

Stellungnahme zum Regierungsentwurf

„Entwurf eines 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 am 3.2.2021 veröffentlichten Regierungsentwurf Stellung zu nehmen. Zunächst möchten wir ausdrücklich verschiedene Änderungen des Regierungsentwurfes gegenüber den Diskussionsentwürfen und dem Referentenentwurf positiv würdigen, vor allem den Zusatz in § 27b VGG, wonach Verwertungsgesellschaften von der im Gesetz normierten 2/3 Mindestquote abweichen können sowie die Absenkung der Zeichenanzahl im Rahmen der geringfügigen Nutzungen im UrhDaG. Leider gibt es jedoch in allen Bereichen des Gesetzes weiteren Änderungsbedarf. Im Hinblick auf die für uns wichtigste Regelung, die Wiedereinführung der Verlegerbeteiligung, verweisen wir auf das Positionspapier, welches wir gemeinsam mit VG WORT, VS, dju und DJV veröffentlicht haben.¹ Kurzfristig hat der Börsenverein sich gemeinsam mit anderen Verbänden der Buchbranche auch noch zu dem Vorschlag des Bundesrates zur Schaffung einer Zwangslizenz für die sog. Digitale Leihe geäußert.² In dieser Stellungnahme gehen wir daher nur auf die weiteren für die Buchbranche relevanten Vorschriften des Regierungsentwurfes ein.

Inhaltsverzeichnis

I. Urhebervertragsrecht (§32ff. UrhG-E).....	2
1. § 32 Absatz 2 UrhG-E (Zulässigkeit pauschaler Vergütungszahlungen an Urheber)	2
2. § 32a Abs. 1 S. 1 UrhG-E (Änderung der Formulierung „auffälliges Missverhältnis“)	3
3. § 32a Abs. 2 S.1 UrhG-E (Tatbestandsanpassung an die Vorgaben der Richtlinie)	3
4. § 41 UrhG-E (Rückrufsrecht wegen Nichtausübung).....	4
II. Vorgesehene Änderungen an Urheberrechtsschranken	4
1. § 44b UrhG-E: Text und Data Mining.....	4
2. § 60d UrhG-E: Text und Data Mining zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung.....	5

¹ Abrufbar unter: <https://www.boersenverein.de/politik-positionen/verlegerbeteiligung/>

² <https://www.boersenverein.de/boersenverein/aktuelles/detailseite/boersenverein-nein-zu-einer-ueberstuerzten-gesetzlichen-regelung-fuer-die-e-book-ausleihe/>

3. § 51a UrhG-E (Karikatur, Parodie und Pastiche).....	5
4. § 60a UrhG-E (Unterricht und Lehre): Ergänzung zu Absatz 3 und Einfügung eines neuen Absatz 3a	6
5. § 61d UrhG-E ff. (Nicht verfügbare Werke).....	7
6. § 68 UrhG-E (Vervielfältigungen gemeinfreier visueller Werke).....	7
7. § 142 UrhG-E: Teilweise Entfristung der §§ 60a bis 60h UrhG.....	8
III. Kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung (§ 51ff VGG-E)	8
IV. Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online- Inhalten (UrhDaG-E)	9
1. Einheitliche Umsetzung von Art. 17 DSM-RL.....	9
2. Mutmaßlich erlaubte Nutzungen, §§ 9ff. UrhDaG	9
3. § 2 (Definition Diensteanbieter).....	11
4. § 4 UrhDaG-E (Lizenzeholung durch Diensteanbieter).....	11
5. Schlussbemerkung.....	12

I. 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 Satz 2 UrhG-E vorgesehene Ergänzung sieht neu vor, dass „eine pauschale Vergütung eine angemessene Beteiligung des Urhebers am voraussichtlichen Gesamtertrag der Nutzung gewährleisten und durch die Besonderheiten der Branche gerechtfertigt sein“ muss. Diese Ergänzung ist aus unserer Sicht unnötig, da bereits in § 32 Abs. 2 Satz 1 geregelt ist, dass die angemessene Vergütung sich an „Dauer, Häufigkeit, Ausmaß und Zeitpunkt der Nutzung“ zu orientieren hat. Mit dieser Ergänzung wurde bereits deutlich gemacht, dass Pauschalzahlungen die Ausnahme sein sollen. 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 Satz 2 UrhG-E ist dies aber gerade nicht. Mit der im Regierungsentwurf 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 Satz 2 UrhG-E. Zudem ist Art. 18 DSM-Richtlinie nicht zwingend von den nationalen Gesetzgebern umzusetzen.

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 Gerichtsprozessen 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 (Rückrufsrecht wegen Nichtausübung)

Urheber können nach § 41 UrhG ausschließliche Nutzungsrechte an ihrem Werk zurückrufen, wenn ihr Vertragspartner ihr Werk nicht oder nur unzureichend verwertet. Der Regierungsentwurf schlägt vor, diese Regelung zu verändern und bezieht sich dabei auf Artikel 22 DSM-RL. Dies ist unstreitig, 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 Regierungsentwurf 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.

II. 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 UrhG-E 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 Vervielfältigungen 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 Regierungsentwurf 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. In der Begründung werden dabei Praktiken wie *Remix*, *Meme*, *GIF*, *Mashup*, *Fan Art*, *Fan Fiction*, *Cover* oder *Sampling* erwähnt. Dies halten die Verfasser des Regierungsentwurfs 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, entgingen 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. Der im Regierungsentwurf im Gegensatz zu den Vorentwürfen neu eingefügte Halbsatz, dass „die Nutzung (zum Zweck der Karikatur, der Parodie und des Pastiche) in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt sein muss“, ändert daran nichts.

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.³ 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. 2 UrhG, wonach

³ https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2017/Downloads/02222017_Stellungnahme_boersenverein_RefE_UrhWissG.pdf?__blob=publicationFile&v=2

ganze wissenschaftliche Artikel genutzt werden dürfen, bedarf unseres Erachtens einer Korrektur. Für die Veranschaulichung wird regelmäßig die teilweise Nutzung genügen.

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 wurde nun der im Referentenentwurf noch enthaltene Vergütungsanspruch in § 61d Abs. 5 Referentenentwurf vollständig gestrichen. Das ist aus unserer Sicht nicht akzeptabel, da es sich um urheberrechtlich noch geschützte Werke handelt, die hier genutzt werden. Es ist auch nicht nachzuvollziehen, warum im Fall der kollektiven Lizenzierung gemäß §§ 52ff VGG-E eine Lizenzgebühr zu zahlen ist, im Fall der Schrankenregelung aber keine Vergütung anfallen soll. 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 die Aufnahme des folgenden Absatzes: *Absatz 5: Für Nutzungen nach Absatz 1 hat der Urheber Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung.*

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: Teilweise Entfristung der §§ 60a bis 60h UrhG

Wir begrüßen es zwar, dass im Regierungsentwurf die Befristung der §§ 60a bis 60h UrhG in § 142 UrhG-E nicht vollständig gestrichen wurde, sondern sich nur auf die Vorschriften beziehen soll, die die DSM-Richtlinie zwingend vorgibt. Bestimmte Teile der Vorschriften § 60a, §60d, §§ 60e und f sowie § 60g Abs. 1 und § 60h sollen also in Kraft bleiben. Unklar ist allerdings, wie diese Vorschriften dann nach Ablauf der Befristung rechtssicher angewendet werden sollen. Eine Schule, die einen Blick ins Gesetz wirft, wird nicht verstehen, dass sie sich z.B. nicht mehr auf die 15% in § 60a UrhG berufen kann. Zum Teil sind die nun in § 142 Abs. 3 UrhG-E angeordneten Entfristungen auch nicht nachvollziehbar. Der in § 142 Absatz 3 Nr. 4 UrhG-E genannte § 60h UrhG hat z.B. gar keine Entsprechung in der DSM-Richtlinie. Es gibt keine europäische Vorschrift, nach der eine pauschale Vergütung oder eine repräsentative Stichprobe der gezogenen Nutzungen genügen würde, wie es § 60h UrhG anordnet.

Solange also die Art. 3, 4, 5 und 6 der DSM-Richtlinie nicht wortgetreu umgesetzt werden, sollte § 142 Abs. 3 UrhG-E gestrichen und die Befristung des Abschnittes Teil 1 Abschnitt 6 Unterabschnitt 4 aufrechterhalten bleiben. Der Gesetzgeber hat die Befristung ausdrücklich deshalb angeordnet, um überprüfen zu können, ob durch das Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz der Primärmarkt leidet. Eine teilweise Entfristung vor dem Ende der Evaluation führt zu großer Rechtsunsicherheit und läuft auch dem Sinn und Zweck von deren Anordnung zuwiderlaufen. Durch die Streichung der Entfristung entsteht auch zum jetzigen Zeitpunkt kein Schaden. Die aufgrund der DSM-Richtlinie notwendigen Vorschriften können nach der Evaluierung rechtzeitig vor Ablauf der Frist am 1. März 2023 neu verabschiedet werden.

III. 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 § 52b Abs. 1 VGG-E sollte klargestellt werden, dass nur veröffentlichte Werke erfasst werden. Eine Veröffentlichung von Werken, die nicht gemäß § 6 Abs. 1 UrhG mit Zustimmung des Urhebers in die Öffentlichkeit gelangen, verstößt gegen das Urheberpersönlichkeitsrecht und sollte deshalb auch nicht unter § 52b Abs. 1 VGG-E fallen. Hier sollte eine Regelung wie im bisherigen § 61 Abs. 4 UrhG getroffen werden.
- In § 52b 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 § 52d 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 (§ 51b sowie § 52d Nr. 5) und vor allem, wann ein Werk nicht verfügbar ist (§ 52b sowie § 52d Nr. 6).

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

1. 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 im April 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.

2. Mutmaßlich erlaubte Nutzungen, §§ 9ff. UrhDaG

Das UrhDaG enthält nun – anders als die Vorentwürfe – keine Bagatellschranke mehr, die die Nutzung geringfügiger Werke erlaubt. Stattdessen soll nun Overblocking durch sogenannte „mutmaßlich erlaubte Nutzungen“ vermieden werden. Letztendlich haben die §§ 9ff. UrhDaG im Regelzusammenhang aber im Endeffekt die gleiche Wirkung wie eine Schranke. Urheber haben – wenn keine gesetzlichen Schrankenregelungen greifen – das Recht zu entscheiden, ob, wo und wie ihr Werk veröffentlicht wird. Dieses Recht wird ihnen im Hinblick auf Plattformen wie Youtube nun genommen. Es stellt zwar eine erhebliche Verbesserung dar, dass nun nicht mehr 1.000, sondern nur noch 160 Zeichen als geringfügig gelten. Es bleibt aber das prinzipielle Problem, dass 160 Zeichen oder 15 Sekunden Tonspur in nutzergenerierten Inhalten auf Plattformen solange genutzt werden, bis über die Beschwerde eines Rechteinhabers entschieden wurde. Das kann bis zu einer Woche dauern – und paradoxerweise muss der Rechteinhaber in diesem Verfahren erst die Vermutung widerlegen, dass die Nutzung

unter eine Schrankenregelung (Zitat, Parodie, Pastiche etc.) fällt. Sollte sich dann im Beschwerdeverfahren herausstellen, dass die Nutzung nicht unter eine urheberrechtliche Schrankenregelung fällt, so haften weder Plattform noch Nutzer für die zwischenzeitliche illegale Nutzung der Werkteile. Dies privilegiert die Plattformen gegenüber allen anderen Nutzern, die zum Beispiel eine eigene Webseite, einen Verlag oder eine Filmproduktionsgesellschaft betreiben. Denn solche Unternehmen müssen allesamt auch für geringfügige Nutzungen Lizenzen einholen oder dafür haften, wenn sie dies nicht getan haben.

Noch problematischer ist die Regelung, wonach ein Nutzer sich gemäß §§ 9,11 UrhDaG-E über das Blockierverlangen eines Rechteinhabers hinwegsetzen kann, in dem er die Nutzung als „gesetzlich erlaubt“ kennzeichnet. Natürlich sollen für Plattformen und ihre Uploader unbedingt die urheberrechtlichen Schrankenregelungen gelten, die ja in bestimmten Fällen die Nutzung fremder Werke für zulässig erklären. Auch bislang hatte noch nie ein Rechteinhaber etwas dagegen, wenn zum Beispiel ein Uploader Teile eines fremden Textes zum Beleg eigener Aussagen zitiert. Problematisch ist es aber, wenn vollständige Texte und Hörbücher oder große Teile davon auf Youtube oder anderen Plattformen abrufbar sind. Nach dem jetzigen Entwurf der gesetzlichen Regelungen können immer noch etwas weniger als die Hälfte eines Werkes, z.B. eines Hörbuches, oder mehrere Werke hochgeladen werden, wenn sie zugleich mit eigenen Inhalten kombiniert werden. In beiden Fällen ist kaum vorstellbar, dass die Nutzung unter eine Schrankenregelung fällt. Trotzdem soll sich der Nutzer hier gegen ein Blockierverlangen durchsetzen können. Der Nutzer kann also theoretisch wider besseres Wissen behaupten, dass die fremde Werknutzung unter eine gesetzliche Schranke wie Zitat, Parodie, Pastiche etc. fällt. Die Plattform haftet in diesen Fällen nicht. Unklar ist, ob der Nutzer haftet. Wenn ja, fehlt in diesen Fällen zumindest eine entsprechende Vorschrift, wonach die Plattform die Nutzerdaten herausgeben muss. Es reicht in diesem Zusammenhang nicht aus, dass einem Nutzer, der durch den missbräuchlichen Gebrauch des „Flaggens“ auffällt, für eine gewisse Zeit die Möglichkeit des „Flaggens“ genommen wird. Der Rechteinhaber muss jedenfalls bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens den Upload dulden, es sei denn, er kann nachweisen, dass die offensichtlich illegale Nutzung ihm erheblichen wirtschaftlichen Schaden zufügt. Die gesetzliche Vergütung, die die Plattform dafür zahlen muss, ist hier nur ein geringer Trost, zumal davon – nach jetzigem Stand des Gesetzgebungsverfahrens – nur die Urheber profitieren, nicht aber die ebenfalls geschädigten Verlage.

Obwohl Art. 17 DSM-RL die Kreativen im Kampf gegen illegale Uploads auf reichweitenstarken Plattformen besser stellen wollte, bewirken die Regelungen des UrhDaG-E einen Rechtszustand, der für die Rechteinhaber faktisch eine Verschlechterung des bisherigen Zustands darstellt.

Der Regierungsentwurf 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 Blockierung (*stay down*) ein wichtiges Mittel, um Schäden von Rechteinhabern und Urhebern abzuwenden. Die Blockierung 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.

3. § 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 Diensteanbieter entfallen, ohne dass es einer generellen Privilegierung dieser Gruppe bedarf.

4. § 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 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.

5. Schlussbemerkung

Im FAQ-Papier zum Regierungsentwurf wird erläutert, 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. 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 Lizenzeinholung 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, 09.04.2021

RA Prof. Dr. Christian Sprang
Justiziar

RAin Susanne Barwick, LL.M.
Stellvertretende Justiziarin