LANDGERICHT HAMBURG

URTEIL

IM NAMEN DES VOLKES

Geschäftsnr:
308 O 393/04

Verkündet am:
06. Oktober 2004

Franz
Justizangestellte
als Urkundsbeamtin
der Geschäftsstelle

In dem einstweiligen Verfügungsverfahren

1. [redacted]
2.
3.
4.

Antragstellerinnen,

Prozessbevollmächtigte zu 1-4: Rechtsanwälte Rasch pp.,
An der Alster 5, 20099 Hamburg,

gegen

[redacted]

Antragsgegner,

Prozessbevollmächtigte: [redacted]

hat das Landgericht Hamburg, Zivilkammer 8, durch die Richter Rachow, Steeneck und die Richterin Dr. Klaassen aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 06. Oktober 2004

für Recht erkannt:

Die einstweilige Verfügung vom 23. Juli 2004 wird bestätigt.

Der Antragsgegner hat die weiteren Kosten des Verfahrens zu tragen.

Tatbestand

Die Antragsteller sind Tonträgerhersteller und verlangen, dass dem Antragsgegner verboten wird, die Musikaufnahmen von vier Tonträgern auf einem Computerserver als so genanntes Streaming-On-Demand-Angebot zum jederzeitigen individuellen Abruf durch Dritte bereitzustellen.

Der Antragsgegner ist Inhaber der [redacted] und betreibt unter dieser Bezeichnung das [redacted] unter der URL [redacted] Es handelt sich hierbei um ein Angebot, bei dem Tonaufnahmen im so genannten Streamingverfahren für Dritte hörbar gemacht werden. Nach Registrierung und Überweisung eines bestimmten Geldbetrages – abhängig vom Nutzungszeitraum - ist es dem Abonnent möglich, sich ein „Radioprogramm" nach seinen Wünschen zusammenzustellen. Er kann Musikalben, die von dem Antragsgegner auf den Internetseiten eingestellt wurden, sowie auch die einzelnen Titel dieser Alben individuell abrufen und zu eigenen Playlisten zusammenstellen. Der Abonnent kann sein persönliches Programm mit Hilfe des Windows Media Player zu einer Zeit und an einem Ort seiner Wahl innerhalb des bezahlten Nutzungszeitraums abrufen. Hierbei kann der Nutzer die Musiktitel nur hören, ein Herunterladen zur dauerhaften Weiterbenutzung ist hingegen nicht möglich. Über eine Vernetzung kann der Nutzer den Tonträger jedoch bei dem Online-Shop amazon.de bestellen.

Das Angebot des Antragsgegners umfasste auch Musiktitel, deren Originalaufnahmen sich auf vier Tonträger, an denen jeweils einer der Antragsteller Tonträgerherstellerrechte geltend macht, befinden. Es handelt sich hierbei um die Tonträger „[redacted]" der Künstlerin [redacted], „[redacted]" der Künstlerin [redacted] „[redacted]" der Künstlergruppe „[redacted]" und „[redacted]" der Künstlergruppe „[redacted]". Die Antragsteller sehen sich durch die Bereitstellung dieser Aufnahmen auf dem Server des Antragsgegners im Rahmen ihres Streaming-On-Demand-Angebotes in ihren Tonträgerherstellerrechten verletzt.

Der Antragsgegner wurde mit Schreiben vom 09.07.2004 erfolglos zur Unterlassung mit Fristsetzung bis zum 16.07.2004 aufgefordert. Am 23.07.2004 ist auf Antrag der Antragsteller im Beschlusswege eine einstweilige Verfügung gegen den Antragsgegner ergangen, in der diesem bei Vermeidung der Ordnungsmittel des § 890 ZPO verboten worden ist, die auf den vier oben bezeichneten Tonträgern enthaltenen Tonaufnahmen auf einem Server als „Streaming-On-Demand"-Angebot bereitzustellen und damit öffentlich zugänglich zu machen.

Gegen diese einstweilige Verfügung wendet sich der Antragsgegner mit seinem Widerspruch vom 19.08.2004.

Der Antragsgegner trägt vor, dass weder ein Verfügungsgrund noch ein Verfügungsanspruch gegeben seien. Er betreibe das „Web-Radio" seit Anfang 2003 in der aktuellen Form. Die Datenträger habe er ursprünglich im allgemeinen Handel erworben und die Daten in das für das Streamingverfahren erforderliche Dateiformat konvertiert. Im Juli 2003 sei er mit der PhonoNet GmbH in Kontakt getreten, die vom Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e.V. gegründet worden sei, um den Datenaustausch zwischen Handel, Medien und Industrie zu vereinfachen. Er habe von der PhonoNet GmbH aufbereitete Dateien erwerben wollen, wofür die Einwilligung der Antragsteller in Form so genannter Bemusterungsverträge erforderlich gewesen wäre. Er – der Antragsgegner – habe hierfür im Juli 2003 die Antragsteller per E-Mail kontaktiert und hierbei auch [redacted] vorgestellt (Anlagen AG 1 bis 4). Die Antragsteller hätten damit schon im Juli 2003 vom Angebot von [redacted] – und damit von dem mit dem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gerügten Verhalten - positive Kenntnis erlangt. Die Antragsteller seien an dem Angebot des Antragsgegners interessiert gewesen, hätten dann jedoch eine Bemusterung ohne Begründung abgelehnt. Eine Dringlichkeit als Voraussetzung für den Erlass einer einstweiligen Verfügung sei nicht gegeben gewesen.

Der Antragsgegner bestreitet, dass die Antragstellerin zu 1) hinsichtlich des Tonträgers „[redacted]“ von [redacted] die Rechte an allen Musiktiteln erworben habe. Nach der eidesstattlichen Versicherung der Justitiarin der Antragstellerin zu 1) [redacted] habe die Antragstellerin zu 1) die Rechte an den Titeln teilweise erst am 02. bzw. 28.06.2004 erworben (2 Anlagen Ast 9). Das Album sei jedoch bereits am 01.03.2004, also vor der notwendigen Rechteübertragung, veröffentlicht worden (Anlage AG 7).

Ferner bestreitet der Antragsgegner, dass den Antragstellern als Tonträgerherstellern die Rechte hinsichtlich der hier streitgegenständlichen Verwertung zustünden. Vielmehr habe er – der Antragsgegner – Anfang 2003 die Lizenz von den Verwertungsgesellschaften GEMA und GVL erhalten, im Streamingverfahren Musik im Internet hörbar zu machen. Die GVL habe als Wahrnehmungsgesellschaft für Tonträgerhersteller das Recht, die unkörperliche Verbreitung von Tonträgern, insbesondere in digitaler Form, gegen Entgelt zu erlauben, wie sich aus einem ihrer Wahrnehmungsverträge aus dem Jahr 2002 ergebe (Anlage AG 6). Die GEMA habe sämtliche Titel auf den streitgegenständlichen Tonträgern in ihrem Repertoire (Anlage AG 8) und nehme daher die Urheberrechte wahr. Die Antragsteller als Tonträgerhersteller könnten sich nicht gegen den Willen der Urheber – vertreten durch die GEMA – stellen, ihre Werke im Streamingverfahren hörbar zu machen. Die vereinbarte Lizenzgebühr entrichte er an die beiden Verwertungsgesellschaften. Der Antragsgegner bezieht sich insoweit auf seine eigene eidesstattliche Versicherung vom 20.08.2004 sowie auf die seiner Mitarbeiterin Agnes Russo vom 03.08.2004. Er meint, der mit der einstweiligen Verfügung verfolgte Anspruch sei nicht gegeben. Zumindest könnten die hiermit verbundenen Rechtsfragen nicht in einem summarischen Verfahren überprüft werden.

Der Antragsgegner macht weiter geltend, der von der Antragstellerin angeführte Testnutzer mit Namen [redacted] sei nicht als Kunde bei [redacted] registriert und eine Person mit solch einem Namen habe auch nicht am Dienstag, den 20.07.2004 Titel der streitgegenständlichen Tonträger abgerufen. Die Titel sein auch nur wenige Sekunden angespielt worden, so dass ein Vergleich mit den Originalaufnahmen nicht möglich gewesen sei. Es seien auch nicht sämtliche Titel angehört worden.

Der Antragsgegner beantragt,

> die einstweilige Verfügung vom 23.07.2004 aufzuheben und den ihrem Erlass zugrunde liegenden Antrag zurückzuweisen.

Die Antragsteller beantragen,

die einstweilige Verfügung vom 23.07.2004 zu bestätigen.

Die Antragsteller tragen vor, ihnen stünden als Tonträgerhersteller gemäß §§ 85 Abs. 1, 19 a UrhG die ausschließlichen Verwertungsrechte für die Aufnahmen der vier Alben und damit auch das ausschließliche Recht der öffentlichen Zugänglichmachung zu. Die Antragstellerin zu 1) besitze die ausschließlichen Verwertungsrechte für die Aufnahmen der [redacted] auf dem Tonträger „[redacted]". Sie habe am 10.03.2000 mit der Künstlerin einen Künstlerexklusivvertrag geschlossen. Sie leite ihre Rechte aus den jeweils mit den Produzenten der einzelnen Titel zwischen dem 1.10.2003 und dem 28.06.2004 geschlossenen Auftragsproduzentenverträgen ab. Den schriftlichen Fixierungen lägen jedoch teilweise frühere mündliche Vereinbarungen zugrunde. Die Antragstellerin zu 2) besitze alle Verwertungsrechte für das Album „[redacted]" der [redacted] für Deutschland aufgrund eines mit dem Produzenten am 14.07.2003 geschlossenen Bandübernahmevertrages, indem auch die Onlinerechte übertragen worden seien. Die Antragstellerin zu 3) habe für das Album „[redacted] am 07.06.2003 einen Vertrag mit der „[redacted]" geschlossen, in dem die Nutzungs- und Auswertungsrechte, ausdrücklich auch die Online-Rechte, exklusiv an die Antragstellerin zu 3) übertragen worden seien. Die Antragstellerin zu 4) habe einen Bandübernahmevertrag vom 17.11.2003 mit der Herstellerin der Aufnahmen des Albums „[redacted]", der [redacted] geschlossen. Die Antragsteller beziehen sich insoweit jeweils auf eidesstattliche Versicherungen der Justitiare [redacted] (Anlagen Ast 9 bis 12).

Die Antragsteller machen geltend, der Begriff „Net Radio" sei irreführend, da es sich bei dem Angebot des Antragsgegners tatsächlich um ein Streaming-On-Demand-Angebot und keine Radiosendung handele. Dieses Angebot des Antragsgegners im Internet sei eine Verletzung der Rechte des Antragstellers aus § 85 Abs. 1 Satz 1 UrhG in der Verwertungsform der öffentlichen Zugänglichmachung. Entsprechende Nutzungsrechte seien dem Antragsgegner nicht eingeräumt worden. Insbesondere besitze die GVL nicht das Recht zur öffentlichen Zugänglichmachung von Tonträgeraufnahmen on demand. Die GVL sei nur berechtigt, Web-Radio zu lizenzieren. Die GVL habe dem Antragsgegner nach seiner Anmeldung des Web-Radios mit E-Mail vom 18.01.2001 (Anlage 6) mitgeteilt, dass die Pauschalvergütung von damals DM 50,-- je Monat die Internetsendung im Streamingverfahren ohne Speichermöglichkeit betreffe und interaktive Angebote, bei denen der Endnutzer den Zeitpunkt der Übertragung

bestimmen könne, nicht erfasse. Mit Schreiben vom 21.06.2004 (Anlage 7) sei der Antragsgegner nochmals von der GVL hierauf hingewiesen worden. Die GVL habe dem Antragsgegner somit von Beginn an deutlich gemacht, dass sie die Rechte für eine On-Demand-Verwertung nicht habe und demnach auch nicht auf den Antragsgegner übertragen könne. Insoweit beziehen sich die Antragsteller auf die eidesstattliche Versicherung der Mitarbeiterin der GVL, [redacted] (Anlage 5). Die Antragsteller sind der Auffassung, durch die interaktive Werknutzung an Orten und zu Zeiten nach Wahl der Nutzer und mit einem selbst zusammengestellten Programm liege keine Sendung im Sinne des § 20 UrhG vor, sondern § 19 a UrhG sei maßgeblich.

Weiterhin tragen die Antragsteller vor, ein [redacted] habe sich die von dem Antragsgegner bereitgestellten Aufnahmen angehört, wie von ihm eidesstattlich versichert (Anlage Ast 8). Dies seien die Original-Aufnahmen, an denen die Antragsteller die ausschließlichen Verwertungsrechte hätten.

Die Antragsteller machen geltend, der Verfügungsgrund sei gegeben, da sie erstmals am 07.07.2004 von der streitgegenständlichen Rechtsverletzung Kenntnis erlangt hätten. Zwar habe der Antragsgegner im Juli 2003 hinsichtlich des Abschlusses von Bemusterungsverträgen bei den Antragstellern nachgefragt. Hierbei gehe es jedoch nur um die frühe Versorgung mit Tonmaterial und nicht um etwaige Sendemodalitäten oder das Vorhandensein interaktiver Elemente. Ein Zusammenhang mit dem hier streitgegenständlichen On-Demand-Angebot sei nicht gegeben. Den Mitarbeitern der Antragsteller sei [redacted] als Internetradio vorgestellt worden und es sei gerade nicht von einem zusätzlichen On-Demand-Angebot gesprochen worden. Die Antragsteller machen hierzu weitere Ausführungen und beziehen sich insoweit jeweils auf eidesstattliche Versicherungen von verschiedenen Mitarbeitern (Anlagen 1 bis 4).

Hinsichtlich des weiteren Sachvortrags wird auf die eingereichten Schriftsätze und Anlagen sowie auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 06.10.2004 verwiesen.

Entscheidungsgründe

Die einstweilige Verfügung erweist sich auch nach Durchführung des Widerspruchsverfahrens als zulässig und begründet. Es liegt sowohl ein Verfügungsgrund (I.) als auch ein Verfügungsanspruch (II.) vor.

I. Der Verfügungsgrund ist gegeben. Grundsätzlich mussten die Antragsteller die fortlaufende und auch künftig drohende Verletzung und auch nur die durch die Wiederholungsgefahr bestehende Gefährdung ihrer Schutzrechte nicht hinnehmen und sich auf ein Erkenntnisverfahren verweisen lassen. Die Annahme einer Dringlichkeit ist nicht dadurch wieder entfallen, dass die Antragsteller die Sache selbst nicht dringlich behandelt haben. Die Antragsteller haben am 07.07.2004 von der Verwendung der vier streitgegenständlichen Tonträger bei [redacted] Kenntnis erlangt. Sie haben hinreichend glaubhaft gemacht, dass sie zuvor von der konkreten Nutzung als On-Demand-Angebot keine Kenntnis hatten. Insoweit ist die seitens des Antragsgegners im Jahr 2003 erfolgte Kontaktaufnahme zu der PhonoNet GmbH, die nicht mit den Antragstellern identisch ist, unerheblich. Auch die Anfrage des Antragsgegners bei den Antragstellern nach dem Abschluss von so genannten Bemusterungsverträgen ist nicht maßgeblich. Zwar mag der Antragsgegner im Rahmen dieser Anfragen sein Konzept vorgestellt haben. Hierbei gingen die jeweiligen Mitarbeiter der Antragsteller jedoch lediglich davon aus, dass es sich um ein Internetradio und nicht um ein Streaming-On-Demand-Konzept handele, wie mit den eidesstattlichen Versicherungen der Mitarbeiter (Anlagen 1 bis 4) ausreichend glaubhaft gemacht worden ist. Des weiteren würde jedoch auch eine damalige, generelle Information der Antragsteller über das On-Demand-Angebot den Verfügungsgrund nicht entfallen lassen. Denn hierfür ist maßgeblich die Kenntnis von der konkreten Nutzung der einzelnen Tonträger. Diese wurden jedoch erst nach Juli 2003 veröffentlicht bzw. die entsprechenden Rechte hieran wurden erst nach diesem Zeitpunkt an die Antragsteller übertragen und demnach konnte im Juli 2003 diese konkrete Nutzung den Antragstellern nicht bekannt sein. Die Antragsteller haben den Antragsgegner zügig nach Kenntniserlangung von der streitgegenständlichen Nutzung am 09.07.2004 abgemahnt und eine Frist bis zum 16.07.2004 gesetzt. Hierauf erfolgte seitens des Antragsgegners keine Reaktion, er setzte vielmehr die Nutzung der streitgegenständlichen Tonträger weiter fort. Daraufhin haben die Antragsteller, gleichfalls geboten zügig, am 21.07.2004 den Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung gestellt.

II. Den Antragstellern steht der geltend gemachte Anspruch auf Unterlassung der öffentlichen Zugänglichmachung wegen Verletzung ihrer Tonträgerherstellerrechte gemäß § 97 Abs. 1 UrhG i.V.m. §§ 85, 19 a UrhG zu.

1. Bei den vier Musikalben handelt es sich um Tonträger im Sinn des § 85 Abs. 1 UrhG.

2. Die Antragsteller sind berechtigt, da sie im Sinne des § 85 Abs. 1 UrhG Tonträgerhersteller sind. Tonträgerhersteller sind die Unternehmen, die für die Erstherstellung des Tonträgers die organisatorischen Maßnahmen bestimmen und die finanzielle Verantwortung tragen (Möhring/Nicolini-Kroitzsch, UrhG, 2. Aufl., § 85 Rz 8). Die Antragsteller haben hinreichend dargelegt und auch glaubhaft gemacht, dass sie Tonträgerhersteller gemäß § 85 Abs. 1 UrhG sind. Hinsichtlich der Antragstellerin zu 1) ergibt sich die überwiegende Wahrscheinlichkeit der Aktivlegitimation aus dem mit der Künstlerin [redacted] geschlossenen Künstlerexklusivvertrag und dem Umstand, dass die einzelnen Produzenten der Musiktitel jeweils nur als Auftragsproduzenten tätig geworden sind. Diese sind daher nicht selbst als Tonträgerhersteller anzusehen, sondern sind nur für die Antragstellerin zu 1) tätig geworden. Es kommt hierbei auch nicht darauf an, dass vereinzelt die schriftlichen Auftragsproduzentenverträge nach der Veröffentlichung des Tonträgers am 01.03.2004 geschlossen worden sind, da es der – gängigen – Praxis entspricht, die schriftliche Fixierung einer bereits erfolgten Rechtsübertragung zu einem späteren Zeitpunkt vorzunehmen und dies alles durch die beiden eidesstattlichen Versicherungen der Justitiarin [redacted] (2 Anlagen Ast 9) hinreichend glaubhaft gemacht worden ist.

   Bei den Antragstellern zu 2), 3) und 4) ist die notwendige Aktivlegitimation ebenfalls überwiegend wahrscheinlich. Sie sind im Sinne des § 85 UrhG Hersteller der Tonträger bzw. haben die Rechte kraft erfolgter Übertragung inne. Denn jedenfalls ist durch die drei eidesstattlichen Versicherungen der jeweiligen Justitiare (Anlagen Ast 10 bis 12) ausreichend glaubhaft gemacht worden, dass die Antragsteller zu 2) und 4) jeweils einen Bandübernahmevertrag und die Antragstellerin zu 3) mit der „[redacted]“ einen Vertrag über die ausschließliche Nutzung und Auswertung der Tonaufnahmen geschlossen haben.

3. Der Antragsgegner hat die Musikaufnahmen der streitigen vier Alben im Internet über seine Website [redacted] zum jederzeitigen individuellen Abruf

durch Dritte im Streamingverfahren bereitgestellt und damit öffentlich zugänglich gemacht im Sinne des § 19 a UrhG.

Die vier Musikalben sind auf dem Server des Antragsgegners eingestellt und daher können die Nutzer im Rahmen seines Angebotes die einzelnen Titel oder die kompletten Alben nach ihren Wünschen abrufen. Dies haben die Antragsteller hinreichend vorgetragen und auch glaubhaft gemacht durch die Vorlage von Bildschirmausdrucken und die eidesstattliche Versicherung des [redacted] (Anlagen Ast 7 und 8). Der Antragsgegner hat im Übrigen auch nicht explizit bestritten, dass die streitgegenständlichen Musikaufnahmen bei ihm angeboten werden. Er moniert lediglich, dass ein [redacted] keine Titel bei [redacted] angehört habe und dass von jedem der vier Alben nur ein Titel kurz angespielt worden sei, sodass ein Vergleich mit den Originalaufnahmen nicht möglich sei. Dies ist jedoch beides überwiegend wahrscheinlich aufgrund der diesbezüglich vorgelegten glaubhaften eidesstattlichen Versicherung, so dass die Einwendungen des Antragsgegners nicht durchgreifen.

Das Angebot des Antragsgegners an die Nutzer, sich gegen eine Monatsgebühr ein eigenes Musikprogramm zusammenstellen und zum Anhören abrufen zu können, stellt eine öffentliche Zugänglichmachung gemäß § 19 a UrhG dar. Es ist keine Sendung nach § 20 UrhG, denn es handelt sich - entgegen der Bezeichnung durch den Antragsgegner - nicht um ein Radioprogramm, sondern ein On-Demand-Angebot. Bei einem Radioprogramm erfolgt die Sendung, und damit die Werknutzung, zu von dem Veranstalter fest vorgegebenen Zeitpunkten und damit auch zeitgleich an alle Nutzer (Wandtke/ Bullinger-Bullinger, UrhR Ergänzungsband, § 19 a Rz 14, 15). Bei On-Demand-Angeboten kann der Nutzer hingegen zeitlich ungebunden Werke nach seinem Bedarf abrufen. Die Differenzierung erfolgt demnach nach dem zeitlichen Moment der Nutzung des Werkes (Wandtke/Bullinger-Bullinger, UrhR Ergänzungsband, § 19 a Rz 15). Hier gestaltet der Abonnent sein Programm selbst, indem er die Titel auswählen kann und er bestimmt den Zeitpunkt des Hörens selbst, da er die Titel während der Dauer seiner Nutzung selbst durch den von ihm gesteuerten Abruf bestimmen kann. Dieser „On-Demand-Dienst" fällt unter § 19 a UrhG, da der Antragsgegner die Werke zum individuellen Abruf in elektronischen Netzen bereithält (vgl. Wandtke/Bullinger-Bullinger, UrhR Ergänzungsband, § 19 a Rz 23, 25). Die Zugänglichmachung liegt bereits in der Möglichkeit des interaktiven Abrufs durch die Nutzer durch das sogenannte Streamingverfahren, es ist nicht erforderlich, dass die Nutzer die Aufnahmen

zur dauerhaften Nutzung herunterladen können (vgl. Wandtke/Bullinger-Bullinger, UrhR Ergänzungsband, § 19 a Rz 10).

4. Die Verwertungshandlungen des Antragsgegners geschahen widerrechtlich. Der Antragsgegner verletzt durch die Bereitstellung des On-Demand-Angebotes die Rechte der Antragsteller, denn er ist zu dieser Nutzung der Tonaufnahmen nicht berechtigt. Der insoweit darlegungs- und beweispflichtige Antragsgegner (vgl. Schricker/Wild, a.a.O., § 97 Rz 103; Möhring/Nicolini/Spautz, a.a.O., § 31 Rz 61) hat nicht hinreichend dargelegt und glaubhaft gemacht, dass, wann und wie ihm wirksam die Rechte zur Nutzung der Musiktitel der Tonträger als On-Demand-Angebot eingeräumt worden sind. Der Antragsgegner behauptet insoweit, dass er sowohl von der GEMA als auch von der GVL Anfang 2003 die Lizenz erhalten habe, Musik im Streamingverfahren im Internet anzubieten und hörbar zu machen. Er bezahle hierfür an die GEMA und die GVL Lizenzgebühren. Dieser Vortrag ist trotz der vorgelegten eidesstattlichen Versicherungen des Antragsgegners und der Frau [redacted] nicht ausreichend dargelegt und glaubhaft gemacht worden. Der Antragsgegner legt weder die entsprechenden eigenen Lizenzverträge vor, noch führt er näher aus, wann, wofür und in welcher Höhe Lizenzen für welche Titel entrichtet wurden. Hinzu kommen Widersprüche in seiner eidesstattlichen Versicherung, denn wenn er das „Web-Radio" erst seit Anfang 2003 im Wesentlichen in der heutigen Form anbietet, spricht nichts für eine bereits seit dem 01.02.2001 bestehende entsprechende Lizenzierung. Dies wiederum steht im Einklang damit, dass der Antragsgegner nunmehr eine E-Mail vom 12.07.2004 (Anlage AG 9) betreffend eine GEMA-Lizenzierung vorlegt, mit welcher an [redacted] Formulare und Infomaterial über Lizenzierungsgrundlagen übersandt wurden, und insoweit vorträgt, die der E-Mail beigefügte Liste werde von ihm, dem Antragsgegner, an die GEMA übersandt. Dies lässt nur den Schluss zu, dass bisher auch seitens der GEMA eine Lizenzierung der konkreten Nutzung nicht erfolgt ist. Entsprechend undeutlich drückt sich sodann [redacted] selbst in der vom Antragsgegner in Bezug genommenen eidesstattlichen Versicherung vom 03.08.2004 aus, indem sie erklärt, das Web-Radio sei „ihres Wissens" von der GEMA und der GVL lizenziert. Schon danach lässt sich nicht feststellen, dass der Antragsgegner eine entsprechende Lizenz erhalten hat.

   Entscheidend ist letztlich jedoch, dass insbesondere die GVL entsprechende Rechte für ein On-Demand-Angebot überhaupt nicht übertragen konnte. Der

von dem Antragsgegner vorgelegte Wahrnehmungsvertrag, der mit den Antragstellern nichts zu tun hat und wohl als Muster dienen soll (Anlage AG 6), weist eine Übertragung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung nicht aus. Danach ist – da es vorliegend nicht um Hörfunksendungen geht – lediglich gemäß § 1 Ziff. 3 des Wahrnehmungsvertrages das Recht übertragen worden, die unkörperliche Verbreitung von Tonträgern, insbesondere in digitaler Form, gegen Entgelt zu erlauben (§ 85 Abs. 1 UrhG). Jedoch ist jedenfalls seit dem Jahr 2002 das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung gesondert gesetzlich geregelt, so dass insoweit eine weitergehende Rechtsübertragung auch eine weitergehende Formulierung voraussetzen würde. Bei der On-Demand-Nutzung handelt es sich um eine eigenständige Nutzungsart, so dass es einer speziellen vertraglichen Regelung bei der Nutzungsrechtseinräumung bedarf (Wandtke/Bullinger-Bullinger, UrhR Ergänzungsband, § 19 a Rz 14, § 31 Rz 62).

Auch in alten Wahrnehmungsverträgen mit der vorgenannten Formulierung kann das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nicht erfasst sein. Denn diese Nutzungsart war zum Zeitpunkt des Abschlusses des jeweiligen Wahrnehmungsvertrages nicht bekannt und vorhandene Verträge können nicht so ausgelegt werden, dass diese neue und eigenständige Nutzungsart unter dem Begriff der Verbreitung zu fassen ist. Eine solche Anpassung eines vorhandenen Vertrages hätte vielmehr ausdrücklich vereinbart werden müssen.

Darüber hinaus ergibt sich aus der von den Antragstellern vorgelegten eidesstattlichen Versicherung der Mitarbeiterin der GVL, [redacted] sowie den Schreiben der GVL an den Antragsgegner vom 18.01.2001 und 21.06.2004 (Anlagen 5 bis 7) die hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die GVL die Rechte für ein On-Demand-Angebot nicht übertragen konnte und dies von Beginn an auch dem Antragsgegner gegenüber deutlich gemacht worden ist. Unstreitig verlangte die GVL von dem Antragsgegner eine monatliche Pauschalvergütung in Höhe von DM 50,-- zuzüglich 7 % Mehrwertsteuer. Frau [redacted] führte in der E-Mail vom 18.01.2001 (Anlage 6) an den Antragsgegner diesbezüglich aus:

> *„Nicht erfasst sind interaktive Angebote, bei denen der Endnutzer den Zeitpunkt der Übertragung bestimmen kann. Derartige Nutzungen unterliegen dem Exklusivrecht der ausüben-*

den Künstler und Tonträgerhersteller, das der GVL gegenwärtig noch nicht übertragen wurde".

Die GVL ging und geht demnach selbst davon aus, entsprechende Rechte für eine On-Demand-Nutzung nicht zu haben und somit auch nicht wirksam übertragen zu können. Dies wurde dem Antragsgegner von Beginn an mitgeteilt, so dass auch für einen – im Urheberrecht ohnehin nicht möglichen - gutgläubigen Erwerb derartiger Rechte kein Raum ist. Vor dem Hintergrund der vorgenannten Schreiben der GVL erscheint es auch geradezu unverständlich, dass der Antragsgegner sich überhaupt auf eine Lizenzierung durch die GVL berufen will.

Auf die Rechte der Urheber kommt es im Übrigen – entgegen den Ausführungen des Antragsgegners – in diesem Zusammenhang nicht an, da es im vorliegenden Verfahren um die den Antragstellern als Tonträgerherstellern zustehenden ausschließlichen Verwertungsrechte geht. Daher ist auch eine Lizenzierung durch die GEMA diesbezüglich nicht möglich, da diese lediglich Rechte der Autoren und nicht die Rechte der Tonträgerhersteller wahrnimmt. Dies scheint auch der Antragsgegner nicht zu verkennen, der in diesem Zusammenhang argumentiert, die Antragstellerin könne sich nicht wider Treu und Glauben gegen den Willen der Urheber – vertreten durch die GEMA – stellen, ihre Werke im Streaming-Verfahren hörbar zu machen. Bei tatsächlich erfolgter Lizenzierung auch der Tonträgerherstellerrechte käme es auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben von vornherein nicht an. Ferner ist ein treuwidriges Verhalten der Antragsteller gegenüber den Urhebern nicht erkennbar.

5. Auch die weiteren Einwendungen des Antragsgegners greifen nicht durch. Er kann sich insbesondere nicht darauf berufen, aus § 86 UrhG i.V.m. §§ 77 f. UrhG folge, dass den Antragstellern nur ein Vergütungsrecht für die öffentliche Zugänglichmachung durch den Antragsgegner und kein Verbotsrecht zustehe.

Die Vorschrift des § 86 UrhG steht neben § 85 UrhG und ist entsprechend zu verstehen. Der Hersteller von Tonträgern hat neben den in § 85 geregelten Ausschließungsrechten, nämlich dem Vervielfältigungs- und Verbreitungsrecht sowie - nach der Neufassung der Vorschrift - dem hier interessierenden Recht der öffentlichen Zugänglichmachung, Beteiligungsrechte, so das in § 86 UrhG geregelte Beteiligungsrecht an der Tantieme, die der ausübende Künstler bei der Wiedergabe des Tonträgers erhält (vgl. Möhring/Nicolini-Kroitzsch, a.a.O.,

§ 86 Rz. 1). Ein Verbotsrecht des Tonträgerherstellers scheidet danach aus, soweit ihm kein – hier jedoch kraft ausdrücklicher gesetzlicher Regelung bestehendes – Ausschließungsrecht gemäß § 85 Abs. 1 UrhG und nur ein Beteiligungsrecht gemäß § 86 UrhG zusteht (vgl. Möhring/Nicolini-Kroitzsch, a.a.O., § 86 Rz. 1).

Das Beteiligungsrecht aus § 86 UrhG bezieht sich nur auf die Vergütung, die der ausübende Künstler nach § 78 Abs. 2 UrhG erhält, mithin auf die zu zahlenden Vergütungen, wenn die Darbietung nach § 78 Abs. 1 Nr. 2 UrhG erlaubterweise gesendet, die Darbietung mittels Bild- oder Tonträger öffentlich wahrnehmbar gemacht oder die Sendung oder die auf öffentlicher Zugänglichmachung beruhende Wiedergabe der Darbietung öffentlich wahrnehmbar gemacht wird. Keine dieser Alternativen ist vorliegend einschlägig, was im Übrigen dem vorstehend dargelegten Rechtsverständnis auch der GVL entspricht. Bei dem streitgegenständlichen „Streaming-On-Demand"-Angebot handelt es sich weder, wie ausgeführt, um eine Sendung im Rechtssinne noch um eine unmittelbare Wahrnehmbarmachung mittels Bild- oder Tonträger. Auch eine auf erlaubter öffentlicher Zugänglichmachung beruhende Wiedergabe ist nicht gegeben. Die Neufassung des § 86 UrhG regelt die Beteiligung an Vergütungen für die „öffentliche Wahrnehmbarmachung einer auf öffentlicher Zugänglichmachung beruhenden Wiedergabe" (§§ 78 Abs. 2 Nr. 3, 22 n.F.), welche neben die Beteiligung an den bisherigen Vergütungsansprüchen der ausübenden Künstler tritt (Wandtke/Bullinger-Schaefer, a.a.O., § 86 Rz. 1), nicht aber eine Einschränkung des in § 85 Abs. 1 UrhG geregelten, nunmehr auf das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung ausgeweiteten Ausschließungsrechts. § 86 UrhG erlaubt es nicht, einen lediglich erschienenen Tonträger ohne Zustimmung des Tonträgerherstellers im Wege der öffentlichen Zugänglichmachung zu nutzen. Insoweit kann sich der Antragsgegner, der tatsächlich keine Zweitauswertung im Sinne des § 86 UrhG vornimmt, auch nicht darauf berufen, dass in § 86 UrhG als Oberbegriff für die von § 78 Abs. 2 UrhG erfassten Nutzungen der grundsätzlich weitergehende Begriff der „öffentlichen Wiedergabe" verwendet wird. Maßgebend ist die Gesamtbetrachtung der §§ 85, 86 UrhG.

Festzuhalten bleibt danach, dass der Antragsgegner die Tonträgerherstellerrechte der Antragsteller verletzt und diese sich nicht lediglich auf eine Beteiligung an der – hier nach den Umständen, wie ausgeführt, auch nicht ord-

nungsgemäß gezahlten – Vergütung verweisen lassen müssen, sondern die unberechtigte Nutzung verbieten lassen können.

6. Die für den Unterlassungsanspruch nach § 97 Abs. 1 Satz 1 UrhG erforderliche Wiederholungsgefahr wird aufgrund der widerrechtlichen Nutzung vermutet und die Vermutung hätte nur durch die Abgabe einer ausreichend strafbewehrten Unterlassungsverpflichtungserklärung ausgeräumt werden können (Möhring/Nicolini-Lütje, a.a.O., § 97 Rdn. 120 ff mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung). Eine solche Erklärung wurde verlangt, aber nicht abgegeben.

7. Soweit der Antragsgegner behauptet, eine Klärung im summarischen Verfahren sei hier nicht möglich, ist dies unzutreffend. Die im vorliegenden Verfahren gebotene Klärung zur Verhinderung einer weiteren Rechtsverletzung ist möglich und die Antragsteller sind nicht auf den Ausgang eines Hauptsacheverfahrens zu verweisen.

III. Die Kostenentscheidung folgt aus § 91 Abs. 1 ZPO.

Rachow Steeneck Klaassen

Ausgefertigt

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle