

Stellungnahme zum Referentenentwurf

„Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts“

Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. ergreift gerne die Gelegenheit, für die von ihm vertretenen Buch- und Fachzeitschriftenverlage zu dem Referentenentwurf Stellung zu beziehen. Zunächst möchten wir ausdrücklich verschiedene Änderungen des Referentenentwurfes gegenüber den Diskussionsentwürfen positiv würdigen, vor allem die Streichung der Ausschlussmöglichkeit der Verlegerbeteiligung im Verlagsvertrag, die Beibehaltung der Enthftung des unmittelbaren Vertragspartners des Urhebers in § 32a Abs. 2 Satz 2 sowie die Änderungen beim Auskunftsanspruch.

Die nachfolgende Stellungnahme stellt die Regelungen der Verlegerbeteiligung in den Vordergrund. Im Anschluss gehen wir auf weitere für die Buchbranche relevante Vorschriften des Referentenentwurfs ein. Zunächst möchten wir jedoch kurz auf einige jener Fragen eingehen, bei denen laut dem Anschreiben des BMJV vom 13. Oktober 2020 noch Uneinigkeit und Beratungsbedarf besteht. Dabei folgen wir der Nummerierung dieses Schreibens:

Zu 1.: § 51a UrhG-E - Pastiche-Schranke

Der Börsenverein ist der Ansicht, dass die Einführung einer Pastiche-Schranke nicht mit dem urheberrechtlichen Drei-Stufen-Test und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar ist. Durch die fehlende Definition im Gesetzestext könnte fast jede Nutzung, bei der fremde Werke verwendet werden, als Pastiche angesehen werden. Dies würde die normale Verwertung beeinträchtigen und die Interessen der Rechteinhaber verletzen. Die in der Begründung aufgezählten Beispiele, z.B. die Fanfiction, mussten in der Vergangenheit regelmäßig lizenziert werden. Zur ausführlichen Begründung siehe unter **III.3., Seite 11.**

Zu 4.: Entfristung des Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetzes

Eine Entfristung der Vorschriften des Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetzes halten wir für falsch. Die Befristung wurde vom Deutschen Bundestag im Hinblick auf etliche stark umstrittene Vorschriften des Gesetzes

als Kompromiss beschlossen, um nach einer Evaluierung ggf. erforderliche Anpassungen vornehmen zu können. Nicht richtig ist die im Referentenentwurf aufgestellte Behauptung, dass die Entfristung zur Vermeidung europarechtswidriger nationaler Regelungen bezüglich aller Vorschriften des Urheberrecht-Wissensgesellschafts-Gesetzes notwendig ist. Vielmehr gehen viele der deutschen Schrankenregelungen weit über die einschlägigen Vorgaben der DSM-Richtlinie hinaus. Zudem bleibt nach Durchführung der Evaluierung genug Zeit, etwa notwendige europarechtskonforme Änderungen zu verabschieden. Zur ausführlichen Begründung siehe unter **III.7., Seite 13**

Zu 5.: Mindestquote im Rahmen der Verlegerbeteiligung

Von der Festsetzung einer gesetzlichen Mindestquote bei der Wiederherstellung der Verlegerbeteiligung an Ausschüttungen von Verwertungsgesellschaften sollte abgesehen werden. Hierin läge ein unnötiger und gegen das Subsidiaritätsprinzip verstoßender Eingriff in die Autonomie der Verwertungsgesellschaften. Dieser könnte z.B. bei der VG WORT dazu führen, dass die nach der Satzung der Gesellschaft vorgegebene Parität zwischen Urhebern und Verlagen nicht mehr aufrechterhalten werden kann. Mit Art. 16 DSM-RL soll der Erhalt gemeinsamer Verwertungsgesellschaften von Urhebern und Verlagen gesichert werden. Durch Eingriffe in deren Entscheidungsautonomie würde dieser hingegen gefährdet. Näheres unter **I.3., Seite 4**.

Zu 6.: Rechtsnatur des Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes

Der Börsenverein sieht in Art. 17 DSM-RL kein neues eigenständiges Recht. Art. 17 DSM-RL ist eine Klarstellung zu Art. 3 InfoSoc-RL und regelt lediglich in einer ausgewogenen Weise die Verantwortlichkeit von Plattformen bezüglich der Uploads der Nutzer, wenn keine Lizenzen erworben wurden. Erwägungsgrund 64 der DSM-Richtlinie ist diesbezüglich eindeutig. Zur näheren Begründung siehe unter **V.1., Seite 15**.

Zu 7.: Unionsrechtliche Zulässigkeit der Schranke für Bagatellnutzung

Die in § 6 UrhDaG-E eingeführte Schranke ist unseres Erachtens europarechtswidrig. Art. 5 InfoSoc-RL regelt abschließend, welche Schranken die Mitgliedstaaten einführen dürfen. Eine de-minimis-Schranke ist dort nicht vorgesehen. Zudem würde die Vorschrift gegen den Drei-Stufen-Test verstoßen, da erheblich in den Primärmarkt für urheberrechtlich geschützte Werke eingegriffen wird. Unter 1.000 Zeichen fallen nicht nur Ausschnitte aus größeren Werken, sondern auch ganze Presseartikel, Gedichte, Liedtexte etc. Da 1.000 Zeichen je Text erlaubt sein sollen, könnten in einzelnen Uploads unbegrenzt viele Texte zu einem Thema aneinander geschaltet werden. So ließe sich z.B. ein Reader erstellen, der die wichtigsten Punkte zu einem Thema aus verschiedenen Werken enthält. Näheres unter **V.6., Seite 18**.

Inhaltsverzeichnis

I. Verlegerbeteiligung	3
1. § 63a UrhG-E	3
2. § 137q UrhG-E: Übergangsregelungen zur Verlegerbeteiligung	4
3. § 27b VGG-E; § 140 VGG-E: Mindestbeteiligung des Urhebers	4
II. Urhebervertragsrecht (§32ff. UrhG-E)	8
1. § 32 Absatz 2 UrhG-E (Zulässigkeit pauschaler Vergütungszahlungen an Urheber)	8
2. § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG-E (Änderung der Formulierung „auffälliges Missverhältnis“)	8
3. § 32a Abs. 2 S.1 UrhG-E (Tatbestandsanpassung an die Vorgaben der Richtlinie)	9
4. § 41 UrhG-E (Rückrufrecht wegen Nichtausübung)	9
III. Vorgesehene Änderungen an Urheberrechtsschranken	10
1. § 44b UrhG-E: Text und Data Mining	10
2. § 60d UrhG-E: Text und Data Mining zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung	11
3. § 51a UrhG-E (Karikatur, Parodie und Pastiche)	11
4. § 60a UrhG-E (Unterricht und Lehre): Ergänzung zu Absatz 3 und Einfügung eines neuen Absatz 3	12
5. § 61d UrhG-E ff. (Nicht verfügbare Werke)	13
6. § 68 UrhG-E (Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke)	13
7. § 142 UrhG-E: Entfristung der §§ 60a bis 60h UrhG	13
IV. Kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung (§ 51ff VGG-E)	14
V. Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten	15
1. Grundansatz bei der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL	15
2. Einheitliche Umsetzung von Art. 17 DSM-RL	16
3. Verhindern von „Overblocking“	16
4. § 2 (Definition Diensteanbieter)	17
5. § 4 UrhDaG-E (Lizenzeholung durch Diensteanbieter)	18
6. § 6 UrhDaG-E (maschinell überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen)	18
7. Schlussbemerkung	19

I. Verlegerbeteiligung

1. § 63a UrhG-E

Der Börsenverein begrüßt es sehr, dass in § 63a Abs. 3 und 4 UrhG-E dem Verleger ein Beteiligungsanspruch an den gesetzlichen Vergütungsansprüchen des Urhebers zuerkannt wird. Dies entspricht der Konzeption von Art. 16 der DSM-Richtlinie und ermöglicht zugleich die Abkehr von der momentan geltenden, mit unverhältnismäßig hohem administrativem Aufwand einhergehenden Zustimmungslösung, die sich nicht bewährt hat. Wir

unterstützen deshalb auch, dass der Referentenentwurf die Ausschlussmöglichkeit des gesetzlichen Beteiligungsanspruch im Verlagsvertrag nicht mehr vorsieht.

§ 63a Abs. 2 UrhG müsste allerdings noch korrigiert werden. Danach sollen gesetzliche Vergütungsansprüche nur durch Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden können, die Rechte von Urhebern und Verlegern gemeinsam wahrnehmen. Gesetzliche Vergütungsansprüche können jedoch auch von Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden, die z.B. wie die VG Musikedition oder die GVL nur Leistungsschutzberechtigte vertreten. Wir gehen davon aus, dass es sich hier um ein Redaktionsversehen handelt. Beabsichtigt war wohl, die Wahrnehmung des Beteiligungsanspruchs des Verlags gemäß § 63a Abs. 3 UrhG-E derjenigen Verwertungsgesellschaft zuzuweisen, die auch den gesetzlichen Vergütungsanspruch des Urhebers wahrnimmt. Eine derartige Regelung würde der Börsenverein im Sinne einer Stärkung der VG WORT natürlich unterstützen.

2. § 137q UrhG-E: Übergangsregelungen zur Verlegerbeteiligung

§ 137q UrhG-E sieht vor, dass die Verlegerbeteiligung nach § 63a Abs. 3 und 4 UrhG-E erst für Einnahmen anzuwenden ist, die die Verwertungsgesellschaften ab dem 7. Juni 2021 erhalten. Mit dieser Lösung wird zwar, anders als im Diskussionsentwurf vom 15. Januar 2020, ein kostenintensives längeres Nebeneinander unterschiedlicher Administrationssysteme bei den Verwertungsgesellschaften vermieden. Allerdings bedeutet sie auch, dass Verlage frühestens 2022, ggf. auch erst 2023 für ihre Leistungen wieder eine Beteiligung an gesetzlichen Vergütungsansprüchen erhalten können. Das halten wir für verfehlt, da – wie in unserer Stellungnahme zum Ersten Diskussionsentwurf näher ausgeführt – die Übergangsregelung des § 137q insgesamt entbehrlich ist. Sinn von Art. 16 DSM-RL ist es, dass Mitgliedsstaaten, in denen Verlage eine Beteiligung an den gesetzlichen Vergütungsansprüchen bis 2015 erhalten haben bzw. bis heute erhalten, diese Ausschüttungen wiedereinführen bzw. belassen können. Da Art. 16 DSM-RL nicht zur Einführung eines neuen rechtlichen Regimes führt, bedarf es keiner Übergangsregelung. Alternativ könnte in § 137q UrhG-E das Wort „Einnahmen“ durch „Ausschüttungen“ ersetzt werden.

3. § 27b VGG-E; § 140 VGG-E: Mindestbeteiligung des Urhebers

§ 27b VGG-E enthält eine neuartige Vorschrift, nach der die Einnahmen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen mindestens zu zwei Dritteln dem Urheber zustehen sollen. Damit wollen die Verfasser des Referentenentwurfs das Erfordernis der Angemessenheit der Verlegerbeteiligung konkretisieren. Es solle mehr Rechtssicherheit für alle Beteiligten geschaffen und das Verteilungsverfahren beschleunigt werden.

Diesen Regelungsvorschlag hält der Börsenverein aus den folgenden Gründen nicht für sinnvoll:

- Mit § 27b VGG-E würde der deutsche Gesetzgeber erstmals in der über hundertjährigen Geschichte urheberrechtlicher Verwertungsgesellschaften in deren Autonomie bei der Aufstellung von Verteilungsplänen eingreifen. Die paritätisch besetzten Gremien der gemeinsamen Verwertungsgesellschaften von Urhebern und Verlegern sollen durch Entziehung von Vertragsfreiheit bzw. Tarifautonomie entmündigt und zugleich in ihrer zentralen Befriedungs- und Verhandlungsfunktion geschwächt werden. Die bisher bestehende und immer wieder genutzte Möglichkeit, Konflikte zwischen Urhebern und Verlagen mithilfe der Aushandlung von gekoppelten Kompromissen hinsichtlich der Gestaltung von Wahrnehmungsverträgen und Verteilungsplänen von Verwertungsgesellschaften auszuräumen, würde beschnitten. Diese Art der Umsetzung lässt sich nicht durch Art. 16 DSM-RL rechtfertigen. Vielmehr verfolgt Art. 16 DSM-RL das Ziel, die vor dem 12. November 2015 bestehende Praxis der Beteiligung von Verlagen an gesetzlichen Vergütungsansprüchen wiederherzustellen. Die Richtlinie gestattet ausdrücklich, „Regelungen zur Aufteilung der Ausgleichleistungen zwischen Urhebern und Verlagen beizubehalten“. In der Vergangenheit haben jedoch z.B. in der VG WORT die Vertreter der Berufsgruppen von Autoren und Verlagen die Verteilungspläne gemeinsam ausgehandelt und mit Zwei-Drittel-Mehrheiten in jeder der sechs Berufsgruppen festgelegt.
- Es ist schon deshalb kein Grund ersichtlich, warum der Gesetzgeber in seit Jahrzehnten bewährte interne Prozesse in den Verwertungsgesellschaften eingreifen sollte, weil damit das Subsidiaritätsprinzip des Grundgesetzes missachtet würde. Die jeweils größere gesellschaftliche oder staatliche Einheit soll nur dann, wenn die kleinere Einheit dazu nicht in der Lage ist, aktiv werden und regulierend eingreifen. Dieser Sachverhalt ist indes in keiner der gemeinsamen Verwertungsgesellschaften von Autoren und Verlagen gegeben. Vielmehr haben sich die in deren Gremien getroffenen Beschlüsse – gerade auch hinsichtlich der Verteilungspläne - seit vielen Jahrzehnten als ausgewogen und interessengerecht bewährt. Durch die festgeschriebenen Abstimmungsquoren in den Mitgliederversammlungen sowie die durch das Deutsche Patent- und Markenamt bestehende staatliche Überwachung ist gewährleistet, dass keine der Interessengruppen in den Gesellschaften von einer der anderen übervorteilt werden kann. Eines paternalistischen Eingriffs des Gesetzgebers in diese bewährten Strukturen bedarf es nicht. Vielmehr würde ein solcher Eingriff bestehende Verhandlungsspielräume verengen und dadurch die Perspektiven künftiger gemeinsamer kollektiver Rechtswahrnehmung von Urhebern und Verlagen verschlechtern.
- Ein wesentlicher Nachteil der vorgeschlagenen gesetzlichen Regelung ist, dass diese notwendigerweise starr und undifferenziert ist und damit nicht in allen Fällen sachgerecht sein kann. So bestand z.B. zwischen wissenschaftlichen Herausgebern und Musikverlagen in der VG Musikedition niemals

Uneinigkeit, dass eine hälftige Teilung der Erlöse aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen den Leistungen der Beteiligten und zugleich den Schäden entspricht, die diesen durch Urheberrechtsschranken in ihren Primärmärkten entstehen. Die hälftige Teilung der Erlöse bei der VG Musikedition betrifft ebenso die Verteilung der Erlöse aus §§ 46 und 60b UrhG zwischen Komponisten/Textern einerseits und Musikverlagen andererseits. Auch hier besteht seit Jahrzehnten Einigkeit zwischen den beiden Kammern, dass 50/50 angemessen ist. Gerade bezüglich dieser beiden Vergütungsansprüche, bei denen es sich im Grunde um Abdrucklizenzierung handelt, würde die neue Quote bei einigen Verlagen im kirchlichen Bereich ohne sachlichen Grund zu massiven Einnahmeverlusten führen.

Ebenso war und ist in der VG WORT akzeptiert, dass im Bereich Schulbuch wesentliche und unverzichtbare Veröffentlichungsbeiträge – z.B. Konzeptarbeiten oder die staatliche Zulassung von Lernmedien – nicht durch die freien Autoren, sondern seitens der Verlage bzw. ihrer Angestellten erbracht werden. Den Sachverhalten in diesen und anderen Bereichen würde es nicht gerecht, wenn den freien Urhebern bzw. Herausgebern gleichwohl mindestens zwei Drittel der Erlöse aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen ausgeschüttet würden.

- Dass die Urheber bereits jetzt in den meisten Verwertungsgesellschaften und bei den meisten Verteilungsschlüsseln mindestens zwei Drittel der Ausschüttungen erhalten, ist ebenfalls kein Argument für die in § 27b VGG-E vorgesehene Regelung. Schaut man sich den Verteilungsplan der VG WORT an, so ist erkennbar, dass hier ein zwar durchaus kompliziertes, aber in seiner Differenziertheit eben auch durchgängig sachgerechtes System zugrunde liegt, das jeweils durch mehrere Gremien der VG WORT erarbeitet wurde. Dabei wurden bereits in der Vergangenheit mehrfach Quoten einvernehmlich zugunsten der Urheber verschoben. Beispielsweise war die Aufteilung für wissenschaftliche Zeitschriftenbeiträge und Buchbeiträge im Jahr 2014 noch 50:50 und wurde zugunsten der Urheber auf 70:30 geändert. Im Bereich Online-Publikationen war die Aufteilung im Jahr 2014 insgesamt 60:40 zugunsten der Urheber, ehe sie für frei verfügbare Texte auf 70:30 geändert wurde, während für Texte hinter Bezahlschranken weiterhin die Quote von 60:40 gilt. Solche teilweise sehr kleinteiligen Differenzierungen wurden innerhalb der VG WORT zwischen den Berufsgruppen mit guten Gründen ausgehandelt. Eine gesetzliche Mindestquote - ein „Über-den-Kamm-scheren“ - würde der Komplexität der Sachverhalte demgegenüber nicht gerecht. Deshalb hat sich der Gesetzgeber z.B. beim Urhebervertragsrecht auch bewusst und mit Billigung durch das Bundesverfassungsgericht entschieden, nicht durch Quoten oder Prozentzahlen zu definieren, was angemessen ist. Im Gegenteil gab es dort die Einsicht, dass die Vertragsparteien am besten definieren können, was angemessen ist, zum Beispiel durch den Abschluss gemeinsamer Vergütungsregeln gemäß § 36 UrhG.

- Unklar bleibt auch, weshalb in Deutschland eine regelhafte Verlegerbeteiligung von nur maximal einem Drittel angemessen sein soll. Wie eine zur Vorbereitung der DSM-Richtlinie für die EU-Kommission angefertigte Übersicht der IFRRO (https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=17213, dort S. 89/90 des pdf-Dokuments, S. 198/199 des Gesamtdokuments) belegt, liegt die Verlegerbeteiligung aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen in sämtlichen anderen EU-Mitgliedstaaten mit gesetzlich festgelegter Quote deutlich höher. Dies gilt nicht zuletzt für Österreich sowie auch die Schweiz, wo die Verleger jeweils hälftig beteiligt werden. Der Referentenentwurf erläutert nicht, wieso für einen wahrnehmungsberechtigten Verlag bei der VG WORT maximal eine Verlegerbeteiligung von einem Drittel der Angemessenheit entsprechen soll, während demselben Verlag für dieselben VG WORT-Erlöse als Wahrnehmungsberechtigter der schweizerischen ProLitteris oder der österreichischen Literar-Mechana eine hälftige Ausschüttung zustehen würde. Theoretisch wäre hierbei auch zu berücksichtigen, dass sich auch deutsche Verlage im Rahmen der Freizügigkeitsregelungen innerhalb der EU einer ausländischen Verwertungsgesellschaft wie der Literar-Mechana anschließen und so – auch für die von der VG WORT ausgeschütteten Erlöse! – von den höheren Beteiligungsquoten z.B. in Österreich profitieren könnten.
- Bei näherem Hinsehen erweist sich keiner der im Referentenentwurf angeführten Gründe für die Einführung von § 27b als stichhaltig. So ist unverständlich, warum die gesetzliche Festlegung einer Mindestquote für den Urheberanteil eine beschleunigte Verteilung von gesetzlichen Vergütungsansprüchen durch Verwertungsgesellschaften zur Folge haben sollte. Denn für die Ausschüttungen der Verwertungsgesellschaften würde auch künftig dieselbe Art von in demselben Verfahren aufgestellten Verteilungsplänen erforderlich sein wie es sie bereits im heutigen System gibt. Ein Beschleunigungseffekt durch das Vorhandensein einer Quote ist dabei sicher nicht zu erwarten. Erst recht würde der § 27b VGG-E auch nicht für mehr Rechtssicherheit in den Verwertungsgesellschaften sorgen. Vielmehr würde seine Einführung z.B. in der VG WORT unmittelbar zu der Frage führen, ob es überhaupt noch der Rechtmäßigkeit entsprechen kann, wenn nach der Satzung Urheber und Verlage paritätisch über alle wesentlichen Angelegenheiten der Gesellschaft beschließen, obwohl der ganz überwiegende Teil der Ausschüttungen aufgrund gesetzlicher Anweisung mindestens zu zwei Dritteln den Urhebern zusteht. Gerade weil es bei der Umsetzung von Art. 16 DSM-RL um den Erhalt gemeinsamer Verwertungsgesellschaften von Urhebern und Verlagen geht, sollte deren Rechtssicherheit nicht durch Eingriffe in deren Entscheidungsautonomie gefährdet werden.

Aus diesen Gründen sollte § 27b VGG-E ersatzlos gestrichen werden. In dem Zusammenhang kann dann auch § 140 VGG-E entfallen, der bestimmt, dass die Mindestbeteiligungsquote nur für Einnahmen gilt, die Verwertungsgesellschaften nach dem 7. Juni 2021 erhalten. Sollte sich der Gesetzgeber trotz der hier angeführten

Argumente dafür entscheiden, die Regelung beizubehalten, müsste er in jedem Fall gesetzlich sicherstellen, dass Urheber und Verlage in Verwertungsgesellschaften wie der VG WORT oder der VG Musikedition unabhängig von den tatsächlichen Ausschüttungsquoten alle wesentlichen Entscheidungen auch weiterhin gemeinsam und paritätisch treffen müssen.

II. Urhebervertragsrecht (§32ff. UrhG-E)

1. § 32 Absatz 2 UrhG-E (Zulässigkeit pauschaler Vergütungszahlungen an Urheber)

In § 32 Abs. 2 UrhG wird definiert, wann die einem Urheber gezahlte Vergütung angemessen ist. Die nun in § 32 Absatz 2 UrhG-E vorgesehene Ergänzung sieht vor, dass „jede Nutzungsmöglichkeit gesondert zu berücksichtigen sei“, es sei denn, eine pauschale Vergütung ist durch die „Besonderheiten der Branche gerechtfertigt“. Diese Ergänzung ist für Urheber und Verlage gleichermaßen schädlich und sollte deshalb gestrichen werden. In der Buchbranche wird den Haupturhebern eines Werks grundsätzlich eine prozentuale Beteiligung am gebundenen Ladenpreis oder an den Erlösen des Verlages gezahlt. Einzelne Fotos und Grafiken in Büchern, ein einzelnes Gedicht in einer Anthologie, ein Beitrag in einem Lexikon oder Schulbuch werden jedoch zur Ersparnis von Verwaltungs- und Abrechnungskosten pauschal abgerechnet. Auf diese Weise erhalten die Urheber dieser Beiträge einmalig eine vertraglich vereinbarte sichere Vergütung, auch wenn das Buch kein Erfolg wird. Eine „Besonderheit **der Branche**“ im Sinne von § 32 Abs. 2 UrhG-E ist dies aber gerade nicht. Mit der im Referentenentwurf gewählten Formulierung würden Buchverlage Pauschalvergütungsverträge nicht mehr rechtssicher abschließen können, auch wenn sie für den entsprechenden Werkbeitrag sinnvoll und zum Vorteil der Urheber sind. Das widerspricht dem erklärten Willen des Richtliniengebers. Dass rechtssichere Pauschalzahlungen durch die DSM-RL ermöglicht werden sollen, ergibt sich ausdrücklich aus Erwägungsgrund 73, in dem es u.a. heißt: *„Auch eine Pauschalzahlung kann eine verhältnismäßige Vergütung sein, sollte jedoch nicht die Regel sein. Die Mitgliedstaaten sollten die Möglichkeit haben, unter Berücksichtigung der Besonderheiten jeder Branche Sonderfälle zu bestimmen, in denen eine Pauschalzahlung geleistet werden kann.“* Der Erwägungsgrund 73 spricht also gegen die geplante Erweiterung des § 32 Abs. 2 UrhG. Zudem ist Art. 18 DSM-Richtlinie nicht zwingend von den nationalen Gesetzgebern umzusetzen. Schon bei der letzten Reform des Urhebervertragsrechts im Jahr 2017 wurde eingefügt, dass „Häufigkeit und Ausmaß“ der Nutzungen zu berücksichtigen seien. Mit dieser Ergänzung wurde bereits deutlich gemacht, dass Pauschalzahlungen die Ausnahme sein sollen.

2. § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG-E (Änderung der Formulierung „auffälliges Missverhältnis“)

Der Referentenentwurf schlägt vor, in § 32a UrhG-E, dem sogenannten Bestsellerparagrafen, die

Schwelle für die Nachvergütung des Kreativen abzusenken. Dazu sollen die Wörter „unter Berücksichtigung der gesamten Beziehungen des Urhebers zu dem anderen in einem auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werkes steht“ durch die Wörter „sich unter Berücksichtigung der gesamten Beziehungen des Urhebers zu dem anderen als unverhältnismäßig niedrig im Vergleich zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werkes erweist“ ersetzt werden. Die Notwendigkeit dieser Änderung solle sich aus der Vorgabe von Artikel 20 DSM-RL ergeben.

Seit der 2002 erfolgten Einführung des Urhebervertragsrechts in das deutsche Recht hat die Rechtsprechung in verschiedenen langen Gerichtsverfahren definiert, was ein „auffälliges Missverhältnis“ ist. Ein Missverhältnis liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn die Vergütung nicht angemessen im Sinne von § 32 UrhG ist. Auffällig sei es dann, wenn die Abweichung erheblich ist. Ein auffälliges Missverhältnis kann danach schon dann vorliegen, wenn die Abweichung 20 bis 30% von der angemessenen Vergütung beträgt. Diese von der Rechtsprechung ausgearbeitete Linie ist aus Sicht des Börsenvereins ohne weiteres mit dem in der Richtlinie verwendeten Begriff „unverhältnismäßig niedrig“ vereinbar. Eine Anpassung des Wortlauts von § 32a UrhG-E würde dagegen erneut zu Rechtsunsicherheiten und im schlimmsten Fall zu jahrelangen Prozessen führen.

3. § 32a Abs. 2 S.1 UrhG-E (Tatbestandsanpassung an die Vorgaben der Richtlinie)

Erwägungsgrund 78 der DSM-RL begründet die europarechtliche Vorgabe zur Schaffung von Bestsellerparagrafen wie folgt (Unterstreichung hinzugefügt): *„Bestimmte Verträge über die Verwertung von unionsweit harmonisierten Rechten haben eine lange Laufzeit und bieten den Urhebern und ausübenden Künstlern nur wenig Spielraum, diese mit ihren Vertragspartnern oder Rechtsnachfolgern neu zu verhandeln, wenn sich herausstellt, dass der wirtschaftliche Wert der Rechte deutlich höher ist als ursprünglich angenommen.“*

Das geltende deutsche Recht beinhaltet in Satz 2 von § 32a Abs. 1 UrhG demgegenüber folgende Regelung: *„Ob die Vertragspartner die Höhe der erzielten Erträge oder Vorteile vorhergesehen haben oder hätten vorhersehen können, ist unerheblich.“* Aus unserer Sicht sollte dieser Satz gestrichen werden und § 32a UrhG im Hinblick auf die Harmonisierung des europäischen Urheberrechts rückgeändert werden in den Zustand, den der bis 2002 geltende § 36 UrhG a.F. hatte und der dem Erwägungsgrund 78 entspricht.

4. § 41 UrhG-E (Rückrufrecht wegen Nichtausübung)

Urheber können nach § 41 UrhG ausschließliche Nutzungsrechte an ihrem Werk zurückrufen, wenn ihr Vertragspartner ihr Werk nicht oder nur unzureichend verwertet. Der Referentenentwurf schlägt vor, diese Regelung zu verändern und bezieht sich dabei auf Artikel 22 DSM-RL. Dies ist unstrittig, soweit Kreative künftig wählen können sollen, ob sie die ausschließlich eingeräumten Rechte insgesamt oder nur die Ausschließlichkeit der

Rechteeinräumung zurückrufen wollen. Im Übrigen werden im Referentenentwurf aber Regelungen in § 41 UrhG-E beibehalten, die in Art. 22 DSM-RL nicht vorgesehen sind, während andere (fakultative) Regelungen ohne Begründung nicht umgesetzt werden. Insbesondere soll die bisherige Voraussetzung des Rückrufs entfallen, dass die mangelnde Auswertung des Werks berechnigte Interessen des Kreativen erheblich verletzen muss. Bei dieser Voraussetzung handelt es sich aber um ein berechtigtes und notwendiges Korrektiv. Denn der § 41 UrhG-E soll – anders als Art. 22 DSM-RL – weiterhin nicht allein auf die Nichtausübung, sondern auch auf die „unzureichende Ausübung“ von Nutzungsrechten abstellen. Das macht es aber aus Sicht des Börsenvereins erforderlich, dass diese unzureichende Ausübung auch die Interessen des Kreativen verletzen muss. Verlage investieren erhebliche Beträge in die von ihnen veröffentlichten Bücher. Damit es eine Chance gibt, dass diese Investitionen wieder eingespielt werden, benötigen sie Zeit für die Verwertung. Solange Verlage Werke überhaupt verwerten, sollte ein Rückruf ausgeschlossen, mindestens aber daran geknüpft sein, dass eine unzureichende Verwertung tatsächlich in erheblicher Weise berechnigte Interessen des Kreativen verletzt. Wir sind daher der Ansicht, dass der deutsche Gesetzgeber hier zur europaweiten Harmonisierung des Rückrufrechts beitragen und diese auf die Fälle der vollständigen Nichtausübung beschränken sollte. Wir sehen nicht, welche Vorschrift in Art. 22 DSM-RL es verlangt, auf die Tatbestandsvoraussetzung zu verzichten, dass die mangelnde Auswertung die Interessen des Kreativen erheblich verletzen muss. Zudem sollten die in Art. 22 DSM-RL vorgesehenen Sonderregeln für Mehrautorenwerke und Werke bestimmter Genres auch auf Werke außerhalb des Filmrechts – wie z.B. Hörspiele – anwendbar sein.

III. Vorgesehene Änderungen an Urheberrechtsschranken

1. § 44b UrhG-E: Text und Data Mining

Der Börsenverein begrüßt, dass die in Art. 2 DSM-RL enthaltene Definition von Text und Data Mining übernommen wurde und sich § 44b UrhG-E insgesamt eng an den Wortlaut von Art. 4 DSM-RL hält. Allerdings sollte aus verfassungsrechtlichen Erwägungen und wegen des kommerziellen Charakters des Text und Data Mining zusätzlich ein gesetzlicher Vergütungsanspruch verankert werden. Hilfreich wäre auch, wenn der deutsche Gesetzgeber zumindest in der Begründung die (technischen) Anforderungen spezifizieren würde, denen Rechteinhaber gerecht werden müssen, die von einem maschinenlesbaren Nutzungsvorbehalt Gebrauch machen wollen. So stellt sich die Frage, ob nur binäre Botschaften (Nutzung erlaubt / untersagt) oder auch komplexere maschinenlesbare Anweisungen (Nutzung erlaubt unter Bedingungen, die z.B. an die Person des Nutzers, einen von ihm gezahlten Preis oder ein von ihm verfolgtes Nutzungsziel anknüpfen) möglich sind. Letztlich wünschenswert ist die Förderung einer Verständigung zwischen Repräsentanten von Nutzerseite (große Software-Firmen und Online-Plattformen) und Rechtsinhabern auf (internationale) Standards für diesen Bereich.

2. § 60d UrhG-E: Text und Data Mining zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung

Die Änderungen in § 60d UrhG-E halten wir zum großen Teil für richtig. Dies gilt insbesondere für die Übernahme der Definitionen aus Art. 2 DSM-RL, den Verweis auf § 44b Abs. 2 Satz 1, wonach die privilegierten Institutionen einen rechtmäßigen Zugang haben müssen, die Änderung der privilegierten Berechtigten, soweit es die Forschungsorganisationen und die Einrichtungen des Kulturerbes betrifft, sowie die Ergänzungen in Abs. 6 (Sicherheitsmaßnahmen der Rechteinhaber). In Bezug auf § 60d Abs. 5 UrhG-E sollten sich die „angemessenen Sicherheitsvorkehrungen“ allerdings nicht nur auf die „unbefugte Benutzung“ beziehen. Eine solche Einschränkung sieht Art. 3 Abs. 2 der DSM-RL nicht vor. Zudem sind die Privilegierung einzelner Forscher gemäß §60d Abs.3 Nr.2 sowie die Möglichkeit der öffentlichen Zugänglichmachung in Abs. 4 zu streichen, da diese sich ebenfalls in Art. 3 der DSM-RL nicht wiederfinden. Art. 3 der DSM-RL strebt eine Vollharmonisierung an. Es wäre daher kontraproduktiv, Bestandteile der bisherigen Regelung beizubehalten, auch wenn dies aufgrund der InfoSoc-RL zulässig sein sollte.

Um die Interessen von Nutzern und Rechteinhabern verfassungskonform auszutarieren, empfiehlt es sich zudem, den gesetzlichen Vergütungsanspruch in § 60h UrhG bestehen bleiben zu lassen, zumal angefertigte Vielfältigungen nach der neuen europäischen Vorgabe unter bestimmten Umständen nun sogar dauerhaft gespeichert werden können. Die Richtlinie selbst sieht zwar keinen Vergütungsanspruch vor, verbietet diesen jedoch auch nicht.

3. § 51a UrhG-E (Karikatur, Parodie und Pastiche)

Aufgrund der EuGH-Entscheidung „Pelham“ sieht der Diskussionsentwurf zu Recht vor, dass die bisherige Regelung zur „freien Benutzung“ (§ 24 UrhG a. F.) aufgehoben wird. Für die über diese Norm geregelten Sachverhalte der Karikatur und der Parodie wird mit § 51a UrhG-E eine ausdrückliche gesetzliche Erlaubnis in Form einer Schrankenregelung geschaffen. Neu ist, dass unter die von Gesetzes wegen entgeltfrei erlaubten Nutzungen urheberrechtlich geschützter Werke nunmehr auch der sogenannte Pastiche fallen soll. Während die Begriffe Karikatur und Parodie durch die deutsche Rechtsprechung im Rahmen der Anwendung des § 24 UrhG sachgerecht definiert worden sind, ist absolut unklar, welche Art von Nutzungen unter den der deutschen Sprache fremden Begriff Pastiche fallen sollen. In der Begründung des Referentenentwurfs werden verschiedene Beispiele für Pastiches aufgeführt. Diesen gemeinsam ist, dass sie weit über das hinausgehen, was bisher im Rahmen der freien Benutzung gestattet war. Demnach soll nach der Begründung der Pastiche gestatten, *bestimmte nutzergenerierte Inhalte gesetzlich zu erlauben, die nicht als Parodie oder Karikatur zu klassifizieren sind, insbesondere Remix, Meme, GIF, Mashup, Fan Art, Fan Fiction, Cover oder Sampling*. Dies halten die Verfasser*innen des Referentenentwurfs für geboten, da zitierende, imitierende und anlehrende Kulturtechniken ein prägendes Element der Intertextualität, des zeitgemäßen kulturellen Schaffens und der Kommunikation im

„Social Web“ seien. Nach diesem ausdrücklich auf „Anwenderfreundlichkeit“ ausgerichteten Vorschlag könnte selbst kommerzielle Fanfiction, z.B. die Fortsetzung der Harry Potter-Romane, urheberrechtlich zulässig sein. Bislang müssen Fortschreibungen/Fortsetzungen hingegen regelmäßig vom Urheber bzw. seinem Rechtsnachfolger autorisiert werden. Ein Beispiel ist „Scarlett“ als Fortschreibung zu „Vom Winde verweht“, die von den Erben autorisiert wurde. Wenn Nutzungen, die bisher lizenziert werden mussten, künftig gesetzlich entgeltfrei erlaubt wären, entgehen Urhebern und ihren Vertragspartnern erhebliche Einnahmen. Insofern ist fraglich, ob § 51a UrhG-E mit dem Drei-Stufen-Test vereinbar ist, wonach Schrankenregelungen weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Urheberinteressen unzumutbar verletzen dürfen. Eine Aufnahme des Begriffes Pastiche in die allgemeine Schranke des § 51a UrhG-E ist von der DSM-RL (ebenso wie auch von der InfoSoc-RL) nicht vorgeschrieben. Vielmehr ist nach Art. 17 DSM-RL der Pastiche nur für Nutzungen auf Upload-Plattformen als zulässig vorzusehen, so dass – nach der Systematik des Referentenentwurfs – eine Aufnahme in den Regelungskontext des UrhDaG-E ausreichend wäre. Der Begriff „Pastiche“ sollte daher im Rahmen von § 51a UrhG-E gestrichen werden.

4. § 60a UrhG-E (Unterricht und Lehre): Ergänzung zu Absatz 3 und Einfügung eines neuen Absatz 3a

Die vorgeschlagene Anfügung eines zweiten Satzes an § 60a Abs. 3 UrhG-E halten wir nicht für zwingend. Wir verstehen Art. 5 DSM-RL sowie Erwägungsgrund 23 Absatz 2 so, dass die Mitgliedsstaaten Maßnahmen ergreifen sollen, damit die einfache Verfügbarkeit von Lizenzmodellen bekannt wird. Eine entsprechende Formulierung muss jedoch nicht in die Schrankenregelung aufgenommen werden. In Deutschland sind die Lizenzmodelle im Schulbuchbereich den Bildungseinrichtungen bekannt, es besteht in dieser Hinsicht kein Handlungsbedarf. Dies wäre vielleicht anders, wenn sich der Gesetzgeber dazu entschließen könnte, die Bereichsausnahme auch für den Hochschulunterricht auszuweiten, was Art. 5 Abs. 2 DSM-RL ausdrücklich ermöglicht. Eine solche erweiterte Bereichsausnahme ist vor dem Hintergrund des Gleichheitsgrundsatzes und der Eigentumsgarantie auch unerlässlich. In diesem Zusammenhang weisen wir noch einmal auf unsere Stellungnahmen zum Urheberrechts-Wissengesellschaftsgesetz hin, in denen wir detailliert dargelegt haben, an welchen Stellen und warum wir erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit von §60a UrhG haben.¹ Werkteile bzw. -auszüge sollten nicht nur prozentual, sondern für besonders umfangreiche Werke wie große Lehrbücher oder Kommentare auch absolut durch Seitenobergrenzen definiert werden. Auch die Bestimmung in § 60a Abs. 2UrhG, wonach ganze wissenschaftliche Artikel genutzt werden dürfen, bedarf unseres Erachtens einer Korrektur. Für die Veranschaulichung wird regelmäßig die teilweise Nutzung genügen.

¹ https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/02222017_Stellungnahme_boersenverein_RefE_UrhWissG.pdf?__blob=publicationFile&v=2

Nicht zuletzt sollten Lizenzangebote zu angemessenen Bedingungen – anders als derzeit in § 60g UrhG geregelt – Nutzungen unter einer Urheberrechtsschranke vorgehen und stattfindende Schrankennutzungen – anders als in § 60h UrhG angeordnet – wo immer möglich werk- und nutzungsbezogen vergütet werden. Zudem halten wir eine Klarstellung für wichtig, dass vertragliche Vereinbarungen zwischen Rechteinhabern und Nutzern im Schrankenbereich zulässig sind, soweit die gesetzlich erlaubten Nutzungen hierdurch nicht beschränkt werden.

Der Börsenverein bittet deshalb darum, anlässlich der Umsetzung von Art. 5 DSM-RL seine Einwände gegen den § 60a UrhG und die eben erwähnten Annexregelungen nochmals zu prüfen und die Vorschriften wie vorgeschlagen zu modifizieren. Dies scheint ihm nicht nur verfassungsrechtlich, sondern nicht zuletzt auch im Hinblick auf die schon jetzt sichtbar werdenden Schäden geboten, die die erst 2018 in Kraft getretenen Regelungen der Qualität und Vielfalt der Ausbildung in Hochschulen zufügen. Bereits die ersten Zwischenergebnisse eines vom Börsenverein in Auftrag gegebenen, in einigen Monaten zur Veröffentlichung anstehenden Marktmonitorings belegen, dass seit Inkrafttreten des § 60a UrhG der Markt für hochwertige Lehrbücher und Medien für den Hochschulunterricht jährlich um ca. 5 Prozent schrumpft.

5. § 61d UrhG-E ff. (Nicht verfügbare Werke)

Art. 8 Abs. 2 DSM-Richtlinie wird mit § 61d UrhG in adäquater Weise umgesetzt. Allerdings wird in § 61d Abs. 5 hinsichtlich des Vergütungsanspruchs, der zu begrüßen ist, auf § 60h Abs. 3 Satz 1 UrhG verwiesen. Danach genügt eine pauschale Vergütung oder eine repräsentative Stichprobe. Dies ist im Fall von nicht verfügbaren Werken nicht nachvollziehbar. Die Titeldaten zu den jeweiligen Werken müssten den Kulturerbe-Einrichtungen regelmäßig vorliegen, da sie ja im Vorfeld prüfen müssen, ob ein Werk noch erhältlich ist. Zudem wird auch in der bisherigen Praxis im Bereich der vergriffenen Werke titelgenau gemeldet und abgerechnet, praktische Schwierigkeiten sind nicht aufgetreten. Wir bitten daher um Streichung des zweiten Satzes in § 61d Abs. 5 UrhG-E.

6. § 68 UrhG-E (Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke)

Der Börsenverein begrüßt § 68 UrhG-E ausdrücklich. Da der Begriff „visuelle Werke“ bisher im deutschen Urhebergesetz nicht vorkommt, wäre es aus unserer Sicht sinnvoll, hier eine Definition in den Gesetzeswortlaut aufzunehmen.

7. § 142 UrhG-E: Entfristung der §§ 60a bis 60h UrhG

§ 142 UrhG-E sieht zwar weiterhin die Evaluierung des Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz vor, streicht aber die in § 142 UrhG vorgesehene Befristung der §§ 60a bis 60h UrhG. Begründet wird dies damit, dass weite

Teile dieser Regelungen die Maßgaben der DSM-RL umsetzen und ein Außerkrafttreten eine unionswidrige Rechtslage hervorrufen würde. Dies ist aus Sicht des Börsenvereins falsch. Um die verbindlichen Nutzungserlaubnisse der Art. 3 bis 7 umzusetzen, ist eine Entfristung zum jetzigen Zeitpunkt – bevor überhaupt eine Evaluation stattgefunden hat - nicht notwendig. Allenfalls kann man über die Entfristung einzelner Paragraphen, wie z.B. hinsichtlich des Text und Data Mining, nachdenken. Art. 3 und Art. 4 der DSM-RL werden durch den neuen § 44b UrhG-E und die Anpassung von § 60d UrhG-E umgesetzt. Art. 5 DSM-RL soll dagegen durch eine Anpassung in § 60a UrhG-E umgesetzt werden. Schon hier zeigt sich aber, dass § 60a UrhG über die Vorgaben von Art. 5 DSM-RL hinausgeht und keine eins-zu-eins-Umsetzung stattfindet. Denn Art. 5 DSM-RL eröffnet, siehe unsere Ausführungen oben, die Aufnahme einer Bereichsausnahme für den Hochschulbereich. Diese Ausnahme fordert der Börsenverein seit Jahren. Der Gesetzgeber hat die Befristung ausdrücklich deshalb angeordnet, um überprüfen zu können, ob durch das Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz der Primärmarkt leidet. Eine Entfristung vor dem Ende der Evaluation ist daher inakzeptabel, weil sie dem Sinn und Zweck von deren Anordnung zuwiderlaufen würde. Neben § 60a UrhG geht beispielsweise auch § 60e UrhG deutlich über Art. 6 der DSM-RL hinaus. Auch findet sich keine europäische Vorschrift, nach der eine pauschale Vergütung oder eine repräsentative Stichprobe der gezogenen Nutzungen genügen würde, wie es aber § 60h UrhG anordnet.

IV. Kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung (§ 51ff VGG-E)

Wir begrüßen es grundsätzlich, dass Art. 12 DSM-RL in nationales Recht umgesetzt wird, da es im Zeitalter der Digitalisierung immer wieder Nutzungssachverhalte geben wird, in denen eine kollektive Lizenzvergabe über einen One-Stop-Shop sinnvoll ist. Wir haben zu den Vorschriften der §§ 51ff. VGG-E daher nur folgende Anmerkungen:

- In § 51c Abs. 1 VGG-E sollte klargestellt werden, dass nur veröffentlichte Werke erfasst werden. Einer Veröffentlichung von Werken, die nicht gemäß § 6 Abs. 1 UrhG mit Zustimmung des Urhebers in die Öffentlichkeit gelangt ist, verstößt gegen das Urheberpersönlichkeitsrecht und sollte nicht unter § 51c Abs. 1 VGG-E fallen. Hier sollte eine Regelung wie im bisherigen § 61 Abs. 4 UrhG getroffen werden.
- In § 51c Abs. 2 VGG-E sollte näher definiert werden, wann ein Werk als nicht verfügbar gilt, d.h. was unter vertretbarem Aufwand zu verstehen ist.
- Die Verordnungsermächtigung in § 51e VGG-E ist grundsätzlich sinnvoll, um Konkretisierungen der Vorschriften vorzunehmen. Gewisse Definitionen sollten jedoch bereits im Gesetzestext vorgenommen werden. Das gilt aus unserer Sicht für die Frage, wann die Verwertungsgesellschaft repräsentativ ist (§ 51a sowie § 51e Nr. 5), wer unter „berechtigte Kultureinrichtungen (§ 51b sowie § 51e Nr. 6) fällt und vor allem, wann ein Werk nicht verfügbar ist (§ 51c sowie § 51e Nr. 7).

V. Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (UrhDaG-E)

1. Grundansatz bei der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL

Zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL wählt das BMJV ein eigenes Gesetz außerhalb des Urheberrechtsgesetzes. Damit soll offensichtlich betont werden, dass das Ministerium das Recht von Kreativen, in das durch Plattformen wie YouTube & Co. eingegriffen wird, als Recht *sui generis* ansieht. Nach dem dogmatischen Ansatz des Referentenentwurfs soll es sich um ein außerhalb des Urheberrechtsgesetzes stehendes Verwertungsrecht handeln, für dessen Anwendung deshalb weder die Schrankenbestimmungen des Art.5 InfoSoc-RL noch der Drei-Stufen-Test sowie allgemein die Vorgaben der internationalen Urheberrechtskonventionen anwendbar sind.

Tatsächlich handelt es sich bei Art. 17 DSM-RL um eine dogmatisch schwer fassbare Regelung, die verwertungsrechtliche, haftungsrechtliche und schrankenrechtliche Aspekte in sich vereint. Wenngleich sich die Umsetzung von Art. 17 DSM-RL auch als §§ 19b ff. des Urheberrechtsgesetzes und / oder im Telemediengesetz hätte verorten lassen, spricht grundsätzlich nichts dagegen, Art. 17 DSM-RL in einem eigenen Gesetz umzusetzen. Weder Art. 17 DSM-RL noch Art. 3 InfoSoc-RL geben es indes her, von einem „*modifizierten Konzept der öffentlichen Wiedergabe*“ auszugehen. Art. 17 DSM-RL ist systematisch lediglich eine Klarstellung zu Art. 3 InfoSoc-RL, die unter den in der Norm genannten Umständen mit einer besonderen Haftungsfreistellung für die in Art. 2 DSM-RL definierten "Diensteanbieter" verbunden wird. Unter allen anderen Umständen wollte der DSM-Richtlinienggeber hingegen die bisherigen Regeln weitergelten lassen. Art. 17 Abs. 2 DSM-RL ist zwar insoweit *lex specialis*, als ein eigenes Haftungsregime geschaffen und die rechtliche Qualität der von Diensteanbietern vorgenommenen Handlungen klargestellt wird. Die Vorschrift führt aber kein Recht *sui generis* ein. Dies verdeutlicht Erwägungsgrund 61 der DSM-RL, in dem der hinsichtlich von Upload-Plattformen bestehende Bedarf einer europaweit einheitlichen Zuordnung beschrieben wird. Erwägungsgrund 64 betont entsprechend, dass Art. 17 DSM-RL getreu seinem Wortlaut lediglich klarstelle, dass „*ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung vornimmt, wenn er der Öffentlichkeit Zugang zu von seinen Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen verschafft*“. Die gesamte Richtlinie spricht von Art. 17 DSM-RL weder als neuem noch als modifiziertem (Urheber-) Recht.

Mit der Schaffung des *sui generis*-Rechtes wird die von Art. 17 DSM-RL angestrebte Harmonisierungswirkung konterkariert und das Kräfteverhältnis bei Online-Nutzungen einseitig zu Lasten der

Rechteinhaber verschoben. Dies ist das Gegenteil dessen, was auf europäischer Ebene mit Art. 17 DSM-RL erreicht werden sollte.

2. Einheitliche Umsetzung von Art. 17 DSM-RL

Es ist für das Funktionieren des digitalen Binnenmarktes und gleiche Wettbewerbsbedingungen innerhalb Europas wichtig, dass die Mitgliedsstaaten die Umsetzung von Art. 17 DSM-RL einheitlich vornehmen. Sinn und Zweck einer Richtlinie ist, einen harmonisierten Rechtsrahmen zu schaffen. Aus diesem Grund bestimmt Erwägungsgrund 71 auch, dass die Kommission Dialoge zwischen den Interessenträgern veranstaltet, um „eine einheitliche Anwendung zur Verpflichtung zur Zusammenarbeit zwischen Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten und Rechteinhabern zu gewährleisten und bewährte Verfahren im Hinblick auf die angemessenen branchenüblichen Vorschriften für die berufliche Sorgfalt zu entwickeln“. Dieser Stakeholder-Dialog ist auf europäischer Ebene noch nicht abgeschlossen. Es wäre kontraproduktiv, wenn Deutschland aus diesem Prozess vorzeitig ausbräche und einen eigenen Weg ginge, der zu einem fragmentierten europäischen digitalen Binnenmarkt führt. Zudem würden Rechteinhaber und Urheber in Deutschland dadurch voraussichtlich einen massiven Wettbewerbsnachteil im Vergleich zu Rechteinhabern in anderen EU-Ländern erleiden. Für ein Abwarten mit der Umsetzung des Art. 17 DSM-RL spricht zudem, dass der EuGH voraussichtlich Ende dieses Jahres ein Urteil in Sachen Plattformhaftung (u.a. C-683/18 Elsevier Inc./Cyando AG) fällt, welches für die Definition des Begriffs „öffentliche Zugänglichmachung“ von großer Bedeutung sein kann. Zumindest sollte Art. 17 DSM-RL aber wortgetreu in eine deutsche gesetzliche Regelung überführt werden, um die innereuropäische Harmonisierung in diesem besonders wichtigen Bereich nicht zu gefährden.

3. Verhindern von „Overblocking“

§ 8 UrhDaG-E enthält die Regelung, dass der Nutzer beim Upload von der Plattform auf ein Sperrverlangen eines Rechteinhabers hingewiesen wird. Dies stellt eine kleine Verbesserung im Vergleich zum Diskussionsentwurf dar, da dieser Hinweis den Nutzer zumindest auf einen potenziellen Konflikt hinweist. Dennoch kann der Nutzer sich über das Sperrverlangen hinwegsetzen, in dem er die Nutzung als „erlaubt“ kennzeichnet (sog. flagging). Selbst wenn der konkrete Upload in Wirklichkeit alles andere als erlaubt ist, muss es der Rechteinhaber dann mindestens eine Woche dulden, dass sein Werk online verfügbar ist. Dies kann zu erheblichen Schäden führen. Beispielsweise gibt es Crawler, die wissenschaftliche Artikel im Netz suchen, um diese auf weiteren Plattformen zugänglich zu machen. Schon ein erstes unerlaubtes Hochladen kann in solchen Fällen zu einer weltweiten öffentlichen Zugänglichmachung von urheberrechtlich geschützten Inhalten führen, die nicht mehr einzufangen ist. Es ist zwar zu begrüßen, dass der Rechteinhaber gemäß § 16 UrhDaG-E nun zumindest eine angemessene Vergütung für die Dauer der öffentlichen Wiedergabe erhält, wenn sich das „flagging“ im

Nachhinein als unzulässig herausgestellt hat. Dennoch kann der Rechteinhaber für den weitergehenden durch den Upload eingetretenen Schaden weder – mangels Offenlegung der Identität – den Nutzer, noch – aufgrund der Regelungen des UrhDaG-E – die Plattform verantwortlich machen. Obwohl Art. 17 DSM-RL die Kreativen im Kampf gegen illegale Uploads auf reichweitenstarken Plattformen besser stellen wollte, bewirken nun die Regelungen des UrhDaG-E einen Rechtszustand, der für die Rechteinhaber faktisch eine Verschlechterung des bisherigen Zustands darstellt.

Der Referentenentwurf rechtfertigt dieses Modell mit der Erreichung des Ziels, das sogenannte Overblocking zu verhindern. Zu bedenken ist allerdings, dass es zu Sperrverlangen von Rechteinhabern nur dann kommen kann, wenn ein Diensteanbieter für die Inhalte auf seiner Plattform keine Lizenz eingeholt hat. Das primäre Ziel von Art. 17 DSM-RL ist die Einholung von Lizenzen. Sollte ein Rechteinhaber, z.B. bezüglich eines vollständigen Buches oder Hörbuches, allerdings keine Lizenzen erteilen wollen, ist die Sperrung (*stay down*) ein wichtiges Mittel, um Schäden von Rechteinhabern und Urhebern abzuwenden. Die Sperrung sollte deshalb in solchen Fällen zumindest erst einmal durchgesetzt werden können. Wenn der Nutzer in einem solchen Fall beim Hochladen angegeben hat, dass er sich auf eine „erlaubte Nutzung“ beruft, kann die Plattform in einem Schnellverfahren prüfen, ob der Nutzer dies zu Recht behauptet. Bestätigt sich dies, wird der Inhalt öffentlich zugänglich gemacht, ansonsten nicht. Sollte sich die Nutzung als berechtigt erweisen, hat sich der Upload höchstens um ein paar Stunden verzögert. Der Schaden dürfte dabei geringer sein als der Schaden für den Rechteinhaber bei falscher Kennzeichnung. Wenn der Nutzer im Schnellverfahren nicht Recht bekommt, kann er immer noch ein Beschwerdeverfahren durchführen. Der Rechteinhaber kann bei einem solchen Verfahren auch jeweils informiert werden und somit den Inhalt ggf. freigeben. Mit einem solchen Verfahren käme die Plattform ihrer grundsätzlichen Haftungsverantwortung nach. Ein solches Modell könnte auch mit dem im „Stufenkonzept gegen Overblocking durch Uploadfilter“ dargelegten Modell der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht der TH Köln kombiniert werden, in dem besonders vertrauenswürdige Nutzer („trusted uploader“) bevorzugt werden. Der große Unterschied zum Vorschlag im UrhDaG-E ist, dass sich zunächst ein Uploader durch richtiges *flagging* Vertrauen erwerben muss, eine Identifizierung des *trusted uploaders* vorgesehen ist und die Plattform dennoch für ein eventuelles Fehlverhalten des *trusted uploaders* haftet. Dadurch ist gewährleistet, dass es kaum zu einem fehlerhaften *flagging* kommen wird. Die Interessen von Rechteinhabern und Nutzern wären in diesem Fall ausgeglichen berücksichtigt.

4. § 2 (Definition Diensteanbieter)

Im Sinne einer einheitlichen Umsetzung geht § 2 UrhDaG-E bei der Definition des Begriffs Diensteanbieter vom Wortlaut des Art. 17 DSM-RL aus. Frei hinzugefügt wird im Referentenentwurf allerdings die in § 2 Abs. 3 UrhDaG-E adressierte Gruppe der „kleinen Diensteanbieter“, denen besondere Haftungsprivilegien zukommen

sollen. In der Richtlinie gibt es keinerlei Bestimmungen zu oder auch nur Erwähnungen von „kleinen Diensteanbietern“. Eine – durch § 2 Abs. 2 UrhDaG-E übernommene – Sonderregelung gibt es lediglich für Start-Ups gemäß Art. 17 Abs. 6 DSM-RL. Eine weitere Ausnahme von der Haftungsverantwortung, die an dem erreichten Jahresumsatz anknüpft, sieht Art. 17 DSM-RL nicht vor. Diese lässt sich auch nicht im Hinblick auf das Prinzip der Verhältnismäßigkeit konstruieren. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist ohnehin bereits in § 1 Abs. 2 UrhDaG-E verankert. In berechtigten Einzelfällen kann somit schon ohne § 2 Abs. 3 UrhDaG-E die Haftung für einen kleinen Dienstanbieter entfallen, ohne dass es einer generellen Privilegierung dieser Gruppe bedarf.

5. § 4 UrhDaG-E (Lizenzeinholung durch Diensteanbieter)

Art. 17 DSM-Richtlinie stellt klar, dass derjenige, der Werke öffentlich zugänglich macht, dafür Lizenzen einholen muss. § 4 UrhDaG-E kehrt dieses Prinzip um. Nicht die Plattform muss Lizenzen einholen, sondern der Rechteinhaber muss genau definierte Angebote machen. In die Welt der Buchbranche übersetzt wäre das so, als ob Buchverlagen gestattet würde, solange fremde Texte zu veröffentlichen und zu verbreiten, bis der Inhaber der Urheberrechte öffentlich ein akzeptables Angebot macht, um die Nutzungen zu lizenzieren. Die vier in § 4 Abs. 2 UrhDaG-E aufgeführten Voraussetzungen, die ein Lizenzangebot kumulativ erfüllen muss, führen dazu, dass – abgesehen von der GEMA im Musikbereich - kaum eine Verwertungsgesellschaft, geschweige denn ein einzelnes Unternehmen in der Lage sein dürfte, ein solches Angebot abzugeben.

6. § 6 UrhDaG-E (maschinell überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen)

§ 6 UrhDaG-E erlaubt es Nutzern und Diensteanbietern, kleine Teile von Werken oder Werke geringen Umfangs (bei Texten: bis zu 1.000 Zeichen) zu nicht kommerziellen Zwecken wiederzugeben und, soweit erforderlich, zu vervielfältigen. Die Regelung ist nach Absatz 2 nur dann anzuwenden, wenn eine vertragliche Lizenz für diese Teilnutzung fehlt oder kein ohnehin gesetzlich erlaubter Gebrauch vorliegt.

Art. 17 DSM-Richtlinie sieht keine Einführung einer solchen Bagatellschranke vor. Unter 1.000 Zeichen fallen nicht nur Ausschnitte aus größeren Werken, sondern auch ganze Presseartikel, Gedichte, Liedtexte etc. Da 1.000 Zeichen je Text erlaubt sein sollen, könnten in einzelnen Uploads unbegrenzt viele Texte zu einem Thema aneinander geschaltet werden. So ließe sich z.B. ein Reader erstellen, der die wichtigsten Punkte zu einem Thema aus verschiedenen Werken enthält. Auf diese Weise könnte z.B. online ein „Biologiebuch“ erstellt werden, welches sich nur aus Fremdtexen zusammensetzt. Es liegt auf der Hand, dass hierdurch in den Primär- bzw. Lizenzmarkt erheblich eingegriffen wird, selbst bei nichtkommerzieller Nutzung. Ob ein Upload nichtkommerziell ist, ließe sich maschinell aber auch gar nicht feststellen. Zudem wird hier der Nutzer eines Diensteanbieters im Sinne des UrhDaG-E auf eine Weise privilegiert, die nicht nachvollziehbar ist. Beispiel: Eine karitative nichtkommerzielle Einrichtung möchte einen Kalender erstellen und verschenken, der auf jeder Seite ein

urheberrechtlich geschütztes Gedicht oder einen Textauszug von 1000 Zeichen enthält. Selbstverständlich müssen hier die Nutzungsrechte bei den Rechteinhabern eingeholt werden, auch wenn keine Gewinnabsicht erzielt wird. Der Nutzer eines Diensteanbieters dürfte einen solchen Kalender im Online-Bereich aufgrund der Bagatellschranke nun aber unproblematisch erstellen. Gründe für eine solche ungerechte Privilegierung werden nicht genannt. Die Begründung, dass auch Verlage Leseproben mit ähnlicher Zeichenlänge veröffentlichen, lässt außer Acht, dass Verlage ganz bewusst Auszüge auswählen, die einen Werbeeffect haben, und dass sie sich zudem das notwendige Recht für diese Art der Nutzung ausdrücklich vom Urheber im Verlagsvertrag einräumen lassen. Selbst ein Verlag könnte also ohne die Erlaubnis des Urhebers keine Leseproben veröffentlichen.

Die Bagatellschranke kann auch nicht im Hinblick auf die Kunst- oder Meinungsfreiheit gestützt werden. Hierfür gibt es bereits die allgemein gültigen Schranken des Zitatrechts und die neu einzuführende Schranke für Karikatur und Parodie. Eine darüberhinausgehende neue Schranke, die nur die Nutzer eines Diensteanbieters (und damit den Diensteanbieter selbst) gegenüber Nutzern privilegieren, die z.B. eine eigene Webseite, einen Verlag, Sender oder eine Filmproduktionsgesellschaft betreiben, welche allesamt auch für 1000 Zeichen eines Textes Rechte einholen müssen, ist durch nichts zu rechtfertigen.

Mit § 6 UrhDaG-E würde eine neue Schranke für das gesamte Urheberrecht eingeführt werden. Dadurch würde nicht nur das Regelungsziel von Artikel 17 DSM-RL unterlaufen, sondern auch gegen die zwingenden Vorgaben der Richtlinie 2001/29/EG verstoßen. Im Ergebnis würde § 6 UrhDaG-E dazu führen, dass Diensteanbieter ihre Geschäftstätigkeit mit Hilfe von bislang verbotenen Handlungen ihrer Nutzer zustimmungsfrei und außerhalb der Kontrolle der Rechtsinhaber ausbauen könnten. Als Kompensation sollen die Rechtsinhaber lediglich Anspruch auf ein verwertungsgesellschaftspflichtiges Pauschalhonorar haben (§ 7 UrhDaG-E).

7. Schlussbemerkung

Das BMJV erläutert in seinem FAQ-Papier zum Referentenentwurf sowie in seiner Veröffentlichung von Eckpunkten zur urheberrechtlichen Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen, warum die Umsetzung des Art. 17 DSM-RL im UrhDaG-E die Interessen der Nutzer, Kreativen, Unternehmen der Kulturwirtschaft sowie der Plattformen gleichermaßen berücksichtigt. Trotz vorbehaltloser Beschäftigung mit den Regelungen im UrhDaG-E ist es uns leider auch nicht ansatzweise gelungen zu erkennen, dass die Interessen von Kreativen und Inhabern von Rechten an urheberrechtlich geschützten Werken in diesem Gesetzentwurf angemessen berücksichtigt würden. Der von der DSM-RL laut Erwägungsgrund 6 angestrebte *„angemessene Interessenausgleich zwischen den Urhebern und anderen Rechteinhabern einerseits und den Nutzern andererseits“* hat sich leider völlig zu Lasten der Rechteinhaber verschoben. Aus einer unionsrechtlichen Vorschrift, die Diensteanbieter mehr in die Pflicht nehmen wollte, um den „value gap“ zu schließen, sind nationale Regelungen geworden, die die Situation der Rechteinhaber im Vergleich zur bisherigen Rechtslage deutlich verschlechtern und keine hinreichenden

Anreize zur Lizenzierung durch die Plattformen setzen. Mit derartigen nationalen Regelungen würde die gesamte deutsche Kreativwirtschaft zudem im Vergleich zu den Kreativwirtschaften anderer EU-Länder massiv benachteiligt werden.

Frankfurt am Main, 05.11.2020

RA Prof. Dr. Christian Sprang
Justiziar

RAin Susanne Barwick, LL.M.
Stellvertretende Justiziarin