

Fragen zum Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz

Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheber- rechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes

Der Börsenverein des Deutschen Buchhandels e.V. nimmt gerne die Gelegenheit wahr, sich anhand des vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) vorgelegten sog. Zweiten Diskussionsentwurfs an einer Diskussion über die Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (DSM-Richtlinie) zu beteiligen. Eine Stellungnahme wird der Börsenverein nach Veröffentlichung eines Referentenentwurfs abgeben. Mit diesem Schreiben möchten wir das Bundesjustizministerium um die Beantwortung von Fragen zu einigen Teilen der Inhalte des Zweiten Diskussionsentwurfs bitten.

I. Allgemeines

Zeitplan für die Umsetzung der DSM-Richtlinie

Bereits im Januar hat das BMJV einen Diskussionsentwurf für ein Erstes Gesetz zur Umsetzung der DSM-Richtlinie veröffentlicht. Mit diesem Ersten Gesetz sollten besonders eilbedürftige Umsetzungen vorab in einem „Schnellboot“ erfolgen, darunter die Verlegerbeteiligung an Erlösen aus gesetzlich erlaubten Nutzungen verlegter Werke. Die Politik hat den (Buch-)Verlagen mehrfach – zuletzt im Rahmen des Urheberrechtswissensgesellschaftsgesetzes – versprochen, zu einer fairen und rechtssicheren Regelung der Verlegerbeteiligung zurückzukehren, sobald die dafür nötige Korrektur auf europäischer Ebene vorgenommen worden ist. Dies ist nun seit mehr als einem Jahr der Fall. Gleichwohl ist dem Ersten Diskussionsentwurf der angekündigte Referentenentwurf bislang nicht gefolgt und ein Gesetzgebungsverfahren formal noch nicht gestartet worden. Die Veröffentlichung des Zweiten Diskussionsentwurfs wirft die Frage auf, ob es dabei bleibt, dass das politische Versprechen, die Verlegerbeteiligung schnell auf den Weg zu bringen, vom BMJV eingelöst wird. Entsprechend bittet der Börsenverein das BMJV um Beantwortung der folgenden Fragen:

Wie sieht der weitere Zeitplan für die Umsetzung der DSM-Richtlinie aus? Wann wird der Referentenentwurf zum Ersten Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes veröffentlicht?

II. Änderung des Urheberrechtsgesetzes

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. Mit der in § 32 Absatz 2 UrhG-E vorgesehenen Ergänzung soll herausgestellt werden, dass pauschale Vergütungen künftig nur noch dann zulässig sind, wenn sie durch „besondere Umstände der Branche“ gerechtfertigt sind.

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. Mit der im Diskussionsentwurf gewählten Formulierung würden Buchverlage solche Verträge nicht mehr rechtssicher abschließen können, auch wenn sie für den entsprechenden Beitrag sinnvoll und zum Vorteil der Urheber sind. Dass rechtssichere Pauschalzahlungen durch die DSM-RL ermöglicht werden sollen, ergibt sich 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.“ Diese Überlegungen führen zu folgenden Fragen an das BMJV:

Aus welchen Markterkenntnissen nimmt das BMJV die Überzeugung, dass es Urhebern (insbesondere kleinerer Werke wie einzelner Fotos, Bilder oder Gedichte) hilft, wenn ihre Vertragspartner sie nicht mehr rechtssicher pauschal vergüten können? Warum soll Art. 18 DSM-Richtlinie – der ohnehin nicht zwingend von den nationalen Gesetzgebern umzusetzen ist – zu einer Erweiterung des § 32 Absatz 2 UrhG im Hinblick auf pauschale Vergütungen Anlass bieten, obwohl Erwägungsgrund 73 das Gegenteil nahelegt? Warum genügt es nicht, dass bei der Prüfung der Angemessenheit schon nach geltendem Recht „Häufigkeit und Ausmaß“ der Nutzung zu berücksichtigen sind? Ist die im Diskussionsentwurf vorgeschlagene Neuregelung wirklich so gemeint, dass die Pauschalzahlung eine Besonderheit der Branche sein muss? Sollte es nicht eher auf Art und Bedeutung des Beitrages zu einem Werk ankommen (entsprechend der Nachrangigkeit eines Beitrages im Sinne von § 32d Abs. 2 Nr. 1 UrhG)?

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

Der Diskussionsentwurf 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 in diesem Bereich würde dagegen erneut zu Rechtsunsicherheiten und im schlimmsten Fall zu jahrelangen Prozessen führen. In der weiteren Diskussion sollte das BMJV deshalb auf folgende Frage eine überzeugende Antwort bieten können:

Inwiefern wird die Rechtsprechung zur Auslegung des § 32a Abs. 1 UrhG den Anforderungen von § 20 DSM-RL nicht gerecht, so dass eine Änderung der Vorschrift geboten ist?

3. § 32a Abs. 1 S. 2 UrhG (Vorhersehbarkeit des Bestsellererfolgs)

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.“ Eine Änderung dieser Regelung ist im Diskussionsentwurf nicht vorgesehen. Dies führt zu folgenden Fragen:

Ist Satz 2 von § 32a Abs. 1 UrhG nach Inkrafttreten der DSM-Richtlinie noch vereinbar mit europäischem Recht? Sollte der deutsche Bestsellerparagraf im Hinblick auf die Harmonisierung des europäischen Urheberrechts nicht besser rückgeändert werden in den Zustand, den der bis 2002 geltende § 36 UrhG a.F. hatte, der entsprechend Erwägungsgrund 78 als Anwendungsfall der Lehre vom Wegfall der Geschäftsgrundlage ausgestaltet war?

4. Streichung von § 32a Abs. 2 Satz 2 UrhG (Haftung für Erträge Dritter)

Mit der Streichung von § 32a Abs. 2 Satz 2 UrhG wird die Haftung in der Lizenzkette verändert. Bislang schuldet der direkte Vertragspartner eines Urhebers diesem nur dann eine Nachvergütung, wenn sich aus seinen eigenen Erträgen und Vorteilen ein Missverhältnis zu dessen Vergütung ergibt. Für ein Missverhältnis, das erst durch Verwertungserfolge eines Lizenznehmers des Vertragspartners entsteht, haftet dieser Lizenznehmer dem Urheber oder ausübenden Künstler unmittelbar. Die damit bislang für Missverhältnisse in der Lizenzkette einhergehende Haftungsbefreiung des Vertragspartners soll nun gestrichen werden, da sie laut Diskussionsentwurf mit Artikel 20 DSM-RL unvereinbar sei. Diese Streichung hätte zur Folge, dass der Vertragspartner des Urhebers für Erträge und Vorteile eines Dritten haftet, die bei dem Vertragspartner selbst – z. B. weil für die Verfilmung eines Buches zwischen Buchverlag und Filmproduzent branchenüblich eine pauschale Lizenzgebühr vereinbart wird – gar nicht angekommen sind. Eine solche Haftungserweiterung kann für Buchverlage existenzgefährdend sein. Sie würde dazu führen, dass sich jeder Buchverlag genau überlegen muss, ob er überhaupt noch Lizenzverträge abschließen kann, bei denen eine Pauschalvergütung marktüblich ist.

Art. 20 DSM-RL sieht vor, dass der Urheber gegen seinen Vertragspartner einen Anspruch hat, wenn *„sich die ursprünglich vereinbarte Vergütung im Vergleich zu sämtlichen späteren einschlägigen Einnahmen aus der Verwertung der Werke“* als unverhältnismäßig niedrig erweist. Laut Erwägungsgrund 78 sollen alle für den Fall relevanten Einnahmen berücksichtigt werden. In diesem Zusammenhang ergeben sich folgende Fragen:

Warum verzichtet der Diskussionsentwurf gerade im besonders sensiblen Feld der Bestselleransprüche auf eine europaweite Harmonisierung des Urhebervertragsrechts, indem der deutsche ebenso wie der unionsrechtliche Bestselleranspruch keinen Durchgriff auf (Unter-) Lizenznehmer des unmittelbaren Vertragspartners des Kreativen erlaubt? Ist mit der Streichung von § 32a Abs. 2 Satz 2 UrhG-E beabsichtigt, dass der erste Vertragspartner des Urhebers für Einnahmen eines Dritten haften soll, die ihn selbst gar nicht erreicht haben?

Woraus schließt das BMJV, dass Art. 20 und Erwägungsgrund 78 der DSM-RL sich auch auf Erlöse Dritter und nicht nur auf Erträge des Vertragspartners des Urhebers beziehen? Wie soll prozessual gewährleistet werden, dass Urheber, die Fairnessausgleichsansprüche nach § 32a UrhG geltend machen, bei gleichzeitigem Vorgehen gegen ihre Vertragspartner und deren Lizenznehmer sowie auch bei parallelem oder sukzessivem Vorgehen verschiedener Berechtigter an einem Sammelwerk nicht mehr als die jeweils erzielten Erträge zugesprochen bekommen?

5. § 32d UrhG-E (Anspruch auf Nennung von Namen und Anschriften der Unterlizenznehmer in Abrechnungen)

Durch § 32d UrhG-E will der Diskussionsentwurf den bisherigen Auskunftsanspruch des Kreativen gegen seinen Vertragspartner einerseits in eine Unterrichtungspflicht umwandeln. Andererseits enthält die Norm nunmehr die Verpflichtung, dass der Vertragspartner des Urhebers diesem nicht nur einmal jährlich abrechnen, sondern dabei auch Namen und Anschriften seiner Unterlizenznehmer mitteilen soll. Nicht nur für Verlage würde das enormen bürokratischen Mehraufwand hervorrufen, zumal die Vorschrift gemäß § 133 Abs. 3 UrhG-E rückwirkend auch auf alle Abrechnungen von lieferbaren Altwerken anwendbar gemacht werden soll. Entsprechend müssten in sämtlichen Unternehmen der Kreativbranche Autorenabrechnungssysteme neu programmiert werden, um die nachträgliche und zukünftige Adresseingabe sowie die dauerhafte Pflege der Lizenznehmeradressen zu gewährleisten. Diese Auskunft über Namen und Anschrift von Unterlizenznehmern benötigen die Kreativen jedoch allenfalls dann, wenn sie zusätzlich Auskünfte vom Unterlizenznehmer erhalten wollen, weil ihr Vertragspartner nicht über alle relevanten Informationen über die lizenzierte Nutzung verfügt. Aller Erfahrung nach ist dieser Fall so selten, dass die auf die Unternehmen der Kreativwirtschaft zukommenden Aufwände in keinem Verhältnis zum Nutzen der Regelung stehen würden. Es würde in jedem Fall genügen, wenn die fraglichen Informationen nur in begründeten Fällen auf Verlangen des Urhebers herauszugeben wären, wie es in Art. 19 Abs. 2 DSM-RL auch ausdrücklich vorgesehen ist. Zu fragen ist daher:

Welche Verbesserungen für die Kreativen verspricht sich das BMJV dadurch, dass es eine jährliche Unterrichtungspflicht von deren Vertragspartnern auch über Namen und Adressen von Unterlizenznehmern vorsieht? Basiert der Diskussionsentwurf insoweit auf einer Evaluation von Kosten und Nutzen der Regelung? Wenn ja, wo können die Ergebnisse dieser Evaluation nachvollzogen werden? Warum hat das BMJV nicht von der in Art. 19 Abs. 2 DSM-RL enthaltenen Option Gebrauch gemacht, es hinsichtlich von Namen und Adressen von Unterlizenznehmern bei einem Auskunftsrecht der Kreativen in begründeten Fällen zu belassen?

6. § 32d UrhG-E (Transparenzvorschriften in Kollektivvereinbarungen)

Gemäß Art. 19 Abs. 5 DSM-RL können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass bei Vereinbarungen, die Gegenstand von Kollektivvereinbarungen sind oder auf Kollektivvereinbarungen beruhen, die Transparenzvorschriften der einschlägigen Kollektivvereinbarung – nach deutschem Recht also einer Gemeinsamen Vergütungsregel gemäß § 36 UrhG – gelten. Von dieser Möglichkeit wird im Diskussionsentwurf kein Gebrauch gemacht. Stattdessen regelt

§ 32d Abs. 3 UrhG-E generell, dass sich der Vertragspartner des Urhebers auf eine Vereinbarung, die zum Nachteil des Urhebers von den Transparenzvorschriften in § 32d UrhG-E abweicht, nicht berufen kann. Dies wirft die folgenden Fragen auf:

Worin sieht das BMJV den Vorteil bei dieser Entwertung gemeinsamer Vergütungsregeln?
Wie verhält sich der Diskussionsentwurf zu dem Ansatz der letzten Novelle des Urhebervertragsrechts 2016, bei dem der Abschluss von Kollektivvereinbarungen durch ein Freiwerden der Verwerter von lästigen gesetzlichen Pflichten stimuliert werden sollte?

7. § 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 Diskussionsentwurf 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 Diskussionsentwurf 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 berechnete 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 berechnete Interessen des Kreativen verletzt. Zu § 41 UrhG-E sollten somit folgende Fragen eine Antwort finden:

Warum soll der deutsche Gesetzgeber nicht der in Art. 22 DSM-RL angelegten europaweiten Harmonisierung des Rückrufsrechts folgen und dieses auf die Fälle der (vollständigen) Nichtausübung des Nutzungsrechts beschränken? Welche Vorschrift der DSM-RL verlangt es, auf die Tatbestandsvoraussetzung zu verzichten, dass die mangelnde Auswertung die Interessen des Kreativen erheblich verletzen muss? Warum werden die in Art. 22 DSM-RL vorgesehenen Sonderregeln für Mehrautorenwerke und Werke bestimmter Genres nicht auch außerhalb des Filmrechts – wie z.B. bei Hörspielen – umgesetzt? Was spricht dagegen, entsprechend Art. 22 DSM-RL eine abweichende Ausgestaltung des Rückrufsrechts in Gemeinsamen Vergütungsregeln zuzulassen? Auf welche Markterkenntnisse stützte sich das BMJV, als es sich gegen eine harmonisierende und für eine selektive Umsetzung von Art. 22 DSM-RL entschied?

8. § 51a UrhG-E (Karikaturen, Parodien 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 Diskussionsentwurfs werden verschiedene Beispiele für Pastiche aufgeführt. Diesen gemeinsam ist, dass sie weit über das hinausgehen, was bisher im Rahmen der freien Benutzung gestattet war. Demnach gestattet der Pastiche, 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 Diskussionsentwurfs 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 dem 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. 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 Diskussionsentwurfs – eine Aufnahme in den Regelungskontext des UrhDaG-E ausreichend wäre. Das wirft folgende Fragen auf:

Was verspricht sich das BMJV davon, urheberrechtliche Regelungen wie den § 51a UrhG-E „anwenderfreundlich“ statt „urheberfreundlich“ auszugestalten? Kann das Ministerium Erkenntnisse über außerhalb von Upload-Plattformen bestehende Missstände des geltenden Rechts vorweisen, die eine Aufnahme der europarechtlich nicht gebotenen Schrankenregelung in nationales Recht erforderlich machen? Haben die Verfasser*innen des Diskussionsentwurfs ermittelt, welche Einnahmen Kreativen entgehen, wenn z.B. Fan Fiction, Remixes, Cover-Versionen oder Sampling, die heute lizenziert werden, künftig zu weiten Teilen gesetzlich entgeltfrei erlaubt werden? Wie beurteilt das BMJV die Vereinbarkeit des § 51a UrhG-E mit dem in mehreren internationalen urheberrechtlichen Verträgen verankerten Drei-Stufen-Test, wonach Schrankenregelungen weder die normale Auswertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Urheberinteressen unzumutbar verletzen dürfen? Warum enthält die Begründung zu § 51a UrhG-E nicht die ausdrückliche Vorgabe, dass die bisherigen Abgrenzungen, die zur freien Benutzung (§ 24 UrhG a.F.) durch Gerichte erarbeitet wurden, weiter Geltung haben sollen?

III. 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 Diskussionsentwurfs 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. Deswegen möchten wir folgende Fragen an das BMJV richten:

Weshalb soll es unmöglich sein, auf Diensteanbieter mit den in Art. 17 DSM-RL benannten Ausnahmen sämtliche Vorgaben der InfoSoc-RL und der internationalen urheberrechtlichen Verträge anzuwenden, wie sie für alle anderen Verwerter von Urheberrechten seit je ebenfalls gelten? Sieht es das Ministerium als realistisch an, die von Art. 17 DSM-RL angestrebte Harmonisierungswirkung zu erreichen, wenn einzelne nationale Gesetzgeber in der EU die Vorschrift nicht entsprechend ihres Wortlauts, sondern als Recht *sui generis* deuten und auf dieser Basis frei rechtschöpfend tätig werden? Sieht das BMJV den Zweck von Artikel 17 DSM-RL darin, das Kräfteverhältnis bei Online-Nutzungen einseitig zu Lasten der Rechteinhaber zu verschieben und die Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte durch Diensteanbieter auf Kosten von Kreativen zu zementieren? Würde das UrhDaG-E dann nicht das Gegenteil dessen bewirken, was durch Art. 17 DSM-RL bezweckt war?

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. Daher fragen wir das BMJV:

Ist vorgesehen, mit der Veröffentlichung eines Referentenentwurfs zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL den Abschluss des europäischen Stakeholder-Dialogs abzuwarten? Sollte dies nicht der Fall sein: Spricht etwas dagegen, den Wortlaut von Art. 17 DSM-RL dann quasi wortgetreu in eine deutsche gesetzliche Regelung zu übernehmen, um die innereuropäische Harmonisierung in diesem besonders wichtigen Bereich nicht zu gefährden?

3. Verhindern von „Overblocking“

Gemäß den Regelungen des UrhDaG-E kann jeder Nutzer ungehindert und ohne ernsthafte Konsequenzen das Hochladen von Werken auf Plattformen wie YouTube als erlaubt kennzeichnen (sog. flagging). Selbst wenn der konkrete Upload in Wirklichkeit alles andere als erlaubt ist, muss es der Rechteinhaber mindestens eine Woche dulden, dass sein Werk online verfügbar ist. Dies kann schon 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. Der Rechteinhaber könnte für den durch den Upload eintretenden 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, sollen die Regelungen des UrhDaG-E einen Rechtszustand bewirken, der für die Rechteinhaber faktisch eine Verschlechterung des bisherigen Zustands darstellt. Die teilweise milliardenschweren Plattformen können sich ihrer Haftung – jedenfalls für eine Woche – komplett entziehen und diese auf den Nutzer abwälzen. Der wiederum hat kaum etwas zu befürchten, selbst wenn er mehrmals unrichtig „flaggt“, d.h. vorsätzlich Urheberrechtsverletzungen begeht.

Der Diskussionsentwurf 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. Insofern ist es wichtig, dass die Einholung von Lizenzen gefördert wird. 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 zunächst 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 hat. 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 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 sind ausgeglichen berücksichtigt. Die Regelungen des UrhDaG-E zur Vermeidung von Overblocking führen hingegen zu folgenden Fragen an das BMJV:

Wie kommt das Ministerium zu der Annahme, dass sein Modell in Art. 17 DSM-RL angelegt sei? Entspricht es aus Sicht des BMJV dem Sinn und Zweck von Art. 17 DSM-RL, wenn die Kennzeichnung eines nicht lizenzierten Inhalts als rechtmäßig durch den Uploader einen höheren Stellenwert als ein Sperrverlangen des Rechteinhabers hat? Warum verfolgt der Diskussionsentwurf bei der Verhinderung von Overblocking keinen der in verschiedenen Veröffentlichungen zur Diskussion gestellten Ansätze, die den Interessen von Kreativen und Uploadern wesentlich ausgewogener gerecht werden?

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 Diskussionsentwurf 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 Diensteanbieter entfallen, ohne dass es einer generellen Privilegierung dieser Gruppe bedarf. An diese Überlegungen knüpfen folgende Fragen an die Verfasser*innen des Diskussionsentwurfs an:

Warum wird in § 2 Abs. 3 UrhDaG-E mit der Einführung einer besonders privilegierten Gruppe von Diensteanbietern von Art. 17 DSM-RL abgewichen? Warum sollen „kleine Diensteanbieter“ bei der urheberrechtlichen Haftung privilegiert werden, während z.B. „kleine Verlage“ oder „kleine Rundfunksender“ keine Bevorzugung durch den Gesetzgeber erfahren?

5. § 4 UrhDaG-E (Lizenzeholung 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 drucken 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. So könnte kein Buchverlag, und sei er auch noch so groß, die Voraussetzung erfüllen, ein „repräsentatives Repertoire“ zur Lizenzierung anbieten zu können. Damit verbunden stellen sich verschiedene Fragen an die Verfasser*innen des Diskussionsentwurfs:

Warum wird der Zweck von Art. 17 Abs. 1 DSM-RL, die Bereitschaft von Plattformen zur Einholung von Lizenzen zu erhöhen, durch § 4 UrhDaG-E konterkariert? Warum war es nicht möglich, § 4 Abs. 1 UrhDaG-E dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 DSM-RL anzupassen? Aus welcher Vorgabe in Art. 17 DSM-RL sollen sich die in § 4 Abs. 2 UrhDaG-E aufgeführten Anforderungen an zu lizenzierende Nutzungsrechte ergeben? Wie ist es mit dem für das Urheberrecht zentralen Prinzip der angemessenen Vergütung in Einklang zu bringen, dass der Diensteanbieter sich seiner Pflicht, ein Nutzungsrecht zu erwerben, verweigern kann, wenn der Rechtsinhaber ihm dieses aus seiner Sicht nicht "zu angemessenen Bedingungen" anbietet? Warum soll Plattformen, die teilweise hoch kommerziell agieren, eine solche vergütungsfreie gesetzliche Lizenz zugutekommen, während der Urheber leer ausgeht? Was verspricht sich das BMJV von der in § 4 UrhDaG-E angelegten Kollektivierung von Rechten, die

bislang individuell wahrgenommen werden konnten? Wie ist diese mit den Vorgaben des Unionsrechts und der internationalen urheberrechtlichen Verträge vereinbar?

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 Beiträgen/Uploads unbegrenzt viele Texte aneinander geschaltet werden. So ließe sich z.B. ein Reader erstellen, der die wichtigsten Punkte zu einem Thema aus verschiedenen Texten 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. 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.

Die gesetzliche Erlaubnis der geplanten Vorschrift soll nicht nur dem Diensteanbieter zugutekommen, sondern sich auch auf die eigentlichen Nutzungen der Nutzer der Plattformen erstrecken. Mit § 6 UrhDaG-E würde somit 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). Zu der Vorschrift stellen wir die folgenden Fragen:

Warum senkt die gesetzliche Erlaubnis nach § 6 UrhDaG das Schutzniveau gegenüber der aktuellen Rechtslage ab, obwohl dies das Gegenteil dessen bewirkt, was erklärtes und verpflichtendes Ziel der DSM-RL ist? Ist das BMJV der Ansicht, dass die in § 7 UrhDaG-E angeordnete Vergütungspflicht die fehlende unionsrechtliche Grundlage für die Schranke in § 6 UrhDaG-E ersetzen kann? Wie sollen Plattformen maschinell auslesbar erkennen können, ob

ein nichtkommerzieller Zweck vorliegt? Glaubt das BMJV wirklich, dass § 6 Abs. 2 UrhDaG-E "Auffangcharakter" haben wird? Warum sollte ein Diensteanbieter, der gegen Zahlung einer pauschalierten Vergütung eine gesetzliche Lizenz in Anspruch nehmen kann, mit dem Rechtsinhaber eine vertragliche Vereinbarung über die fragliche Nutzung schließen? Wieso sollen Plattformen überhaupt bevorzugt werden, während alle anderen Verwerter selbst im nicht kommerziellen Bereich ganz selbstverständlich Lizenzen auch für Werkausschnitte und kleinste Werke einholen müssen?

7 Schlussbemerkung

Das BMJV erläutert in seinem FAQ-Papier zum Diskussionsentwurf 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 berücksichtige. 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. Die oben gestellten und begründeten Fragen lassen in ihrer Gesamtheit erkennen, dass der von der DSM-RL im Erwägungsgrund 6 formulierte *„angemessene Interessenausgleich zwischen den Urhebern und anderen Rechteinhabern einerseits und den Nutzern andererseits“* sich leider völlig zu Lasten der Rechteinhaber verschoben hat. 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, den 31. Juli 2020

RA Prof. Dr. Christian Sprang

Justiziar

RAin Susanne Barwick, LL.M

Stellvertretende Justiziarin