&R 2001, 572, 574.

⁶²⁸ Betzler, FS Oppermann, 155, 157.

⁶²⁹ v. Ungern-Sternberg, in: Schricker, *Urheberrecht*, § 20 UrhG, Rn. 45.

durchbrochen wird, etwa weil ein Internetradio die Möglichkeit enthält, das Programm anzuhalten oder einen Musiktitel zu überspringen, stellt das Angebot einen Fall der öffentlichen Zugänglichmachung i. S. d. § 19a UrhG dar.

Für die einzelnen Angebote bedeutet dies, dass Simulcasts sowie reine Webcasts ohne interaktive Zusatzangebote oder auch Near-on-Demand-Radios mit nicht beeinflussbaren Programmschleifen unter § 20 UrhG fallen. Für sämtliche Sonderformen des Internetradios, die mit Rückkanälen und damit interaktiv arbeiten, sowie für Podcasts findet dagegen § 19a UrhG Anwendung⁶³⁰.

4. Vervielfältigungsrechte

Sofern es sich nicht um ein reines Streaming-Angebot handelt, muss im Vorfeld der Veröffentlichung eines Internet-Audiodienstes eine Vervielfältigung der Inhalte erfolgen. Auch hinsichtlich dieser Vervielfältigung ist es entscheidend, ob es sich bei der eigentlichen Veröffentlichung um eine Sendung oder eine öffentliche Zugänglichmachung handelt.

Das Senderecht aus § 20 UrhG bezieht sich nicht allein auf den technischen Vorgang als solchen, sondern betrifft den gesamten Vorgang der Werknutzung als Sendung⁶³¹. Damit ist auch die beim Streaming technisch notwendig vorangehende – kurzzeitige – Zwischenspeicherung auf einem Server mit umfasst. Sollte dagegen eine längerfristige Speicherung erforderlich werden, so greift insoweit § 55 UrhG ein, der für die Verwendung in einer Sendung eine sog. „ephemere“ Vervielfältigung gestattet, sofern eine Berechtigung zur Sendung des Werkes vorliegt⁶³². Ein gesonderter Erwerb von Nutzungsrechten für die Vervielfältigung im Rahmen einer Sendung ist damit nicht erforderlich.

Anders verhält es sich dagegen bei Audiodiensten, die § 19a UrhG unterfallen, da sich die Verwertungsform der öffentlichen Zugänglichmachung allein auf die Bereitstellung im Internet bezieht⁶³³. Die hierzu erforderliche vorangehende Vervielfältigung stellt sich

⁶³⁰ so i. E. auch v. Ungern-Sternberg, in: Schricker, *Urheberrecht*, § 20 UrhG, Rn. 46.

⁶³¹ v. Ungern-Sternberg, in: Schricker, *Urheberrecht*, § 20 Rn. 45.

⁶³² Nordemann, in: Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 55 Rn. 1.

⁶³³ Bäcker, *Die Rechtsstellung der Leistungsschutzberechtigten im digitalen Zeitalter*, 174.

– anders als die kurzzeitige Zwischenspeicherung bei der Sendung – als dauerhafte Ablage der Kopie auf dem Server dar, denn nur so kann die charakteristische Interaktivität durch zeitlich freien Abruf gewährleistet werden. Eine solche dauerhafte Speicherung der Kopie ist als einzeln zu betrachtende Vervielfältigung anzusehen⁶³⁴. Anbieter von Audiodiensten im Internet, die nicht § 20 UrhG unterfallen, müssen sich daher zusätzlich zum Nutzungsrecht nach § 19a UrhG auch ein Vervielfältigungsrecht nach § 16 UrhG einräumen lassen.

Insbesondere für private Podcaster könnte insoweit die Privatkopieschranke des § 53 Abs. 1 S. 1 UrhG einschlägig sein, wonach einzelne Vervielfältigungen eines Werks zum privaten Gebrauch zulässig sind. Allerdings gilt dies zunächst nur dann, wenn die Kopie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dient. Für private Podcast, mit denen Werbeeinnahmen generiert werden, käme eine Anwendung des § 53 UrhG damit von vornherein nicht in Betracht.

Aber auch für werbefreie private Podcasts kommt die Anwendung der Schranke nicht in Betracht, da der „private Gebrauch“ als Unterfall des „eigenen Gebrauchs“⁶³⁵ nur dann vorliegt, wenn die Vervielfältigungsstücke allein zur eigenen Verwendung, nicht aber zur Weitergabe an Dritte hergestellt werden⁶³⁶. Alleiniger Zweck der Speicherung von Podcasts und damit der in ihnen enthaltenen Werke auf einem Server ist jedoch die öffentliche Zugänglichmachung und damit die Weitergabe an Dritte. Auch private Podcaster ohne Werbeeinnahmen können sich daher nicht auf die Privatkopieschranke berufen.

Soweit es sich bei einem Internetaudiodienst nicht um eine Sendung i. S. d. § 20 UrhG handelt, ist zusätzlich zum Nutzungsrecht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG auch ein Vervielfältigungsrecht i. S. d. § 16 UrhG erforderlich. Dieses Vervielfältigungsrecht findet sich jedoch nicht nur im Lizenzangebot der GEMA, sondern auch in dem der GVL, so dass hier die zur Vervielfältigung erforderlichen Rechte erworben werden können.

⁶³⁴ Zscherpe, MMR 1998, 404, 408.

⁶³⁵ v. Ungern-Sternberg, in: Schrickler, *Urheberrecht*, § 53 Rn. 11.

⁶³⁶ Amtl. Begründung zur Novelle 1985, BT-Drs. 10/837, S. 9.

III. Das Problem der Werknutzung in Podcasts

Soweit es sich bei Audioangeboten im Internet um solche handelt, die nach dem oben Gesagten Inhalte im Sinne des § 19a UrhG öffentlich zugänglich machen, sind die Anbieter – insbesondere etwa von Podcasts – darauf angewiesen, dass sowohl die Urheber als auch die Leistungsschutzberechtigten ihr Einverständnis zur Nutzung erklären.

Das Einverständnis der Musikhurheber kann ein Anbieter von Podcasts etwa dadurch erlangen, dass er einen explizit auf seine Bedürfnisse abgestimmten Podcast-Lizenzvertrag bei der GEMA abschließt⁶³⁷. Mit der Schaffung des speziellen Podcast-Tarifs reagierte die GEMA auf die massive Kritik der Verwerter und Urheber gleichermaßen, die den zuvor einschlägigen Tarif für „music on demand“ aufgrund seiner preislichen Höhe und Lückenhaftigkeit als einem Verbot gleichkommend empfunden hatten⁶³⁸.

Auch bei Einhaltung der zahlreichen Einschränkungen des GEMA-Tarifs⁶³⁹ ist ein Podcast, der urheberrechtlich geschützte Musik enthält, aus urheberrechtlicher Sicht noch lange nicht unbedenklich. Schließlich ist zusätzlich das Einverständnis der Musikinterpreten sowie der Tonträgerhersteller erforderlich. Anders als die GEMA hält die GVL als Verwertungsgesellschaft für die Leistungsschutzberechtigten keine Möglichkeit eines kollektiven Rechteerwerbs für Anbieter von Online-Diensten bereit. Sie verweist vielmehr an die Rechteinhaber selbst, die gemäß dem mit der Gesellschaft abgeschlossenen Berechtigungsvertrag die Rechte aus § 19a UrhG nicht zur Wahrnehmung übertragen haben⁶⁴⁰. Für interaktive Internetradios, die in aller Regel als kalkultiertes Geschäftsmodell betrieben werden, stellt dies keine allzu große Hürde dar.

⁶³⁷ Unter <https://lizenzshop.gema.de/lipo/produkte/podcast/index.hsp> v. 19.10.2007. ermöglicht die GEMA den Online-Abschluss eines Lizenzvertrages für die Musiknutzung in Podcasts in drei verschiedenen Varianten (Intro/Outro, Intro/Outro + 5 Songs, Intro/Outro + 31 Songs).

⁶³⁸ Ventroni/Poll, MMR 2002, 648, 651.

⁶³⁹ Vorgeschrieben wird etwa, dass ein Song nur zu max. 50% ausgespielt werden darf, wobei in jedes Musikstück hineinmoderiert werden muss. Daneben darf eine Podcast-Episode nicht länger als 30 min. dauern und maximal zu 75 % aus Musik bestehen.

⁶⁴⁰ Der Wahrnehmungsvertrag für Tonträgerhersteller beinhaltet lediglich unter § 1 Nr. 1 h) das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung für Unterricht und Forschung wie in § 52a UrhG vorgesehen. Der Vertrag ist abrufbar unter http://www.trisys.gvl.de/reportG/Download/info_vertragsab.zip. (19.10.2007)

Dagegen übertragen ausübende Künstler der GVL laut § 1 des Wahrnehmungsvertrages alle ihnen gegenwärtig zustehenden und während der Vertragsdauer zufallenden Leistungsschutzrechte als ausübender Künstler. Ungeachtet der dann folgenden und damit nicht abschließenden Aufzählung von Leistungsschutzrechten, gehört das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung daher zu den wahrnehmbaren Rechten. Dieser Vertrag ist abrufbar unter: <https://www.gvl.de/pdf/wahrnehmungsvertrag-ausuebende-kuenstler.pdf> (19.10.2007).

Mit den Tonträgerherstellern können Pauschalverträge abgeschlossen werden und über Werbeeinnahmen werden die Kosten dann wieder eingespielt⁶⁴¹.

Vor anderen Problemen stehen dagegen die Anbieter von Podcasts, für die ein Einzelvertrag mit dem jeweiligen Tonträgerhersteller über jeden Einzeltitel oftmals genauso unwirtschaftlich und angesichts des bürokratischen Aufwands unsinnig ist wie ein Pauschalvertrag über sämtliche Musikstücke eines Herstellers, wenn die Verwertungsinteressen sich auf etwa zwei Musikstücke pro Tag belaufen. Inwieweit auf der anderen Seite die Plattenfirmen bereit sind, wirtschaftlich für sie vollkommen unbedeutende Einzelverträge mit privaten Podcastern abzuschließen, ist ebenso fraglich. Bislang ist kein Fall eines Einzellizenzvertrages mit einem privaten Podcaster bekannt.

Größere Sendeanstalten wie etwa die ARD haben dagegen bereits mit verschiedenen Musikproduzenten entsprechende Vereinbarungen getroffen, die eine Veröffentlichung von Musik in Podcasts ermöglichen⁶⁴². Der umfassende Erwerb von Nutzungsrechten für die Verwendung in Podcasts ist jedoch selbst der ARD bislang nicht gelungen. Umso geringer stehen demgegenüber die Chancen einzelner Podcaster, von den Tonträgerherstellern Nutzungslizenzen zu erwerben. Trotz des von der GEMA geschaffenen Podcast-Tarifs besteht daher – jenseits der Möglichkeiten eines großen Medienunternehmens – faktisch keine Möglichkeit, Musik solcher Rechteinhaber zu nutzen, die am kollektiven Verwertungssystem teilnehmen.

Wer sich in der Darstellung von Inhalten allein auf ein Audiomedium beschränkt, wird Musik stets als wesentlichen Bestandteil begreifen. Dies gilt selbst dann, wenn sich der Rückgriff auf Musik bei einem reinen Sprachprogramm auf einen Startjingle beschränkt, der den für die Hörerbindung entscheidenden Wiedererkennungswert schafft. Die Unmöglichkeit, geschützte Musik für eigene Podcastproduktionen einzusetzen, beschränkt die Anbieter von Podcasts damit erheblich, zumal die Mehrzahl der Podcast-Produzenten kaum in der Lage sein wird, eigene Stücke zu komponieren und zu spielen.

⁶⁴¹ Ein solches werbefinanziertes Modell ist Accuradio (<http://www accuradio.com>) v. 19.10.2007.

⁶⁴² http://intranet.wdr.de/cps/rde/xchg/SID-0ADA0427-37C9B835/wdr-intranet/hs.xml/34529_DEU_HTML.html v. 21.04.2008, derartige Verträge bestehen etwa zu verschiedenen Labels bei Universal, sowie anderen kleineren Labels.

Vergleichbare Probleme beim Erwerb von Nutzungsrechten für Musik in Podcasts zeigen sich auch in den USA, wenngleich dort dieses Medium bereits eine deutlich höhere Verbreitung gefunden hat. Da Podcasts jedoch auch hier in keines der bestehenden Schranken- oder Regulierungssysteme passen mögen, stellen sie einen klassischen Fall von „neuem Wein in alten Schläuchen“ dar⁶⁴³. Auch in den USA machen die Anforderungen und die Preise sowie die Rechtsunsicherheit darüber, welche Lizenzen benötigt werden, die Verwendung gängiger Musik überaus unattraktiv⁶⁴⁴.

So fehlt auch hier eine "Master use license", mit der ein kollektiver Rechteerwerb möglich wäre. Stattdessen muss ein Podcaster mit jedem Rechteinhaber einzeln einen Lizenzvertrag abschließen. Zudem unterliegt das Verbreiten digitaler Musik über das Internet der sog. „digital phonorecord delivery license“, die von der Harry Fox Agency vertrieben wird⁶⁴⁵. Pro Download wird danach ein Betrag von 8,5 Cent fällig, wenngleich die Lizenz nicht recht auf Podcasts passen mag, da hier schließlich keine physikalischen Aufnahmen hergestellt werden⁶⁴⁶.

Zwar bietet das US-amerikanische Urheberrecht mit der „fair use“-Regelung im Bereich der Schranken die theoretische Möglichkeit einer kostenlosen Verwertung sofern es sich um eine uneigennützige Verwertung ganz im Sinne des Allgemeinwohls handelt. Uneigennützig ist eine Verwertung allerdings schon dann nicht mehr, wenn der Podcast in irgendeiner Form etwa durch ein Werbebanner kommerzialisiert wird⁶⁴⁷. Da aber das Veröffentlichen geschützter Musikwerke in Podcasts zum reinen Vergnügen der Öffentlichkeit nicht mit den hehren Zielen der Fair-use-Klausel übereinstimmt, lehnte der District Court for the Southern District of New York schon aus diesem Grund die Anwendbarkeit der Klausel ab⁶⁴⁸. Auch karitative Podcasts oder Hochschulangebote fallen daher nicht unter die Ausnahme des „fair-use“⁶⁴⁹.

Nur wenige Podcaster wagen sich daher auch in den USA an herkömmlich verwertete Musik heran und warten, wie z.B. der Podcast „Coverville“, noch immer auf die

⁶⁴³ Astle, 19 Harvard Journal of Law and Technology 2005, 161, 162.

⁶⁴⁴ Carter/Lund, 22 Santa Clara Computer & High Tech Law Journal 2006, 187, 201 ff.

⁶⁴⁵ Lang, 14 CommLaw Conspectus 2006, 463, 488.

⁶⁴⁶ Astle, 19 Harvard Journal of Law and Technology 2005, 161, 195; Fox/Ciro, Entertainment Law Review 2005, 16(8), 215, 217.

⁶⁴⁷ Lang, 14 CommLaw Conspectus 2006, 463, 493.

⁶⁴⁸ UMG Recordings v. MP3.COM 92 F. Supp. 2d 349 (S.D.N.Y. 2000).

⁶⁴⁹ Johnson, Maryland Bar Journal 2007, 24, 25.

fehlenden Verträge mit den Tonträgerherstellern⁶⁵⁰. Es mehren sich daher die Stimmen, die nach einer gangbaren rechtlichen Lösung verlangen, die dem neuen Medium einen angemessenen Schutz und Entfaltungsmöglichkeiten zukommen lässt⁶⁵¹.

Weder in Deutschland noch in den USA, in denen Podcasts deutlich weiter verbreitet sind, gibt es somit eine rechtlich einwandfreie und gleichzeitig praktikable Möglichkeit, kollektiv verwertete Musik in Podcasts zu verwenden.

1. Freie Musik als Alternative

Aus dieser Not heraus erklärt sich die Beliebtheit, der sich Portale so genannter „freier Musik“ unter Podcastproduzenten erfreuen. Nach der Grundidee der Creative-Commons-Lizenzen stellen hier Musiker, die keine Berechtigungsverträge mit der GEMA und der GVL bzw. deren Pendant in anderen Ländern abgeschlossen haben, ihre Musik zur freien Verwendung zur Verfügung. Eine Creative-Commons-Lizenz beinhaltet ein einfaches Nutzungsrecht, das jedem interessierten Nutzer kostenlos unter bestimmten vom Urheber ausgewählten Bedingungen erteilt wird („Some rights reserved“). Die durch Link auf den entsprechenden Lizenztext auf der Seite <http://www.creative-commons.org> verwendbaren Lizenzen erlauben entweder jegliche Nutzung, sofern der Künstler namentlich genannt wird oder nur die nichtkommerzielle Verwertung. Der sog. „Copyleft-Klausel“ aus dem Open-Source-Bereich nachempfunden ist die Möglichkeit zu bedingen, dass Inhalte nur dann verwendet werden dürfen, wenn das so geschaffene Werk wiederum unter einer Creative-Commons-Lizenz angeboten wird⁶⁵².

Ein Podcaster, der etwa Musik aus dem „podsafe music network“ (PMN)⁶⁵³ nutzen möchte, muss lediglich seinen Namen, eine Mailadresse und den RSS-Feed des Podcasts hinterlegen, um Musikstücke seiner Wahl verwenden zu können. Als registrierter Podcaster kann er dann Musik im MP3-Format herunterladen, jeder andere Nutzer hat lediglich Zugriff auf einen Stream des Musikstücks. Andere Portale wie etwa „Podsafesaudio“⁶⁵⁴ erlauben einen unmittelbaren Download der Musikdateien, die dann

⁶⁵⁰ Coverville, <http://www.coverville.com/about.html> v. 9.11.2005.

⁶⁵¹ Astle, 19 Harvard Journal of Law and Technology 2005, 161, 207.

⁶⁵² sog. „share alike“-Lizenz, erläutert unter: <http://creativecommons.org/about/licenses> v. 19.10.2007.

⁶⁵³ <http://music.podshow.com/> v. 19.10.2007.

⁶⁵⁴ <http://www.podsafesaudio.com> v. 19.10.2007

ebenfalls unter Creative-Commons-Lizenzen stehen. Bislang noch unbekannte und unentdeckte Musiker hoffen so auf eine möglichst effektive Verbreitung ihrer Stücke über das Internet. Private Podcaster können dagegen kostenlos Musik verwenden. Mithin ist in diesem kleinen Bereich genau das gegenseitige Geben und Nehmen wieder hergestellt, das seinerzeit zwischen den Rundfunkanstalten und den Plattenfirmen herrschte.

Problematisch wird es allein dann, wenn Musiker durch die Podcast-Szene oder aus eigener Kraft die erforderliche Berühmtheit erlangt haben, um mit ihrer Musik ernsthaft Geld zu verdienen. Aus ökonomischen Gründen liegt es dann nahe, die Verwertung genau dieser sowie zukünftiger Werke nach bewährter Methode den Verwertungsgesellschaften zu überlassen⁶⁵⁵.

Ein solches Verhalten der Künstler kann dem Podcaster zum Verhängnis werden. Zwar steht es den Urhebern und Künstlern offen, ihre Wahrnehmungsverträge allein auf künftige Musikstücke zu beschränken. Oftmals sind es jedoch gerade der Erfolg eines speziellen Musikstücks und die Aussicht auf ein gut verkäufliches Album mit diesem Titel, die Urheber und Künstler zum Abschluss eines Wahrnehmungsvertrages motivieren. In vielen Fällen werden daher auch frühere Musikstücke in die Wahrnehmungsverträge einbezogen, selbst wenn diese zuvor unter Creative-Commons-Lizenz oder unter sonstiger freier Lizenz im Internet bereitgestellt wurden. Genau diese Lizenz ist betroffen, wenn ein Musikurheber seine Stücke aus einem Portal für „freie Musik“ entfernt, um einen Wahrnehmungsvertrag abzuschließen.

Nach dem im Bereich des bürgerlichen Rechts geltenden Abstraktionsprinzip ist die Wirksamkeit eines Verfügungsgeschäfts grundsätzlich unabhängig von Bestand und Gültigkeit des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts⁶⁵⁶. Selbst wenn also die Verfügungsberechtigung eines Vertragspartners nachträglich entfällt, hat dies grundsätzlich keine Auswirkungen auf Verfügung. Die einmal erlangte Verfügungsgewalt geht demnach nicht verloren, selbst wenn ein Vertrag seine Gültigkeit verliert.

⁶⁵⁵ so geschehen bei der Band Rock Kills Kid, die mit ihrem Song „Paralyzed“ zunächst als podsafe music etwa durch die Charts der Podparade (<http://www.podparade.de/?seite=songs>) bzw. http://podparade.podspot.de/files/podparade_036_2006_08_27.mp3 bekannt wurden und schließlich mit dem Song unter der GEMA-Werk.-Nr: 8974510-001 im GEMA-Verzeichnis (<http://mgonline.gema.de/werke/>) zu finden waren.

⁶⁵⁶ Wentze/Härle, GRUR 1997, 97 ff.

Nach vorherrschender Ansicht, der im weitesten Sinne auch die Rechtsprechung folgt, ist das Abstraktionsprinzip jedoch im Urheberrecht nicht anwendbar⁶⁵⁷. Abgeleitet wird dieser Grundsatz aus § 9 Abs. 1 VerlG, wonach das Nutzungsrecht des Verlegers mit Beendigung des Vertragsverhältnisses erlischt und damit an Bestand und Wirksamkeit des Vertrages unmittelbar gebunden ist. Der hieraus ersichtliche Ausschluss des Abstraktionsprinzips wird analog auf das gesamte Urheberrecht bezogen⁶⁵⁸. Gestützt wird diese Analogie durch den Rückgriff auf § 40 Abs. 3 UrhG, der im Zusammenhang mit Nutzungsrechten an künftigen Werken ebenfalls ein Durchschlagen des Kausalverhältnisses auf die Verfügung anordnet⁶⁵⁹.

Wenn aber das Abstraktionsprinzip nicht gilt, hat dies zunächst zur Folge, dass die vom Urheber erteilten ausschließlichen Nutzungsrechte an ihn zurückfallen, sobald der zugrunde liegende Vertrag seine Gültigkeit verliert. Bestehen darüber hinaus Unterlizenzen, die vom früheren Inhaber eines ausschließlichen Nutzungsrechts vergeben wurden, so leiten sich diese Unterlizenzen allein hieraus ab, denn der Unterlizenzgeber kann nicht mehr Rechte weiter übertragen als er selbst innehat. Das Verhältnis von Urheberrecht, ausschließlichem Nutzungsrecht sowie Unterlizenz trägt damit familienähnliche Züge, so dass auch von „Mutter-“, „Tochter-“ und „Enkelrecht“ gesprochen wird. Fällt nun das „Tochterrecht“ des Erstlizenznehmers an den Urheber zurück, so führt dies zwangsläufig auch zu einem Rückfall des abgeleiteten „Enkelrechts“ auf den Urheber⁶⁶⁰.

Zu einem anderen Ergebnis kommen insoweit lediglich das LG und das OLG Köln, die im Falle eines Rechterückrufs gem. § 41 UrhG im Hinblick auf die Enkelrechte einen Rechterückfall verneinen⁶⁶¹. Das LG Köln geht davon aus, dass die Analogie zu § 9 VerlagsG zwar grundsätzlich, nicht aber im Falle von Computersoftware anzuwenden sei⁶⁶². Grundlegende Unterschiede sah das Gericht darin, dass der Verlagsvertrag auf einem unveränderten Werk basiert, Computersoftware dagegen aufgrund regelmäßiger

⁶⁵⁷ OLG Brandenburg, NJW-RR 1999, 839, 840; OLG Hamburg, ZUM 2001, 1005, 1007; LG Hamburg, ZUM 1999, 858, 859; Schulze, in: Dreier/Schulze, *Urheberrechtsgesetz*, § 31 Rn. 18; Spautz, in: Möhring/Nicolini, *Urheberrechtsgesetz*, § 31 Rn. 14; Schrickler, in: Schrickler, *Urheberrecht*, vor §§ 28 ff. Rn. 61.

⁶⁵⁸ Schrickler, in: Schrickler, *Urheberrecht*, vor §§ 28 ff., Rn. 61.

⁶⁵⁹ Schrickler, in: Schrickler, *Urheberrecht*, vor §§ 28 ff., Rn. 61.

⁶⁶⁰ BGHZ 27, 90, 95; OLG Köln, MMR 2006, 750; Hertin, in: Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, § 34 Rn. 15 f.; Schrickler, in: Schrickler, *Urheberrecht*, § 35 Rn. 11; Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht*, Rn. 556.

⁶⁶¹ LG Köln, GRUR-RR 2006, 357 „Warenwirtschaftsprogramm“; OLG Köln, MMR 2006, 750.

⁶⁶² LG Köln, GRUR-RR 2006, 357, 359 „Warenwirtschaftsprogramm“.

Updates einer ständigen Veränderung unterliegt. Das OLG Köln bestätigte das Urteil und sah einen Widerspruch des Rechterückfalls der Enkelrechte mit der Regelung des § 41 UrhG, die den Rechterückruf gerade wegen der Nichtnutzung der Rechte anordne⁶⁶³. Die Erteilung von Unterlizenzen sei demgegenüber gerade eine Ausübung der Nutzungsrechte.

Angesichts der ausdrücklichen Beschränkung der Rechtsprechung auf Computersoftware und einen Rechterückruf nach § 41 UrhG stellen die Urteile zwar eine Gegenansicht dar, die jedoch die insoweit herrschende Ansicht nicht in Frage stellt.

Auf Musik, die als „freie Musik“ Podcastern zur kostenlosen Verwendung zur Verfügung gestellt wird, trifft genau dieser Fall zu. Zunächst räumt der Musikurheber dem Plattformbetreiber ein „Tochterrecht“ in Form eines ausschließlichen Nutzungsrechtes ein. Dies wird in der Regel durch Einstellen des Musikstücks in ein entsprechendes Portal geschehen. Podcaster, die Musik vom Portal herunterladen, erwerben dann eine Unterlizenz bzw. ein „Enkelrecht“. Sobald ein Musikurheber einen Wahrnehmungsvertrag mit einer Verwertungsgesellschaft abschließen möchte, wird er sein Musikstück aus dem Portal entfernen. Damit endet nicht nur das vertragliche Verhältnis zwischen Portalbetreiber und Musikurheber, es fällt auch das „Tochterrecht“ an den Musikurheber zurück, der dieses auf die Verwertungsgesellschaft überträgt. Auch das „Enkelrecht“ des Podcasters, das sich allein vom „Tochterrecht“ des Portals ableitet, fällt somit an den Urheber zurück.

Nutzt der Podcaster das Musikstück weiter wie bisher, so verstößt er gegen das ausschließliche Recht aus § 19a UrhG, das nach Abschluss des Wahrnehmungsvertrages bei der Verwertungsgesellschaft liegt. Entweder muss er dann erneut ein Nutzungsrecht erwerben oder aber das Musikstück entfernen.

Problematisch ist insoweit zunächst, dass der Podcaster grundsätzlich vom Sinneswandel eines Musikurhebers kaum etwas erfahren wird. Insbesondere dann, wenn jeweils eine Vielzahl an Musikstücken in regelmäßig erscheinenden Podcasts verwendet wird, ist eine ständige Überwachung der lizenzrechtlichen Situation dem Einzelnen kaum möglich. Dazu kommt, dass Podcasts ihrer Natur nach dauerhaft im Netz verfügbar und nicht etwa mit einer Art „Verfallsdatum“ versehen sind. Auch Jahre nach der Veröffentlichung müsste daher der Fortbestand einer freien Lizenz ständig überprüft werden.

⁶⁶³ OLG Köln, MMR 2006, 750, 751.

Zwar ist der Rückfall von „Enkelrechten“ im Urheberrecht nicht unbestritten. Auf nur vereinzelte Gegenstimmen⁶⁶⁴ bzw. die bislang vom BGH noch nicht bestätigte Rechtsprechung für Computersoftware und § 41 UrhG⁶⁶⁵ sollte sich jedoch nicht verlassen, wer eine Auseinandersetzung mit den Verwertungsgesellschaften scheut. Freie Musik, wie sie in Portalen wie dem PMN angeboten wird, stellt damit aus rechtlicher Sicht keine wirkliche Alternative zur herkömmlich lizenzierten Nutzung geschützter Musik dar. Zwar ist sie eine temporäre, keinesfalls aber eine dauerhafte und der Bedeutung des Mediums entsprechende Lösung der Musikfrage.

2. Erforderlichkeit einer interessengerechten Lösung

Wie oben festgestellt⁶⁶⁶ sind Podcasts Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinn und leisten angesichts ihrer Funktion als zugangsoffener Bürgerfunk einen nicht unerheblichen Beitrag zur Meinungsvielfalt.

Indem aber das Medium des für Audioproduktionen prägenden Bestandteils der Musik beraubt wird, beeinträchtigt dies die Rundfunkfreiheit der Podcast-Produzenten. Tatsächlich zeigt der Blick auf die Podcast-Szene, dass sich viele der bestehenden Produktionen ausschließlich des gesprochenen Wortes bedienen und allenfalls als Intro oder Outro Musik enthalten. Diese ist dann oftmals in Eigenproduktion hergestellt. Insgesamt besteht auch gegenüber der freien Musik eine deutliche Skepsis, hervorgerufen durch die große Rechtsunsicherheit im Bereich der Musiknutzung in Podcasts. Vielfach wird aus diesen Gründen in Podcaster-Foren dazu geraten, ganz auf die Verwendung von Musik zu verzichten⁶⁶⁷. Insbesondere im Bereich unterhaltender Sendungen führt dies zu einem erkennbaren Qualitätsverlust. Aber auch eine informative Sendung lässt sich durch musikalische Untermalung deutlich ausgewogener gestalten, wenn dem Zuhörer so zwischendurch kleine „Auszeiten“ gegönnt werden. Am stärksten zeigt sich der Mehrwert im Bereich künstlerisch oder poetisch gestalteter Audiobeiträge, in denen durch entsprechende musikalische Gestaltung Stimmungen akustisch wahrnehmbar

⁶⁶⁴ Brandi-Dohrn, GRUR 1983, 146, 148 ff. sieht einen Sukzessionsschutz durch die §§ 413, 404 BGB in einem Einwand des früheren Benutzungsrechts; mit gleicher Tendenz: Held, GRUR 1983, 161 ff.; Berger, GRUR 2004, 20, 24 mit der Idee des Lizenzsicherungsnießbrauchs.

⁶⁶⁵ LG Köln, GRUR-RR 2006, 357 „Warenwirtschaftsprogramm“; OLG Köln, MMR 2006, 750.

⁶⁶⁶ vgl. zweiter Teil I. 3.

⁶⁶⁷ <http://podster.de/forum/viewtopic.php?id=1161> v. 21.04.2008.

gemacht werden können. Insgesamt kann damit die Möglichkeit der Musikknutzung einen erheblichen Qualitätsgewinn für die Podcastproduktion bedeuten. Eine interessengerechte Lösung, die eine Musikknutzung auch in Podcasts ermöglicht, ist daher zu finden.

3. Gesetzgeberische Pflicht zur Konfliktlösung

Steht die inhaltliche Qualität in einem Zusammenhang mit der Verwendung von Musik, so ist der Produzent in seiner Gestaltungsfreiheit beschnitten, wenn ihm aus rechtlichen Gründen der Zugriff auf Musik verwehrt bleibt. Die Gestaltungsfreiheit eines Podcastproduzenten, auf den – wie oben erläutert⁶⁶⁸ – die Rundfunkfreiheit Anwendung findet, könnte in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG fallen. Hinsichtlich der Veranstaltung von Rundfunk umfasst der Schutzbereich der Rundfunkfreiheit alle wesensmäßig hiermit zusammenhängenden Tätigkeiten, von der Beschaffung der Information und der Produktion der Sendung bis hin zu ihrer Verbreitung⁶⁶⁹. Insoweit werden auch „Voraussetzungen und Hilfstätigkeiten“ erfasst, ohne die der Rundfunk seine Funktion nicht in angemessener Weise erfüllen kann⁶⁷⁰. Das Beschaffen von Informationen ist dagegen nicht geschützt, sofern dies gegen den Willen des Verfügungsberechtigten erfolgen soll⁶⁷¹. Dargelegt wurde bereits, dass die bestehende Rechtslage für die Verwendung von Musik in Podcasts hinsichtlich kollektiv verwerteter Musik zu einer faktischen Unmöglichkeit und hinsichtlich freier Musik zu einer äußerst unsicheren Rechtsposition führt. Betroffen sind insoweit unter kreativen Gesichtspunkten die Produktion sowie die Informationsbeschaffung, wobei es jedoch nicht um eine Informationsbeschaffung gegen den Willen des Berechtigten geht. Zwar haben insbesondere die Tonträgerhersteller kein Interesse daran, mit Podcastern Einzelverträge abzuschließen, um ihnen die Nutzung ihrer Rechte einzuräumen. Dies liegt jedoch nicht daran, dass die Informationsbeschaffung in Form von Musik selbst ihrem Willen widersprechen würde. Vielmehr liegt im grundsätzlichen Interesse sämtlicher Musikrechteinhaber die möglichst weitreichende Verbreitung, zumal diese in der Regel mit einer Vergütung verbunden ist. Allenfalls liegt es im überwiegenden Interesse der Tonträgerhersteller, ihre Verträge mit Downloadplattformen wie iTunes oder musicload weiterhin ohne Bindung an Verwertungsgesellschaften und damit nach eigenen

⁶⁶⁸ vgl. Zweiter Teil I. 3.

⁶⁶⁹ BVerfGE 77, 65, 74; 91, 125, 135; 103, 44, 59; BGHZ 110, 371, 395.

⁶⁷⁰ BVerfGE 107, 371, 395.

⁶⁷¹ BVerfGE 103, 44, 53 f.

Preisvorstellungen gestalten zu können. Den Schutzbereich der Rundfunkfreiheit hinsichtlich der Verwendung von Musik in Podcasts schränkt dies jedoch nicht ein, so dass dieser eröffnet ist.

Die Eröffnung des Schutzbereichs der Rundfunkfreiheit begründet nicht nur ein Abwehrrecht gegen den Staat, vor allem verpflichtet der objektive Gehalt der Rundfunkfreiheit den Staat zur Ausgestaltung dieser Freiheit⁶⁷². Es ließe sich also aus Art. 5 GG eine Pflicht des Staates ableiten, eine Regelung zur Lösung der Musikfrage zu erlassen, sofern die ohne entsprechende Regelung bestehende Einschränkung der Rundfunkfreiheit nicht aus Gesichtspunkten der Schranken des Art. 5 Abs. 2 GG oder des kollidierenden Verfassungsrechts gerechtfertigt wären.

Die Gründe für die Probleme bei der Verwendung von Musik in Podcasts liegen zwar weitgehend im Urhebergesetz, das somit beschränkendes Gesetz im Sinne des Art. 5 Abs. 2 GG sein könnte. Dennoch steht das Urhebergesetz selbst der Podcastproduktion nicht im Weg. Erst die Verknüpfung der dargestellten urheberrechtlichen wie praktischen Gegebenheiten führt tatsächlich zur Einschränkung der Rundfunkfreiheit, so dass die Schranke aus Art. 5 Abs. 2 GG nicht eingreift.

Insofern kann allein kollidierendes Verfassungsrecht die fehlende Nutzbarkeit von Musik in Podcasts rechtfertigen. In Frage kommt insoweit das Urheberrecht, insbesondere wenn es hinsichtlich seiner wirtschaftlichen Funktion als Ausprägung des Rechts auf Eigentum aus Art. 14 GG verstanden wird⁶⁷³. Dieses steht damit gemeinsam mit den Leistungsschutzrechten an der Musik der Rundfunkfreiheit des Podcast-Produzenten gegenüber, die gleichzeitig das allgemeine Interesse an qualitativ hochwertigen Podcasts beinhaltet. Im Konflikt dieser verfassungsrechtlichen Positionen sind im Sinne praktischer Konkordanz Urheberrecht und Rundfunkfreiheit derart in Einklang zu bringen, dass ihnen jeweils optimale Entfaltung zukommt⁶⁷⁴. Eine gesetzgeberische Pflicht zur Lösung des Musikproblems bei der Podcastproduktion besteht folglich dann, wenn sich nicht aus einer Abwägung der entgegenstehenden verfassungsrechtlichen Positionen ergibt, dass die bestehende Rechtslage gerechtfertigt ist.

⁶⁷² Jarass, in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Art. 5 Rn. 43.

⁶⁷³ Jarass, in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Art. 14 Rn. 9.

⁶⁷⁴ vgl. Jarass, in: Jarass/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, Einl. Rn. 6.

4. Die Schranken des Urheberrechts zugunsten der Informationsfreiheit

Um im Konflikt der Eigentumsinteressen des Urhebers mit dem Informationsinteresse der Allgemeinheit zu einem gerechten Ausgleich zu gelangen, sieht das Urheberrecht Schranken zugunsten der Informationsfreiheit (§§ 48-53 UrhG) vor, die in bestimmten Einzelfällen entweder zur vergütungsfreien oder aber zur vergütungspflichtigen Werknutzung berechtigen.

Die Urheberrechtsschranken sind als das Ergebnis eines gesetzgeberischen Auftrages des BVerfG anzusehen, das zunächst einen vorgegebenen und absoluten Begriff des urheberrechtlichen Eigentums, der den Inhalt des Grundrechts bestimmen würde, verneinte⁶⁷⁵ und es schließlich als Aufgabe des Gesetzgebers ansah, Inhalt und Schranken der vermögensrechtlichen Befugnisse des Urhebers zu bestimmen⁶⁷⁶. Es sollten so sachgerechte Maßstäbe für eine der Natur und der sozialen Bedeutung des Rechts entsprechende Nutzung und angemessene Verwertung geschaffen werden⁶⁷⁷. Da „sachgerechte Maßstäbe“ auch die Berücksichtigung der Allgemeininteressen beinhalten, umfasste der Auftrag des BVerfG vor allem den „gerechten Ausgleich“ zwischen dem Bereich des Einzelnen und den Belangen der Allgemeinheit⁶⁷⁸.

Parallel zur Anerkennung des Urheberrechts als „geistiges Eigentum“ hatte sich die Erkenntnis entwickelt, dass dieses Eigentum – so wie auch das Sacheigentum – im Interesse der Allgemeinheit einer Sozialbindung unterliegt⁶⁷⁹. Zum Teil gilt der Sozialbezug des geistigen Eigentums gegenüber dem des Sacheigentums sogar als noch stärker, weil es sich hierbei um die rechtliche Verselbstständigung eines Kommunikationszusammenhanges handelt⁶⁸⁰. Der Urheber muss danach im Interesse der Allgemeinheit Beeinträchtigungen seiner Rechtspositionen hinnehmen, soweit diese notwendig sind, um eine geistige und kulturelle Auseinandersetzung zu gewährleisten⁶⁸¹. Das Urhebergesetz regelt diese Einschränkungen in Form der Schrankenregelungen der §§ 45 ff. UrhG.

Diese Lösung ist jedoch ausdrücklich nicht die einzige Möglichkeit, dem verfassungsrechtlichen Gebot der Schaffung eines Ausgleichs nachzukommen, weshalb

⁶⁷⁵ BVerfGE 31, 229, 240.

⁶⁷⁶ BVerfGE 31, 270, 272.

⁶⁷⁷ BVerfGE 31, 229, 241; BVerfGE 49, 382, 392.

⁶⁷⁸ Hubmann, ZUM 1988, 4, 10.

⁶⁷⁹ Melichar, in: Schricker, *Urheberrecht*, vor §§ 45 ff. Rn. 1.

⁶⁸⁰ Roellecke, UFITA 85 (1979) 147, 155.

⁶⁸¹ Kröger, *Informationsfreiheit und Urheberrecht*, 190 ff.

die Schranken auch nicht die allein mögliche oder äußerste Grenze der gesetzlich zur Geltung zu bringenden Sozialbindung des Urheber-Eigentums sein können. Dennoch wird ein „stattliches Maß an Typisierung“ für derartige Normierungen sogar als naturnotwendig angesehen⁶⁸². Demzufolge hat auch der Gesetzgeber versucht, Sozialbindung und Urheberrecht durch detaillierte und fein abgestimmte Schrankenbestimmungen in einen gerechten Ausgleich zu bringen.

In die Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers wird dabei in unterschiedlicher Intensität eingegriffen. Den schwersten Eingriff stellt die ersatzlose Aufhebung des Ausschließlichkeitsrechtes dar, die zu einer zustimmungs- und vergütungsfreien Werknutzung führt. Auch die gesetzliche Lizenz ermöglicht eine Nutzung des Werkes ohne Einwilligung des Urhebers, allerdings ist in diesem Fall eine angemessene Vergütung zu zahlen. Bei der Zwangslizenz befreit das Gesetz nicht von der Verpflichtung, zur Werknutzung eine vorherige Einwilligung vom Urheber einzuholen, es verpflichtet aber den Urheber zum Abschluss eines entsprechenden Nutzungsvertrages. Die schwächste Eingriffsform ist die Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit wie sie 1998 mit dem § 20 b UrhG geschaffen wurde, der die eigenständige Verwertung der Kabelweitersendung damit ausschließt⁶⁸³. Die Schrankenregelungen sind die Mittel des Gesetzgebers, um seiner Pflicht zur Ausgestaltung der vermögensrechtlichen Befugnisse des Urhebers nachzukommen. In der Schrankenziehung ist der Gesetzgeber jedoch nicht völlig frei, er muss vielmehr die verfassungsrechtlichen Grenzen insbesondere den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz beachten⁶⁸⁴. Deshalb muss es im Einzelfall zu einer Güterabwägung kommen. Je stärker der grundrechtlich geschützte Bereich berührt ist, desto schwerwiegender müssen die rechtfertigenden Gründe sein⁶⁸⁵.

Aufgabe und Bedeutung der Urheberrechtsschranken ergeben sich damit insbesondere aus der sozialen Dimension, als auch aus der grundrechtlich geschützten Position des Urhebers, die den grundrechtlichen Positionen der Allgemeinheit gegenübersteht. Die Schranken des Urheberrechts bilden demnach das Instrument, um in jeglicher Hinsicht einen gerechten Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen zu schaffen.

⁶⁸² *Lerche*, FS Reichardt, 101, 110.

⁶⁸³ Melichar, in: Schrickler, *Urheberrecht*, vor §§ 45 ff. Rn. 6.

⁶⁸⁴ Melichar, in: Schrickler, *Urheberrecht*, vor §§ 45 ff. Rn. 9.

⁶⁸⁵ BVerfGE 49, 382, 400.

Sollte daher die Musikknutzung in Podcasts unter eine dieser Schranken fallen oder aber in gerechtfertigter Weise von diesen Privilegierungen ausgeschlossen sein, bestünde keine gesetzgeberische Pflicht zu einem Tätigwerden.

a) Anwendbarkeit von § 50 UrhG

Im Zusammenhang mit Audiodiensten ist hier zunächst § 50 UrhG zu nennen, der u. a. zur Tonberichterstattung über Tagesereignisse die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe von Werken erlaubt. Diese Schranke dient dem Zweck einer anschaulichen Berichterstattung über aktuelle Ereignisse im Interesse der Allgemeinheit, die zum Teil überhaupt nur dann möglich ist, wenn sie in der Eile des Tagesjournalismus den Erwerb sämtlicher Nutzungsrechte nicht erfordert⁶⁸⁶. Die Regelung knüpft an den Wochenschau-Paragrafen von 1936 an, der aufgrund der „Flaggenlied-Entscheidung“⁶⁸⁷ des RG entstanden war⁶⁸⁸. Darin hatte das RG die Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Musikwerke in der Wochenschau nur mit Zustimmung des Urhebers für zulässig erklärt. Mit der neu geschaffenen Schranke des „Wochenschau-Paragrafen“ war es dann möglich, auch urheberrechtlich geschützte Werke in die Berichterstattung der „Wochenschau“ mit einzubeziehen, ohne dass ein Erwerb von Nutzungsrechten der Urheber oder Leistungsschutzberechtigten hierfür erforderlich war⁶⁸⁹. Dabei bezog sich bereits das Wochenschaugesetz nicht nur auf Werkteile, sondern auch auf ganze Werke⁶⁹⁰. Mit dem ersten Korb der Urheberrechtsreform⁶⁹¹ wurde die Privilegierung des § 50 UrhG in Umsetzung der Richtlinie 2001/29/EG an die digitalen Herausforderungen eines Urheberrechts in der Informationsgesellschaft angepasst. Insoweit wurde die unkörperliche Werknutzung bei der Bild- und Tonberichterstattung durch Streichung der Zusätze „Bild- und Ton“ auf jegliche Art der Berichterstattung ausgedehnt. Damit ist nicht mehr nur die Berichterstattung „durch Funk und Film“ sondern generell jede Berichterstattung, also auch die Online-Berichterstattung privilegiert⁶⁹². Folglich betrifft § 50 UrhG daher nicht nur das Recht der Vervielfältigung, Verbreitung und öffentlichen Wiedergabe eines Werkes, sondern auch das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung aus § 19a UrhG⁶⁹³.

⁶⁸⁶ Vogel, in: Schrickler, *Urheberrecht*, § 50 Rn. 1.

⁶⁸⁷ RGZ 153, 1-29.

⁶⁸⁸ Lerche/Ulmer, *Kurzberichterstattung im Fernsehen*, 73.

⁶⁸⁹ vgl. Sterner, GRUR 1963, 303, 305, der die notwendige Anwendung der Regelung auch auf Leistungsschutzberechtigte unterstreicht.

⁶⁹⁰ Bappert, GRUR 1963, 16, 17.

⁶⁹¹ Gesetz zur Regelung des Urheberrechts in der Informationsgesellschaft v. 10.09.2003, BGBl. 2003 Teil I, Nr. 46, S. 1774.

⁶⁹² Aml. Begr. BT-Drs. 15/38 S. 19.

⁶⁹³ OLG Köln, GRUR-RR 2005, 105 „Elektronischer Fernsehprogrammführer“.

Grundsätzlich scheint damit eine Anwendbarkeit der Schranke des § 50 UrhG für eine Musiknutzung in Podcasts möglich zu sein, zumal einerseits die Verwertung nach § 19a UrhG mit umfasst ist, und die Schranke andererseits der Veranschaulichung im Sinne der attraktiveren Gestaltung von Inhalten dient. Voraussetzung ist allerdings, dass es sich um eine Berichterstattung über Tagesereignisse handelt und die Wiedergabe ganzer Musikstücke unter den durch den Zweck gebotenen Umfang fällt.

Unter einer Berichterstattung ist die möglichst wirklichkeitsgetreue Wiedergabe oder sachliche Schilderung einer tatsächlichen Begebenheit zu verstehen, wobei in der Regel von einer Beschränkung auf eine nur ausschnittsweise Wiedergabe auszugehen ist⁶⁹⁴. Sobald die persönlichen Ansichten des Verfassers im Vordergrund stehen – wie etwa beim Kommentar oder der vertieften wertenden Analyse – handelt es sich nicht mehr um einen Bericht im Sinne des § 50 UrhG⁶⁹⁵.

Bei einem Medium, das von der Subjektivität seiner Produzenten sowie dem Diskurs zwischen Produzent und Konsument lebt, ist ein Bericht im Sinne des § 50 UrhG als absolute Ausnahmeerscheinung anzusehen. Zwar ist nicht auszuschließen, dass einige Podcasts eine nachrichtenhafte Berichterstattung zum Inhalt haben. In der Regel ist aber davon auszugehen, dass bereits insoweit die Schranke des § 50 UrhG auf Podcasts keine Anwendung finden kann.

Weitere Voraussetzung des § 50 UrhG ist, dass es sich beim Berichtsgegenstand um ein Tagesereignis handeln muss. Damit ist nicht nur die Aktualität des Inhalts zum Berichtszeitpunkt sondern auch die Flüchtigkeit einer Berichterstattung gemeint, die keine bleibende Bedeutung erhält⁶⁹⁶. Anders als etwa bei einem Fernsehbericht oder einem Zeitungsartikel, die jeweils kurze Zeit nach ihrem Erscheinen dem Vergessen und damit der Bedeutungslosigkeit anheim fallen, liegt es in der Natur eines Podcasts, auch noch lange Zeit nach seinem Erscheinen online zugänglich zu sein. Von einer Flüchtigkeit kann bei Podcasts damit nicht ausgegangen werden. Dennoch wird diese als Argument für die besondere Geringfügigkeit der Beeinträchtigung des Urhebers angeführt, die dieser durch die Regelung des § 50 UrhG erfährt⁶⁹⁷. Die öffentliche

⁶⁹⁴ Vogel, in: Schricker, *Urheberrecht*, § 50 Rn. 9.

⁶⁹⁵ OLG Hamburg, UFITA 96 (1983), 255, 264.

⁶⁹⁶ BGH, GRUR 2005, 670, 672 „WirtschaftsWoche“.

⁶⁹⁷ Vogel, in: Schricker, *Urheberrecht*, § 50 Rn. 11.

Zugänglichmachung eines Werkes, das auch noch Jahre später im Internet wahrnehmbar ist, kann damit – selbst wenn ursprünglich ein Tagesereignis Berichtsgegenstand war – nicht unmittelbar unter die Schranke des § 50 UrhG gefasst werden.

Eine Wiedergabe von Musikstücken in Podcasts auf der Grundlage des § 50 UrhG scheidet zudem auch aus Gründen der Zweckbindung aus. Zwar ist grundsätzlich die Wiedergabe ganzer Werke vom Wortlaut mit umfasst, der „durch den Zweck gebotene Umfang“ umfasst in Bezug auf Musik jedoch regelmäßig nur die Nutzung kleinerer Ausschnitte⁶⁹⁸. Andernfalls ist davon auszugehen, dass es sich nicht mehr um ein Werk handelt, das im Verlauf eines Ereignisses wahrnehmbar geworden ist, sondern vielmehr das Werk selbst als das eigentliche Ereignis anzusehen ist⁶⁹⁹. Dann aber ist § 50 UrhG nicht einschlägig.

Eine Anwendung der Schranke des § 50 UrhG auf die Verwendung von Musik in Podcasts scheidet damit aus, da es sich bei Podcasts nicht um flüchtige Medien handelt, die eine Berichterstattung über Tagesereignisse beinhalten und zudem auch § 50 UrhG bei Musikwerken regelmäßig nur die Verwendung kleiner Ausschnitte erlaubt.

b) Anwendbarkeit von § 51 UrhG

Eine weitere Schranke, die ebenfalls eine attraktivere Inhaltsgestaltung durch die Verwendung urheberrechtlich geschützter Werke zum Inhalt hat, ist das Zitatrecht aus § 51 UrhG. Diese Regelung gestattet – ebenfalls erlaubnis- und vergütungsfrei – die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe einzelner Werke in wissenschaftlichen Werken bzw. einzelner Werkteile in selbständigen Sprachwerken in einem durch den Zweck gebotenen Umfang. Auch die öffentliche Zugänglichmachung nach § 19a UrhG fällt unter die durch § 51 privilegierten Nutzungsformen, da sich die Schranke auf sämtliche Nutzungsrechte der §§ 15 ff. UrhG mit Ausnahme des Ausstellungsrechts bezieht⁷⁰⁰.

Erforderlich ist jedoch im Zusammenhang mit der Zitierfreiheit stets der Zitatzweck als innere Verbindung zwischen eigenem und fremdem Werk⁷⁰¹. Das Zitat darf nicht um

⁶⁹⁸ In diesem Sinne: OGH, GRUR Int. 1971, 411 „Bad Ischler Operettenwochen“ und OLG Frankfurt/M., GRUR 1985, 380 „Operneröffnung“.

⁶⁹⁹ Vogel, in: Schricker, *Urheberrecht*, § 50 Rn. 23.

⁷⁰⁰ Schricker, in: Schricker, *Urheberrecht*, § 51 UrhG Rn. 25.

⁷⁰¹ BGHZ 28, 234, 240; 50, 147, 155, 156; BGH, GRUR 1986, 59, 60 „Geistchristentum“.

seiner selbst willen wiedergegeben werden, sondern muss vielmehr als Beleg für das eigene Werk dienen bzw. die Erörterungsgrundlage bilden⁷⁰². Gleichzeitig bestimmt der Zitatzweck auch den Umfang, in dem ein Werk wiedergegeben werden darf.

Eine Wiedergabe von Musik in Podcasts auf der Grundlage des § 51 UrhG ist damit als bloße Untermalung, Unterhaltung oder als reines Gestaltungsmittel nicht möglich. Die Wiedergabe eines vollständigen Musikstücks ist nur im Zusammenhang mit einem wissenschaftlichen Podcast denkbar, der zur wissenschaftlichen Auseinandersetzung das Musikstück tatsächlich in voller Länge benötigt. Sonstige Podcasts dürfen nur Teile von Musikstücken verwenden und dies auch nur, soweit sie sich ausdrücklich inhaltlich damit auseinandersetzen. Um etwa die besondere Kraft in der Stimme eines Sängers thematisieren zu können, werden wenige Takte eines Stückes ausreichen. Eine Wiedergabe darüber hinaus ist von § 51 UrhG nicht gedeckt.

Im Ergebnis finden sich damit zwar Anwendungsbeispiele, für die § 51 UrhG eine Verwendung von Musik in Podcasts ermöglicht. Indem jedoch lediglich die vom Zitatzweck erfassten kleinen Teile eines Musikstücks in einem üblicherweise nicht musikwissenschaftlichen Podcast verwendet werden können, ist damit der Gestaltungsfreiheit im Sinne der Rundfunkfreiheit noch keine Genüge getan. Auch die Schranke des § 51 UrhG schafft damit keine Lösung für das Problem der Musikverwendung in Podcasts.

c) Analogiefähigkeit der Schrankenregelungen

Weder die Schranke des § 50 UrhG noch die des § 51 UrhG ermöglichen in direkter Anwendung die erlaubnis- und kostenfreie Verwendung urheberrechtlich geschützter Musik in Podcasts im Sinne einer freien Gestaltung von Audio-Inhalten. Möglicherweise kann jedoch eine analoge Anwendung dieser Schrankenregelungen zu einer Zulässigkeit der Musiknutzung in Podcasts führen. Dies setzt zunächst eine grundsätzliche Analogiefähigkeit der Urheberrechtsschranken voraus. Lange Zeit ging eine herrschende Meinung davon aus, dass es sich bei den Schrankenregelungen um Ausnahmebestimmungen handelt, die als solche eng auszulegen und einer Analogie nicht zugänglich sind⁷⁰³. Dabei berief man sich vorrangig auf die grundrechtlich geschützten

⁷⁰² Schrickler, in: Schrickler, *Urheberrecht*, § 51 Rn. 16.

⁷⁰³ BGHZ 50, 147, 152; BGH, GRUR 1985, 874, 875 „Schulfunksendung“; BGHZ 114, 368, 371; Melichar, in: Schrickler, *Urheberrecht*, vor §§ 45 ff. Rn. 15 f.; Nordemann, in:

Fromm/Nordemann, *Urheberrecht*, vor § 45 Rn. 3; Möhring/Nicolini, *Urheberrechtsgesetz*, § 45 Rn. 2.

Interessen der Urheber und auf die systematische Stellung der Schranken im Gesamtgefüge des UrhG⁷⁰⁴. Eine neuere Auffassung geht dagegen davon aus, dass die Urheberrechtsschranken den Grundrechten des freien Informationszugangs und der Medien-, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit zur Durchsetzung verhelfen und aus diesem Grund weit auszulegen bzw. auch analog anzuwenden sind⁷⁰⁵. Noch weitergehend wird zum Teil eine dem anglo-amerikanischen System des „Fair Use“ nachempfundene Generalklausel gefordert, die einen deutlich flexibleren Umgang mit den urheberrechtlichen Schrankenregelungen ermöglichen soll⁷⁰⁶.

Auch die neuere Rechtsprechung lässt eine Tendenz erkennen, die Urheberrechtsschranken auch einer extensiveren Auslegung zugänglich macht. So erkannte der BGH in seinem Urteil zum Kopienversanddienst die Notwendigkeit des freien Zugangs der Allgemeinheit zu Informationen an und lehnte daher ein enge Auslegung von § 53 UrhG ab⁷⁰⁷. Einen weiteren Schritt in diese Richtung ging der BGH mit seinem Urteil zum „Gies-Adler“⁷⁰⁸. Hier erteilte er einer von den Schrankenregelungen losgelösten, allgemeinen Interessenabwägung eine klare Absage. Interessen der Allgemeinheit seien ausschließlich bei der Auslegung der urheberrechtlichen Bestimmungen zu berücksichtigen⁷⁰⁹. Damit erhält der Grundsatz, dass verfassungsrechtlich geschützte Interessen Dritter auch bei der Auslegung von Schranken angemessen zu berücksichtigen sind, noch größeres Gewicht⁷¹⁰.

Dagegen führte das LG Hamburg im „Neonrevier-Fall“ aus, dass es einer an den Grundrechten orientierten Abwägung der Interessen deshalb nicht bedürfe, weil die verfassungsrechtlich gebotene Interessenabwägung bereits durch den Gesetzgeber im UrhG vorgenommen worden sei⁷¹¹. Dabei wird jedoch übersehen, dass dann, wenn der mit einer Ausnahmebestimmung verfolgte Zweck nur „aus der tatsächlichen und

⁷⁰⁴ Poeppel, *Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld*, 42.

⁷⁰⁵ Poeppel, *Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld*, 514; Löffler, NJW 1980, 201, 204; Hoeren, in: Möhring/Nicolini, *Urheberrechtsgesetz*, § 69 d Rn. 2; Hoeren, MMR 2000, 3 f.

⁷⁰⁶ Wittgenstein, *Die digitale Agenda der neuen WIPO-Verträge*, 82 f.; Schack, *Urheber- und Urhebervertragsrecht* Rn. 481 ff.; Hoeren, *Grundzüge des Internetrechts* 108 ff.; ders. FS Sandrock, 369 ff.

⁷⁰⁷ BGH, GRUR 1999, 707 ff. „Kopienversanddienst“.

⁷⁰⁸ BGH, GRUR 2003, 956 ff. „Gies-Adler“.

⁷⁰⁹ BGH, GRUR 2003, 956 ff. „Gies-Adler“.

⁷¹⁰ Bacher, EWiR 2003, 1207, 1208.

⁷¹¹ LG Hamburg, GRUR 1989, 591 „Neonrevier“.

rechtlichen Lage, die der Gesetzgeber bei Erlass der Bestimmung vorfand“⁷¹² entnommen werden darf, eine technologische Entwicklung völlig ausgeklammert wird⁷¹³. Maßgeblich für eine interessengerechte Entscheidung kann schließlich nicht allein der Wille des historischen Gesetzgebers sondern muss vor allem die tatsächliche Bedeutung des Gesetzes sein⁷¹⁴.

Hierbei gilt es zu beachten, dass die Urheberrechtsschranken ihrerseits in der Regel auf ein verfassungsrechtlich anerkanntes Rechtsgut zurückgeführt werden können. Die tatsächliche Bedeutung liegt damit im interessengerechten Ausgleich der gegenüberstehenden Grundrechtspositionen. So kann gegen das Regel-Ausnahme-Prinzip als das Hauptargument für die Annahme einer engen, analogiefeindlichen Auslegung angeführt werden, dass sich das relevante Verhältnis zwischen Urheberrecht und Informations- bzw. Rundfunkfreiheit auch von anderer Seite her betrachten lässt. Demnach sind - ausgehend von der grundsätzlichen Freiheit von Informationen und Rundfunkgestaltung - die Monopolrechte der Urheber demgegenüber begründungspflichtige Ausnahmen⁷¹⁵. Diese Argumentation findet ihre Stütze etwa im verfassungsrechtlichen Grundsatz des Gemeingebrauchs an Informationen.

Versteht man in diesem Sinne die Philosophie des Urheberrechts als einen Kompromiss zwischen Rechten des Urhebers und Rechten der Allgemeinheit, so steht eine neue Interpretation der Schranken damit völlig im Einklang⁷¹⁶. Allein die Ratio einer Schranke entscheidet danach über ihre Anwendbarkeit - die dann ggf. analog zu erfolgen hat⁷¹⁷. Eine sachgerechte Konfliktlösung auf dem Grundgedanken der praktischen Konkordanz gebietet daher bei der Anwendung der Urheberrechtsschranken ein Beleuchten der Interessenlage beider Parteien⁷¹⁸.

Eine analoge Anwendung der Schranken aus §§ 50 und 51 UrhG ist damit grundsätzlich möglich und - zumal eine ausdrückliche Regelung für Podcasts bislang nicht existiert - geboten, sofern die Abwägung der entgegenstehenden Interessen ergibt, dass im Sinne

⁷¹² BGHZ 17, 266 ff.

⁷¹³ Kröger, *Informationsfreiheit und Urheberrecht*, 221.

⁷¹⁴ Kröger, *Informationsfreiheit und Urheberrecht*, 225.

⁷¹⁵ Kröger, *Informationsfreiheit und Urheberrecht*, 224; so i. E. auch Hoeren, in: Möhring/Nicolini, *Urheberrechtsgesetz*, § 69 d Rn. 2.

⁷¹⁶ Geiger, GRUR Int. 2001, 253, 255.

⁷¹⁷ Raue, FS Nordemann, 327, 339.

⁷¹⁸ Raue, FS Nordemann, 327, 339; Raue/Hagemann, in: Hoeren/Sieber, *Handbuch Multimediarecht*, Kap. 7.5 Rn. 13.

praktischer Konkordanz die jeweilige Ratio der Schrankenbestimmung Anwendung zu finden hat.

Die Ratio beider Schranken ist in der Ermöglichung einer attraktiv gestalteten journalistischen bzw. werkschaffenden Tätigkeit zu sehen, die in den engen Grenzen der Zweckbindung die erlaubnis- und vergütungsfreie Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke zulässt. Dabei stehen die Urheberinteressen an einer möglichst umfassenden eigenen Verwertung den Verwerterinteressen an einer kostenlosen erlaubnisfreien Nutzung sowie dem Interesse der Allgemeinheit an Information und freier geistiger Auseinandersetzung gegenüber⁷¹⁹. Der mit dem Verlust des Ausschließlichkeitsrechts ohne eine kompensierende Vergütungspflicht stärkste Eingriff in die Rechte des Urhebers wird durch die Zweckbindung der Werknutzung begrenzt. Insbesondere soll dadurch jeweils verhindert werden, dass die Verwertung innerhalb der Schranke den vollständigen Werkgenuss ersetzt. Gleichzeitig ist aber die Erlaubnis- und Vergütungsfreiheit der Nutzung erforderlich, damit insbesondere im eiligen Tagesjournalismus eine zeitaufwändige Suche nach Urhebern sowie entsprechende Preisverhandlungen nicht die Verwendung der Werke unmöglich macht – vor allem dann, wenn diese Werke nur zufällig Teil eines Berichts geworden sind⁷²⁰.

Die Interessenlage im Fall der Musikverwertung in Podcasts stellt sich dagegen anders dar. Da Podcasts nicht wie die Produkte des Tagesjournalismus schon wenige Tage nach ihrer Veröffentlichung in Bedeutungslosigkeit verschwinden, sondern vielmehr oft jahrelang abrufbar bleiben, unterliegt eine Werknutzung in Podcasts einer anderen Beständigkeit. Auch soll die Musiknutzung nicht allein der inhaltlichen Auseinandersetzung dienen, sondern vielmehr der Gestaltung und Untermalung der Inhalte. Die in den §§ 50, 51 UrhG jeweils vorausgesetzte Zweckbindung ist damit durch das Abspielen von Musikstücken in Podcasts nicht zu erfüllen. Dazu kommt, dass aus technischer Sicht ohne Weiteres die Möglichkeit besteht, den herunter geladenen Podcast mittels eines Schneideprogramms so zu bearbeiten, dass der darin enthaltene Musiktitel einzeln abgespeichert und jederzeit zum Abspielen bereitgehalten wird⁷²¹. Die Nutzung kommt damit einem vollständigen Ersetzen der eigentlichen Verwertung, in diesem Fall

⁷¹⁹ Schrickler, in: Schrickler, *Urheberrecht*, § 51 Rn. 6.

⁷²⁰ Vogel, in: Schrickler, *Urheberrecht*, § 50 Rn. 1.

⁷²¹ Ein Programm von vielen, das dies ermöglicht, ist etwa Audacity, kostenlos herunterzuladen unter: <http://audacity.de/> v. 26.03.2008.

dem Verkauf des Musikstücks, sehr nahe. Eine erlaubnis- und vergütungsfreie Nutzung wird bereits aus diesem Grund dem Eigentumsrecht des Urhebers nicht gerecht. Darüber hinaus ist die Kostenfreiheit der Nutzung nicht erforderlich. Eine Notwendigkeit, den zeitlichen Aufwand von Verhandlungen zu umgehen, besteht anders als im eiligen Tagesjournalismus nicht. Schließlich geht es lediglich darum, Podcast-Produzenten überhaupt eine Nutzung – auch gegen angemessene Bezahlung – zu ermöglichen.

Obwohl davon auszugehen ist, dass eine analoge Anwendung der Urheberrechtsschranken grundsätzlich möglich ist, kommt damit mangels übereinstimmender Interessenlage eine analoge Anwendung der §§ 50, 51 UrhG für die Musiknutzung in Podcasts nicht in Betracht. Gleichzeitig ist festzustellen, dass eine erlaubnis- und vergütungsfreie Nutzung urheberrechtlich geschützter Musik für die Verwendung in Podcasts nicht mit dem Grundsatz praktischer Konkordanz in Einklang zu bringen ist. Dem Eigentumsrecht des Urhebers würde insoweit nicht zu optimaler Geltung verholfen werden, da ein solcher Eingriff über das erforderliche Maß deutlich hinausginge.

Möglicherweise könnte daher aber eine Urheberrechtsschranke verhältnismäßig sein, die im Sinne einer gesetzlichen Lizenz nicht die erlaubnis- und vergütungsfreie Nutzung legitimiert, sondern vielmehr den Urheber verpflichtet, gegen angemessene Vergütung Nutzungsrechte einzuräumen.

5. Die Idee der „Content“- oder „Kulturflatrate“

Mit der Verbreitung der Elektrizität Anfang des 20. Jahrhunderts, dem Beginn des Radios und der Erfindung von Lautsprechern sahen sich Musiker erstmalig mit einem Kontrollverlust über ihre Werke konfrontiert. Auf einmal war eine Anwesenheit des Musikers nicht mehr erforderlich. Ohne dass dies für ihn nachvollziehbar war, konnte eine Maschine die Darbietung seines Werkes jederzeit und überall übernehmen. In der Folge entstanden die Verwertungsgesellschaften, um angesichts einer Verwertung von Werken, die plötzlich eine ganz andere Qualität bekommen hatte, den Urhebern ein Einkommen zu sichern⁷²². Für jedes Abspielen im Radio, in Diskotheken oder auf Dorffesten wurden künftig Einnahmen generiert, die an die Urheber weitergeleitet werden konnten. Auch die in der Folgezeit kaum zu verhindernden Schäden für die

⁷²² Spindler/Leistner, GRUR Int. 2005, 773, 793.

Urheber durch private Tonbandaufnahmen wurden damit praktisch kollektiviert⁷²³. In der Urheberrechtsnovelle von 1962 erklärte der Gesetzgeber schließlich die private Vervielfältigung für zulässig und führte gleichzeitig einen Vergütungsanspruch gegen die Privaten ein⁷²⁴.

In der Digitalisierung, der Entstehung von Musiktauschbörsen im Internet und der Möglichkeit, Musik problemlos und ohne erkennbaren Qualitätsverlust zu kopieren, sehen nun viele eine schlichte Wiederholung dieser historischen Entwicklung⁷²⁵. Nichts liegt also näher, als wiederum mit einer finanziellen Kompensation zugunsten der Urheber für einen gerechten Ausgleich zu sorgen.

Das entsprechende Konzept nennt sich „Content-Flatrate“ oder „Kultur-Flatrate“ und beinhaltet im Kern eine Pauschalvergütung für solche Nutzungshandlungen, die den Tausch von digitalisierten Werken im Internet ermöglichen⁷²⁶. Demnach liegt das Hauptaugenmerk auf der Legalisierung von Musiktauschbörsen bzw. Peer-to-peer-Plattformen. In Musiktauschbörsen können Nutzer in bislang urheberrechtswidriger Form geschützte Musik oder auch Filme für eine beliebige Anzahl anderer Nutzer verfügbar machen oder diese auf den eigenen Rechner herunterladen⁷²⁷, was nach § 53 UrhG in der Fassung vom 26.10.2007 ebenfalls gegen das Vervielfältigungsverbot verstößt und nicht unter die Privatkopierfreiheit des § 53 UrhG fällt⁷²⁸.

Ohne Zweifel ersetzt das Tauschen von Musik auf Peer-to-peer-Plattformen für die meisten Nutzer den Kauf einer CD. Dennoch werden Musiktauschbörsen längst nicht von allen Seiten als „Piraterie“ oder „Diebstahl“ angesehen. Vielmehr wird zum Teil von einer neuen Form des kulturellen Ausdrucks ausgegangen, die nicht zu unterdrücken, sondern vielmehr zu feiern und mit einer finanziellen Kompensation zu einem gerechten Ausgleich zu bringen sein sollte⁷²⁹. Kreatives Schaffen, das immer auch die Verwendung bereits bestehender Werke beinhaltet, sollte demnach nicht durch ein zu restriktives Urheberrecht beschränkt werden, vielmehr sollte Kultur der Kultivierung freigegeben

⁷²³ Spindler/Leistner, GRUR Int. 2005, 773, 793.

⁷²⁴ Amtl. Begr. Zu § 54 UrhG BT-Drs. IV/270, S. 70 ff.

⁷²⁵ Röttgers, *Mix, Burn and R.I.P.*, 145.

⁷²⁶ Runge, GRUR Int. 2007, 130.

⁷²⁷ Lessig, *Freie Kultur*, 78.

⁷²⁸ Bereits mit der unglücklichen Formulierung „offensichtlich rechtswidrig hergestellte Vorlage“ sollte im Rahmen des 1. Korbes der Download aus Tauschbörsen aus der Privilegierung der Privatkopie ausgeschlossen werden. Mit der Neufassung des § 53 Abs. I UrhG, wonach die Vorlage auch nicht offensichtlich rechtswidrig öffentlich zugänglich gemacht sein darf, soll dies nunmehr klargestellt werden BT-Drs. 16/1828, S. 18.

⁷²⁹ Netanel, 17 *Harvard Journal of Law and Technology*, 2003, 1, 83.

werden⁷³⁰. Von anderer Seite wird argumentiert, dass sich ein Verbot der Musikaustauschbörsen ohnehin nicht effektiv durchsetzen lasse und dass ein Zulassen der P2P-Plattformen gegen Vergütung auch für Rechteinhaber die vorteilhaftere Lösung wäre⁷³¹. Schließlich ließe sich so ein gegenüber technischen Schutzmaßnahmen und der rechtlichen Verfolgung von Tauschbörsennutzern deutlich kostengünstigeres System in die bestehenden Vergütungsstrukturen eingliedern lassen⁷³².

Um dies zu ermöglichen sollen Rechteinhaber ihre Ausschließlichkeitsrechte verlieren und nach dem Vorbild der §§ 52a Abs. 4, 54 Abs. 1 und Abs. 2 UrhG auf die kollektive Rechtswahrnehmung verwiesen werden⁷³³. Die Idee der „Content“-oder „Kulturflatrate“ beinhaltet damit eine Schrankenbestimmung oder einen Gesamtvertrag, der das Vervielfältigen und öffentliche Zugänglichmachen urheberrechtlich geschützter Werke für nichtkommerzielle private Zwecke für zulässig und vergütungspflichtig erklärt⁷³⁴. Sofern sich insbesondere private Podcasts hierunter fassen ließen, würde eine solche „Content-Flatrate“ damit auch die Zugänglichmachung von Musik in Podcasts privilegieren und damit das aufgeworfene Problem lösen.

Vor allem in den USA wird eine „Content-Flatrate“ seit einiger Zeit diskutiert⁷³⁵. Aber auch in Deutschland gab es insbesondere im Vorfeld der Verabschiedung des 2. Korbes der Urheberrechtsreform Kampagnen zur Durchsetzung einer „Kulturflatrate“⁷³⁶. Mit der „Berliner Erklärung“ wurde die Europäische Kommission aufgefordert, eine „Content-Flatrate“ zu empfehlen⁷³⁷.

Die finanzielle Kompensation für die Freigabe der Musik soll dabei entweder nach dem Vorbild der bisherigen Pauschalabgabe auf Leermedien und PC durch eine Pauschale auf

⁷³⁰ Lessig, *Freie Kultur*, 288.

⁷³¹ Grassmuck, ZUM 2005, 104, 108.

⁷³² Rösler, GRUR Int. 2005, 991, 997.

⁷³³ Runge, GRUR Int. 2007, 130, 132.

⁷³⁴ Grassmuck, *Podiumsbeitrag auf dem gemeinsamen Kongress von BDB und DGI „Information Macht Bildung“*, 26.03.2004 im Rahmen des 2. Leipziger Kongresses für Information und Bibliothek und des 93. Deutschen Bibliothekartags während der Buchmesse Leipzig, http://waste.informatik.hu-berlin.de/Grassmuck/Texts/Leipzig-Bibl-Konf.html#N_26 v. 19.03.2008.

⁷³⁵ Fisher, III, Chapter 6: An Alternative Compensation System, digitales Pre-Print in: ders., *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, <http://cyber.law.harvard.edu/people/tfisher/PTKChapter6.pdf> v. 19.03.2008; Kretschmer, *European Intellectual Property Review* 2003, 333-341, http://www.cippm.org.uk/pdfs/digital_copyright.pdf v. 19.03.2008; Netanel, 17 *Harvard Journal of Law and Technology*, 2003, 1.

⁷³⁶ http://www.fairsharing.de/index_all.php oder <http://privatkopie.net/> v. 19.03.2008.

⁷³⁷ <http://www.wizards-of-os.org/index.php?id=1699> v. 19.03.2008.

den Internetzugang⁷³⁸ oder aber durch eine Steuer⁷³⁹ erfolgen. Um von der Ausschüttung der Pauschalen profitieren zu können, müssen die Rechteinhaber Mitglied einer zu gründenden Online-VG werden und ihre Werke dort anmelden. Jedes Werk soll dann eine Kennung erhalten, die mit dem digitalen Werkstück verbunden wird und der Registrierung von Downloads und Streams dient, so dass die Vergütung anschließend nach einem der tatsächlichen Nutzung entsprechenden Schlüssel ausgeschüttet werden kann⁷⁴⁰. Wenn ein solches System die durch freie Online-Nutzung entgangenen Erlöse der Musik- und Filmindustrie ersetzen soll, müssten etwa 2,4 Mrd. US-Dollar aufgebracht werden – für den durchschnittlichen Breitband-Zugang in den USA würde das eine Verteuerung um 4,88 USD pro Monat bedeuten⁷⁴¹.

a) Vor- und Nachteile einer „Content“-oder „Kulturflatrate“

Die Schaffung einer gesetzlichen Lizenz in Form der „Content“-oder „Kulturflatrate“ stellt sich nur auf den ersten Blick als erheblichen Einschnitt in die Rechte des Urhebers dar. Auf den zweiten Blick offenbart das Modell gegenüber der ansonsten schwierigen Rechtsdurchsetzung der unbeschränkten Ausschließlichkeitsrechte gegen die Nutzer von Tauschbörsen eine sichere Grundlage für Einnahmen⁷⁴². Damit werden die Grundprinzipien des Urheberrechts keineswegs verdreht, sondern im Ergebnis – insbesondere durch den Schutz vor Rechtsverletzungen – bekräftigt⁷⁴³. Die Alternative, Werke mit technischen Schutzmaßnahmen zu sichern, erfordert zunächst hohe Investitionskosten, die vor allem für kleinere Labels kaum zu leisten sind.⁷⁴⁴ Dazu kommt, dass sich Digital Rights Management-Systeme wegen ihrer abschreckenden

⁷³⁸ Bernault/Lebois, *Peer-to-peer File Sharing and Literary and Artistic Property. A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via Internet*, http://privatkopie.net/files/Feasibility-Study-p2p-acis_Nantes.pdf v. 28.03.2008, S. 66.

⁷³⁹ Rösler, GRUR Int. 2005, 991, 995.

⁷⁴⁰ Grassmuck, *Podiumsbeitrag auf dem gemeinsamen Kongress von BDB und DGI „Information Macht Bildung“*, 26.03.2004 im Rahmen des 2. Leipziger Kongresses für Information und Bibliothek und des 93. Deutschen Bibliothekartags während der Buchmesse Leipzig, http://waste.informatik.hu-berlin.de/Grassmuck/Texts/Leipzig-Bibl-Konf.html#N_26 v. 19.03.2008.

⁷⁴¹ Fisher, III, Chapter 6: An Alternative Compensation System, digitales Pre-Print in: ders., *Promises to Keep: Technology, Law, and the Future of Entertainment*, <http://cyber.law.harvard.edu/people/ffisher/PTKChapter6.pdf> v. 19.03.2008.

⁷⁴² Runge, GRUR Int. 2007, 130, 131.

⁷⁴³ Bernault/Lebois, *Peer-to-peer File Sharing and Literary and Artistic Property. A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via the Internet*, http://privatkopie.net/files/Feasibility-Study-p2p-acis_Nantes.pdf v. 28.03.2008, S. 48.

⁷⁴⁴ Grassmuck, ZUM Sonderheft 2003, 1014, 1015.

Wirkung auf die Kunden auch praktisch nicht bewährt haben, so dass sie von den vier großen deutschen Musikkonzernen inzwischen wieder aufgegeben wurden⁷⁴⁵.

Im Sinne der „Kultivierung der Kultur“ spricht darüber hinaus auch die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948 für das Konzept der „Content-Flatrate“. Deren Art. 27 Abs. 1 besagt, dass jeder das Recht hat, am kulturellen Leben der Gemeinschaft frei teilzunehmen, sich an den Künsten zu erfreuen und am wissenschaftlichen Fortschritt und dessen Errungenschaften teilzuhaben. Auch insoweit wird eine Pauschalvergütung für Online-Musiklizenzierung damit als eine faire Lösung angesehen, deren Implementierung zudem einen florierenden Online-Markt für Musik ermöglichen soll⁷⁴⁶.

Dennoch stößt das Konzept der „Content“-oder „Kulturflatrate“ bei weitem nicht auf ungeteilte Zustimmung. Das liegt vor allem daran, dass neben den urheberrechtswidrigen Tauschbörsen auch solche Geschäftsmodelle existieren, die den kostenpflichtigen Vertrieb von Musik über das Internet zum Inhalt haben⁷⁴⁷. So wird bezweifelt, ob jenseits dieses funktionierenden Marktes überhaupt eine Notwendigkeit für eine zusätzliche Zugangsmöglichkeit zu Musik- und Filmwerken besteht⁷⁴⁸. Schließlich würde dieser Markt durch eine gesetzliche vorgeschriebene Flatrate zerstört und neue Geschäftsmodelle durch die zustimmungsfreie Zugänglichmachung zum Einheitspreis verdrängt werden⁷⁴⁹.

Auch die Internationalität des Internets ist in diesem Zusammenhang nicht unproblematisch. Die Implementierung einer „Content-Flatrate“ in nur einige Ländern würde dazu führen, dass die Nutzer in diesen Ländern letztlich auch für die Nutzer in Ländern ohne eigene Flatrate mit aufkommen müssten⁷⁵⁰.

Schlussendlich kann auch die kulturelle Entwicklung selbst gegen das Flatrate-Konzept angeführt werden. So hat das bisherige Bestehen eines Ausschließlichkeitsrechts dazu geführt, dass jenseits der kommerziellen Anbieter eine eigene kleine Musikszene entstanden ist⁷⁵¹. Die Entscheidung einer immer größeren Zahl an Musikern, ihre Werke

⁷⁴⁵ Patalong, *Kopierschutz ist tot*, Spiegel-online v. 11.01.2008, <http://www.spiegel.de/netzwelt/web/0,1518,527992,00.html> v. 28.03.2008.

⁷⁴⁶ Bennett Lincoff, *A Full, Fair And Feasible Solution To The Dilemma of Online Music Licensing*, Abs. 144, <http://www.quicktopic.com/boing/D/uhAMNwVb8yfk.html> v. 19.03.2008.

⁷⁴⁷ z.B. iTunes oder musicload.

⁷⁴⁸ Runge, GRUR Int. 2007, 130, 135.

⁷⁴⁹ BT-Drs. 16/1828 S. 20.

⁷⁵⁰ Runge, GRUR Int. 2007, 130, 135.

⁷⁵¹ so etwa auf <http://www.youtube.de>.

unter eine freie Lizenz zu stellen, ist nicht mehr als exotische Notlösung, sondern durchaus als eine eigene kulturelle Entwicklung anzusehen.

Die entscheidenden Argumente für oder gegen eine „Content“-oder „Kulturfltrate“ ergeben sich jedoch weder aus kulturellen noch aus ökonomischen Gesichtspunkten, sondern hängen mit der Rechtmäßigkeit des Konzepts gemessen am Internationalen Urheberrecht zusammen.

b) Der Dreistufentest

Die grundsätzliche Möglichkeit einer gesetzlichen Lizenz für den Online-Vertrieb von Werken ergibt sich aus Art. 11 Abs. 2 der Revidierten Berner Übereinkunft (RBÜ). Hiernach kann der nationale Gesetzgeber im Zusammenhang mit dem Recht der öffentlichen Wiedergabe ausnahmsweise eine gesetzliche Lizenz schaffen, wenn etwa die Fortentwicklung der Technik neue Werknutzungen hervorbringt, bei denen der Einsatz des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts noch nicht ausreichend geklärt und abgegrenzt ist oder individuelle Rechteinräumung praktisch unmöglich ist⁷⁵². Auch Art. 10 WCT bestimmt im Hinblick auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, dass die Vertragsparteien Ausnahmen und Beschränkungen zulassen können.

Voraussetzung ist jedoch, dass eine solche Schrankenregelung auch nach Maßgabe des sog. „Dreistufentests“ aus Art. 9 Abs. 2 RBÜ zulässig ist. Nach den internationalen Übereinkommen der Revidierten Berner Übereinkunft, dem TRIPS-Übereinkommen und dem WIPO-Urheberrechtsvertrag ist dies nur dann der Fall, wenn es sich um einen bestimmten Sonderfall handelt, die normale Auswertung des Werkes nicht beeinträchtigt wird und zum Dritten die Interessen des Urhebers nicht unzumutbar verletzt werden⁷⁵³. Damit hat der Dreistufentest den Charakter einer generellen Schranke oder auch einer „Schranken-Schranke“⁷⁵⁴.

Der Test entwickelte sich in drei Etappen: 1967 wurde er in die RBÜ eingegliedert, 1994 erschien er erneut im Rahmen des TRIPS-Übereinkommens und fand schließlich 1996

⁷⁵² Masouyé, *Kommentar zur Berner Übereinkunft*, Art. 11 bis Rn. 17. S. 78.

⁷⁵³ Niemann, CR 2003, 119, 120.

⁷⁵⁴ Kröger, CR 2001, 316, 319.

seinen Eingang in die beiden WIPO-„Internet“-Verträge⁷⁵⁵. Schließlich wurde er auch in die Urheberrechtsrichtlinie (Art. 5) aufgenommen. Nach Ansicht des BGH soll er dazu dienen, dynamische Reaktionen auf technische Veränderungen durch gegebenenfalls neue richterrechtlich eingeführte Schranken zu ermöglichen⁷⁵⁶.

Die Beschränkung auf „gewisse Sonderfälle“ legt nahe, dass eine entsprechende Ausnahmeregelung nur in hinreichend bestimmten, abgrenzbaren Fällen zulässig ist⁷⁵⁷. Mit der „normalen Auswertung“ ist jede Art der Verwertung gemeint, die Rechteinhaber normalerweise nutzen, um einen wirtschaftlichen Ertrag aus ihren Werken zu erhalten⁷⁵⁸. Hinsichtlich der berechtigten Interessen ist der BGH zu dem Schluss gekommen, dass es eines finanziellen Ausgleichs bedarf, damit diese nicht unzumutbar verletzt würden⁷⁵⁹. Damit gibt Art. 9 Abs. 2 RBÜ insgesamt jedoch lediglich Kriterien für eine Abwägung im Rahmen des Interessenkonflikts. Dieser Rahmen muss, um eine konkrete Wirkung zu entfalten, durch den Gesetzgeber des jeweiligen Verbandsstaates ausgefüllt werden⁷⁶⁰.

Im Zusammenhang mit der „Content-Flatrate“ lässt sich zunächst feststellen, dass es sich insbesondere dann um einen Sonderfall im Sinne des Dreistufentests handelt, wenn die gesetzliche Lizenz darauf abzielt, den Zugang zu geistigen Schöpfungen und die Auseinandersetzung mit ihnen zu erleichtern⁷⁶¹. Das Erfordernis des „bestimmten Sonderfalls“ kann zum einen quantitativ gedeutet werden – mit dem Ergebnis, dass nur eine begrenzte Zahl von Nutzungshandlungen umfasst ist – oder qualitativ, dann kommt es darauf an, welche Rechtfertigung etwa für Gemeinwohlinteressen angeführt wird⁷⁶². Da ein quantitatives Argument aber letztlich zu starr ist, um einen gerechten Ausgleich zwischen Urheber- und Allgemeininteressen zu begründen, wird auf die qualitative Betrachtungsweise auszuweichen sein⁷⁶³. Demnach liegt ein Sonderfall schon dann vor, wenn es um die Durchsetzung von Grundrechten – wie etwa der Rundfunkfreiheit – geht⁷⁶⁴. Gleichzeitig ist zu berücksichtigen, dass das Urheberrecht eine Förderung der

⁷⁵⁵ *Senftleben*, GRUR Int. 2004, 200, 201.

⁷⁵⁶ BGH, NJW 2002, 3393, 3395 f.

⁷⁵⁷ *Maus*, *Der grundrechtliche Schutz des Privaten im europäischen Recht*, 134.

⁷⁵⁸ *Maus*, *Der grundrechtliche Schutz des Privaten im europäischen Recht*, 137.

⁷⁵⁹ BGH, GRUR 1999, 707 ff. „Kopienversanddienst“.

⁷⁶⁰ *Kröger*, *Informationsfreiheit und Urheberrecht*, 234.

⁷⁶¹ Runge, GRUR Int. 2007, 130, 134.

⁷⁶² Ficsor, *The Law of Copyright and the Internet*, C10.03, S. 516 f.

⁷⁶³ *Senftleben*, CR 2003, 914, 916.

⁷⁶⁴ Geiger, in: Hilty/Peukert, *Der Interessenausgleich im Urheberrecht*, 143 ff.

geistigen Auseinandersetzung zur Aufgabe hat – wie sie durch die „Content-Flatrate“ erleichtert werden soll – so dass das Konzept im Sinne der ersten Stufe zulässig wäre⁷⁶⁵.

Auch die Untersuchung, inwieweit eine „Content-Flatrate“ zu einer Beeinträchtigung der normalen Auswertung führt, kann durchaus zu dem Ergebnis kommen, dass von einer Zulässigkeit auch im Sinne der zweiten Stufe des Dreistufentests auszugehen ist. Die normale Auswertung ist dann beeinträchtigt, wenn sie den Urheber einer aktuellen oder potenziellen Einnahmequelle beraubt, die typischerweise ganz erhebliches Gewicht innerhalb der Gesamtverwertung von betroffenen Werken hat⁷⁶⁶. Dies ist dann der Fall, wenn die fragliche Nutzung in unmittelbarem Wettbewerb zu herkömmlichen Auswertungsformen tritt⁷⁶⁷.

Zwar können die Urheber eine öffentliche Zugänglichmachung von Musik im Internet auch selbst – etwa mit Hilfe von technischen Schutzmaßnahmen – wahrnehmen. Diese Form der Auswertung wird jedoch durch eine „Content“-oder „Kulturflatrate“ nicht berührt, da der deutsche Gesetzgeber das Privileg der Privatkopie dem Schutz technischer Maßnahmen gem. § 95 b Abs. 1 Ziff. 6 UrhG untergeordnet hat⁷⁶⁸. Werden also technische Schutzmaßnahmen zur Auswertung eines Werkes benutzt, dürfen diese wegen § 95 b UrhG auch dann nicht umgangen werden, wenn eine gesetzliche Lizenz die anschließende Verwendung in Tauschbörsen erlaubt. Diese Form der normalen Auswertung eines Musikwerkes bleibt damit unberührt.

Allerdings gilt diese Argumentation nur gegenüber der normalen Verwertung unter Verwendung technischer Schutzmaßnahmen. Angesichts der schwindenden Attraktivität technischer Schutzmaßnahmen für den Online-Vertrieb von Musik kann daher die Frage aufgeworfen werden, ob nicht doch gegenüber der ungeschützten Musik eine Beeinträchtigung der Auswertung gegeben ist. Da zumindest aber unter Verwendung von DRM eine normale Auswertung weiterhin unbeeinträchtigt möglich ist, sind damit die eher geringeren Anforderungen der zweiten Stufe des Dreistufentests erfüllt, während Beeinträchtigungen bei der Auswertung ohne DRM im Rahmen der Abwägung auf der dritten Stufe zu berücksichtigen sind.

⁷⁶⁵ Runge, GRUR Int. 2007, 130, 134.

⁷⁶⁶ Runge, GRUR Int. 2007, 130, 134.

⁷⁶⁷ Bornkamm, FS Erdmann 29, 34.

⁷⁶⁸ Runge, GRUR Int. 2007, 130, 134.

Problematisch stellt sich damit allein die Bewertung der „Content“- oder „Kulturflatrate“ auf der dritten Stufe des Tests aus Art. 9 Abs. 2 RBÜ dar. Hiernach sind die berechtigten Interessen, die auf relevante politische Wertentscheidungen oder andere soziale Normen gestützt sein müssen, gegeneinander abzuwägen⁷⁶⁹. Berechtigt kann insoweit aber auch ökonomisches Interesse sein⁷⁷⁰. Für die Feststellung einer ungebührlichen Verletzung bietet sich die Heranziehung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes an⁷⁷¹. Eine Schrankenregelung ist daher auf Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit zu überprüfen. Im Rahmen der Angemessenheitsprüfung ist schließlich zu berücksichtigen, inwieweit entstandene Beeinträchtigungen durch eine Vergütung aufgewogen werden können⁷⁷². Allerdings soll die Vergütung nicht dazu dienen, die entgangene Lizenzgebühr auszugleichen, sondern vielmehr einen Ersatz leisten, sofern die Beschränkung die Schwelle einer zulässigen Verletzung berechtigter Interessen überschreitet⁷⁷³.

Während Art. 27 Abs. 1 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte das Interesse einer Teilnahme am kulturellen Leben stützt, besteht andererseits ein Markt für die Musikverwertung im Internet und dem Nutzer ist durchaus zumutbar, sich nicht über Tauschbörsen, sondern über den Kauf bei kommerziellen Anbietern am kulturellen Leben zu beteiligen. Als problematisch ist weiterhin anzusehen, dass die Berechnungsgrundlage für eine Pauschalabgabe stets ungenau wäre und immer auch Kosten des tatsächlichen Nutzers auf andere umwälzt, die etwa ihren Internetzugang ausschließlich zu anderen Zwecken nutzen. Zudem verliert der Urheber in erheblichem Maß die rechtliche Kontrolle über sein Werk, indem er etwa auch die Zurverfügungstellung unter einer freien Lizenz wie Creative Commons nicht mehr erwägen kann.

Während einerseits davon ausgegangen wird, dass die finanzielle Kompensation durch eine pauschale Abgabe die Beeinträchtigungen aufwiege⁷⁷⁴, wird andererseits eine Zulässigkeit der „Content-Flatrate“ im Rahmen der dritten Stufe nachdrücklich abgelehnt, da eine Kompensation insbesondere für den Kontrollverlust über das Werk

⁷⁶⁹ WTO-Dokument WT/DS/114/R v. 17.3.2000 zu finden unter http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/7428d.pdf v. 21.04.2008.

⁷⁷⁰ Senftleben, GRUR Int. 2004, 200, 210.

⁷⁷¹ Senftleben, GRUR Int. 2004, 200, 210.

⁷⁷² Senftleben, CR 2003, 914, 919.

⁷⁷³ Senftleben, GRUR Int. 2004, 200, 211.

⁷⁷⁴ Bernault/Lebois, *Peer-to-peer File Sharing and Literary and Artistic Property. A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via the Internet*, http://privatkopie.net/files/Feasibility-Study-p2p-acis_Nantes.pdf v. 28.03.2008, S. 41.

nicht erreicht werden könne⁷⁷⁵. Der deutsche Gesetzgeber ist mit klaren Worten der zweiten Ansicht gefolgt und hat die Einführung einer „Kulturflatrate“ mit Hinweis auf den bestehenden Markt im Rahmen des 2. Korbes der Urheberrechtsreform abgelehnt⁷⁷⁶. De lege lata besteht damit im deutschen Urheberrecht keine gesetzliche Lizenz, die ein Zugänglichmachen von Musik im Internet zulassen würde, und es ist auch nicht in absehbarer Zeit mit einer entsprechenden gesetzgeberischen Entscheidung zu rechnen.

c) **Zwischenergebnis**

Auch unter dem Gesichtspunkt einer „Content“- oder „Kulturflatrate“ kommt damit eine zulässige Verwendung von Musik in Podcasts nicht in Betracht.

Hinsichtlich des Problems der Tauschbörsennutzung haben sich dagegen der kritischen Haltung des deutschen wie anderer Gesetzgeber zum Trotz die tatsächlichen Vorteile des Modells der „Kulturflatrate“ zumindest wirtschaftlich durchgesetzt. Wenigstens die Behauptung der wirtschaftlichen Machbarkeit einer „Kulturflatrate“ hat sich damit bewahrheitet. Nachdem zunächst Unternehmen wie Rhapsody in den USA oder Napster⁷⁷⁷ in Deutschland erfolgreich ein Flatrate-Modell für Musik angeboten haben, bei dem gegen monatliches Entgelt online auf eine große Anzahl an Musikstücken zugegriffen werden kann, plant nun auch Sony BMG die Einführung einer Musikflatrate für das gesamte Musikrepertoire⁷⁷⁸.

6. **Schaffung einer gesetzlichen Lizenz für Rundfunk im Internet**

Wenngleich die Verwendung von Musik in Podcasts weder unter die bestehenden Schrankenbestimmungen des Urheberrecht zu fassen ist noch eine dies möglicherweise umfassende „Content-Flatrate“ als gesetzliche Lizenz wahrscheinlich ist, kann sich dennoch die Pflicht des Gesetzgebers zur Schaffung einer gesetzlichen Lizenz ergeben. Voraussetzung hierfür ist, dass eine solche Lizenz der optimalen Entfaltung der Rundfunkfreiheit gegenüber dem Urheberrecht im Sinne praktischer Konkordanz entspricht.

⁷⁷⁵ Runge, GRUR Int. 2007, 130, 134.

⁷⁷⁶ BT-Drs. 16/1828 S. 20.

⁷⁷⁷ <http://www.napster-flatrate.de/> v. 27.03.2008.

⁷⁷⁸ Zeit-online v. 25.03.2008 <http://www.zeit.de/online/2008/13/sony-bmg-flatrate> v. 27.03.2008.

Angesichts der Diskussionsergebnisse zur „Content“-oder „Kulturflatrate“ ist demnach eine am Dreistufentest orientierte gesetzliche Lizenz zu finden, die insoweit internationalem Urheberrecht genügt und gleichzeitig durch sorgfältiges Abwägen der Interessen im Rahmen der dritten Stufe auch verfassungsrechtlicher Verhältnismäßigkeit entspricht. Eine solche Lizenz ist denkbar, sofern bestimmte Einschränkungen dafür sorgen, dass die Beeinträchtigungen auf Seiten der Rechteinhaber insbesondere im Hinblick auf den bestehenden Markt für Online-Musik geringer sind, als dies bei der „Content-Flatrate“ der Fall war, während gleichzeitig für eine finanzielle Kompensation gesorgt wird. Dabei ist es das Ziel, eine Möglichkeit dafür zu schaffen, dass jede Art von Musik zu Zwecken der inhaltlichen Auseinandersetzung wie der Untermalung oder bloßen Unterhaltung in Online-Medien genutzt werden kann. Auf eine kostenlose Nutzung kommt es dabei nicht an.

Noch mehr als bei der „Content“-oder „Kulturflatrate“ treffen auf eine gesetzliche Lizenz zur Ermöglichung der Musikknutzung in Online-Medien die Voraussetzungen der Öffnungsklausel aus Art. 11 Abs. 2 RBÜ zu, wonach ausnahmsweise eine gesetzliche Lizenz geschaffen werden darf, wenn die Fortentwicklung der Technik neue Werknutzungen hervorbringt. Voraussetzung ist dabei, dass der Einsatz des urheberrechtlichen Ausschließlichkeitsrechts noch nicht ausreichend geklärt und abgegrenzt ist oder dass der Weg individueller Rechteeinräumung praktisch unmöglich ist⁷⁷⁹. solche praktische Unmöglichkeit liegt im Falle der Musikknutzung für Podcasts darin, dass eine kollektive Rechteeinräumung der § 19a-Rechte durch die GVL nicht vorgesehen ist und mangels Interesses der Plattenfirmen auch eine individuelle Lizenzierung kaum durchführbar ist⁷⁸⁰.

Zudem hat sich gezeigt, dass eine genaue Bestimmung, wann bei welchem Internet-Audiomedium welche Ausschließlichkeitsrechte eingreifen oder gerade nicht einschlägig sind, nicht unproblematisch möglich ist. Ohne weiteres lässt sich daraus eine deutliche Rechtsunsicherheit in diesem Bereich ablesen⁷⁸¹. So wurde etwa auch im Webcasting ein Fall der im Sinne des Art. 11 Abs. 2 RBÜ nicht abschließend geklärten rechtlichen Einordnung gesehen⁷⁸².

⁷⁷⁹ Masouyé, *Kommentar zur Berner Übereinkunft*, Art. 11^{bis} Rn. 17, S. 78.

⁷⁸⁰ s. o. Dritter Teil II.

⁷⁸¹ so auch Astle, 19 *Harvard Journal of Law and Technology* 2005, 161, 196.

⁷⁸² Runge, *GRUR Int.* 2007, 130, 132.

Eine Lösung hierfür könnte eine gesetzliche Lizenz sein mit dem Ergebnis, dass Leistungsschutzberechtigte gegenüber Produzenten von Internet-Audiodiensten, die einen erkennbaren Beitrag für die öffentliche Meinungsbildung leisten, keine Ausschließlichkeitsrechte mehr entgegensetzen können. Stattdessen wird diese Nutzung dann vergütungspflichtig und kann über die Verwertungsgesellschaften abgewickelt werden.

Eine solche Lösung würde sich zum einen an der Forderung orientieren, wonach einer kollektiven Lizenzierung auch bei Ausschließlichkeitsrechten zur Durchsetzung verholffen werden sollte⁷⁸³ und zum anderen würde sie Erwägungsgrund 26 der Richtlinie 2001/29/EG entsprechen, wonach in Bezug auf Radio- und Fernsehproduktionen, die Musik aus gewerblichen Tonträgern enthalten und von den Sendeunternehmen auf Abruf angeboten werden, Vereinbarungen über Sammellizenzen zu fördern sind, um die Klärung im Zusammenhang mit den betreffenden Rechten zu erleichtern⁷⁸⁴. Gelöst wäre damit auch das Problem, das sich Rundfunkanstalten im Rahmen der Online-Zweitverwertung ihrer Produkte stellt, die bislang intensiv nachbearbeitet und von sämtlicher Musik befreit werden mussten⁷⁸⁵. Angesichts dieser Probleme hatte bereits die Europäische Rundfunkunion vorgeschlagen, die öffentliche Zugänglichmachung von Radio- oder TV-Produktionen ausnahmsweise zuzulassen⁷⁸⁶.

a) Bestimmter Sonderfall: Rundfunk im Internet

Als Schrankenregelung, die am Dreistufentest der RBÜ orientiert ist, müsste eine entsprechende gesetzliche Lizenz zunächst den Anforderungen der ersten Stufe entsprechen. Es müsste sich also um einen bestimmten Sonderfall handeln, der in qualitativer Hinsicht auf die Rechtfertigung einer grundrechtlichen Position zurückführbar ist und im Optimalfall zusätzlich in quantitativer Hinsicht die Anzahl der ermöglichten Nutzungen begrenzt.

⁷⁸³ Gerlach, ZUM 2000, 856, 858; in Bezug auf Podcasts: Carter/Lunt, 22 Santa Clara Computer and High Technology Law Journal 2006, 187, 216.

⁷⁸⁴ Erwägungsgrund 26 der Richtlinie 2001/29/EG
[http://www.internet4jurists.at/gesetze/rl_information01.htm#\(25\)](http://www.internet4jurists.at/gesetze/rl_information01.htm#(25)) v. 8.6.2007.

⁷⁸⁵ Flechsig, ZUM 2002, 1, 7; ders. CR 1998, 225, 227.

⁷⁸⁶ EBU Comments on the Commission Recommendation of 18 October 2005 "On The Cross-Border Collective Management Of Copyright And Related Rights For Legitimate Online Music Services" v. 22.06.2007,
http://www.ebu.ch/CMSimages/en/leg_pp_copyright_online_music_220607_tcm6-53141.pdf v. 31.03.2008.

Eine gesetzliche Lizenz für die Nutzung leistungsschutzrechtlich geschützter Werke in solchen Online-Medien, die der öffentlichen Meinungsbildung dienen, verhilft insoweit unmittelbar dem Grundrecht auf Rundfunkfreiheit zur Durchsetzung. Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch Online-Medien als Plattform und Katalysator für die Information des Einzelnen den öffentlichen Meinungsbildungsprozess fördern und der Herstellung von Öffentlichkeit dienen, woraus sich ein Legitimationsgrund auch im Hinblick auf Schrankenregelungen ergibt⁷⁸⁷. Damit dient die Lizenz gleichzeitig auch der Informationsfreiheit.

Über das qualitative Erfordernis hinaus bietet die beabsichtigte Lizenz zudem auch eine quantitative Einschränkung und bezieht sich auch insoweit auf einen „bestimmten Sonderfall“ im Sinne der ersten Stufe des Dreistufentests. Schließlich soll das Ausschließlichkeitsrecht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht vollständig der Lizenz unterworfen werden. Lediglich die Nutzung in solchen Online-Medien, die der öffentlichen Meinungsbildung dienen und damit Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne darstellen und lediglich die Nutzung im Hinblick auf Leistungsschutzrechte soll privilegiert werden. Dabei ergibt sich die Bestimmtheit aus der Anwendung der im Zweiten Teil unter I.2. genannten Abgrenzungskriterien, wonach es sich immer dann um Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne handelt, wenn ein Medium der Massenkommunikation als Faktor der öffentlichen Meinungsbildung dient.

Betrifft die gesetzliche Lizenz das Ausschließlichkeitsrecht der Leistungsschutzberechtigten in Bezug auf solche Online-Medien, die dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff entsprechen, so ist damit das Kriterium des „bestimmten Sonderfalls“ erfüllt.

b) Keine Beeinträchtigung für Online-Musikportale

Da eine Schranke im Sinne der zweiten Stufe dann unzulässig ist, wenn sie den Urheber einer aktuellen oder potentiellen Geldquelle beraubt, die typischerweise ein besonderes Gewicht hat⁷⁸⁸, ist eine gesetzliche Lizenz so auszugestalten, dass intakte Märkte, die der Verwertung dienen, unangetastet bleiben⁷⁸⁹. Dazu ist zunächst festzustellen, welche

⁷⁸⁷ Beater, ZUM 2005, 602, 603.

⁷⁸⁸ Senftleben, CR 2003, 914, 918.

⁷⁸⁹ Senftleben, GRUR Int. 2004, 200, 208.

Werkarten betroffen sind, dann ist eine Marktanalyse durchzuführen, bei der die aktuellen und potentiellen Verwertungsformen zu ermitteln sind⁷⁹⁰.

Betroffen ist zunächst die öffentliche Zugänglichmachung von Werken im Internet in Form von Audio- oder Videoformaten. Eine Verwertung durch die Urheber bzw. Leistungsschutzberechtigten findet insoweit statt, als diese Formate auf Downloadplattformen gegen ein Entgelt angeboten werden. Soweit es sich dabei um eine Verwertung unter der Verwendung technischer Schutzmaßnahmen handelt, gilt das im Zusammenhang mit der „Content- oder Kulturfltrate“ Gesagte: Da das Urheberrecht ein Umgehen technischer Schutzmaßnahmen verbietet, wirkt sich auch eine gesetzliche Lizenz in keiner denkbaren Form auf die Auswertung DRM-geschützter Werke aus.

Soweit jedoch – dem aktuellen Trend entsprechend – keine Schutzmaßnahmen verwendet werden, besteht der aktuelle Markt im Bereich des Online-Vertriebs – insbesondere von Musik – in einem Angebot von Musikstücken, die in voller Länge und mit Titel- und Interpretenangabe sowie je nach Anbieter auch mit Albumcover oder Musikvideo versehen heruntergeladen werden können. Dabei liegen die Preise für ein einzelnes Musikstück zwischen etwa 0,99 € und 2,00 € und für ein komplettes Album zwischen 9 € und 16 €.

Selbst wenn die Angst der Musikindustrie groß ist, dass eine Musikverwertung in Podcasts zu einem massiven Einbruch im Verkauf von Online-Musik bzw. CDs führen kann, lässt sich diese jedoch als unangebracht entlarven⁷⁹¹. Schließlich ist Podcasting keinesfalls als eine neue Methode der Musikverbreitung anzusehen, da eindeutig redaktionelle Inhalte im Vordergrund stehen⁷⁹². Anders als beim normal auswertenden Musikvertrieb stellt ein Podcast weder das Musikstück selbst noch Titelinformationen Albumcover oder Ähnliches zu Verfügung. Wird ein Musikstück in Podcasts verwertet, so befindet sich lediglich das vom Produzenten genutzte Material – gegebenenfalls mit dazu gesprochenem Text (sog. „Talkover“) – als Bestandteil einer Gesamtdatei im RSS-Feed des Podcasts. Anders als beim Musikdownload-Portal können daher Titel auch nicht einzeln angewählt werden⁷⁹³. Ein Nutzer kann allein die Musiktitel hören, die der Produzent des Podcasts zuvor ausgewählt hat.

⁷⁹⁰ Senftleben, GRUR Int. 2004, 200, 209.

⁷⁹¹ Barrett, Shidler Journal of Law, Commerce & Technology 2006, 3.

⁷⁹² Aitken, 12 Duke Law & Technology Review 2006, 1, 15.

⁷⁹³ Johnson, Maryland Bar Journal 2007, 24, 26.

Zwar hat damit der Nutzer die Möglichkeit, den herunter geladenen Podcast mit einem Schneideprogramm so zu bearbeiten, dass ein Musikstück anschließend als eigenständige MP3-Datei abgespeichert werden kann. Anschließend könnte der Nutzer diese Datei mit dem Musiktitel und dem Namen des Interpreten versehen und so auf seinem Rechner abspeichern. Dabei wird es ihm allerdings auch mit überdurchschnittlichen tontechnischen Kenntnissen nicht gelingen, über den Titel gesprochenen Text zu entfernen oder gekürzte Stellen anzufügen.

Durch diese Form der Musikverwendung in Podcasts wird aber im Sinne der zweiten Stufe die Auswertung auf Downloadportalen nicht beeinträchtigt. Zwar besteht theoretisch die Möglichkeit, ein Musikstück aus einem Podcast zu isolieren. Das Produkt, das ein Nutzer auf diesem sehr umständlichen Weg erhält, ist jedoch qualitativ nicht mit dem gegen Entgelt angebotenen zu vergleichen. Damit ist auszuschließen, dass ein Nutzer deswegen nicht zum – angesichts des Aufwandes sehr überschaubar günstigen – Preis auf einer Download-plattform kauft, weil er das Musikstück stattdessen über einen Podcast bezieht. Wer dagegen den Aufwand des Schneidens und Neubenennens unter Inkaufnahme qualitativer Mängel betreibt, zählt auch ohne eine Musiknutzung in Podcasts kaum zu den Käufern einer Downloadplattform.

Ganz im Gegenteil ist eher denkbar, dass Podcast-Hörer auf Musik aufmerksam werden und diese anschließend käuflich erwerben. So ließe sich auch die noch im analogen Rundfunk vorherrschende Symbiose zwischen Erst- und Zweitverwertung wieder herstellen.

Weiterhin zu beachten ist im Zusammenhang mit der zweiten Stufe des Dreistufentests, dass die Verwerterinteressen nicht unbedingt immer auch den Urheberinteressen entsprechen, denen der Test zu dienen bestimmt ist. Eine Schrankenregelung kann daher insbesondere im Bereich der Zweitverwertung eher im Interesse des Urhebers liegen als ein Ausschließlichkeitsrecht⁷⁹⁴. Insoweit hat auch der BGH festgestellt, dass eine Schranke dem Urheber in Einzelfällen eher zu einem Einkommen verhelfen kann als ein unbeschränkter Verbotsanspruch⁷⁹⁵. Das gilt auch für die Podcast-Problematik. So hat die derzeitige rechtliche Situation dazu geführt, dass in Podcasts nahezu nur freie Musik verwendet wird. Der Podcast-Tarif der GEMA wird dagegen nicht in Anspruch

⁷⁹⁴ Hilty, GRUR 2005, 819, 821.

⁷⁹⁵ BGHZ 151, 300, 312.

genommen, da es an der Möglichkeit fehlt, auch die Erlaubnis der Leistungsschutzberechtigten zu erlangen. Damit können Urheber auch keine Einnahmen aus Podcasts generieren. Je mehr neue Audiomedien im Internet aber an Bedeutung gewinnen, desto erheblicher wird diese Einnahmequelle, die den Urhebern bislang verschlossen ist. Ein Markt, der jedoch nahezu unter Ausschluss der GEMA und deren Mitglieder stattfindet, liegt weder im Interesse der Nutzer noch der Urheber selbst⁷⁹⁶.

Auch mit Blick auf die Urheberinteressen, die sich zudem auf eine wachsende Bekanntheit durch Internetmedien beziehen, steht daher die zweite Stufe des Tests einer gesetzlichen Lizenz zur Ermöglichung einer Nutzung von Musik in Podcasts nicht entgegen.

c) Keine unzumutbare Interessenverletzung

Im Sinne der dritten Stufe des Dreistufentests müsste eine gesetzliche Lizenz so ausgestaltet sein, dass die Interessen der Urheber bzw. der Leistungsschutzberechtigten nicht in unzumutbarem Maße beeinträchtigt werden, dass also mithin das Verhältnismäßigkeitsprinzip gewahrt bleibt. Zu beachten ist dabei, dass zwar die RBÜ im Rahmen des Dreistufentests noch ausschließlich auf die „berechtigten Interessen des Urhebers“ abstellt, im Rahmen des TRIPS und der Informationsrichtlinie dagegen die „berechtigten Interessen der Rechteinhaber“ und damit die eines weiteren Kreises von Berechtigten zu berücksichtigen sind. Dies erklärt sich aber dadurch, dass die Richtlinie gerade auch für die Leistungsschutzberechtigten gilt⁷⁹⁷. Da durch eine Beschränkung der Ausschließlichkeitsrechte der Leistungsschutzberechtigten insbesondere deren Interessen betroffen sind, müssen diese folglich auch im Rahmen der dritten Stufe Berücksichtigung finden.

Die Interessen sämtlicher Rechteinhaber sind vor allem darauf fokussiert, dass eine Verwertung von Werken in Podcasts als eine Form der Zweitverwertung nicht mit der Erstverwertung der Werke in Konkurrenz tritt. Demgegenüber liegen die Interessen der Verwerter vor allem darin, urheberrechtlich geschützte Werke überhaupt für Online-Audiodienste nutzen zu können. Soweit als Zweck einer solchen Lizenz die Möglichkeit gewahrt bleibt, Audio-Inhalte unter Verwendung von Musik kreativ gestalten zu können, finden die Interessen der Verwerter damit ausreichend Berücksichtigung.

⁷⁹⁶ Ventroni/Poll, MMR 2002, 648, 649.

⁷⁹⁷ Senftleben, GRUR Int. 2004, 200, 209.

Aus Sicht der Rechteinhaber gilt es deshalb zunächst zu vermeiden, dass aufgrund der Werknutzung in Podcasts Musikstücke in MP3-Form in Umlauf geraten und so den Bezahl-Download ersetzen können. Zwar wurde bereits im Rahmen der zweiten Stufe dargestellt, dass eine unmittelbare Auswirkung auf die Erstverwertung de facto nicht besteht, dennoch können in eine gesetzliche Lizenz zusätzlich solche Anti-Piraterie-Maßnahmen integriert werden, die das Herstellen einer zum Bezahl-Download gleichwertigen Kopie in jedem Fall ausschließen. Zu denken wäre hier etwa daran, den Podcaster zu verpflichten, zu Beginn oder am Ende eines Musikstücks in das Musikstück einen Text hineinzusprechen (Talkover). Ein Isolieren des reinen Musikstücks wäre dann äußerst erschwert. Weiterhin ließe sich die Abspielmöglichkeit von Musikstücken auf einen solchen Anteil begrenzen, der eine Nutzung des Musikstücks nicht unattraktiv macht, aber dennoch gegenüber dem vollständigen Musikstück ein „Weniger“ darstellt. Ein Anteil von ca. 80 % könnte diese Voraussetzung in den meisten Fällen erfüllen.

Soweit ansonsten zu befürchten ist, dass Podcasts gezielt allein wegen der Musikstücke und nicht wegen der Inhalte ausgewählt werden, kann weiterhin das Verbot einer Veröffentlichung von Playlisten sowie eine Höchstgrenze der Musikstücke eines Interpreten pro Podcast-Episode erwägt werden⁷⁹⁸. In diesem Fall wird es allerdings dann problematisch, wenn so die Besprechung eines Musikalbums vereitelt wird. Die Höchstgrenze ist dementsprechend zu wählen und sollte daher die Anzahl von 3 Stücken nicht unterschreiten⁷⁹⁹.

Da es Podcasts zu Eigen ist, auch Jahre nach ihrem Erscheinen weiterhin weltweit online abrufbar zu bleiben, gilt es aus Sicht der Rechteinhaber weiterhin zu vermeiden, dass hieraus ein Archivcharakter für Musikstücke entsteht. Entscheidend kommt es insoweit darauf an, dass eine Podcast-Episode nicht nahezu ausschließlich aus der Wiedergabe eines Musikstückes besteht. Eine erste Einschränkung trifft insoweit bereits das Erfordernis des verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriffs, wonach das durch die Lizenz begünstigte Medium als Form der Massenkommunikation Faktor der öffentlichen

⁷⁹⁸ Barrett, Shidler *Journal of Law, Commerce & Technology* 2006, 3.

⁷⁹⁹ Entsprechende Regelungen bestehen bereits seitens der Recording Industry Association of America (RIAA) in Bezug auf Webcasting, zu finden unter http://www.riaa.com/issues/licensing/webcasting_faqs.asp#conditions v. 02.04.2008.

Meinungsbildung sein muss. Das bloße Zugänglichmachen eines Musikstücks ließe sich hierunter bereits nicht fassen.

Über die Schaffung eines Angemessenheitskriteriums im Rahmen der gesetzlichen Lizenz ließe sich darüber hinaus auch verhindern, dass der Sprach- und Gestaltungsteil eines Podcasts gegenüber der Wiedergabe von Musik einen zu geringen Anteil einnimmt. Eine genaue normative Festlegung verbietet sich hier jedoch, da insoweit eine Abwägung im Einzelfall – vergleichbar der des „angemessenen Umfangs“ in § 51 UrhG vorzunehmen sein wird.

Eine weitere Möglichkeit, einem Archivcharakter zumindest der bereits herunter geladenen Podcasts entgegenzutreten könnte darin bestehen, mithilfe technischer Schutzmaßnahmen die fraglichen Podcasts zu sog. "limited downloads" zu machen, die nach 30 Tagen von allein wieder verschwinden oder nur eine bestimmte Anzahl an Malen abgespielt werden können⁸⁰⁰. Da Podcasts in der Regel nach einmaligem Anhören gelöscht werden, würde dies dem Zweck eines „Podcast-Privilegs“ auch nicht entgegenstehen.

Wenn durch eine gesetzliche Lizenz zugunsten der Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke in Online-Medien zwar das Ausschließlichkeitsrecht der Leistungsschutzberechtigten insoweit ersetzt wird, ist dies jedoch nicht mit einem umfassenden Kontrollverlust der Rechteinhaber gleichzusetzen. Zwar kann die öffentliche Zugänglichmachung im Einzelfall dann nicht mehr untersagt werden. Rein technisch ist aber die öffentliche Zugänglichmachung ohne die vorherige Erstellung einer Kopie auf dem jeweiligen Server nicht möglich⁸⁰¹. Hier verbleibt den Leistungsschutzberechtigten ein Ausschließlichkeitsrecht, denn § 55 UrhG, der Sendeunternehmen zumindest ephemere Vervielfältigungen erlaubt, ist nicht anwendbar, wenn es sich nicht um eine Sendung im Sinne des § 20 UrhG handelt⁸⁰².

Gegenüber dem Sendeprivileg, das im Zusammenspiel mit § 55 UrhG die Musiknutzung erheblich erleichtert, wäre damit das „Podcast-Privileg“ von deutlich geringerer Durchsetzungskraft. Dies erscheint aber zum einen insoweit gerechtfertigt als auch die

⁸⁰⁰ Fox/Ciro, 16 (8) Entertainment Law Review 2005, 215, 219.

⁸⁰¹ Burckhardt, sic! 2000, 938, 939.

⁸⁰² Schaefer, in: Wandtke/Bullinger, *Urheberrecht*, § 86 Rn. 7

Nutzung durch öffentliche (und dauerhafte) Zugänglichmachung intensiver ist als durch eine nur flüchtige Sendung. Zum anderen besteht hinsichtlich der Vervielfältigungsrechte die Möglichkeit, diese auch von GVL zu erwerben, da der Wahrnehmungsvertrag diese Rechte – anders als die aus § 19a UrhG – auf die Verwertungsgesellschaft überträgt⁸⁰³. Hinsichtlich der Vervielfältigungsrechte besteht folglich nicht die Situation einer faktischen Unmöglichkeit, entsprechende Nutzungsrechte zu erwerben.

Aus ökonomischen Gesichtspunkten sind die für die Rechteinhaber in Kauf zu nehmenden Beeinträchtigungen damit insgesamt als äußerst gering anzusehen, wobei zusätzlich noch zu beachten ist, dass Audiodienste im Internet zudem nicht von überragender wirtschaftlicher Bedeutung sind und auch aus diesem Grund ein Verweis auf kollektive Lizenzierung gerechtfertigt erscheint⁸⁰⁴.

Dennoch besteht im Zusammenhang mit der gesetzlichen Lizenz keine Notwendigkeit, diese für den Nutzer kostenlos auszugestalten. Eine angemessene Vergütung für die Werknutzung in Online-Medien läuft dem Zweck eines „Podcast-Privilegs“ nicht zuwider. Hinsichtlich der Höhe muss jedoch berücksichtigt werden, dass die Nutzungsintensität bzgl. des Werkes entscheidend von der Verbreitung eines Angebots abhängt und dass die besondere Funktion von Online-Medien gerade darin liegt, durch die Besetzung einer Vielzahl von Themennischen für Außenpluralität zu sorgen. Eine zu hohe Vergütung, die etwa reine „Hobby-Podcaster“ von der Nutzung ausschließt, ließe sich daher nicht mehr mit dem Zweck der gesetzlichen Lizenz in Einklang bringen. Da zwischen Laienhaftigkeit, thematischer Extravaganz und Stärke der Verbreitung jedoch ein untrennbarer Zusammenhang besteht, bietet sich insoweit eine an der Verbreitung orientierte Preisstaffelung an.

Insgesamt lässt sich daher festzustellen, dass eine gesetzliche Lizenz, die nach dem Vorbild des Sendeprivilegs ein „Podcast-Privileg“ schafft, mit dem Dreistufentest vereinbar und damit als urheberrechtliche Schrankenbestimmung zulässig ist.

⁸⁰³ vgl. den Wahrnehmungsvertrag der GVL für Tonträgerhersteller, zu finden unter: http://www.trisys.gvl.de/reportG/Download/info_vertragsab.zip v. 18.08.2007.

⁸⁰⁴ Gerlach, ZUM 2000, 856, 858.

d) Implementierung der gesetzlichen Lizenz in das Urhebergesetz

Damit verbleibt die Frage, an welcher Stelle und in welcher Form sich ein „Podcast-Privileg“ in das Urhebergesetz implementieren lässt. Die strukturelle Nähe zum Sendeprivileg legt es nahe, im Rahmen des § 78 UrhG eine entsprechende Veränderung vorzunehmen, zumal sich das „Podcast-Privileg“ ebenfalls ausschließlich auf die Rechte der Leistungsschutzberechtigten bezieht. Eine Verankerung im Rahmen der urheberrechtlichen Schranken würde dagegen auch die Rechte der Urheber betreffen. Da § 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG bereits auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung Bezug nimmt, bietet es sich an, die neue gesetzliche Lizenz an dieser Stelle einzufügen, zumal über den Verweis in § 86 UrhG auch Tonträgerhersteller in die Anwendbarkeit einbezogen werden.

Bei der Form des „Podcast-Privilegs“ empfiehlt sich ebenfalls eine Orientierung am Sendeprivileg – insbesondere hinsichtlich der systematischen Ausgestaltung als Ausnahme vom ausschließlichen Recht des Künstlers. Um den im Dreistufentest gesetzten Grenzen zu genügen, müsste die Anwendbarkeit zudem nach den zuvor ermittelten Maßgaben eingeschränkt werden.

Damit nur solche Internetangebote in den Genuss der Lizenz kommen, die im verfassungsrechtlichen Sinne Rundfunk sind, empfiehlt sich die ausdrückliche Beschränkung auf Medien, die der öffentlichen Meinungsbildung dienen. Die weiteren im Rahmen des Dreistufentests erwogenen Einschränkungen bedürfen dagegen keiner ausdrücklichen und konkreten Festlegung im Rahmen des § 78 I UrhG, da sie in ihrer konkreten Ausgestaltung dem flexibleren Gestaltungsprozess des Verwertungsvertrages überlassen werden können. Schließlich führt die Implementierung des „Podcast-Privilegs“ in § 78 Abs. 1 wegen § 78 Abs. 2 und 3 UrhG dazu, dass die Vergütungsansprüche für die betroffenen Verwertungshandlungen an die Verwertungsgesellschaften abgetreten werden. Im Ergebnis wird daher der Nutzer des „Podcast-Privilegs“ mit der Verwertungsgesellschaft kontrahieren.

Einzelne Bestimmungen – insbesondere im Hinblick auf spezielle Anti-Pirateriemaßnahmen – können daher im Rahmen dieses Verwertungsvertrages vereinbart und damit auch kurzfristig an technische Neuerungen angepasst werden.

Die urheberrechtliche Vorschrift muss insoweit lediglich gewährleisten, dass die im Rahmen des Dreistufentests gefundene Balance nicht verlorenght. Es empfiehlt sich

daher eine Formulierung, die, angelehnt an die Grundstruktur des Zitatrechts aus § 51 UrhG, einen durch den Zweck gebotenen Umfang vorsieht. Dieser unbestimmte Rechtsbegriff kann dann anhand der Vorgaben des Dreistufentests ausgefüllt und überprüft werden.

Das Sendeprivileg, das für die neu zu schaffende gesetzliche Lizenz in Form eines „Podcast-Privilegs“ Pate stand, enthält zudem die Beschränkung auf solche Werke, die erlaubterweise auf Bild- oder Tonträger aufgenommen worden sind, die ihrerseits erschienen oder erlaubterweise öffentlich zugänglich gemacht worden sind. Eine solche weitere Einschränkung kann im Rahmen der Neufassung ebenfalls in Erwägung gezogen werden, ist aber letztlich abzulehnen. Mangels einer Anwendbarkeit der Schranke aus § 55 UrhG für die als Vorbereitungshandlung beim Podcasting technisch erforderliche Vervielfältigung unterliegt diese weiterhin einem Ausschließlichkeitsrecht. Damit aber bedarf es einer Einschränkung hinsichtlich nicht erschienener Werke nicht. Schließlich unterliegen diese Fälle durch das Ausschließlichkeitsrecht hinsichtlich der Vervielfältigung weiterhin der Kontrolle der Rechteinhaber. Im Sinne der sprachlichen Übersichtlichkeit ist daher auf eine solche Einschränkung zu verzichten.

e) **Vorschlag einer Neufassung von § 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG**

§ 78 Öffentliche Wiedergabe

- (1) Der ausübende Künstler hat das ausschließliche Recht, seine Darbietung
 1. öffentlich zugänglich zu machen, ***es sei denn, dass es sich bei der Form der Zugänglichmachung um ein Medium handelt, das der öffentlichen Meinungsbildung dient und das Werk in einem durch den Zweck gebotenen Umfang nutzt,*** zu senden, es sei denn, dass die Darbietung erlaubterweise auf Bild- oder Tonträger aufgenommen worden ist, die erschienen oder erlaubterweise öffentlich zugänglich gemacht worden sind,
 3. außerhalb des Raumes, in dem sie stattfindet, durch Bildschirm, Lautsprecher oder ähnliche technische Einrichtungen öffentlich wahrnehmbar zu machen.
- (2) Dem ausübenden Künstler ist eine angemessene Vergütung zu zahlen, wenn
 1. die Darbietung ***nach Abs. 1 Nr. 1 erlaubterweise öffentlich zugänglich gemacht oder*** nach Abs. 1 Nr. 2 gesendet,
 2. die Darbietung mittels Bild- oder Tonträger öffentlich wahrnehmbar gemacht oder

3. die Sendung oder die auf öffentlicher Zugänglichmachung beruhenden Wiedergabe der Darbietung öffentlich zugänglich gemacht wird.

(3) Auf Vergütungsansprüche nach Abs. 2 kann der ausübenden Künstler im Voraus nicht verzichten. Sie können im Voraus nur an eine Verwertungsgesellschaft abgetreten werden.

(4) § 20b gilt entsprechend.

7. Zwischenergebnis

Internetbasierte Audioangebote, die dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff unterfallen und damit Rundfunkfreiheit genießen, gleichzeitig aber Inhalte im Sinne des § 19a UrhG öffentlich zugänglich machen, können auf rechtlich unbedenklichem Wege faktisch keine Musik verwenden.

Dies hängt zum einen damit zusammen, dass die Rechte der öffentlichen Zugänglichmachung nicht durch die GVL kollektiv verwertet werden. Gleichzeitig führt die mangelnde Wirtschaftlichkeit von Einzellizenzverträgen etwa mit privaten Podcastern zu einer mangelnden Bereitschaft der Tonträgerhersteller zum ~~Vertragsabschluss~~ ~~Vertragsabschluss~~ Musik, die unter freier Lizenz vertrieben wird, grundsätzlich eine Alternative. Sobald die Musiker aber später Wahrnehmungsverträge mit den Verwertungsgesellschaften über diese Musik abschließen, fallen die einmal erworbenen Unterlizenzen zunächst an die Urheber bzw. Leistungsschutzberechtigten zurück und gehen dann auf die Verwertungsgesellschaften über. Der Diensteanbieter muss folglich die Musik nachträglich wieder entfernen oder aber er steht wiederum vor dem Problem, auf einen Einzellizenzvertrag mit dem Tonträgerhersteller angewiesen zu sein.

Die faktische Unmöglichkeit, urheberrechtlich geschützte Musik zu nutzen, stellt einen Eingriff in die Rundfunkfreiheit der Anbieter dar. Aus Art. 5 Abs. 1 GG folgt insoweit eine gesetzgeberische Pflicht zum Tätigwerden, sofern nicht kollidierendes Verfassungsrecht entgegensteht.

Eine Erweiterung des Sendeprivilegs auf Angebote, die als Faktor der öffentlichen Meinungsbildung Inhalte im Sinne des § 19a UrhG öffentlich zugänglich machen, würde das Problem der Musikknutzung in Podcasts lösen. Bestünde in diesem Fall anstelle eines Ausschließlichkeitsrechts lediglich eine über die Verwertungsgesellschaften

abzuwickelnde Vergütungspflicht, könnten die Diensteanbieter Einzellizenzverträge mit der GVL abschließen.

Eine solche gesetzliche Lizenz erfüllt den Dreistufentest der RBÜ und ist damit insbesondere auch verhältnismäßig. Sie entspricht damit einem optimalen Ausgleich zwischen dem Eigentumsrecht der Leistungsschutzberechtigten auf der einen sowie der Rundfunkfreiheit auf der anderen Seite im Sinne praktischer Konkordanz. Da einer solchen Lösung folglich kollidierendes Verfassungsrecht nicht entgegensteht, ist von einer gesetzgeberischen Pflicht zum Tätigwerden aus Art. 5 Abs. 1 GG auszugehen. § 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG ist daher in der hier vorgeschlagenen Form neu zu fassen.

Vierter Teil

Zusammenfassung und

Thesen

Die Untersuchung der rechtlichen Rahmenbedingungen für internetbasierte Audiodienste hat tatsächlich ergeben, dass diese sich vielfach in bestehende Regelungssysteme einordnen lassen. Insbesondere im Bereich der abgestuften Regulierungsdichte im Rundfunkrecht ist dies der Fall. Als problematisch erwies sich hier allein, dass eine eindeutige Abgrenzung nicht möglich ist und stattdessen anhand verschiedener Indizien eine Bewertung des einzelnen Angebots vorgenommen werden muss. Aber auch in die bestehenden Strukturen des Urheberrechts ließen sich die verschiedenen Angebotsformen anhand des Linearitätskriteriums einfügen.

Veränderte Voraussetzungen stellen die neuen Dienste dagegen für die Grundfragen der Rundfunkregulierung dar. Angesichts der gegenüber dem analogen Rundfunksystem deutlich veränderten Marktstrukturen im Internet müssen einige Prämissen der verfassungsgerichtlichen Vorgaben zum Rundfunkrecht hinterfragt werden. Dennoch ist eine ex-ante-Regulierung im Rundfunkbereich auch bei Einbeziehung neuer Audiodienste nicht vollständig zugunsten einer kartellrechtlich orientierten Regulierung aufzugeben.

Auch einen Neuregelungsbedarf hat die Untersuchung internetbasierter Audiodienste aufgedeckt. Soweit die neuen Dienste einerseits Aufgaben des Rundfunks im verfassungsrechtlichen Sinne wahrnehmen und insoweit auch Träger der Rundfunkfreiheit sind, kann ihnen andererseits die Verwertung von Musik nicht dadurch verwehrt werden, dass Leistungsschutzberechtigte wie etwa Tonträgerhersteller aufgrund des ihnen zustehenden Ausschließlichkeitsrecht im Bereich des § 19a UrhG den Erwerb von Nutzungsrechten faktisch unmöglich machen. Insoweit ist eine Erweiterung des Sendeprivilegs, das bislang die vergleichbaren Probleme des klassischen Radios löst, zwingend erforderlich.

Als Ergebnis der Untersuchung lassen sich daher folgende Thesen aufstellen:

1. Sämtliche Erscheinungsformen internetbasierter Audiodienste sind aufgrund ihrer Eigenschaft als Faktor der öffentlichen Meinungsbildung Rundfunk im verfassungsrechtlichen Sinne. Auszunehmen sind insoweit allein reine Werbeformen ohne jeglichen meinungsbildenden Charakter.
2. Trotz der veränderten Voraussetzungen, die internetbasierte Audiodienste im Hinblick auf eine bestehende Meinungsvielfalt schaffen, ist auf eine ex-ante-Regulierung im Sinne bisherigen Rundfunkrechts nicht vollständig zugunsten einer kartellrechtlich orientierten ex-post-Kontrolle zu verzichten.
3. Im Sinne abgestufter Regulierungsdichte unterfallen internetbasierte Audiodienste dem einfachgesetzlichen Rundfunkbegriff und damit der ex-ante-Regulierung nur dann, wenn sie im Einzelfall nach einer Gesamtbewertung anhand verschiedener Kriterien eine erhebliche, dem klassischen Rundfunk vergleichbare Meinungsbildungsrelevanz aufweisen. Die Feststellung der Rundfunkeigenschaft im einfachgesetzlichen Sinne wird anhand des § 20 Abs. 2 RfStV getroffen. Als Kriterien sind der Grad der Interaktivität die inhaltliche Gestaltung, die Wirkung, die technische Qualität und Reichweite sowie die Marktsituation im Einzelfall zu berücksichtigen.
4. Bei internetbasierten Audiodiensten handelt es sich nicht um redaktionell-journalistisch gestaltete Telemediendienste im Sinne des sechsten Abschnitts des RfStV. Auch die Sonderausnahmen des § 55 Abs. 1 RfStV für Telemedien, die ausschließlich persönlichen oder familiären Zwecken dienen, treffen auf die untersuchten Audiodienste – selbst im Bereich privater Podcasts – nicht zu.
5. Im Urheberrecht erfolgt eine Abgrenzung hinsichtlich der Zuordnung zur Sendung (§ 20 UrhG) bzw. öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a UrhG) anhand des Kriteriums der Linearität.
6. Nicht-lineare Dienste wie Internetradios, die mit Archivprogrammen arbeiten oder Podcasts fallen demnach unter § 19a UrhG, bei Webcasts und Simulcasts handelt es sich dagegen um Sendungen im Sinne des § 20 UrhG.

7. Für solche Dienste, die § 19a UrhG unterfallen, besteht eine faktische Unmöglichkeit, die Nutzungsrechte der Leistungsschutzberechtigten für eine Musikverwertung zu erwerben, da diese Rechte nicht der kollektiven Rechteverwertung unterliegen und Einzelverträge aus finanziellen wie organisatorischen Gründen faktisch kaum erreichbar sind.

8. Aus Gründen der Rundfunkfreiheit ist der Gesetzgeber verpflichtet, die rechtlichen Rahmenbedingungen dafür zu schaffen, dass Rundfunk seine Funktion als Medium und Faktor der öffentlichen Meinungsbildung unter Ausnutzung der durch Art. 5 Abs. 1 GG garantierten Gestaltungsfreiheit erfüllen kann. Hieraus ergibt sich auch eine Pflicht, der faktischen Unmöglichkeit bei der Musikknutzung abzuhelpfen.

9. § 78 Abs. 1 Nr. 1 UrhG ist im Blick auf internetbasierte Audiodienste, die einerseits dem verfassungsrechtlichen Rundfunkbegriff und andererseits § 19a UrhG unterfallen, dahingehend neu zu fassen, dass das Sendeprivileg aus den §§ 78 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, 86 UrhG hierdurch auch auf diese Dienste in Form eines „Podcast-Privilegs“ ausgeweitet wird.

LITERATURVERZEICHNIS

ABRAHAM, Hans Jürgen und DOLZER, Jürgen, Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Heidelberg Stand August 2006.

AITKEN, Benjamin, Download, Stream, or somewhere in between: The Potential for Legal Music Use in Podcasting, Duke Law & Technology Review 2006, S. 1-36.

ANDERSON, Chris, The Long Tail - Der lange Schwanz, München 2007.

ARBEITSGEMEINSCHAFT DER LANDESMEDIENANSTALTEN, Privater Rundfunk in Deutschland 1999/2000, München 2000.

ARBEITSGEMEINSCHAFT DER LANDESMEDIENANSTALTEN, Privater Rundfunk in Deutschland 2003, Berlin 2003.

ARNOLD, Bernd-Peter, ABC des Hörfunks, München 1991.

ASTLE, Matthew J., Will Congress Kill the Podcasting Star? 19 Harvard Journal of Law and Technology 2005, S. 161-210.

BÄCKER, Kerstin, Die Rechtsstellung der Leistungsschutzberechtigten im digitalen Zeitalter, Berlin 2005.

BADURA, Peter, Zur grundrechtlichen, gebühren- und europarechtlichen Auslegung des Rundfunkbegriffs, in: DITTMANN, Armin, FECHNER, Frank und SANDER, Gerald G. (Hrsg.), Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien. Symposium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Oppermann. Berlin 1997, S. 117-119 (zit.: FS Oppermann).

BACHER, Klaus, Zur Berücksichtigung verfassungsrechtlich geschützter Drittinteressen im Urheberrecht, EWiR 2003, 1207-1208.

BAPPERT, Walter, Die Freiheit der Film- und Funkberichterstattung nach dem sog. Wochenschaugesetz, GRUR 1963, S. 16-24.

BARRETT, Jared, Podcasting Pop Songs?: Licensing Concerns with Podcasts that Contain Mainstream Music, Shidler Journal of Law, Commerce & Technology 2006, 3.

BARTH, Christof und MÜNCH, Thomas, Hörfunk im Internet, MediaPerspektiven 1997, S. 619-626.

BAUSCH, Hans, Rundfunk in Deutschland, in: REIMERS, Karl Friedrich und STEINMETZ, Rüdiger (Hrsg.), Rundfunk in Deutschland - Entwicklungen und Standpunkte. München 1988, S. 9-19.

BEATER, Axel, Informationsinteressen der Allgemeinheit und öffentlicher

Meinungsbildungsprozess, ZUM 2005, S. 602-612.

BECHTOLD, Stefan, Multimedia und Urheberrecht - einige grundsätzliche Anmerkungen, GRUR 1998, S. 18-27.

BENNETT, Lincoff, A Full, Fair And Feasible Solution To The Dilemma of Online Music Licensing, New York 2002.

BERGER, Christian, Der Lizenzsicherungsnießbrauch - Lizenzerhaltung in der Insolvenz des Lizenzgebers, GRUR 2004, S. 20-25.

BERMANSEDER, Markus, Wann sind Mediendienste dem Rundfunk zuzuordnen? ZRP 1997, S. 330-332.

BERNAULT, Carine und LEBOIS, Audrey, Peer-to-peer File Sharing and Literary and Artistic Property. A Feasibility Study regarding a system of compensation for the exchange of works via Internet, 2006, http://www.privatkopie.net/files/Feasibility-Study-p2p-ac_s_Nantes.pdf v. 28.03.2008.

BETZLER, Christina, Finalität des Rundfunkbegriffs, in: DITTMANN, Armin, FECHNER, Frank und SANDER, Gerald G. (Hrsg.), Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien. Symposium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Oppermann. Berlin 1997, S. 155-169 (zit.: FS Oppermann).

BEUCHER, Klaus, LEYENDECKER, Ludwig und VON ROSENBERG, Oliver, Mediengesetze, München 1999.

BIZER, Johann und TROSH, Daniel, Die Anbieterkennzeichnung im Internet, DuD 1999, S. 621-627.

BOCK, Gerd, Programmverbreitung (Hörfunk und Fernsehen), in: Hans-Bredow-Institut für Medienforschung(Hrsg.), Internationales Handbuch für Hörfunk und Fernsehen 2000/2001. Baden-Baden 2000, S. 179-200.

BOOZ ALLEN & HAMILTON, Düsseldorf im Auftrag der Bertelsmann Stiftung, Aufsicht auf dem Prüfstand, Gütersloh 1999 http://www.bertelsmann-stiftung.de/cps/rde/xbcr/SID-0A000F14-2CDC82E4/bst/d3_aufsicht.pdf v. 21.04.2008.

BÖRNER, Fritjof, Broadcast goes Online - welches Recht ist anwendbar? K&R 1998, S. 345-349.

BORNKAMM, Alfred, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung, in: AHRENS, Hans-Jürgen, BORNKAMM, Joachim, GLOY, Wolfgang, STARCK, Joachim und v. UNGERN-STERNBERG, Joachim(Hrsg.), Festschrift für Willi Erdmann. Zum 65. Geburtstag. Köln-Berlin-Bonn-München 2002, S. 29-48. (zit.: FS Erdmann).

BORTLOF, Nils, Erfahrungen mit der Bekämpfung der elektronischen Musikpiraterie im Internet, GRUR Int 2000, S. 665-672.

BORTLOFF, Nils, Internationale Lizenzierung von Internet-Simulcasts durch die

Tonträgerindustrie, GRUR Int. 2003, S. 669-686.

BRANDI-DOHRN, Matthias, Sukzessionsschutz bei der Veräußerung von Schutzrechten, GRUR 1983, S. 146-149.

BRAUN, Thorsten, Urheberrecht in der Informationsgesellschaft - der Referentenentwurf zum Zweiten Korb aus Sicht der Tonträgerwirtschaft, insbesondere im Hinblick auf die Privatkopie, ZUM 2005, S. 100-103.

BRECHT, Bertolt, Der Rundfunk als Kommunikationsapparat. Rede über die Freiheit des Rundfunks, in: Ausgewählte Werke in sechs Bänden, Sechster Band, Schriften, Frankfurt 1997, 146-149.

BREUNIG, Christian, Mobile Medien im digitalen Zeitalter, MediaPerspektiven 2006, S. 2-15.

BULLINGER, Martin, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation, Baden-Baden 1980.

BULLINGER, Martin, Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 1996, S. 1-8.

BULLINGER, Martin, Ordnung oder Freiheit für Multimediadienste, JZ 1996, S. 385-391.

BULLINGER, Martin, Die Allgemeinkommunikation, in: HALLER, Herbert u. a. (Hrsg.), Staat und Recht. Festschrift für Günther Winkler. Wien-New York 1997, S. 127-137 (zit.: FS Winkler).

BULLINGER, Martin und MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, Multimediadienste. Struktur und staatliche Aufgaben nach deutschem und europäischem Recht, Baden-Baden 1997.

BURCKHARDT, Yvonne, Simulcasting und Webcasting, die Wahrnehmung der Onlinerechte durch die Verwertungsgesellschaften für verwandte Schutzrechte, sic! 2003, S. 938-939.

CARTER, Edward L. und LUNT, Scott, Podcasting and Copyright: The Impact of Regulation on New Communication Technologies, 22 Santa Clara Computer and High Technology Law Journal 2006, S. 187-217.

CASTENDYK, Oliver und BÖTTCHER, Kathrin, Ein neuer Rundfunkbegriff für Deutschland? Die Richtlinie für audiovisuelle Mediendienste und der deutsche Rundfunkbegriff, MMR 2008, S. 13-18.

CLASSEN, Claus Dieter, Der Rundfunk zwischen Wirtschaft und Kultur: Die Perspektive des europäischen Gemeinschaftsrechts, in: DITTMANN, Armin, FECHNER, Frank und SANDER, Gerald G. (Hrsg.), Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien. Symposium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Oppermann. Berlin 1997, S. 53-67 (zit.: FS Oppermann).

DEGENHART, Christoph, Hörfunkübertragungen aus Fußballstadien, K&R 2006, S. 165-168.

DEGENHART, Christoph, Duale Rundfunkordnung im Wandel, AfP Sonderheft 2007, S. 24-35.

DEGENHART, Christoph, Rundfunkrecht in der Entwicklung, K&R 2007, S. 1-8.

DIERKING, Laura und MÖLLER, Simon, Online-TV und das Long-Tail-Phänomen verändern die Grundlagen der Rundfunkordnung, MMR 2007, 426-430.

DÖRR, Dieter, "Multimedia" und der Rundfunkbegriff, in: DITTMANN, Armin, FECHNER, Frank und SANDER, Gerald G. (Hrsg.), Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien. Symposium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Oppermann. Berlin 1997, S. 121-128 (zit.: FS Oppermann).

DÖRR, Dieter, Die Rolle des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in Europa, Baden-Baden 1997.

DÖRR, Dieter, Multimedia und die Rundfunkfreiheit des Art. 10 EMRK, in: ZIEMSKE, Burkhardt, LANGHEID, Theo, WILMS, Heinrich und HAVERKATE, Görg (Hrsg.), Staatsphilosophie und Rechtspolitik. Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag. München 1997, S. 1417-1430 (zit.: FS Kriele).

DREIER, Thomas, Die Umsetzung der Urheberrechtsrichtlinie 2001/29/EG in deutsches Recht, ZUM 2002, S. 28-43.

DUFFT, Nicole und BOHN, Philipp, Podcasting - Private Plauderei oder Potenzial für Profite, MediaPerspektiven 2005, S. 116-119.

DUSSEL, Konrad, Deutsche Rundfunkgeschichte, 2. Aufl. Konstanz 2004.

EBERLE, Carl-Eugen, Neue Übertragungstechniken und Verfassungsrecht, ZUM 1995, S. 249-256.

EBERLE, Carl-Eugen, Rundfunk - Regelungsmodell für Online-Dienste? in: DITTMANN, Armin, FECHNER, Frank und SANDER, Gerald G. (Hrsg.), Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien. Symposium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Oppermann. Berlin 1997, S. 149-153 (zit.: FS Oppermann).

EGLOFF, Willi, Rundfunk im Internet? sic! 2005, S. 96-110.

EHLERS, Renate, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk und Multimedia, Media Perspektiven 2000, S. 369-374.

ENGEL-FLECHSIG, Stefan, MAENNEL, Frithjof A. und TETTENBORN, Alexander, Beck'scher IuKDG-Kommentar, München 2001.

Enquete Kommission Zukunft der Medien in Wirtschaft und Gesellschaft; Deutschlands Weg in die Informationsgesellschaft, Meinungsfreiheit - Meinungsvielfalt - Wettbewerb, Bonn 1997.

ERNST, Stefan, Verantwortlichkeit für Frames und Inline-Links, NJW-CoR 1998, S. 49.

- FICSOR, Mihály**, The Law of Copyright and the Internet, New York 2002.
- FISHER, William W.**, Promises to keep. Technology, Law and the Future of Entertainment, Stanford 2004.
- FLECHSIG, Norbert P.**, Urheberrecht und verwandte Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, CR 1998, S. 225-232.
- FLECHSIG, Norbert P.**, Grundlagen des Europäischen Urheberrechts, ZUM 2002, S. 1-21.
- FOX, Mark**, The Emerging Legal Environment for Podcasting, Entertainment Law Review 2005, S. 215-223.
- FUHRMANN, Michael**, Risiko Webradio, Tendenz 2001, S. 22-23.
- GEHRING, Günter**, Rundfunk - ohne Technik geht es nicht, in: ARD und ZDF(Hrsg.), Was Sie über Rundfunk wissen sollten - Materialien zum Verständnis eines Mediums. Berlin 1997, S. 285-308.
- GEIGER, Christophe**, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte, in: HILTY, Reto M. und PEUKERT, Alexander(Hrsg.), Interessenausgleich im Urheberrecht. Baden-Baden 2004, S. 143-157.
- GEIGER, Christophe**, MRK Art. 10 Abs. 1 als Schranke des Urheberrechts, GRUR Int. 2001, 253-255.
- GERLACH, Tilo**, Lizenzrecht und Internet - Statement aus der Sicht der GVL, ZUM 2000, S. 856-859.
- GERSDORF, Hubertus**, Der verfassungsrechtliche Rundfunkbegriff im Lichte der Digitalisierung der Telekommunikation, Berlin 1995.
- GERSDORF, Hubertus**, Multi-Media: Der Rundfunkbegriff im Umbruch? AfP 1995, S. 565-574.
- GERSDORF, Hubertus**, Das Grundrecht der Rundfunkfreiheit als "Supergrundrecht"? Zur Notwendigkeit einer dogmatischen Weiterentwicklung des verfassungsrechtlichen Begriffsbildes, in: DITTMANN, Armin, FECHNER, Frank und SANDER, Gerald G. (Hrsg.), Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien. Symposium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Oppermann. Berlin 1997, S. 137-144 (zit.: FS Oppermann).
- GOLA, Peter und SCHOMERUS, Rudolf**, BDSG Bundesdatenschutzgesetz, 8. Aufl. München 2005.
- GOLDHAMMER, Klaus und ZERDICK, Axel**, Rundfunk Online, 2. Aufl. Berlin 2000.
- GOUNALAKIS, Georgios und RHODE, Lars**, Elektronische Kommunikationsangebote zwischen Telediensten, Mediendiensten und Rundfunk, CR 1998, S. 487-492.

- GOUNALAKIS, Georgios**, Medienkonzentrationskontrolle versus allgemeines Kartellrecht, AfP 2004, S. 394-397.
- GRASSMUCK, Volker**, Der zweite Korb dient der Allgemeinheit! ZUM 2003, S. 1014-1017.
- GRASSMUCK, Volker**, Ein Plädoyer für durchsetzbare Schrankenbestimmungen für Privatkopie, Zitat und Filesharing, ZUM 2005, S. 104-109.
- GRASSMUCK, Volker**, Podiumsbeitrag auf dem gemeinsamen Kongress von BDB und DGI „Information Macht Bildung“, 26.03.2004 im Rahmen des 2. Leipziger Kongresses für Information und Bibliothek und des 93. Deutschen Bibliothekartags während der Buchmesse Leipzig, http://www.wasteinformatik.hu-berlin.de/Grassmuck/Texts/Leipzig-Bibl-Konf.html#N_26 v. 19.02.2008.
- GROEBEL, Jo und KONERT, Bertram**, Fernsehen und Internet: Neue Risiken, neue Regulierungsfragen, Düsseldorf 2002.
- GSCHIEDLE, Christoph, FISCH, Martin**, „Onliner 2007“ – Das Mitmachnetz im Breitbandzeitalter, MediaPerspektiven 2007, 393-405.
- HAGENGUT, Christina**, Modell und Wirklichkeit - 50 Jahre Rundfunkgeschichte in Nordrhein-Westfalen, Bielefeld 2004.
- HAHN, Werner und VESTING, Thomas**, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, München 2003.
- HAIN, Karl-E.**, Regulierung in Zeiten der Konvergenz, K&R 2006, S. 325-337.
- HALEFELDT, Horst**, Programmgeschichte des Hörfunk, in: WILKE, Jürgen (Hrsg.), Mediengeschichte der Bundesrepublik Deutschland. Köln-Weimar-Wien 1999, S. 211-230.
- HANDIG, Christian**, Downloads aus dem Internetradio, ecolex 2005, S. 921-924.
- HANDIG, Christian**, Urheberrechtliche Aspekte bei der Lizenzierung von Radioprogrammen im Internet, GRUR Int. 2007, S. 207-218.
- Hans-Bredow-Institut**, Internationales Handbuch für Hörfunk und Fernsehen 2000/2001, Baden-Baden 2001.
- HARTSTEIN, Reinhard, RING, Wolf-Dieter, KREILE, Johannes, DÖRR, Dieter und STETTNER, Rupert**, Rundfunkstaatsvertrag, 2. Aufl. München-Berlin 1995.
- HELD, Christoph**, Weiterübertragung von Verlagsrechten - Zur Weitergeltung von § 28 VerlG, GRUR 1983, S. 161-166.
- HELLMANN, Keno**, Internetradio – Marktstrukturen und Unternehmensstrategien, Hamburg 2002.

- HERRMANN, Günter und LAUSEN, Matthias**, Rundfunkrecht, 2. Aufl. München 2004.
- HESSE, Albrecht**, Zur aktuellen Entwicklung des Rundfunkrechts, BayVBl. 1997, S. 132-143.
- HESSE, Albrecht**, Rundfunkrecht. Die Organisation des Rundfunks in der Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. München 2003.
- HILLIG, Hans-Peter**, Auf dem Weg zu einem WIPO-Abkommen zum Schutz der Sendeunternehmen, GRUR Int. 2007, S. 122-129.
- HILTY, Reto M.**, Vergütungssystem und Schrankenregelungen - Neue Herausforderungen an den Gesetzgeber, GRUR 2005, S. 819-828.
- HOCHSTEIN, Reiner**, Teledienste, Mediendienste und Rundfunkbegriff - Anmerkungen zur praktischen Abgrenzung multimedialer Erscheinungsformen, NJW 1997, S. 2977-2981.
- HOEREN, Thomas**, Happy birthday to you: Urheberrechtliche Fragen rund um ein Geburtstagsständchen, in: BERGER, Klaus Peter und EBKE, Werner F. u. a. (Hrsg.), Festschrift für Otto Sandrock zum 70. Geburtstag. Heidelberg 2000, S. 357-372.
- HOEREN, Thomas**, Grundzüge des Internetrechts, 2. Aufl. München 2002.
- HOEREN, Thomas**, Urheberrechtliche Fragen rund um IP-TV und Handy-TV, MMR 2008, 139-144.
- HOEREN, Thomas**, Entwurf einer EU-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, MMR 2000, 515-521.
- HOEREN, Thomas und SIEBER, Ulrich (Hrsg.)**, Handbuch Multimediarecht. Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, München 2008, Loseblatt Stand Oktober 2007.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang und VESTING, Thomas**, Ende der Massenkommunikation? MediaPerspektiven 1994, S. 382-391.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang**, Der Rundfunkbegriff in der Differenzierung kommunikativer Dienste, AfP 1996, S. 9-15.
- HOFFMANN-RIEM, Wolfgang, SCHULZ, Wolfgang und HELD, Thomas**, Konvergenz und Regulierung, Baden-Baden 2000.
- HOLZNAGEL, Bernd**, Rundfunkrecht in Europa, Tübingen 1996.
- HOLZNAGEL, Bernd und VESTING, Thomas**, Sparten- und Zielgruppenprogramme im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, insbesondere im Hörfunk, Baden-Baden 1999.
- HOLZNAGEL, Bernd**, Innovationsanreize durch Regulierungsfreistellung - Vom Umgang mit neuen Diensten und Märkten im Medien- und TK-Recht, MMR 2006, S. 661-666.

HOVEN, Herbert und JACOBSHAGEN, Hans, Radiopiraten, Abenteuer auf hoher See, Audio-CD, Hambergen 2006.

HUBMANN, Heinrich, Die Idee vom Geistigen Eigentum, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und die Urheberrechtsnovelle von 1985, ZUM 1988, 4-13.

INTVEEN, Carsten, Internationales Urheberrecht und Internet, Baden-Baden 1999.

JANIK, Viktor, Der deutsche Rundfunkbegriff im Spiegel technischer Entwicklungen, AfP 2000, S. 7-16.

JANIK, Viktor, Rundfunkregulierung auch im Internet? K&R 2001, S. 572-582.

JARASS, Hans D., Online-Dienste und Funktionsbereich des Zweiten Deutschen Fernsehens, Mainz 1997.

JARASS, Hans D., Rundfunkbegriffe im Zeitalter des Internet, AfP 1998, S. 133-141.

JARASS, Hans D. und PIEROTH, Bodo, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl. München 2007.

JOHNSON, Scott E., Podcasting - it's not all Talk, Maryland Bar Journal, Feature Entertainment and Sports Law 2007, S. 24-29.

KLEIST, Thomas und SCHEUER, Alexander, Neue Regelungen für audiovisuelle Mediendienste - Vorschriften zu Werbung und Jugendschutz und ihre Anwendung in den Mitgliedstaaten, MMR 2006, S. 206-212.

KNIES, Bernhard, Aus für das Internetradio? JurPC Webdok. 42/2004, 2004, S. Abs. 1 - 18.

KRAUSNICK, Daniel, Verfassungsrechtliche Ewigkeitsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk? AfP 2006, S. 125-128.

KREILE, Johannes und NEUENHAHN, Stefan, Online-Angebote öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten, K&R 1998, S. 41-48.

KREMSER, Holger, Der Rundfunkbegriff und der Amateurfunk, ZUM 1996, S. 503-508.

KRESSE, Hermann und HEINZE, Matthias, Rundfunk im Supermarkt? ZUM 1995, S. 608-611.

KRESSE, Hermann und HEINZE, Matthias, Rundfunk-Dynamik am Morgen des digitalen Zeitalters, AfP 1995, S. 574-580.

KRETSCHMER, Martin, Digital Copyright: The End of an ERA, European Intellectual Property Review 2003, 333, 341.

KRÖGER, Detlef, Die Urheberrechtsrichtlinie für die Informationsgesellschaft - Bestandsaufnahme und kritische Bewertung, CR 2001, S. 316-324.

- KRÖGER, Detlef**, Informationsfreiheit und Urheberrecht, München 2002.
- KÜHN, Michael**, Meinungsvielfalt im Rundfunk, München 2003.
- KUSENBERG, Peter**, Webradio aufnehmen, Düsseldorf 2005.
- LANG, Michael N.**, The Regulation of Shrink-Wrapped Radio: Implications of Copyright on Podcasting, *CommLaw Conspectus* 2006, S. 463-502.
- LENT, Wolfgang**, Rundfunk-, Medien-, Teledienste, Frankfurt-Berlin u. a. 2001.
- LENT, Wolfgang**, Gebühren- und Zulassungspflicht für Internetrundfunk? *K&R* 2003, S. 502-508.
- LERCHE, Peter und ULMER, Peter**, Kurzberichterstattung im Fernsehen, Baden-Baden 1989.
- LESSIG, Lawrence**, Freie Kultur, München 2006.
- LEUPOLD, Andreas**, 'Push' und 'Narrowcasting' im Lichte des Medien- und Urheberrechts, *ZUM* 1998, S. 99-107.
- LIBERTUS, Michael**, Kommunikationsrechtliche Einordnung neuer nicht-linearer digitaler Dienste, *ZUM* 2000, S. 555-563.
- LINDNER, Josef Franz**, Verfassungsrechtliche Ewigkeitsgarantie für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk? *AfP* 2005, S. 429-433.
- LÖFFLER, Martin**, Das Grundrecht auf Informationsfreiheit als Schranke des Urheberrechts, *NJW* 1980, 201-205.
- LÖFFLER, Martin und RICKER, Reinhart**, Handbuch des Presserechts, 5. Aufl. München 2005.
- MALETZKE, Gerhard**, Psychologie der Massenkommunikation, Hamburg 1972.
- MARTENS, Dirk und AMANN, Rolf**, Podcast: Wear-out oder Habitualisierung? Paneluntersuchung zur Podcastnutzung, *MediaPerspektiven* 2007, 538-551.
- MASOUYÉ, Claude**, Kommentar zur Berner Übereinkunft zum Schutz von Werken der Literatur und Kunst, München-Köln 1981.
- MATHEUS, Kirsten, MORICH, Rolf und SPECKS, Will**, Marktchancen von DAB und DVB-T, *Media Perspektiven* 2005, S. 142-151.
- MATZEN, Christiane**, Chronik des Hörfunks und Fernsehens in Deutschland, in: Hans-Bredow-Institut für Medienforschung (Hrsg.), *Internationales Handbuch für Hörfunk und Fernsehen*. Baden-Baden 2000, S. 238-288.
- MAUS, Moritz**, Der grundrechtliche Schutz des Privaten im europäischen Recht,

Frankfurt 2007.

MICHEL, Eva-Maria, Rechtsfragen von Rundfunk und Printmedien im Internet, ZUM 2000, S. 425-432.

MISERRE, Thomas, Rundfunk-, Multimedia- und Telekommunikationsrecht, Frankfurt 2006.

MÖHRING, Philipp und NICOLINI, Käte, Urheberrechtsgesetz. Kommentar, 2. Aufl. München 2000.

MRAZEK, Thomas, Engagement mit ungewissem Ausgang, Tendenz 2001, S. 24-25.

MÜLLER, Michael, Die Rundfunkfreiheit emanzipiert sich - Zu den aktuellen Entscheidungen der Verfassungsgerichte, MMR 2005, S. VI-VII.

MÜLLER-USING, Detlev und LÜCKE, Richard, Neue Teledienste und alter Rundfunkbegriff, ArchivPT 1995, 32-45.

NETANEL, Neil Weinstock, Impose a noncommercial use levy to allow free peer-to-peer file sharing, Harvard Journal of Law & Technology 2003, S. 1-84.

NEUN, Andreas, Öffentlich-rechtlicher Rundfunk: Grenzen des Wachstums, Berlin 2002.

NIEMANN, Fabian, Pressespiegel de lege ferenda, CR 2003, 119-126.

NORDEMANN, Wilhelm, VINCK, Kai, HERTIN, Paul W. und FROMM, Friedrich Karl, Urheberrecht. Kommentar zum Urheberrechtsgesetz und zum Urheberrechtswahrnehmungsgesetz ; mit den Texten der Urheberrechtsgesetze Österreichs und der Schweiz, Stuttgart 1998.

ORY, Stephan, Internet-Radio: Lizenz für Private, Gebühr für Anstalten, AfP 1997, S. 845-849.

ORY, Stephan, Impressum und Gegendarstellung bei Mediendiensten, AfP 1996, 465-469.

ORY, Stephan, <http://www.medienpolizei.de?> AfP 1996, S. 105-110.

PAPIER, Hans-Jürgen und MÖLLER, Johannes, Presse- und Rundfunkrecht, in: WILKE, Jürgen (Hrsg.), Mediengeschichte der Bundesrepublik Deutschland. Köln-Weimar-Wien 1999, S. 49-468.

PIEPER, Antje Karin und WIECHMANN, Peter, Der Rundfunkbegriff, ZUM 1995, S. 82-96.

PIEPER, Antje Karin, Medienrecht im Spannungsfeld von "Broadcasting und Multimedia", ZUM 1995, S. 552-558.

POEPPPEL, Jan, Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, Göttingen 2005.

- POLL, Günter**, Neue internetbasierte Nutzungsformen, GRUR 2007, S. 476-483.
- RAUE, Peter**, Zum Dogma von der restriktiven Auslegung der Schrankenbestimmungen des Urheberrechtsgesetzes, in: Loewenheim, Ulrich (Hrsg.), Urheberrecht im Informationszeitalter. Festschrift für Wilhelm Nordemann zum 70. Geburtstag am 08. Januar 2004, München 2004, S. 327-339 (zit.: FS Nordemann).
- REINBOTHE, Jörg**, Perspektiven für den Schutz des geistigen Eigentums in der Europäischen Gemeinschaft, in: REHBINDER, Manfred, SCHAEFER, Martin und ZOMBIK, Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Urheber- und Leistungsschutzes sowie der Rechtswahrnehmung. Festschrift für Norbert Thurow, Baden-Baden 1999, S. 13-27 (zit.: FS Thurow).
- REINBOTHE, Jörg**, Die EG-Richtlinie zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR Int. 2001, S. 733-745.
- REINBOTHE, Jörg und v. LEWINSKI, Silke**, The WIPO Treaties 1996, London 2002.
- RICKE, Thorsten**, Neue Dienstekategorien im Zuge der Konvergenz der Medien, Münster 2006.
- RICKER, Reinhart**, Rundfunkgebühren für Computer mit Internet-Zugang? NJW 1997, S. 3199-3205.
- RICKER, Reinhart**, Die Nutzung des Internets als dritte Säule des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, ZUM 2001, S. 28-34.
- RING, Wolf-Dieter**, Rundfunk und Internet, ZUM 1998, S. 358-361.
- ROCHLITZ, Burkhard**, Die Stellung der Tonträgerhersteller in Deutschland und Europa, in: REHBINDER, Manfred, SCHAEFER, Martin und ZOMBIK, Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Urheber- und Leistungsschutzes sowie der Rechtswahrnehmung. Festschrift für Norbert Thurow, Baden-Baden 1999, S. 67-79 (zit.: FS Thurow).
- ROELLECKE, Gerd**, Kopierabgabe? UFITA 85 (1979), 147-164.
- RÖGER, Ralf**, Internet und Verfassungsrecht, ZRP 1997, S. 203-211.
- RÖSLER, Hannes**, Pauschalvergütung für digitale Medieninhalte - Reflexionen der U.S.-amerikanischen Rechtswissenschaft zum Urheberrecht im digitalen Zeitalter, GRUR Int. 2005, S. 991-997.
- ROBNAGEL, Alexander**, Recht der Multimedia-Dienste, München Stand April 2005.
- RÖTTGERS, Janko**, Mix, Burn & R.I.P., Hannover 2003.
- RUBENS, Annik**, Podcasting. Das Buch zum Audiobloggen, Köln 2006.
- RUNGE, Philipp**, Die Vereinbarkeit einer Content-Flatrate für Musik mit dem Drei-Stufen-Test, GRUR Int. 2007, S. 130-137.

- RÜTER, Klaus**, Medienrechtliche und -politische Aspekte von Rundfunk online, MediaPerspektiven 2002, S. 144-147.
- SANDER, Gerald G.**, Diskussionsbericht, in: DITTMANN, Armin, FECHNER, Frank und SANDER, Gerald G. (Hrsg.), Der Rundfunkbegriff im Wandel der Medien. Symposium zum 65. Geburtstag von Professor Dr. iur. Dr. h.c. Thomas Oppermann. Berlin 1997, S. 187-190 (zit.: FS Oppermann).
- SASSE, Helge und WALDHAUSEN, Hans**, Musikverwertung im Internet und deren vertragliche Gestaltung - MP3, Streaming, Webcast, On-demand-Service etc., ZUM 2000, S. 837-848.
- SCHACK, Haimo**, Urheber- und Urhebervertragsrecht, 4. Aufl. Tübingen 2007.
- SCHAEFER, Martin**, Die neuen Informationstechnologien als Herausforderung an den Gesetzgeber, in: REHBINDER, Manfred, Schaefer, Martin und ZOMBIK, Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Urheber- und Leistungsschutzes sowie der Rechtswahrnehmung. Festschrift für Norbert Thurow, Baden-Baden 1999, S. 95-101 (zit.: FS Thurow).
- SCHARDT, Andreas**, Musikverwertung im Internet und deren vertragliche Gestaltung, ZUM 2000, S. 849-856.
- SCHIMMEL, Wolfgang**, Statement zur Pauschalvergütung für privates Kopieren, ZUM 2005, S. 121-124.
- SCHIPPAN, Martin**, Urheberrecht goes digital - Die Verabschiedung der "Multimedia-Richtlinie 2001/29/EG", NJW 2001, S. 2682-2683.
- SCHOCH, Friedrich**, Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung, in: Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (Hrsg.), Der Grundrechtseingriff und Öffentlich-rechtliche Rahmenbedingungen einer Informationsordnung. Berlin-New York 1998, S. 159-208 (zit.: VVdStRL).
- SCHREIER, Torsten**, Der neue Rundfunkgebührenstaatsvertrag, MMR 2005, S. 572-576.
- SCHRICKER, Gerhard**, Urheberrecht, 3. Aufl. München 2006.
- SCHROEDER, Werner**, Teleshopping und Rundfunkfreiheit, ZUM 1994, S. 471-482.
- SCHULER-HARMS, Margarete**, Die Rundfunkordnung der Bundesrepublik Deutschland, in: Internationales Handbuch für Hörfunk und Fernsehen 2000/2001, S. 139-159.
- SCHULZ, Wolfgang**, Jenseits der "Meinungsrelevanz" - Verfassungsrechtliche Überlegungen zu Ausgestaltung und Gesetzgebungskompetenzen bei neuen Kommunikationsformen, ZUM 1996, S. 487-497.
- SCHUMACHER, Renate**, Radio als Medium und Faktor des aktuellen Geschehens, in: LEONHARD, Joachim-Felix (Hrsg.), Programmgeschichte des Hörfunks in der Weimarer Republik Band 1. München 1997, S. 423-621.
- SCHÜTZ, Raimund**, Das kommunikationsrechtliche Thema. Liverpool: Neuer EU-

Rechtsrahmen für audiovisuelle Inhalte, MMR 2005 Heft 9, VIII-IX.

SCHWARZ, Mathias, Klassische Nutzungsrecht und Lizenzvergabe bzw. Rückbehalt von "Internet-Rechten", ZUM 2000, S. 816-837.

SCHWENZER, Oliver, Tonträgerauswertung zwischen Exklusivrecht und Sendeprivileg im Lichte von Internetradio, GRUR Int. 2001, S. 722-732.

SENFLEBEN, Martin, Privates Digitales Kopieren im Spiegel des Dreistufentests, CR 2003, S. 914-919.

SENFLEBEN, Martin, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, S. 200-211.

SEUFERT, Wolfgang, Dualer Rundfunk: Programmangebot im Gewinnkalkül privater Unternehmen, in: JARREN, Otfried (Hrsg.), Medienwandel-Gesellschaftswandel? Berlin 1994, S. 117-146.

SPINDLER, Gerhard, Europäisches Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, GRUR 2002, S. 105-120.

SPINDLER, Gerald und LEISTNER, Matthias, Die Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen im Internet - Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA, GRUR Int. 2005, S. 773-796.

SPLIEß, Christian, Die parallele Musikindustrie, Telepolis 2005.
<http://www.heise.de/bin/tp/issue/r4/dl-artikel2.cgi?artikelnr=21356&mode=print>.

STENDER-VORWACHS, Jutta und THEIBEN, Natalia, Die Revision der Fernsehrichtlinie, ZUM 2006, S. 362-369.

STERNER, Hans-Jürgen, Rechtsfragen der Fernsehberichterstattung, GRUR 1963 S. 303-309.

STETTNER, Rupert und TRESSENREITER, Wolfgang, Sperrstunde im Teleshop, ZUM 1994, S. 669-685.

STUIBER, Heinz-Werner, Medien in Deutschland, Konstanz 1998.

THIELE, Clemens, Rechtsfragen beim Betrieb von Webradios, 2003,
http://www.eurolawyer.at/pdf/Rechtsfragen_webradios.pdf.

THUROW, Norbert, Zur gemeinsamen Interessenlage von Musikurhebern, Künstlern und Tonträgerherstellern angesichts der Herausforderungen einer multimedialen Zukunft, in: REHBINDER, Manfred, SCHAEFER, Martin und ZOMBIK, Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Urheber- und Leistungsschutzes sowie der Rechtswahrnehmung. Festschrift für Norbert Thurow, Baden-Baden 1999, S. 127-137 (zit.: FS Thurow).

VAN AAKEN, Gerrit, Ich bin der Sender, Mainz 2005.

VAN EIMEREN, Birgit und FREES, Beate, ARD/ZDF-Online-Studie 2006, Media

Perspektiven 2006, 402-415.

VAN EIMEREN, Birgit und FREES, Beate, ARD/ZDF-Online-Studie 2007, Media Perspektiven 2007, 362-378.

VENTRONI, Stefan und POLL, Günter, Musikkonzertwerb durch Online-Dienste, MMR 2002, S. 648-653.

VON HOLTZBRINCK, Stefan, Definitions- und Rangfolgeprobleme bei der Einspeisung von Rundfunkprogrammen in Kabelanlagen, Berlin 1990.

VON LEWINSKI, Silke, Die Multimedia-Richtlinie – Der EG-Richtlinienvorschlag zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft, MMR 1998, S. 115-119.

VON MANGOLDT, Hermann, KLEIN, Friedrich und STARCK, Christian, Das Bonner Grundgesetz, 4. Aufl. München 1999.

VON ZIMMERMANN, Georg, Recording-Software für Internetradios, MMR 2007, S. 553-558.

WALTER, Michel M., Öffentliche Wiedergabe und Online-Übertragung, in: TADES, Helmut, DANZL, Karl-Heinz und GRANINGER, Gernot (Hrsg.), Ein Leben für Rechtskultur. Festschrift Robert Dittrich zum 75. Geburtstag. Wien 2000, S. 363-387 (zit.: FS Dittrich).

WANDTKE, Artur-Axel, BULLINGER, Winfried und BLOCK, Ulrich, Praxiskommentar zum Urheberrecht, 2. Aufl. München 2006.

WEINER, Christian und SCHMELZ, Christoph, Die elektronische Presse und andere neue Kommunikationsformen im neuen rechtliche Regulierungsrahmen, K&R 2006, S. 453-460.

WENTE, Jürgen K. und HÄRLE, Philipp, Rechtsfolgen einer außerordentlichen Vertragsbeendigung auf die Verfügungen in einer „Rechtekette“ im Filmlizenzgeschäft und ihre Konsequenzen für die Vertragsgestaltung, GRUR 1997, 96-102.

WIDLÖK, Peter, Billigware oder Luxusgut? in: JARREN, Otfried (Hrsg.), Medienwandel-Gesellschaftswandel? Berlin 1994, S. 229-243.

WITTGENSTEIN, Philipp, Die digitale Agenda der neuen WIPO-Verträge, Bern 2000.

ZAGOURAS, Georgios, Der "Reding-Wallström-Plan" zum Schutz der Meinungsvielfalt in Europa, AfP 2007, S. 1-5.

ZOMBIK, Peter, Musik im Informationszeitalter: Markt zwischen Chancen und Risiken, in: REHBINDER, Manfred, SCHAEFER, Martin und ZOMBIK, Peter (Hrsg.), Aktuelle Rechtsprobleme des Urheber- und Leistungsschutzes sowie der Rechtswahrnehmung. Festschrift für Norbert Thurow, Baden-Baden 1999, S. 103-112 (zit.: FS Thurow).

ZSCHERPE, Kerstin, Urheberrechtsschutz digitalisierter Werke, MMR 1998, S. 404-411.

