



Stellungnahme

der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.

zu dem Diskussionsentwurf des Bundesministeriums für Justiz und
Verbraucherschutz für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des
Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes

Veröffentlicht unter:
Creative Commons CC-by 4.0 Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.

INHALTSVERZEICHNIS

A.	ERGEBNISSE	2
B.	VORBEMERKUNG.....	3
C.	STELLUNGNAHME.....	4
I.	URheberRECHTS-DIENSTeANBIETER-GESETZ	4
1.	§ 1 URHDAG-E: GRUNDSÄTZE DER HAFTUNG VON DIENSTeANBIETERN	4
2.	§ 2 URHDAG-E: DEFINITION VON DIENSTeANBIETERN	5
3.	§ 4 URHDAG-E: ERWERB VON NUTZUNGSRECHTEN	6
4.	§ 5 URHDAG-E: SCHRANKEN FÜR ZITATE, KARIKATUREN, PARODIEN UND PASTICHES	7
5.	§ 6 URHDAG-E: BAGATELLSCHRANKE	8
6.	§ 7 URHDAG-E: DIREKTVERGÜTUNGSANSPRUCH FÜR URHEBER*INNEN	10
7.	§ 8 URHDAG-E: PRE-FLAGGING ERLAUBTER NUTZUNGEN.....	11
8.	§§ 10 – 12 URHDAG-E: AUTOMATISIERTE SPERRUNG UND LÖSCHUNG VON INHALTEN	14
9.	§ 16 URHDAG-E HAFTUNGS AUSSCHLUSS FÜR GEKENNZEICHNETE INHALTE.....	20
10.	§ 19 URHDAG: MAßNAHMEN GEGEN MISSBRAUCH	20
II.	FREIE BENUTZUNG UND SCHRANKENBESTIMMUNGEN.....	32
III.	NICHT VERFÜGBARE WERKE	34
IV.	GEMEINFREIE VISUELLE WERKE	35
V.	URHEBERVERTRAGSRECHT	36

ERGEBNISSE

1. **Artikel 17 DSM-RL ist grundrechtswidrig.** Die vorgeschlagene Umsetzung dieser Norm in Form eines Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes (UrhDaG-E) kann die grundrechtlichen Einwände gegen die europäische Rechtsgrundlage nicht ausräumen, auch wenn an zahlreichen Stellen des Diskussionsentwurfs erkennbar ist, dass das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz (BMJV) eine grundrechtskonforme Umsetzung anstrebt.
 - a) §§ 10 und 12 UrhDaG-E stellen **unzulässige allgemeine Überwachungs-pflichten** dar und müssen gestrichen werden.
 - b) In Bezug auf § 11 UrhDaG-E besteht ebenfalls die Gefahr einer allgemeinen Überwachungspflicht, es ist jedoch möglich, diese Regelung mit einigen Anpassungen gemäß der aktuellen Rechtsprechung des EuGHs grundrechtskonform auszugestalten.
 - c) Mit § 4 UrhDaG-E ist es gelungen, Art. 17 Abs. 4 lit. a DSM-RL auf eine Weise umzusetzen, die die Einführung einer allgemeinen Überwachungspflicht vermeidet. Diese Regelung ist zu begrüßen.
2. Die Möglichkeit, legale Nutzungen gemäß § 8 UrhDaG-E zu kennzeichnen, **kann die Zahl fälschlicher Sperrungen legaler Inhalte (Overblocking) deutlich reduzieren.** Es fehlen jedoch Schutzvorkehrungen für Fälle, wenn eine solche Kennzeichnung beim Upload nicht möglich ist (z.B. Livestreams, bereits auf der Plattform befindliche Inhalte).
3. Die Einführung neuer Urheberrechtsschranken ist zu begrüßen. Insbesondere der Vorschlag für eine maschinell überprüfbare, **pauschalvergütete gesetzliche Erlaubnis in § 6 UrhDaG-E** für geringfügige Nutzungen urheberrechtlich geschützter Werke ist geeignet, große Teile der Alltagskultur im Netz aus der rechtlichen Grauzone zu holen. Diese neue „Bagatellschranke“ ist **europarechtlich zulässig** und für einen fairen Interessenausgleich geboten.
4. Die **Maßnahmen gegen Missbrauch in § 19 UrhDaG-E** stellen eine wichtige Schutzvorkehrung insbesondere für die Rechte von Nutzer*innen und Urheber*innen dar. Sie **müssen jedoch konkretisiert und um Informationspflichten ergänzt werden**, um gerichtlich durchsetzbar zu sein.
5. Die Definition der betroffenen Diensteanbieter enthält erfreuliche Konkretisierungen, die geeignet sind, **bestimmte Plattformen aus dem Anwendungsbereich von Artikel 17 DSM-RL zu entfernen**, die nicht Ziel dieser Regelung sind (z.B. Datingplattformen wie Tinder, Nachrichtenaggregatoren wie reddit). Auch die Vermutungsregelung zu Gunsten kleiner Plattformbetreiber ist zu begrüßen.

A. **VORBEMERKUNG**

Hauptgegenstand dieser Stellungnahme ist der Entwurf für ein Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG-E), mit dem das Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz plant, den hoch umstrittenen Artikel 17 Richtlinie 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL) in nationales Recht umzusetzen. In einem zweiten Abschnitt äußert sich die Gesellschaft für Freiheitsrechte außerdem knapp zu einigen anderen Aspekten des Diskussionsentwurfs, die von besonderer grundrechtlicher Bedeutung sind, insbesondere die Vorschläge zu den Schrankenbestimmungen, den nicht verfügbaren Werken, gemeinfreien visuellen Werken und dem Urhebervertragsrecht.

Die Gesellschaft für Freiheitsrechte hat erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit von Artikel 17 DSM-RL mit den in der Grundrechtecharta verbürgten Grundrechten der Diensteanbieter und ihrer Nutzer*innen. Artikel 17 DSM-RL sieht ein Haftungssystem zur Durchsetzung des Urheberrechts und verwandter Schutzrechte im Internet vor, das aus unserer Sicht nicht geeignet ist, um die grundrechtlich geschützten Interessen der Nutzer*innen, der Diensteanbieter und der Rechteinhaber*innen in Einklang zu bringen. Unsicherheiten in diesem Spannungsverhältnis gehen nach der Konzeption von Artikel 17 DSM-RL regelmäßig zu Lasten der Nutzer*innen. Denn im Zweifel werden die Plattformen Inhalte eher sperren, als sich Haftungsrisiken auszusetzen.

Technisch ist eine Überprüfung auf mögliche Urheberrechtsverletzungen in dem erforderlichen Maßstab nur durch Uploadfilter möglich. Die automatisierte Rechtsdurchsetzung ist aber gerade in den grundrechtssensiblen Bereichen des Urheberrechts besonders problematisch. Automatisierte Techniken sind nicht in der Lage zu erkennen und zu prognostizieren, ob bestimmte Inhalte und Nutzungen im jeweiligen Kontext von einer Schrankenregelung gedeckt sind, oder nicht.

Artikel 17 DSM-RL führt zu einer strukturellen Beeinträchtigung der Grundrechte der Nutzer*innen und der Diensteanbieter. Die Sperrung legaler Inhalte durch Filtertechnologien führt zu schwerwiegenden Eingriffen in die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 11 Abs. 1 GrCH) der Nutzer*innen. Dies wird noch verstärkt durch die Gefahr von Overblocking, die Sperrung legal hochgeladener Inhalte durch die Plattformbetreiber, um Haftungsrisiken zu minimieren, und *chilling effects* für die Nutzer*innen, die ggf. vom Upload legaler Inhalte absehen, wenn

eine automatische Sperrung und Löschung drohen. Die Diensteanbieter werden durch die Pflicht zur Filterung in ihrer unternehmerischen Freiheit (Art. 16 GrCH) beeinträchtigt.

Nach der Rechtsprechung des EuGHs muss eine Unionsregelung selbst klare und präzise Regelungen vorweisen, die den Schutz der betroffenen Grundrechte garantieren. Der europäische Gesetzgeber ist dieser Pflicht nicht nachgekommen. Stattdessen definiert er in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL lediglich das Ziel, dass es nicht zur Sperrung legaler Inhalte kommen darf, und überlässt die Gestaltung dieser elementaren Schutzvorkehrungen in unzulässiger Weise vollständig den Mitgliedstaaten.

Der Diskussionsentwurf kann diese strukturellen Defizite nicht ausräumen. Die Gesetzgeber der Mitgliedstaaten sind bei der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht an die zentralen Weichenstellungen von Artikel 17 DSM-RL gebunden. Der Diskussionsentwurf lässt zwar Bemühungen erkennen, die in Artikel 17 DSM-RL angelegten Grundrechtseingriffe zu entschärfen, wir halten diese Vorkehrungen allerdings nicht für ausreichend. Im Folgenden schlagen wir daher Ergänzungen des Entwurfs vor, mit dem Ziel, im Rahmen der Vorgaben von Artikel 17 DSM-RL die betroffenen Grundrechte sowohl der Nutzer*innen als auch der Diensteanbieter und der Rechteinhaber*innen möglichst weitgehend zu wahren und in Ausgleich zu bringen.

B. **STELLUNGNAHME**

I. **URHEBERRECHTS-DIENSTEANBIETER-GESETZ**

Die Gesellschaft für Freiheitsrechte nimmt zum Diskussionsentwurf zur Umsetzung des hoch umstrittenen Artikel 17 DSM-RL in einem neuen Stammgesetz, dem Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG-E), unter dem eingangs erwähnten Vorbehalt Stellung, dass wir die Vereinbarkeit von Artikel 17 mit der EU-Grundrechtecharta insgesamt anzweifeln. Eine Berücksichtigung der folgenden konkreten Verbesserungsvorschläge kann zu einer möglichst grundrechtsschonenden Umsetzung beitragen, diese grundsätzlichen Vorbehalte jedoch nicht gänzlich ausräumen.

1. **§ 1 UrhDaG-E: Grundsätze der Haftung von Diensteanbietern**

Die Umsetzung von Artikel 17 in einem Stammgesetz und die damit einhergehende separate Regelung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe durch die Online-Diensteanbieter in § 1 Abs. 1 UrhDaG-E ist sachgerecht. Diese Umsetzungstechnik fördert nicht nur die Übersichtlichkeit angesichts der äußerst komplexen europarechtlichen Vorlage, sondern trägt auch dem Charakter des Artikel 17 als Erweiterung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe gegenüber Artikel 3 InfoSoc-

Richtlinie Rechnung. Wie der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen zu den beiden anhängigen EuGH-Fällen YouTube und Cyando jüngst deutlich gemacht hat, geht der Begriff der öffentlichen Wiedergabe in Art. 17 Abs. 1 DSM-RL über das europarechtlich harmonisierte Recht der öffentlichen Wiedergabe gemäß Art. 3 InfoSoc-Richtlinie hinaus. Artikel 17 stellt demnach keinesfalls eine bloße Klarstellung des Begriffs der öffentlichen Wiedergabe im Sinne der InfoSoc-Richtlinie dar.¹

In § 1 Abs. 2 UrhDaG-E wird konkretisiert, anhand welcher Kriterien beurteilt werden soll, ob ein Diensteanbieter seine Pflichten nach §§ 4, 10 und 11 UrhDaG-E erfüllt hat. Dazu gehört unter anderem gemäß § 1 Abs. 2 Nr. 3 UrhDaG-E „die Verfügbarkeit geeigneter und wirksamer Mittel zur Erfüllung der Pflichten“. Hier muss im Einklang mit Art. 17 Abs. 7 DSM-RL klargestellt werden, dass nur solche Mittel als geeignet und wirksam angesehen werden können, die sicherstellen, dass es nicht zur Sperrung legaler Inhalte kommt, die Nutzer*innen auf den Dienst hochladen.

Der Vorschlag im Diskussionsentwurf, Diensteanbieter vom Haftungsbegrenzungsmechanismus nach § 1 Abs. 2 UrhDaG-E auszunehmen, deren Hauptzweck es ist, sich an Urheberrechtsverletzungen zu beteiligen oder sie zu erleichtern, ist gemäß Artikel 17 DSM-RL zwar nicht zwingend erforderlich. Diese Regelung könnte aber geeignet sein, der von einigen Rechteinhaber*innen geäußerten Befürchtung zu begegnen, dass Diensteanbieter den Mechanismus des Pre-Flagging nach § 8 UrhDaG-E missbrauchen könnten, um einer Haftung zu entgehen. Diese in § 1 Abs. 4 UrhDaG-E vorgenommene Regelung sollte hinreichend sein, dahingehende Befürchtungen auszuräumen.

2. **§ 2 UrhDaG-E: Definition von Diensteanbietern**

Die Definition der betroffenen Diensteanbieter nimmt eine willkommene Präzisierung der Legaldefinition aus Art. 2 Abs. 6 DSM-RL vor, indem sie das Kriterium aus Erwägungsgrund 62 DSM-RL übernimmt, dass nur Diensteanbieter erfasst sein sollten, die mit Online-Inhaltendiensten um dieselben Zielgruppen konkurrieren. Diese Klarstellung ist sehr wichtig für erhebliche Teile der Online-Wirtschaft, die möglicherweise alle anderen Kriterien der Legaldefinition erfüllen, aber nicht Regelungsziel des Artikel 17 sind, beispielsweise Datingportale oder Hobbyplattformen für den Austausch von Rezepten.

Um eine richtlinienkonforme Auslegung zu befördern, wäre allerdings eine Erläuterung hilfreich, was mit Online-Inhaltendiensten im Sinne des § 2 Abs. 1 Nr. 4

¹ Schlussanträge des Generalanwalts Henrik Saugmandsgaard Øe vom 16. Juli 2020 Verbundene Rechtssachen C-682/18 und C-683/18, ECLI:EU:C:2020:586, Rn. 249-255.

UrhDaG-E gemeint ist, was also Online-Inhaltedienste von Diensteanbietern unterscheidet. Erwägungsgrund 62 DSM-RL führt als Beispiele für Online-Inhaltedienste Audio- und Videostreamingdienste an. In der politischen Debatte hat tatsächlich eine etwaige Konkurrenz von Diensteanbietern für nutzergenerierte Inhalte mit Streamingdiensten wie Spotify oder Netflix eine wesentliche Rolle gespielt. Der Unterschied zwischen Diensteanbietern i.S.d. § 2 UrhDaG-E und Online-Inhaltediensten besteht also vor allem darin, dass Online-Inhaltedienste Werke, an denen sie eine Lizenz erworben haben, selbst bereitstellen, während es sich bei Diensteanbietern um „*User Generated Content*“-Plattformen handelt, bei denen die Nutzer*innen Inhalte hochladen.² Eine dahingehende Klarstellung würde die richtlinienkonforme Auslegung des § 2 UrhDaG-E unterstützen.

Unklar ist allerdings, warum der Diskussionsentwurf nur eines von zwei Kriterien aus Erwägungsgrund 62 DSM-RL in die Legaldefinition in § 2 UrhDaG-E übernimmt. Neben dem Kriterium der Konkurrenz um dieselben Zielgruppen sollen demnach nur Diensteanbieter erfasst werden, „die auf dem Markt für Online-Inhalte eine wichtige Rolle spielen“. Diese durchaus wichtige Präzisierung sollte ebenfalls übernommen werden.

Wir begrüßen ferner die Definition kleiner Diensteanbieter in § 2 Abs. 3 UrhDaG-E und die damit verbundene Vermutung in § 10 Abs. 3 UrhDaG-E, dass kleine Diensteanbieter nicht zur Sperrung verpflichtet sind. Dies trägt zum Ausgleich der Grundrechte kleiner Diensteanbieter als auch der Nutzer*innen mit denen der Rechteinhaber*innen bei.

3. **§ 4 UrhDaG-E: Erwerb von Nutzungsrechten**

§ 4 UrhDaG-E setzt Art. 17 Abs. 4 lit. a DSM-RL in deutsches Recht um, dessen Grundrechtskonformität in der wissenschaftlichen Debatte angezweifelt wurde.³ Zumindest in diesem Punkt scheint der Diskussionsentwurf geeignet, die Gefahr einer – europarechtlich und grundrechtlich ausgeschlossen – allgemeinen Überwachungspflicht abzuwenden. Es wird ein pragmatischer Weg vorgegeben, wie Diensteanbieter nachweisen können, „alle Anstrengungen“ zur Einholung von

² Siehe auch Schlussanträge des Generalanwalts Henrik Saugmandsgaard Øe vom 16. Juli 2020 Verbundene Rechtssachen C-682/18 und C-683/18, ECLI:EU:C:2020:586, Rn. 47: „Insbesondere träten diese Plattformen nämlich in einen unlauteren Wettbewerb mit den traditionellen Medien (Radio- und Fernsehsendern usw.) und den Anbietern digitaler Inhalte (Spotify, Netflix usw.), die die von ihnen verbreiteten Inhalte ihrerseits gegen Entgelt von den Rechtsinhabern erwürben und aufgrund dieses unlauteren Wettbewerbs dazu neigten, diesen eine geringere Vergütung zu zahlen, um wettbewerbsfähig zu bleiben.“

³ Vgl. Spindler, Gutachten zur Urheberrechtsrichtlinie (DSM-RL) Europarechtliche Vereinbarkeit (Artikel 17), Vorschläge zur nationalen Umsetzung und zur Stärkung der Urheberinnen und Urheber, erstattet im Auftrag der Fraktion Bündnis 90/Die Grünen im deutschen Bundestag. Abrufbar unter: <https://perma.cc/A5YR-94ZJ>

Autorisierungen für die öffentliche Wiedergabe der Werke vorgenommen zu haben, die ihre Nutzer*innen hochladen.

Besonders wichtig ist hier die Präzisierung in § 4 Abs. 2 UrhDaG-E, dass sich die Verpflichtung auf Werkarten bezieht, die typischerweise auf den jeweiligen Dienst hochgeladen werden. Artikel 17 basiert auf der Prämisse, dass die Diensteanbieter grundsätzlich vom Hochladen fremder urheberrechtlich geschützter Inhalte profitieren. Dies ist aber nicht in Bezug auf alle Werkarten der Fall. So kann eine Videoplattform etwa nicht technisch verhindern, dass beispielsweise Softwarecode auf diese Plattform hochgeladen wird, der in Textform in einem Video eingeblendet wird, es wäre aber abwegig deshalb davon auszugehen, dass eine Videoplattform zum Teilen von geschütztem Software-Code geeignet wäre oder gar wirtschaftlich davon profitiert. Es ist also folgerichtig, dass sich ein Diensteanbieter einer solchen Videoplattform nicht um Lizenzen für Software bemühen muss, auch wenn die theoretische Möglichkeit besteht, dass Nutzer*innen diese hochladen könnten.

Trotz dieser willkommenen Konkretisierung ist es zweifelhaft, ob die Verwendung des Begriffs „alle Anstrengungen“ der Rechtssicherheit zuträglich ist, obwohl es sich hierbei um eine falsche Übersetzung des englischen Originals „best efforts“ handelt, wie in der Begründung des Diskussionsentwurfs (S. 85 f.) auch eingeräumt wird. Der Gesetzgeber sollte sich hier am englischen Original orientieren und stattdessen eine Formulierung wie „bestes Bemühen“ wählen, die deutlich macht, dass hier kein höherer, absoluter Anspruch an Diensteanbieter gestellt wird, als in den anderen Sprachfassungen der DSM-RL nahegelegt.

4. **§ 5 UrhDaG-E: Schranken für Zitate, Karikaturen, Parodien und Pastiche**

§ 5 UrhDaG-E setzt im Wesentlichen die Vorgaben von Art. 17 Abs. 7 DSM-RL um. Zum Inhalt der betreffenden Schrankenbestimmungen äußert sich die Gesellschaft für Freiheitsrechte im Rahmen der Änderungen am Urheberrechtsgesetz.⁴ Allgemein ist zu den Schrankenbestimmungen anzumerken, dass Art. 17 Abs. 7 DSM-RL nicht nur erfordert, die betreffenden Schrankenbestimmungen in nationales Recht umzusetzen, sondern auch, sie vor einer vertraglichen Aushebelung, insbesondere durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen des Diensteanbieters, zu schützen. Weiterhin muss sichergestellt werden, dass Diensteanbieter im Rahmen ihrer Kooperation mit Rechteinhaber*innen keine legalen Nutzungen, etwa im Rahmen von Schrankenbestimmungen, sperren.⁵

⁴ Siehe Abschnitt C. II. dieser Stellungnahme.

⁵ Siehe Abschnitte C. I. 7 und 10 dieser Stellungnahme zum Pre-Flagging gemäß § 8 UrhDaG-E und zu den Maßnahmen gegen Missbrauch gemäß § 19 UrhDaG-E.

5. § 6 UrhDaG-E: Bagatellschranke

Die Einführung einer neuen Schranke für maschinell überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen ist uneingeschränkt zu begrüßen und stellt einen echten Mehrwert für Nutzer*innen dar, deren Interessen in der Verhandlung von Artikel 17 vernachlässigt wurden. Eine Stärkung der Rechtsposition der Nutzer*innen ist im Zuge der nationalen Umsetzung zwingend erforderlich, um die Akzeptanz der Urheberrechtsreform in ihrer Gänze zu erhöhen, deren Verabschiedung auf EU-Ebene zu Massenprotesten mit mindestens 170.000 Teilnehmer*innen geführt hat.⁶ § 6 UrhDaG-E greift die wichtige Forderung aus der Zivilgesellschaft auf, mehr alltägliche Nutzungshandlungen zu legalisieren und den Interessen der Rechteinhaber*innen durch eine pauschale Vergütung dieser Nutzungen entgegenzukommen (Prinzip „Vergüten statt Verbieten“).

§ 6 UrhDaG-E ist weiterhin ein elementarer Baustein für das Funktionieren des Pre-Flagging-Systems nach § 8 UrhDaG-E, da im Allgemeinen nicht davon ausgegangen werden kann, dass Nutzer*innen – insbesondere Privatpersonen, die durch § 6 UrhDaG-E begünstigt werden – den äußerst komplexen Geltungsbereich der existierenden Urheberrechtsschranken in allen Fällen werden einschätzen können. § 6 UrhDaG-E fügt diesem Schrankenatalog eine klar abgegrenzte, leicht verständliche und automatisch überprüfbare Schrankenbestimmung hinzu, von der diese Privatpersonen profitieren können. Leider versäumt der Diskussionsentwurf es, eine Verpflichtung für die Diensteanbieter einzuführen, die gesetzlich erlaubten Nutzungen nach § 6 UrhDaG-E auch tatsächlich technisch zu garantieren, indem Nutzungen gemeldeter Inhalte, die unter die Bagatellgrenze fallen, von Sperrungen nach § 10–11 UrhDaG-E automatisch ausgenommen werden. Ein solches Vorgehen wird im Titel von § 6 UrhDaG-E „maschinell überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen“ nur angedeutet.

Die europarechtliche Zulässigkeit des § 6 UrhDaG-E ist im Diskussionsentwurf überzeugend dargelegt. Wissenschaftliche Analysen der Natur des Artikel 17 DSM-RL kommen zu dem Schluss, dass auch deutlich weiterreichende pauschale Autorisierungen für Nutzungshandlungen unter Artikel 17 denkbar sind, sofern diese Autorisierungen sich nur auf solche Handlungen der Nutzer*innen erstrecken, die nichtkommerzielle Zwecke verfolgen oder keine erheblichen Einnahmen erzielen.⁷ Demzufolge ist die europarechtliche Zulässigkeit einer gesetzlichen Erlaubnis unabhängig davon gegeben, ob Artikel 17 über das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung in Art. 3 InfoSoc-Richtlinie hinausgeht, da es sich bei Artikel

⁶ Demos gegen Uploadfilter: Alle Zahlen, alle Städte. Abrufbar unter:

<https://netzpolitik.org/2019/demos-gegen-uploadfilter-alle-zahlen-alle-staedte/>

⁷ Husovec & Quintais: How to License Article 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms, abrufbar unter:

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3463011

17 DSM-RL in jedem Fall um eine *lex specialis* zur InfoSoc-Richtlinie handelt und Artikel 17 die Möglichkeit verschiedener Mechanismen zur Autorisierung der Handlungen öffentlicher Zugänglichmachung durch die Diensteanbieter vorsieht, für die der individuelle Lizenzvertrag lediglich ein Beispiel ist.⁸

Die Frage, ob Artikel 17 DSM-RL das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung erweitert oder lediglich klarstellt, ist Gegenstand der anhängigen EuGH-Verfahren YouTube (C-682/18) und Cyando (C-683/18). Der Generalanwalt argumentiert in seinen Schlussanträgen eindringlich, dass es sich bei Artikel 17 um keine bloße Klarstellung des Rechts auf öffentliche Zugänglichmachung nach Art. 3 InfoSoc-Richtlinie handeln kann.⁹ Es spricht also viel dafür, dass es sich bei Artikel 17 um eine *sui generis*-Erweiterung des Rechts der öffentlichen Zugänglichmachung handelt.

Der Zulässigkeit von § 6 UrhG-E steht auch Artikel 25 DSM-RL nicht entgegen, der sich lediglich mit der Frage beschäftigt, ob Mitgliedstaaten Ausnahmen oder Beschränkungen zum selben Sachverhalt wie die in der DSM-RL vorgesehenen Ausnahmen oder Beschränkungen beibehalten oder einführen dürfen, die über den in der DSM-RL vorgesehenen Geltungsbereich hinausgehen. Dies wird bejaht, sofern diese von der DSM-RL nicht vorgesehenen Ausnahmen ihrerseits mit den Vorgaben der Richtlinien 96/9/EG oder 2001/29/EG vereinbar sind. Artikel 25 DSM-RL kommt aber gar nicht zur Anwendung, wenn ein Mitgliedstaat eine Ausnahme oder Beschränkung einführt, die durch die DSM-RL selbst vorgesehen ist und die nicht über den Geltungsbereich hinausgeht, den die DSM-RL erlaubt. Art. 17 Abs. 1 DSM-RL erlaubt diesbezüglich die Autorisierung der Handlungen der öffentlichen Zugänglichmachung durch Diensteanbieter mittels anderer Mechanismen als Lizenzen (etwa durch eine pauschalvergütete Urheberrechtsschranke, die eine gesetzliche Autorisierung darstellt) und Art. 17 Abs. 2 DSM-RL erstreckt diese Autorisierung auf bestimmte Nutzungshandlungen der Nutzer*innen. Insofern hat Art. 17 Abs. 2 DSM-RL selbst den Charakter einer Ausnahme oder Beschränkung und § 6 UrhG-E setzt diese in nationales Recht um. Lediglich wenn § 6 UrDaG-E über die Autorisierung in Art. 17 Abs. 2 DSM-RL hinausgehen würde, etwa wenn er auch kommerzielle Nutzungshandlungen erlauben würde, die erhebliche Einnahmen erzielen, wäre die Kompatibilität dieser Regelung mit Artikel 25 DSM-RL zu prüfen.

In diesem Zusammenhang ist es bedauerlich, dass der Diskussionsentwurf § 6 UrDaG-E auf nichtkommerzielle Nutzungen beschränkt. Einerseits widerspricht diese Eingrenzung der Regelungslogik des Artikel 17, wonach die Schrankenbestimmung in § 6 UrDaG-E auch die Nutzungshandlung durch den Diensteanbieter

⁸ Art. 17 Abs. 1 Unterabs. 2 DSM-RL.

⁹ Schlussanträge des Generalanwalts Henrik Saugmandsgaard Øe vom 16.7.2020, Verbundene Rechtssachen C-682/18 und C-683/18, Rn. 249-255.

abdecken müsste, der qua Definition die Uploads seiner Nutzer*innen zum Zwecke der Gewinnerzielung bewirbt. Zwar würde sich die gesetzliche Erlaubnis der nichtkommerziellen Nutzungshandlungen der Nutzer*innen durch § 9 Abs. 2 UrhDaG-E auch auf Handlungen des Diensteanbieters erstrecken. Im Sinne der Regelungslogik des Artikel 17 wäre es jedoch stringenter, wenn § 6 UrhDaG-E die Nutzungshandlung des Diensteanbieters privilegiert und sich diese Erlaubnis durch § 9 Abs. 1 auf die Nutzungshandlungen der Nutzer*innen erstreckt, die mit ihren Uploads keine erheblichen Einnahmen erzielen.

Diese Vorgehensweise hätte auch den Vorteil, dass Nutzungshandlungen erfasst würden, die von zumindest semi-professionell betriebenen Accounts ausgehen (etwa Accounts von Journalist*innen oder Influencer*innen, die ihre Accounts sowohl beruflich als auch privat nutzen), aber für sich genommen keine erheblichen Einnahmen erzielen. Im Zuge der maschinellen Überprüfung des Vorliegens einer erlaubten Nutzungshandlung im Sinne des § 6 UrhDaG-E könnten Diensteanbieter dann automatisch überprüfen, ob der betreffende Upload im Wege der Monetarisierung erhebliche Einnahmen erzielt oder nicht.

Die vorgeschlagenen Bagatellgrenzen von 20 Sekunden für Audio- und audiovisuelle Inhalte, 1000 Zeichen für Text und 250 Kilobyte für einzelne Bilder erscheinen insgesamt ausgewogen. Diese Grenzen sind zwar nicht geeignet, alle Formen der Alltagskultur auf Onlineplattformen abzubilden, aber sie sind ausreichend für einige alltägliche Nutzungsformen.¹⁰ Geringer sollten sie allerdings nicht ausfallen, da bereits jetzt zweifelhaft ist, ob diese Nutzungsformen sehr kurzer Ausschnitte überhaupt einen wirtschaftlichen Schaden für Rechteinhaber*innen bedeuten, der eine Pauschalvergütung durch die Diensteanbieter rechtfertigen würde. Andererseits ist diese Pauschalvergütung für die politische Akzeptanz der Bagatellschranke sicherlich von großer Bedeutung, weshalb an der im Diskussionsentwurf vorgeschlagenen Balance mit Blick auf den Umfang der erlaubten Nutzungen festgehalten werden sollte.

6. **§ 7 UrhDaG-E: Direktvergütungsanspruch für Urheber*innen**

Die Gesellschaft für Freiheitsrechte begrüßt die in § 7 Abs. 1 UrhDaG-E vorgesehene Einführung eines Direktvergütungsanspruchs der Urheber*innen für vertragliche Nutzungen ihrer Werke durch Diensteanbieter. Artikel 27 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte schützt einerseits das Recht auf Teilhabe am kulturellen Leben und wissenschaftlichen Fortschritt, andererseits das Recht auf

¹⁰ Reaction Gifs, die Ausschnitte aus Filmen verwenden, ohne diese zu verändern, oder zumindest sehr kurze *LipDub*-Videos, bei denen Nutzer*innen eigene Videos mit Ausschnitten geschützter Musik unterlegen. wären von dieser Bagatellschranke abgedeckt, während ihre Qualifikation als Karikatur, Parodie oder Pastiche gemäß § 51a UrhG-E zumindest nicht eindeutig zu bejahen ist.

Schutz der geistigen und materiellen Interessen der Urheber*innen.¹¹ Vor dem Hintergrund dieser Balance ist es wichtig darauf zu achten, dass Ausweitungen des Urheberrechts zulasten des Zugangs zu Wissen und Kultur, wie sie mit Artikel 17 DSM-RL einher gehen, auch tatsächlich den Urheber*innen zu Gute kommen und nicht nur den intermediären Rechteinhaber*innen.

7. § 8 UrhDaG-E: Pre-Flagging erlaubter Nutzungen

Die Gesellschaft für Freiheitsrechte begrüßt, dass der Diskussionsentwurf konkrete Vorschläge enthält, wie das in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL formulierte Ziel, dass die Kooperation zwischen Rechteinhaber*innen und Diensteanbietern nicht zur Sperrung legaler Nutzungen führen darf, erreicht werden kann. Das Pre-Flagging-System in § 8 UrhDaG-E leistet hierzu einen wichtigen Beitrag. Für sich allein genommen kann der Pre-Flagging-Mechanismus allerdings nicht sicherstellen, dass die Sperrung von legalen Nutzungen vollständig vermieden wird, und muss deshalb mit weiteren Maßnahmen flankiert werden.¹²

§ 8 UrhDaG-E erlaubt zumindest den Nutzer*innen, die über einen hohen Kenntnisstand bzgl. des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte verfügen, bestimmte häufige Fehler technischer Inhalteerkennungssysteme zu antizipieren und ihre legalen Uploads vor der fälschlichen Sperrung zu schützen, indem sie diese beim Upload als legale Nutzungen kennzeichnen. Zumindest im Regelfall dürfen diese Inhalte dann nicht gesperrt werden. Die Nutzer*innen werden also, wenn man § 8 UrhDaG-E für sich betrachtet, nicht unter Generalverdacht gestellt, sondern bekommen zunächst die Möglichkeit, ihre Nutzungsrechte geltend zu machen. Besonders erfreulich ist in dieser Hinsicht, dass § 8 UrhDaG-E sowohl gesetzlich erlaubte Nutzungen (insb. Schrankenbestimmungen) als auch vertraglich erlaubte Nutzungen (individuelle Lizenzen sowie offene Lizenzen wie Creative Commons) berücksichtigt, die allesamt regelmäßig von Overblocking betroffen sind.

Aus der Gesetzesbegründung geht hervor, dass auch die Nutzung gemeinfreier Inhalte unter den Begriff der „gesetzlich erlaubten Nutzungen“ subsumiert werden soll. Das ist anhand des Wortlauts nicht offensichtlich, da es sich bei der Nutzung gemeinfreier Inhalte gar nicht um eine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung handelt und diese deshalb auch nicht gesetzlich erlaubt werden muss. Gleichzeitig kommt es sehr häufig zur fälschlichen Sperrung der Nutzung

¹¹ Vgl. United Nations General Assembly, Report of the Special Rapporteur in the field of cultural rights, Farida Shaheed: The right to freedom of artistic expression and creativity. Abrufbar unter: <https://digitallibrary.un.org/record/755488?ln=en>.

¹² Insbesondere muss Art. 17 Abs. 7 Satz 1 DSM-RL direkt im UrhDaG-E umgesetzt werden, um das Vorgehen gegen systematisches Overblocking zu erleichtern, siehe die Ausführungen zu § 19 Abs. 4 UrhDaG-E in Abschnitt C. I. 10. dieser Stellungnahme.

gemeinfreier Werke durch Uploadfilter.¹³ Besser wäre es im Sinne der Rechtssicherheit, neben gesetzlich und vertraglich erlaubten Nutzungen eine dritte Nutzungskategorie – die Nutzung gemeinfreier bzw. nicht schutzfähiger Inhalte – hinzuzufügen. Das ist auch sinnvoll, weil der Begriff „gesetzlich erlaubte Nutzungen“ in § 12 UrhDaG-E erneut aufgegriffen wird, sich dort aber laut Gesetzesbegründung explizit nicht auf gemeinfreie Inhalte beziehen soll.¹⁴

Trotz dieses grundsätzlich positiven Ansatzes ist § 8 UrhDaG-E aber nicht geeignet, eine allgemeine Überwachungspflicht für die Diensteanbieter abzuwenden, die laut Art. 17 Abs. 8 DSM-RL explizit ausgeschlossen ist. Besonders problematisch ist in diesem Zusammenhang, dass von Nutzer*innen beim Upload gekennzeichnete Inhalte keineswegs von der Überprüfung durch automatische Uploadfilter ausgenommen werden, sondern im Zuge von § 12 UrhDaG-E dennoch einer proaktiven Prüfung durch den Diensteanbieter unterzogen werden müssen – nämlich, ob diese Inhalte „offensichtlich unzutreffend“ als erlaubte Nutzungen gekennzeichnet wurden.

Von dem Einwand der allgemeinen Überwachungspflicht und den im Zuge der Anwendung von § 12 UrhDaG-E zu erwartenden Fehlern abgesehen, denen sich die Betrachtung von §§ 10-12 UrhDaG-E in dieser Stellungnahme eingehender widmet, ist § 8 UrhDaG-E unzureichend, das in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL formulierte Ziel zu erreichen, die Sperrung legaler Inhalte zu verhindern. In bestimmten Fallkonstellationen ist das Pre-Flagging durch die Nutzer*innen nämlich nicht möglich oder nicht zumutbar.

Dies betrifft insbesondere alle Inhalte, die vor Inkrafttreten des UrhDaG-E auf die Dienste der Diensteanbieter hochgeladen werden. Da zu diesem Zeitpunkt noch keine Möglichkeit für das Pre-Flagging besteht, können legale Nutzungen so lange nicht beim Upload durch Nutzer*innen gekennzeichnet werden. Eine nachträgliche Kennzeichnung aller bereits hochgeladenen Inhalte erscheint unpraktikabel. Die Nutzer*innen, deren Uploads bereits Jahre zurückliegen können, werden in vielen Fällen nicht mehr erreichbar sein. Da § 1 UrhDaG-E aber eine Haftung der Diensteanbieter für alle von Nutzer*innen hochgeladenen Inhalte begründet, die die Diensteanbieter zum Zeitpunkt des Inkrafttretens öffentlich zugänglich machen, muss davon ausgegangen werden, dass sich die Sperrverpflichtung in § 10 UrhDaG-E auch auf solche Inhalte bezieht, die von den Nutzer*innen vor Inkrafttreten des UrhDaG-E hochgeladen wurden. Ohne weitere Schutzvorkehrungen

¹³ Washington Post: Copyright bots and classical musicians are fighting online. The bots are winning. Abrufbar unter: <https://perma.cc/B5GV-K8EB>

¹⁴ „Beruft sich der Nutzer auf eine vertragliche Nutzungserlaubnis oder auf die Gemeinfreiheit des genutzten Werks, so ist die 90-Prozent-Regel nach Satz 2 nicht anzuwenden“, DiskE: Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, S. 93.

muss deshalb damit gerechnet werden, dass alle bereits auf dem Dienst befindlichen Nutzungen von Werken, die Rechteinhaber*innen den Diensteanbietern im Rahmen von § 10 UrhDaG-E melden, automatisch gesperrt würden, ohne dass Nutzer*innen erlaubte Nutzungen geltend machen könnten.

Auch bei Livestreams wird ein Flaggen legaler Nutzungen zum Zeitpunkt des Uploads oftmals nicht möglich sein. Nutzer*innen können zum Beginn eines Livestreams nicht antizipieren, ob es zur Nutzung fremder Inhalte kommen wird. Etwa im Falle einer Liveberichterstattung von einem Protest kann es zur unvorhergesehenen Nutzung fremder Werke als unwesentliches Beiwerk kommen, etwa wenn im Hintergrund Musik zu hören ist. Eine solche Nutzung wäre nach § 57 UrhG gesetzlich erlaubt. Aber selbst, wenn eine durch die hochladende Person unbeabsichtigte Nutzung eines Werks in einem Livestream nicht durch eine Schrankenbestimmung abgedeckt ist, wäre die Sperrung eines Livestream regelmäßig unverhältnismäßig.

Ferner sieht § 8 UrhDaG-E lediglich die Kennzeichnung legaler Nutzungen fremder Werke vor. Uploads, die überhaupt keine Inhalte Dritter enthalten, werden also in aller Regel nicht durch die Nutzer*innen geflaggt werden. Trotzdem kann es zur Sperrung solcher Originalwerke kommen, wenn vermeintliche Rechteinhaber*innen fälschlicherweise die Sperrung dieser Inhalte nach § 10 oder 11 UrhDaG-E verlangen.¹⁵ Dieser Möglichkeit trägt § 19 UrhDaG-E Rechnung, indem er Sanktionsmöglichkeiten gegen vermeintliche Rechteinhaber*innen vorsieht. Allerdings ist die Abschreckungswirkung dieser Regelungen sehr begrenzt.¹⁶ Es gibt also keine Schutzvorkehrungen im UrhDaG-E, um solche fälschlichen Sperrungen im Vorfeld zu vermeiden.

Schließlich stößt § 8 UrhDaG-E in den Fällen an seine Grenzen, in denen bei Nutzer*innen große Unsicherheit über den Geltungsbereich von Schrankenbestimmungen herrscht. Die Auslegung der Urheberrechtsschranken durch die Gerichte ist durchaus komplex. Die Rechtsunsicherheit wird noch erhöht durch die unterschiedlichen Schrankenkataloge in verschiedenen Ländern, insbesondere da die meisten Diensteanbieter ihre Angebote nicht auf ein Land beschränken. Es kann also nicht erwartet werden, dass sich einfache Nutzer*innen, insbesondere Privatpersonen, in allen Fällen selbstbewusst auf ihre Nutzungsrechte berufen können. Eine vollständig automatische Durchsetzung der maschinell überprüfbar gesetzlich erlaubten Nutzungen nach § 6 UrhDaG-E könnte hier zumindest teilweise Abhilfe schaffen, gestaltet sich aufgrund der Beschränkung dieser Regelung auf nichtkommerzielle Nutzungshandlungen aber komplex.

¹⁵ Siehe beispielsweise Pinkstinks Germany: RTL hat uns mal kurz gekillt. Abrufbar unter: <https://pinkstinks.de/rtl-hat-uns-mal-kurz-gekillt/>.

¹⁶ Siehe Diskussion von § 19 Abs. 1 und 2 UrhDaG-E in Abschnitt C. I. 10 dieser Stellungnahme.

8. **§§ 10 – 12 UrhDaG-E: Automatisierte Sperrung und Löschung von Inhalten**

Die Regelungen in §§ 10 und 12 UrhDaG-E sind aus Sicht der Gesellschaft für Freiheitsrechte nicht mit Art. 17 Abs. 8 DSM-RL vereinbar und verstoßen offensichtlich gegen die Rechtsprechung des EuGHs zur grundrechtlichen Relevanz von Uploadfiltern.

Wir fordern, §§ 10 und 12 UrhDaG-E ersatzlos zu streichen. In § 11 sollte die Möglichkeit des Notice-and-Staydown auf identische oder äquivalente Nutzungen desselben Werks beschränkt werden, deren Unzulässigkeit bereits festgestellt wurde.

UrhDaG-E führt zum Einsatz von Uploadfiltern

Diansteanbieter werden durch §§ 10–12 UrhDaG-E faktisch zum Einsatz von Uploadfiltern verpflichtet. Ob von Nutzer*innen hochgeladene Inhalte mit den von den Rechteinhaber*innen zur Verfügung gestellten Informationen übereinstimmen, kann aufgrund der Menge der hochgeladenen Inhalte bei größeren Plattformen technisch nur durch Uploadfilter geprüft werden.

Die Grundrechtsrelevanz von §§ 10–12 UrhDaG-E wird im System der künftigen Haftung der Diensteanbieter für Urheberrechtsverletzungen durch Dritte besonders deutlich. § 10 UrhDaG-E erfordert bereits die automatische Filterung aller Inhalte, die von Nutzer*innen beim Upload nicht gekennzeichnet wurden. Nach § 11 UrhDaG-E müssen die Diensteanbieter alle hochgeladenen Inhalte wiederum danach filtern, ob sie „unerlaubt wiedergegebene“ Werke enthalten, da die Diensteanbieter nach § 11 UrhDaG-E auch dazu verpflichtet sind, diese Inhalte „künftig“ zu sperren. Um festzustellen, ob Inhalte nach § 12 „offensichtlich unzutreffend“ geflaggt sind, müssen die Diensteanbieter zusätzlich dazu zumindest überprüfen, ob der als gesetzlich erlaubt geflaggte Inhalt zu 90 % mit den von dem/der Rechteinhaber*in zur Verfügung gestellten Informationen übereinstimmt. Auch in Bezug auf vertraglich erlaubte Nutzungen begründet § 12 UrhDaG-E eine nicht weiter spezifizierte Pflicht, „offensichtlich unzutreffende“ Kennzeichnungen zu identifizieren.

Die Anwendung von § 10 UrhDaG-E führt zu erheblichen Schwierigkeiten bei allen Inhalten, bei denen eine Kennzeichnung als legale Nutzung nicht möglich oder zumutbar ist.¹⁷ Dies gilt insbesondere für Inhalte, die vor Inkrafttreten des UrhDaG-E bereits auf den Plattformen hochgeladen waren. Rechtmäßig hochgeladene Inhalte wären von der Sperrung nach § 10 UrhDaG-E betroffen, da sie zum Zeitpunkt des Uploads noch nicht geflaggt werden konnten. Auch bei Livestreams droht legalen Inhalten die Sperrung nach § 10 UrhDaG-E, da es bspw. bei einer Live-

¹⁷

Siehe die näheren Ausführungen zu § 8 UrhDaG-E in Abschnitt C. I. 7. dieser Stellungnahme.

Berichterstattung nicht möglich ist, das Auftauchen geschützter Inhalte vorherzusehen und diese rechtzeitig als erlaubt zu kennzeichnen. Die fälschliche Sperrung legaler Uploads droht auch dann, wenn vermeintliche Rechteinhaber*innen fremde Inhalte melden und es so zur Sperrung des Originals kommt. Nutzer*innen, die ihre eigenen Inhalte hochladen, werden diese nicht pre-flaggen, da die Uploads gar keine fremden Inhalte enthalten. Schließlich können fälschliche Sperrungen auch vorkommen, wenn Nutzer*innen aufgrund unvollständiger Kenntnis der komplexen Schrankenbestimmungen von einer Kennzeichnung nach § 8 UrhDaG-E abgesehen, insbesondere wenn sie eine Sanktionierung falscher Kennzeichnungen durch § 19 Abs. 3 UrhDaG-E befürchten müssen.

In Bezug auf § 11 UrhDaG-E ergeben sich dieselben Probleme, sofern sich die Notice-und-Staydown-Verpflichtung nicht nur auf bestimmte Nutzungshandlungen bezieht, deren Unzulässigkeit bereits festgestellt wurde, sondern auf alle zukünftigen Nutzungen desselben Werks, die durchaus auch zulässig sein könnten. Der Wortlaut von § 11 UrhDaG-E legt letztere Interpretation nahe, da er in Bezug auf die Staydown-Verpflichtung auf § 10 UrhDaG-E verweist. Die Kritikpunkte an § 10 UrhDaG-E gelten also ebenso für die Staydown-Verpflichtung nach § 11 UrhDaG-E.

Besonders problematisch ist § 12 UrhDaG-E. Die Diensteanbieter werden demnach aktiv alle hochgeladenen Inhalte überprüfen müssen und – um eine Haftung zu vermeiden – jedenfalls alle Inhalte, die das 90-Prozent-Kriterium erfüllen, sperren und löschen. Das ist aus dem Gesichtspunkt der Meinungsfreiheit und weiterer Grundrechte problematisch, da sich mit der automatischen Sperrung und Löschung dieser Inhalte die Gefahr von Overblocking realisiert.

Auch der Upload von Inhalten, die zu 90 oder mehr Prozent mit den von den Rechteinhaber*innen bereitgestellten Informationen übereinstimmen, kann urheberrechtlich zulässig sein. Beispiele sind etwa kurze Werke, die zum Zweck einer gesetzlich erlaubten Rezension genutzt werden, „Großzitate“, bei denen urheberrechtlich geschützte Werke vollständig zu gesetzlich erlaubten Zitatzwecken genutzt werden, sowie gemeinfreie oder nicht schutzfähige Inhalte, die fälschlicherweise von vermeintlichen Rechteinhaber*innen als eigene Inhalte angemeldet wurden.¹⁸

Nach § 12 UrhDaG-E droht die vorsorgliche Sperrung und Löschung solcher und anderer erlaubter Inhalte. Offen bleibt zudem, wie die Diensteanbieter andere Formen „offensichtlich unzutreffender“ Kennzeichnungen, die von § 12 UrhDaG-E ebenfalls adressiert werden, erkennen und verhindern sollen.

¹⁸

Zwar ist in der Gesetzesbegründung klargestellt, dass die 90 Prozent-Regel auf als gemeinfrei gekennzeichnete Inhalte keine Anwendung finden soll, aus dem Wortlaut des § 12 UrhDaG-E geht dies aber nicht hervor. Siehe Abschnitt C. I. 7. dieser Stellungnahme zu § 8 UrhDaG-E.

In Verbindung mit der drohenden automatischen Sperrung und Löschung führen insbesondere §§ 10 und 12 UrhDaG-E zu erheblichen rechtlichen und praktischen Unsicherheiten, die gerade bei den Nutzer*innen, die im Regelfall urheberrechtliche Lai*innen sind, zu *chilling effects* führen.

Grundrechtsrelevanz von Uploadfiltern

Rechtlich führt dies zu allgemeinen Überwachungspflichten, die nach Art. 17 Abs. 8 DSM-RL ausdrücklich verboten und nach der Rechtsprechung des EuGHs wegen einer Beeinträchtigung der Grundrechte der Nutzer*innen unzulässig sind.

Das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten ist ausdrücklich im Anwendungsbereich der ECRL (Art. 15 ECRL) und der DSM-RL (Art. 17 Abs. 8 DSM-RL) angeordnet. Der Diskussionsentwurf setzt dieses explizite Verbot nicht in das UrhDaG-E um und erklärt in der Gesetzesbegründung nicht hinreichend, wie §§ 10-12 UrhDaG-E mit dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten vereinbart werden können. Der EuGH misst den Einsatz urheberrechtlicher Filtersysteme nicht nur an diesem Verbot, sondern auch an einer Abwägung der betroffenen Grundrechtspositionen. Dementsprechend hat Generalanwalt Øe in seiner Stellungnahme in dem Fall YouTube und Cyando¹⁹ klargestellt, dass außerhalb des Anwendungsbereichs der ECRL andere unionsrechtliche Bestimmungen einer automatischen Überprüfung hochgeladener Inhalte durch Filtersysteme entgegenstehen.²⁰

Der EuGH hat in mehreren Entscheidungen Stellung zur grundrechtlichen Relevanz urheberrechtlicher Filtersysteme genommen. Im Urteil *SABAM*²¹ hat der EuGH entschieden, dass eine allgemeine Pflicht zur Filterung gespeicherter Informationen durch Diensteanbieter nicht nur mit Art. 15 ECRL unvereinbar wäre, sondern auch kein „angemessenes Gleichgewicht“ zwischen den betroffenen Grundrechten sicherstellen könne.²² Der EuGH betont, dass der Schutz des Rechts am geistigen Eigentum nach Art. 17 Abs. 2 GRCh nicht schranken- und bedingungslos gewährleistet wird, insbesondere eine Abwägung gegenüber Grundrechten anderer Betroffener vorzunehmen ist.²³ Eine allgemeine Überwachungspflicht durch automatische Filtersysteme wird diesem Interessenausgleich nach Ansicht des EuGHs nicht gerecht und verstößt gegen mehrere entgegenstehende Grundrechtspositionen. Die allgemeine Überprüfung hochgeladener Inhalte auf mögliche Urheberrechtsverletzungen kann einen unverhältnismäßigen Eingriff sowohl in das Grundrecht der Berufsfreiheit der Host-Provider (Art. 16 GRCh) als auch in die Grundrechte der Meinungs- und

¹⁹ Schlussanträge des Generalanwalts Henrik Saugmandsgaard Øe vom 16.7.2020, Verbundene Rechtssachen C-682/18 und C-683/18, Rn. 122.

²⁰ A.a.o. Rn. 122; Fn. 112.

²¹ EuGH, Ur. v. 16.2.2012, C-360/10 – *SABAM*.

²² A.a..O. Rn. 47.

²³ EuGH, Ur. v. 16.2.2012, C-360/10 – *SABAM*, Rn. 41 f.

Informationsfreiheit (Art. 11 GRCh) sowie das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRCh) der Nutzer*innen darstellen.²⁴ Ergänzend hat der EuGH in der Entscheidung *McFadden*²⁵ festgestellt, dass eine Pflicht für Access-Provider, sämtliche übermittelte Informationen auf mögliche Verletzungen der Schutzrechte an *einem einzelnen* musikalischen Werk zu überprüfen, gegen das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten verstößt.²⁶

In dem Urteil *Glawischnig-Piesczek*²⁷ hat sich der EuGH mit der Abgrenzung allgemeiner und spezifischer Überwachungspflichten auseinandergesetzt, hier mit Hinblick auf die Pflicht zur Entfernung sinngleicher Inhalte (Beleidigungen). Der EuGH hat zunächst dargelegt, dass ein Gericht einer Plattform aufgeben kann, eine konkrete Information aufzuspüren und zu sperren, deren Inhalt von einem Gericht analysiert und beurteilt wurde, das diese Information nach Abschluss seiner Würdigung für rechtswidrig erklärt. Eine solche gerichtliche Anordnung kann sich auch auf die Entfernung sinngleicher Inhalte erstrecken. Voraussetzung ist, dass die Anordnung „spezifische Einzelheiten“ enthält, die es ermöglichen, sinngleiche Inhalte mittels automatisierter Techniken und Mittel zur Nachforschung zu ermitteln.²⁸ Diese „spezifischen Einzelheiten“ umfassten im Fall *Glawischnig-Piesczek* u.a. „den Namen der von der zuvor festgestellten Verletzung betroffenen Person, die Umstände, unter denen diese Verletzung festgestellt wurde, und einen Inhalt, der dem für rechtswidrig erklärten Inhalt sinngleich ist“.²⁹

Für urheberrechtliche Filtersysteme bedeutet die oben skizzierte Rechtsprechung, dass es nach Art. 15 ECRL unzulässig ist, Diensteanbietern die generelle Filterung aller gespeicherten Informationen aufzugeben, um Urheberrechtsverletzungen aufzuspüren. Zulässig ist dagegen, Diensteanbietern die Sperrung einer *bestimmten Datei* aufzugeben, die eine von einem Gericht festgestellte, urheberrechtlich unzulässige Nutzung eines geschützten Werks darstellt, solange diese Anordnung keine Hindernisse für die rechtmäßige Nutzung des Dienstes schafft.³⁰ Diese Verpflichtung kann sich auf identische Kopien und entsprechende Dateien im Sinne einer *stay-down*-Verpflichtung erstrecken, nicht aber auf andere Nutzungen desselben urheberrechtlich geschützten Werks.³¹ Die rechtsverletzende Natur einer Nutzung eines urheberrechtlich geschützten Werks hängt nämlich vom spezifischen Kontext der Nutzung ab

²⁴ EuGH, Urte. v. 16.2.2012, C-360/10 – *SABAM vs Netlog*, Rn. 46 ff.

²⁵ EuGH, Urte. v. 15.9.2016, C-484/14 – *McFadden*.

²⁶ A.a.O. Rn. 87.

²⁷ EuGH, Urte. v. 3.10.2019 – C-18/18 – *Glawischnig-Piesczek*.

²⁸ A.a.O. Rn. 46; Schlussanträge des Generalanwalts Henrik Saugmandsgaard Øe vom 16.7.2020, Verbundene Rechtssachen C-682/18 und C-683/18, Rn. 220.

²⁹ A.a.O. Rn. 45.

³⁰ Schlussanträge des Generalanwalts Henrik Saugmandsgaard Øe vom 16.7.2020, Verbundene Rechtssachen C-682/18 und C-683/18, Rn. 222, Fn. 211.

³¹ A.a.O., Rn. 221.

und setzt eine eingehende Analyse des Einzelfalls voraus, die ein rein technisches Verfahren nicht leisten kann.³²

§ 10 und § 12 UrhDaG-E: Grundrechtswidrige Überwachungspflichten

Nach diesem Maßstab führen jedenfalls § 10 und § 12 UrhDaG-E zur Einführung unzulässiger, allgemeiner Überwachungspflichten. Die Überprüfung aller nicht geflaggtten Inhalte nach § 10 UrhDaG-E und die Überprüfung der nach §§ 5 und 6 UrhDaG-E geflaggtten Inhalte nach § 12 UrhDaG-E verstoßen gegen § 17 Abs. 8 DSM-RL und gegen die angemessene Abwägung der betroffenen Grundrechte der Nutzer*innen bzw. Diensteanbieter mit denen der Rechteinhaber*innen. Erschwerend kommt hinzu, dass der Sperrung der Inhalte keine richterliche Feststellung einer tatsächlichen Urheberrechtsverletzung vorangeht.³³

§§ 10 und 12 UrhDaG-E beeinträchtigen insbesondere die Grundrechte der Nutzer*innen. Denn sie sind besonders durch die Sperrung legaler Inhalte in ihren Grundrechten, etwa der Meinungs-, der Informations- und der Kunstfreiheit betroffen. Diese Eingriffe sind von erheblichem Gewicht, da die betroffenen Plattformen für die Meinungs- und Kunstfreiheit von erheblicher Bedeutung sind, allein in Anbetracht der vielen Menschen, die sie nutzen, um ihre Werke zu teilen.³⁴ Daneben liegt auch eine Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit des Diensteanbieters vor.³⁵

Der Charakter als allgemeine Überwachungspflicht entfällt auch nicht etwa, weil die hochgeladenen Inhalte nur auf die von den Rechteinhaber*innen zugelieferten Informationen überprüft werden. Die Pflicht, die geflaggtten Inhalte auf Übereinstimmung mit den von den Rechteinhaber*innen zur Verfügung gestellten Informationen zu überprüfen, stellt keine zulässige „spezifische“ Überwachungspflicht dar. Überträgt man den Maßstab der *Glaschwinig-Piesczek*-Entscheidung auf §§ 10 und 12 UrhDaG-E wird deutlich, dass §§ 10 und 12 UrhDaG-E die dort aufgestellten Kriterien nicht erfüllen. Die hochgeladenen Inhalte werden nicht auf die Übereinstimmungen mit „spezifischen“ bzw. „genau bezeichneten“ Einzelheiten, sondern auf Übereinstimmungen mit den Schutzrechten, die Rechteinhaber*innen angemeldet haben, überprüft. Den von den Rechteinhaber*innen übermittelten Informationen fehlt der Bezug zu einer konkreten Urheberrechtsverletzung.

³² A.a.O., Rn. 188.

³³ A.a.O., Rn 220.

³⁴ Vgl. dazu mit Verweisen auf die Rechtsprechung des EGMR, der ausdrücklich die Bedeutung von YouTube für die Meinungs- und Kunstfreiheit anerkennt: Schlussanträge des Generalanwalts Henrik Saugmandsgaard Øe vom 16.7.2020, Verbundene Rechtssachen C-682/18 und C-683/18, Rn. 241.

³⁵ EuGH, Urt. v. 16.2.2012, C-360/10 – *SABAM*, Rn. 44.

Die Anmeldung von Schutzrechten unterscheidet sich wesensmäßig von der Anmeldung einer konkreten Verletzungshandlung, einschließlich ihrer Umstände. Gerade im Bereich des Urheberrechts ist die Ermittlung der genauen Umstände aber unerlässlich, um zu beurteilen, ob ein Inhalt eine zulässige Nutzung darstellt oder nicht. So kann eine Nutzungshandlung in einem Kontext unzulässig, in einem anderen, etwa im Rahmen einer Auseinandersetzung als Parodie, zulässig sein. Die Übermittlung der Informationen über die Schutzrechte ist dagegen eine Handlung im Vorfeld, deren Überwachung erst zur Feststellung konkreter Verstöße führt. Die Diensteanbieter müssen nach §§ 10 und 12 UrhDaG-E die Inhalte von sich aus auf ihre Rechtmäßigkeit überprüfen und können gerade nicht auf der Grundlage von durch die Rechteinhaber*innen bereitgestellten spezifischen Einzelheiten Rechtsverstöße durch automatisierte Mechanismen filtern.

Allein die Löschungs- und *stay-down*-Verpflichtung nach § 11 UrhDaG-E lässt eine Auslegung zu, die am Maßstab der oben skizzierten EuGH-Rechtsprechung als spezifische Überwachungspflicht mit den Grundrechten der Nutzer*innen und der Diensteanbieter vereinbar sein kann. Entscheidend ist einerseits, dass sich § 11 UrhDaG-E auf eine konkrete Nutzungshandlung bezieht („unerlaubt wiedergegebener Werke“) und sich damit auf eine konkrete Rechtsverletzung bezieht. Andererseits kann der Begriff der „hierfür erforderlichen Informationen“ nach den Maßstäben der Entscheidungen *McFadden* und *Glawischnig-Piesczek* grundrechtskonform ausgelegt werden. Danach genügt die Anmeldung der Schutzrechte an einzelnen Werken nicht, das Sperrverlangen muss darüber hinaus auf spezifische Einzelheiten der konkreten Rechtsverletzung gestützt werden, darunter die richterliche Feststellung einer Urheberrechtsverletzung und ihrer Umstände im Einzelfall. Nur auf diese konkret festgestellten, identischen und inhaltsgleichen Handlungen darf sich ein Löschungsverlangen und die anschließende *stay-down*-Verpflichtung erstrecken (s.o.). Insofern sollte in § 11 UrhDaG-E auf einen Verweis auf den in jedem Fall grundrechtswidrigen § 10 UrhDaG-E verzichtet werden.

Eine andere Auslegung würde dazu führen, dass auch § 11 UrhDaG-E als allgemeine Überwachungspflicht grundrechtswidrig wäre. Dies lässt sich an den Unterschieden von § 10 und § 11 UrhDaG-E verdeutlichen. § 10 UrhDaG-E kann nicht grundrechtskonform ausgelegt werden, da die Diensteanbieter nach § 10 UrhDaG-E zur Sperrung auf Verlangen der Rechteinhaber*innen verpflichtet sind, unabhängig vom konkreten Kontext der Nutzungshandlung. Der Wortlaut lässt keine andere Auslegung zu: Das Sperrverlangen ist bereits dann zulässig, wenn ein Diensteanbieter ein Werk wiedergibt, das nicht oder offensichtlich unzutreffend gekennzeichnet ist.

Die einzige verfahrensrechtliche Absicherung der Grundrechte der Nutzer*innen besteht in der Möglichkeit, Inhalte nach § 8 Abs. 2 UrhDaG-E zu kennzeichnen. Dass dies für sich genommen nicht ausreicht, zeigen die offenen Fragen in Bezug auf nicht gekennzeichnete legale Nutzungshandlungen, bestehende Inhalte und Livestreams (s.o.) und weist auf ein grundsätzliches Defizit von Artikel 17 hin. Denn Art. 17 Abs. 7

DSM-RL gibt lediglich das Ziel vor, die Sperrung legaler Inhalte zu verhindern und delegiert diese Verantwortung auf die Richtlinienumsetzung durch die Mitgliedstaaten. Das vollständige Fehlen verfahrensrechtlicher Grundrechtsabsicherungen in Artikel 17 führt zu erheblichen Zweifeln an der Vereinbarkeit von Artikel 17 mit der EU-Grundrechtecharta. Nach der Rechtsprechung des EuGHs zur Vorratsdatenspeicherungs-RL muss eine unionsrechtliche Regelung selbst klare und präzise Regeln im Sinne von Mindestanforderungen für den Schutz der Grundrechte der Betroffenen definieren.³⁶ Dies ist Ausdruck der Bindung des Unionsgesetzgebers an die Grundrechtecharta, Art. 51 Abs. 1 GrCH. Daraus folgt, dass der Unionsgesetzgeber bei Rechtsakten, die mit qualifizierten Grundrechtseingriffen verbunden sind, zumindest Grundsätze verfahrensrechtlicher Garantien festlegen muss und dies nicht vollständig den Mitgliedstaaten überlassen darf.³⁷ Nichts anderes kann für Artikel 17 DSM-RL gelten, der mit erheblichen Eingriffen in für eine demokratische Gesellschaft essentielle Grundrechte wie die Meinungs- und Informationsfreiheit verbunden ist.³⁸

9. **§ 16 UrhDaG-E Haftungsausschluss für gekennzeichnete Inhalte**

Die Haftungsfreistellung für Diensteanbieter für Inhalte, die von Nutzer*innen gemäß § 8 UrhDaG-E als erlaubte Nutzungen gekennzeichnet wurden, ist für das Funktionieren des Pre-Flagging-Mechanismus zwingend notwendig. Andernfalls könnten Diensteanbieter in die paradoxe Situation geraten, dass sie diese Inhalte gemäß § 8 Abs. 2 UrhDaG-E nicht sperren *dürfen*, gleichzeitig aber für ihre Verfügbarkeit auf dem Dienst haftbar gemacht werden können. Bedenken seitens einiger Rechteinhaber*innen, dass dieser Haftungsausschluss die Diensteanbieter dazu motivieren könnte, Nutzer*innen zu einer fälschlichen Kennzeichnung illegaler Nutzungen anzuhalten, sind zwar grundsätzlich berechtigt, können aber nicht durch Streichung des § 16 UrhDaG-E begegnet werden. Stattdessen schlägt die Gesellschaft für Freiheitsrechte vor, einen solchen Missbrauch des Haftungsausschlusses durch eine entsprechende Ergänzung des Kennzeichnungsverfahrens im Rahmen von § 8 UrhDaG-E zu unterbinden.³⁹

10. **§ 19 UrhDaG: Maßnahmen gegen Missbrauch**

§ 19 UrhDaG-E führt ein differenziertes System ein, um missbräuchlichen Handlungen im System der Haftung der Diensteanbieter zu begegnen. Dies ist aus grundrechtlicher Perspektive geboten und grundsätzlich zu begrüßen. Im

³⁶ EuGH, Urt. v. 8.4.2014, C-293/12 und C-594/12 – *Digital Rights Ireland*, Rn. 54.

³⁷ Schlussanträge des Generalanwalts Pedro Cruz Villalón vom 12. Dezember 2013, Rechtssache C-293/12, *Digital Rights Ireland* Rn. 120.

³⁸ Vgl. Husovec, *Invisible Speech Harms of Delegated Enforcement*, forthcoming.

³⁹ Diese Vorschläge sind in C. II. 10. dieser Stellungnahme zu § 19 UrhDaG-E näher ausgeführt, der sich allgemein mit Maßnahmen gegen Missbrauch durch (vermeintliche) Rechteinhaber*innen, Nutzer*innen und Diensteanbieter beschäftigt.

Spannungsfeld der betroffenen Grundrechtspositionen der Nutzer*innen, der Rechteinhaber*innen und der Diensteanbieter sind Durchsetzungs- und Schutzmechanismen zur Verhinderung missbräuchlicher Handlungen erforderlich, um zur Durchsetzung einzelner und zum Ausgleich aller betroffenen Grundrechtspositionen beizutragen.

Um Artikel 17 DSM-RL richtlinienkonform umzusetzen, muss das Haftungssystem des Diskussionsentwurfs aus Sicht der Gesellschaft für Freiheitsrechte um spezifische Pflichten der Diensteanbieter ergänzt werden. Dies betrifft ergänzende Regelungen zur Sicherstellung der Rechte der Nutzer*innen und der Rechteinhaber*innen in den AGB der Diensteanbieter (a.), Mitteilungspflichten der Diensteanbieter gegenüber den Nutzer*innen bei Sperrung oder Löschung von Inhalten (b.) sowie Auskunftsrechte der Verbände, die die Interessen der Nutzer*innen vertreten (c.).

a. Umgehungsverbote durch AGB

Damit Nutzer*innen und Rechteinhaber*innen ihre Rechte nach dem UrhDaG gegenüber den Diensteanbietern geltend machen können, ist sicherzustellen, dass Diensteanbieter die Vorgaben des UrhDaG-E nicht unterlaufen, dass sie Sperrungen anstelle auf Grundlage des UrhDaG-E stattdessen auf Grundlage ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen vornehmen.⁴⁰ Artikel 17 DSM-RL versucht diesem Umstand dadurch zu begegnen, dass er die Urheberrechtsschranken vor einer Aushebelung durch die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Plattformen schützt (Art. 17 Abs. 9 aE). Diese Regelung ist aber im UrhDaG-E bislang nicht umgesetzt und muss dringend ergänzt werden.

Wir schlagen daher vor, nach § 8 Abs. 1 UrhDaG-E folgenden Absatz anzufügen:

„(1a) Die Diensteanbieter informieren ihre Nutzer in ihren Geschäftsbedingungen, dass sie Werke und sonstige Schutzgegenstände im Rahmen der gesetzlichen Ausnahmen und Beschränkungen für das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte nutzen können.“

⁴⁰

Dass es sich hierbei um mehr als eine theoretische Gefahr handelt, zeigt die Erfahrung mit dem Netzwerkdurchsetzungsgesetz. Wissenschaftliche Auswertungen der Transparenzberichte verschiedener Plattformen haben ergeben, dass Facebook durch die Gestaltung seines internen Beschwerdeverfahrens Nutzer*innen gezielt von der Wahrnehmung der Beschwerdemöglichkeit nach dem NetzDG ablenkt und stattdessen zur Beschwerde wegen Verstößen gegen Facebooks Community Standards anleitet. Dies führt zu einer systematischen Unterrepräsentation der tatsächlichen Beschwerdezahlen in den Transparenzberichten. Vgl. Wagner et al. (2020). Regulating Transparency? Facebook, Twitter and the German Network Enforcement Act. FAT 2020. Abzurufen unter: <https://perma.cc/Y738-EFNE>

Auch Rechteinhaber*innen müssen befürchten, dass Plattformen gezielt versuchen könnten, Nutzer*innen zur fälschlichen Kennzeichnung urheberrechtsverletzender Inhalte zu bewegen, etwa um bei der Berechnung etwaiger Lizenzgebühren für möglichst viele Inhalte vom Haftungsausschluss gemäß § 16 UrhDaG-E zu profitieren. Dieser Haftungsausschluss für gekennzeichnete Inhalte bis zum Abschluss eines etwaigen Beschwerdeverfahrens ist gleichzeitig aber zwingend notwendig, um wirtschaftliche Anreize für Overblocking seitens der Diensteanbieter zu vermeiden. Deshalb ist es notwendig, Diensteanbietern zu untersagen, mittels ihrer allgemeinen Geschäftsbedingungen oder dem Design der Nutzeroberfläche die Verwendung der Flagging-Funktion zu erzwingen.

Wir schlagen daher vor, nach § 8 Abs. 1 UrhDaG-E außerdem folgenden Absatz anzufügen:

“(1b) Vertragliche Regelungen oder technische Vorkehrungen, die den Upload von Inhalten von einer Kennzeichnung gemäß Absatz 1 abhängig machen oder das Hochladen von Inhalten ohne Kennzeichnung erheblich erschweren, sind unzulässig.“

b. Mitteilungspflichten der Diensteanbieter

In jedem Fall – für gesetzliche Beschwerdemechanismen, wie auch für zivilrechtliche Haftungs- oder Ordnungswidrigkeitstatbestände – müssen ergänzende Informations- und Transparenzpflichten der Diensteanbieter für die Fälle der unbefugten Geltendmachung von Schutzrechten geregelt werden.

Um die Nutzer*innen in die Lage zu versetzen, ihre Ansprüche gegenüber den (vermeintlichen) Rechteinhaber*innen durchzusetzen oder Ordnungswidrigkeiten anzuzeigen, müssen die Nutzer*innen über die Umstände der Sperrung oder Löschung informiert werden. Erst die Information über eine Sperrung oder Löschung versetzt die Nutzer*innen in die Lage, von ihren Abhilfemöglichkeiten Gebrauch zu machen. Ohne eine entsprechende Mitteilungspflicht droht der Anspruch der Nutzer*innen gegenüber den vermeintlichen Rechteinhaber*innen leer zu laufen. Auch für die Wahrnehmung der Beschwerdemöglichkeit nach § 14 UrhDaG-E ist eine Information der Nutzer*innen über Sperrungen der von ihnen hochgeladenen Inhalte unabdingbar. Erforderlich ist eine Mitteilung des/der Diensteanbieters/in über die Möglichkeit der Anfechtung der Entscheidung zusammen mit der Information über die Gründe der Sperrung oder Löschung der Inhalte, ohne dass es hierfür einer Anfrage der Nutzer*innen bedarf.

Wir schlagen daher vor, die §§ 10 und 11 UrhDaG-E um eine Norm zu ergänzen, die den Diensteanbietern eine entsprechende Mitteilungspflicht auferlegt:

„§ 11a UrhDaG-E

Sperrt oder löscht ein Diensteanbieter von Nutzern hochgeladene Inhalte, so ist der Diensteanbieter verpflichtet, den betroffenen Nutzer unverzüglich über die Sperrung oder Löschung zu informieren. Der Diensteanbieter hat den betroffenen Nutzer über die Rechtsgrundlage der Sperrung oder Löschung, Rechtsschutzmöglichkeiten nach den §§ 13, 14 und 19 Abs. 2 sowie die Person des Rechteinhabers, der Rechte an dem gesperrten oder gelöschten Werk geltend macht, zu informieren.“

c. Auskunftsanspruch für Verbände, die Interessen der Nutzer*innen vertreten

Ein weiteres Informationsdefizit besteht auf Seiten der Verbände, die die Interessen der Nutzer*innen vertreten. Damit ein Verbandsklagerecht effektiv ausgeübt werden kann, müssen die Verbände Kenntnis von den Rechtsverstößen der Diensteanbieter bzw. der Rechteinhaber*innen haben. Der Diskussionsentwurf sieht keine Informationsansprüche oder Mitteilungspflichten vor. Dies greift aus unserer Sicht zu kurz, da die Verbände ohne Informationsrechte nur durch die proaktive Information einzelner Nutzer*innen Kenntnis von wiederholten Verstößen erlangen können. Dies erschwert die Aufdeckung systematischer Verstöße erheblich.

Da das Verbandsklagerecht die einzige Maßnahme zur Verhinderung von Missbrauch im Diskussionsentwurf ist, die sich an die Diensteanbieter richtet, muss von ihr eine spürbare Wirkung ausgehen. Dafür ist aus Sicht der Gesellschaft für Freiheitsrechte ein Auskunftsanspruch der Verbände gegenüber den Diensteanbietern unerlässlich. Dieser Rechtsgedanke ist auch in Art. 17 Abs. 10 Satz 4 DSM-RL verankert, der ein Informationsrecht der Verbände im Rahmen eines Stakeholder-Dialogs zur Erörterung bewährter Verfahren für die Zusammenarbeit zwischen Diensteanbietern und Rechteinhaber*innen vorsieht. Diese Vorschrift zeigt, dass nach der Konzeption der Richtlinie den Interessenträger*innen ein Minimum an Informationen über die Verfahren zwischen Diensteanbietern und Rechteinhaber*innen zur Verfügung stehen muss.

Zu § 19 UrhDaG-E im Einzelnen:

§ 19 Abs. 1 und 2 adressieren die missbräuchliche Sperrung von Inhalten durch vermeintliche Rechteinhaber*innen. Diese Regelungen sind von besonderer Relevanz für die Grundrechte der Nutzer*innen, da die unberechtigte Sperrung und Löschung legaler Inhalte einen Eingriff in ihre Grundrechte von erheblicher Schwere darstellen. Neben den von Art. 5 GG und Art. 11 GRCh geschützten Kommunikationsgrundrechten kann die Sperrung und Löschung auch die Religions- (Art. 6 GG, Art. 10 GRCh), Berufs- (Art. 12 GG, Art. 15 und 16 GRCh) oder die Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG, Art. 17 GRCh) der Nutzer*innen beeinträchtigen. Im Haftungssystem für Diensteanbieter nach dem UrhDaG-E ist es daher von

besonderer Bedeutung, der missbräuchlichen Geltendmachung vermeintlicher Urheber- und Leistungsschutzrechte vorzubeugen. Die Nutzer*innen sind für den Schutz vor unberechtigter Sperrung und Löschung, sowie für die Wiederherstellung zu Unrecht gesperrter Inhalte auf wirksame gesetzliche Mechanismen angewiesen.

Wir begrüßen ausdrücklich, dass der Diskussionsentwurf gesetzliche Sanktions- und Haftungsmechanismen für die Fälle vorsieht, in denen vermeintliche Rechteinhaber*innen fremde oder nicht schutzfähige Inhalte beanspruchen. Grundsätzlich kann eine gesetzliche Regelung eine Schutzlücke schließen, da das geltende Urheberrecht keine Konsequenzen an die „unzulässige Schutzrechtsberühmung“ knüpft.⁴¹ Eine richtlinienkonforme Umsetzung von Artikel 17 erfordert konkrete Vorkehrungen, um die Sperrung legaler Inhalte zu verhindern. Art. 17 Abs. 7 DSM-RL gibt den Mitgliedstaaten vor, legale Nutzungshandlungen vor einer Beeinträchtigung durch die Kooperation zwischen Rechteinhaber*innen und Plattformen zu schützen. Allerdings sind die in § 19 UrhDaG-E vorgeschlagenen Maßnahmen gegen Missbrauch für sich genommen nicht ausreichend, diese Vorgabe aus Art. 17 Abs. 7 Satz 1 DSM-RL umzusetzen.

Dass ein Bedürfnis nach Maßnahmen gegen Missbrauch besteht, zeigen zahlreiche öffentlich bekannt gewordene Fälle missbräuchlicher bzw. unrechtmäßiger Geltendmachung vermeintlicher Schutzrechte, etwa im Zusammenhang mit YouTubes Content-ID-Verfahren⁴² oder zur Entfernung unliebsamer Inhalte aus der Google-Suche.⁴³ Soweit Uploadfilter oder andere automatisierte technische Verfahren für die Durchsetzung urheberrechtlicher Ansprüche eingesetzt werden, besteht die Gefahr von Missbrauch durch die unberechtigte Anmeldung von Schutzrechten. Wenn effektive Sanktionsmechanismen fehlen, droht zudem systematisches „Overclaiming“, da für die Rechteinhaber*innen kein Anreiz besteht, die gebotene Sorgfalt bei der Anmeldung von Schutzrechten zu beachten.

Eine gesetzliche Regelung für unberechtigte Sperrverlangen kann über die Verhinderung von Missbrauch hinaus zu Transparenz und Rechtssicherheit im Umgang mit der Rechtemanmeldung bei den Diensteanbietern beitragen. Bislang sind Sanktionen der Diensteanbieter gegenüber den Rechteinhaber*innen nur auf vertraglicher Grundlage möglich, ihre Durchsetzung liegt im Ermessen der Diensteanbieter. Insofern bietet eine gesetzliche Regelung die Chance, Kriterien für die

⁴¹ Unzulässige Schutzrechtsberühmungen können nach Wettbewerbsrecht unzulässig sein, dies setzt aber ein Wettbewerbsverhältnis voraus, das in der Regel zwischen Rechteinhaber*innen und Plattformnutzer*innen nicht besteht.

⁴² Vgl. dazu zusammenfassend Goller, Copyfraud und Overclaiming – was beim Umsetzen der EU-Urheberrechtsreform zu beachten ist, abrufbar unter: <https://perma.cc/M89Z-675E>

⁴³ Vgl. dazu die umfangreiche Recherche des Wall Street Journal, abrufbar unter: <https://www.wsj.com/articles/google-dmca-copyright-claims-takedown-online-reputation-11589557001>

Entscheidung über Sanktionen festzulegen, die sowohl eine abschreckende Wirkung auf vermeintliche Rechteinhaber*innen und Urheberrechtstrolche entfalten als auch den Rechteinhaber*innen Plan- und Vorhersehbarkeit im Umgang mit der Anmeldung von Schutzrechten ermöglichen.

Zu § 19 Absatz 1 UrhDaG-E

Der Ausschluss von den Sperrungs- und Löschungsmöglichkeiten ist das naheliegende und notwendige Mittel, um die Geltendmachung vermeintlicher Urheber- oder Leistungsschutzrechte zu sanktionieren. Die vorgeschlagene Formulierung in § 19 Abs. 1 UrhDaG-E bewirkt jedoch keine deutliche Verbesserung der Rechtsposition der Nutzer*innen gegenüber dem status quo. Denn der Ausschluss nach § 19 Abs. 1 UrhDaG-E steht im Ermessen der Diensteanbieter. Dies lässt befürchten, dass die Diensteanbieter gerade besonders marktmächtige Rechteinhaber*innen, von deren Inhalten die Diensteanbieter wirtschaftlich abhängig sind, nicht sanktionieren.

Wir regen daher an, den Tatbestand von § 19 Abs. 1 UrhDaG-E um eine Regelung zu ergänzen, unter deren Voraussetzungen Rechteinhaber*innen zwingend von den Sperr- und Lösungsmechanismen nach §§ 10, 11 UrhDaG-E auszuschließen sind. Diese Regelung sollte die Fälle bewussten Missbrauchs und systematischen „Overclaimings“ erfassen. Dementsprechend könnte die Rechtsfolge des zwingenden Ausschlusses an die Schwere des Verstoßes, etwa die offensichtliche Unrechtmäßigkeit von Sperr- oder Lösungsverlangen sowie an die Vernachlässigung von Sorgfaltspflichten bei wiederholten unrechtmäßigen Sperrverlangen anknüpfen.

§ 19 Abs. 1 UrhDaG-E könnte dafür um folgenden Satz ergänzt werden:

„Der Diensteanbieter ist verpflichtet, tatsächliche oder vermeintliche Rechteinhaber, die unbefugt Ansprüche nach §§ 10 und 11 geltend machen von den Verfahren nach §§ 10 und 11 auszuschließen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der tatsächliche oder vermeintliche Rechteinhaber vorsätzlich handelt oder bei wiederholten unberechtigten Sperr- und Lösungsverlangen bei sorgfaltsgemäßer Anstrengung aller zumutbaren Ressourcen von der fehlenden Berechtigung hätte wissen müssen“.

Zu § 19 Absatz 2 UrhDaG-E

Nach Absatz 2 haften vermeintliche Rechteinhaber*innen den Diensteanbietern und den betroffenen Nutzer*innen nach den „Grundsätzen der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung“.

Wir begrüßen, dass der Diskussionsentwurf Sanktionen für vermeintliche Rechteinhaber*innen vorsieht, die über die Ausschlussmöglichkeit nach Absatz 1 hinausgeht. Um gezielten Missbrauch und systematisches Overclaiming zu verhindern, bedarf es spürbarer Maßnahmen. Das geltende Urheberrecht sieht derartige Maßnahmen für die Behauptung angeblicher Schutzrechte nicht vor.

Die Haftung vermeintlicher Rechteinhaber*innen „nach den Grundsätzen der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung“ führt jedoch zu rechtlichen und praktischen Unsicherheiten. Grundsätzlich ist zweifelhaft, ob das Instrument der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung geeignet ist, um in der vorliegenden Konstellation sachgerechte Lösungen zu erzielen.

Verweis auf „Grundzüge der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung“ führt zu Rechtsunsicherheit

§ 19 Abs. 2 UrhDaG-E sieht eine zivilrechtliche Haftung (Unterlassung/Schadensersatz) vermeintlicher Rechteinhaber*innen gegenüber Diensteanbietern und Nutzer*innen vor. Die unberechtigte Schutzrechtsverwarnung führt zu einer deliktischen Haftung nach § 823 Abs. 1 BGB: Wer ein vermeintliches Schutzrecht für sich in Anspruch nimmt und deshalb von einem Unternehmen die Einstellung einer dieses Schutzrecht angeblich verletzenden Geschäftstätigkeit verlangt, haftet wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb.

Die Formulierung im Diskussionsentwurf lässt offen, ob eine Haftung nur dem Grunde nach bestehen soll, oder ob, bzw. in welcher Tiefe die von der Rechtsprechung entwickelten Grundzüge zu übertragen sind. Die Folgen der Haftung nach § 19 Abs. 2 UrhDaG-E sind somit für alle Beteiligten nur schwer vorhersehbar. Besondere Schwierigkeiten bereitet die Haftung im Verhältnis Nutzer*innen – vermeintliche Rechteinhaber*innen. Denn die vermeintlichen Rechteinhaber*innen machen ihre Ansprüche nach §§ 10, 11 UrhDaG-E gegenüber den Diensteanbietern, nicht gegenüber den Nutzer*innen, geltend. Die Nutzer*innen sind daher weder Adressat*innen der „unberechtigten Schutzrechtsverwarnung“, noch haben sie nach der Konzeption des Diskussionsentwurfs Kenntnis von dem haftungsbegründenden Verhalten. Die zweipolige Situation, die der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung zugrunde liegt, passt insofern nicht zu dem dreipoligen Verhältnis des UrhDaG-E.

Weitere Probleme stellen sich bei der Übertragung der Haftung wegen eines rechtswidrigen Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Die Rechtswidrigkeit des Eingriffs ist im Fall der unberechtigten

Schutzrechtsverwarnung nicht indiziert, sondern unter Heranziehung aller Umstände zu prüfen.⁴⁴ Das Gericht nimmt also eine fallbezogene Interessenabwägung vor. Ihr Ergebnis ist für die Beteiligten kaum vorhersehbar, da es für die vorliegenden Konstellationen keine Erfahrungswerte gibt und auch die Interessenlage zu den bislang zur unberechtigten Schutzrechtsverwarnung ergangenen Gerichtsentscheidungen erheblich abweicht.

Wir schlagen daher vor, Tatbestandsvoraussetzungen und Rechtsfolge für die Haftung vermeintlicher Rechteinhaber*innen in einer eigenständigen Norm auszuformulieren. So können die oben aufgezeigten Unsicherheiten bei der Heranziehung der Grundzüge der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung vermieden werden.

Zudem sollte die Haftung auch auf Rechteinhaber*innen erstreckt werden, die die Sperrung oder Löschung von Inhalten, die aufgrund einer Schrankenbestimmung oder Ausnahme rechtmäßig hochgeladen wurden, und die Rechteinhaber*innen dies bei sorgfältiger Anstrengung hätten wissen können. Diese Ergänzung ist in Bezug auf § 11 UrhDaG-E notwendig, der es Rechteinhaber*innen ermöglicht, die Sperrung spezifischer Nutzungen ihrer Werke zu verlangen, die eine legale Nutzungshandlung auf Grundlage einer gesetzlichen Erlaubnis oder einer eingeräumten Lizenz darstellen. Insbesondere in Bezug auf Inhalte, die sich zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des UrhDaG-E bereits auf der Plattform befinden, bei denen die Nutzer*innen also nicht von der Möglichkeit des Pre-Flagging gemäß § 8 UrhDaG-E zum Zeitpunkt des Uploads Gebrauch machen konnten, besteht eine große Gefahr der richtlinienwidrigen Entfernung legaler Inhalte auf Verlangen der Rechteinhaber*innen gemäß § 11 UrhDaG-E. Um den Interessenausgleich zu wahren, ist deshalb auch legitimen Rechteinhaber*innen eine Sorgfaltspflicht zumutbar, vor einem Sperrersuchen nach § 11 UrhDaG-E zu prüfen, ob die Nutzung des betreffenden Werks rechtswidrig erfolgt ist.

Wir regen zudem an, auch für die Ansprüche gegenüber den (vermeintlichen) Rechteinhaber*innen ein Verbandsklagerecht vorzusehen. Um die Vorgabe von Art. 17 Abs. 7 DSM-RL – die Sperrung rechtmäßig hochgeladener Inhalte zu unterbinden – möglichst effektiv umzusetzen, sollten auch (vermeintliche) Rechteinhaber*innen unmittelbar auf Unterlassung in Anspruch genommen werden können. Diese Ausdehnung ist wichtig, um den Nutzer*innen Schutz vor unberechtigten Sperr- und Löschungsverlangen zu gewähren, etwa wenn die Nutzung des Inhalts aufgrund einer Ausnahme oder Schrankenregelung erlaubt ist.

Wir schlagen daher vor, § 19 Abs. 2 UrhDaG-E wie folgt neu zu fassen:

„(1)¹Wer Ansprüche nach §§ 10 und 11 geltend macht, ohne hierzu befugt zu sein, ist dem Diensteanbieter und dem betroffenen Nutzer zum Ersatz des hieraus entstehenden Schadens verpflichtet und kann von einem Verband, der nach §3a des Unterlassungsklagengesetzes anspruchsberechtigt ist, auf Unterlassung in Anspruch genommen werden. ²Dies gilt nicht, wenn der Rechteinhaber von der fehlenden Befugnis auch bei sorgfältigster Anstrengung aller zumutbaren Ressourcen nicht hätte wissen können.“

(2) Unbefugt im Sinne von Absatz 1 handelt, wer die Entfernung oder Sperrung fremder oder gemeinfreier oder nach §§ 5 oder 6 erlaubt hochgeladener Inhalte verlangt.“

Zivilrechtliche Haftung genügt nicht, um die Interessen der strukturell unterlegenen Nutzer*innen durchzusetzen

Die Ansprüche nach § 19 Abs. 2 UrhDaG-E werden in aller Regel auf Schadensersatz gerichtet sein, da sich die (ebenfalls mögliche) Unterlassung auf schnellerem und leichterem Weg durch die Beschwerdemechanismen nach §§ 14 – 18 UrhDaG-E erreichen lässt. Anspruchsvoraussetzung dafür ist, dass den Nutzer*innen oder den Diensteanbietern durch das unberechtigte Sperr- oder Lösungsverlangen ein materieller, bezifferbarer Schaden entstanden ist. Aus Sicht der Diensteanbieter kann dies eine sachgerechte Lösung sein, da sie etwa entgangene Werbeeinnahmen nachweisen können. Für die Nutzer*innen, die nicht oder nicht ausschließlich kommerziell handeln, wiegen dagegen die mit der Sperrung und Löschung verbundenen Eingriffe in ihre Grundrechte, etwa der Meinungs- und Informationsfreiheit, schwerer als materielle Schäden.

Selbst soweit der Nachweis des Schadens – etwa für entgangene Gewinne aus der Monetarisierung von Inhalten – geführt werden kann, ist wiederum zweifelhaft, ob Nutzer*innen ihre Ansprüche gerichtlich durchsetzen werden. Die Beweislastverteilung, die Vorschusspflicht der Klagepartei und die degressive Gerichtskostenentwicklung stellen erhebliche Hindernisse für die gerichtliche Rechtsdurchsetzung dar. Diese Hindernisse sind keine bloßen Behauptungen, sondern haben wegen des erheblichen Klagerückgangs an den Zivilgerichten seit mehr als 10 Jahren zuletzt dazu geführt, dass das BMJV eine Studie zu „*unmet legal needs*“ ausgeschrieben hat.⁴⁵

Um die Interessen der Nutzer*innen zu stärken, regen wir daher an, die zivilrechtliche Haftung um einen Ordnungswidrigkeitstatbestand für unrechtmäßige

45

BMJV vergibt Studie zu Zivilgerichten: Warum wird so wenig geklagt? Abrufbar unter: <https://perma.cc/5PEB-WQL5>

Sperrverlangen entsprechend § 111a UrhG zu ergänzen.⁴⁶ Die Sanktionierung missbräuchlicher Verhaltensweisen durch Bußgelder bietet gegenüber einer zivilrechtlichen Haftungsregelung den Vorteil, dass eine Abschreckungswirkung unabhängig von den mit der zivilrechtlichen Auseinandersetzung verbundenen Unsicherheiten erzeugt wird. Ein weiterer Vorteil ist, dass die Ordnungswidrigkeit auch von anderen Personen als den unmittelbar betroffenen Nutzer*innen angezeigt werden kann. Eine entsprechende Abschreckungswirkung kann Missbrauch bereits im Vorfeld unterbinden. Eine Flankierung der zivilrechtlichen Haftung mit einem Ordnungswidrigkeitstatbestand erweitert zudem den Haftungsrahmen nach allgemeinen Vorschriften um § 823 Abs. 2 BGB.

Der Tatbestand für ordnungswidrige Sperr- und Löschungsverlangen könnte sich an folgender Formulierung orientieren:

„In § 111a UrhG wird folgende Nummer 4 angefügt:
[Ordnungswidrig handelt, wer]

4. Ansprüche nach §§ 10 und 11 UrhDaG-E geltend macht, ohne hierzu befugt zu sein und von der fehlenden Befugnis wusste oder bei sorgfältig-gemäßer Anstrengung aller zumutbaren Ressourcen hätte wissen können.“

Zu § 19 Abs. 3 UrhDaG-E

Es ist grundsätzlich anzuerkennen, dass ein Bedürfnis besteht, Rechteinhaber*innen in ihren grundrechtlich geschützten Rechtspositionen (Art. 14 GG; Art. 17 Abs. 2 GRCh) vor Missbrauch zu schützen. Der Ausschluss von Nutzer*innen dient der Vermeidung missbräuchlicher Verhaltensweisen und auch nur diese sollten sanktioniert werden. Nutzer*innen, denen als urheberrechtliche Lai*innen Fehleinschätzungen unterlaufen, sollten hingegen vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen werden. Wir regen an, § 19 Abs. 3 UrhDaG-E insoweit zu ergänzen, dass Nutzer*innen nur bei offensichtlich falschem Pre-Flagging ausgeschlossen werden können. Andernfalls droht auch redlichen Nutzer*innen der Ausschluss, die mehrmals nachvollziehbaren Irrtümern unterliegen, bspw. ob ein bestimmter Inhalt von einer auslegungsbedürftigen Schrankenregelung (bspw. Zitate, Parodien etc.) erfasst ist.

Weitergehende Sanktionen sollten unbedingt vermieden werden, da andernfalls Nutzer*innen abgeschreckt werden könnten, rechtmäßige Inhalte zu

⁴⁶

So auch *Specht-Riemenschneider*, Leitlinien zur nationalen Umsetzung des Art. 17 DSM-RL aus Verbrauchersicht, Gutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverband e.V., abrufbar unter:

https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/06/23/2020-06-12-specht-final-art_17.pdf

kennzeichnen und zu veröffentlichen.⁴⁷ Eine weitergehende Sanktionierung ist auch nicht für die Wahrung der Interessen der Rechteinhaber*innen geboten da die Begründung ausdrücklich klarstellt, dass die Haftung der Nutzer*innen nach § 97 UrhG unberührt bleibt.

Zu 19 Abs. 4 UrhDaG-E

§ 19 Abs. 4 UrhDaG-E führt ein Verbandsklagerecht für die nach § 3a des Unterlassungsklagengesetzes anspruchsberechtigten Verbände ein. Die berechtigten Verbände können Diensteanbieter, die wiederholt fälschlicherweise erlaubte Nutzungen sperren, auf Unterlassung in Anspruch nehmen. Nach der Begründung zu § 19 Abs. 3 UrhDaG-E soll diese Regelung dazu dienen, „Overblocking“ zu vermeiden.

Die Gesellschaft für Freiheitsrechte begrüßt die Einführung eines Verbandsklagerechts ausdrücklich. Das Verbandsklagerecht kann dazu beitragen, die Sperrung legaler Inhalte zu vermeiden und stärkt somit die Interessen der Nutzer*innen. Positiv ist zudem, dass die Regelung in § 19 Abs. 4 UrhDaG-E für alle Fälle wiederholter unberechtigter Sperrverlangen gilt, unabhängig davon ob der entsprechende Inhalt von Nutzer*innen beim Hochladen als legale Nutzung gekennzeichnet wurde. Wie in dieser Stellungnahme im Kontext von § 8 UrhDaG-E dargelegt, kann die Kennzeichnung von legalen Nutzungen zum Zeitpunkt des Uploads allein nicht allen ungerechtfertigten Sperrungen von Inhalten vorbeugen.

Verbandsklagerecht muss gestärkt werden

Das Verbandsklagerecht muss aus Sicht der Gesellschaft für Freiheitsrechte robuster gestaltet werden. In der Fassung des Diskussionsentwurfs ist das Verbandsklagerecht nicht geeignet, systematische Sperrungen oder Löschungen legal hochgeladener Inhalte durch die Diensteanbieter zu unterbinden. Diese Disziplinierungswirkung muss eine Umsetzung von Artikel 17 DSM-RL erzielen, da die Mitgliedstaaten nach Art. 17 Abs. 7 DSM-RL verpflichtet sind, sicherzustellen, dass Inhalte, die nicht gegen das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte verstoßen, von den Diensteanbietern verfügbar gehalten werden.

Grundsätzlich ist fraglich, ob Verbandsklagen, die auf Unterlassung gerichtet sind, das geeignete Mittel sind, um systematische Verstöße zu verhindern. Das Unterlassungsbegehren richtet sich stets auf die Unterlassung einer konkreten

⁴⁷

Studien über das sog. Counter-Notice-Verfahren im US-amerikanischen Urheberrecht weisen solche Abschreckungseffekte nach, die überproportional Frauen treffen. vgl. Penney (2019). Privacy and Legal Automation. The DMCA as a Case Study. 22 Stan. Tech. Law Review 412, abrufbar unter:

https://www-cdn.law.stanford.edu/wp-content/uploads/2019/09/Penney_20190923_Clean.pdf

Handlung, also etwa gegen die Sperrung eines bestimmten Inhalts. Somit müssten die berechtigten Verbände jedes unrechtmäßige Sperr- und Lösungsverlangen einzeln beanstanden. Im Erfolgsfall würde der Diensteanbieter die zukünftige Sperrung dieses bestimmten Inhalts mutmaßlich durch sogenanntes *Whitelisting* verhindern, aber es würde kein Anreiz zur grundsätzlichen Verbesserung der Verfahrensabläufe geschaffen, um zukünftige Sperrungen anderer legaler Inhalte in ähnlich gelagerten Fällen zu verhindern. Wir bezweifeln, dass dies zur Verhinderung systematischer Löschung rechtmäßig hochgeladener Inhalte ausreicht.

In der Zusammenschau bleiben somit erhebliche Bedenken, ob die in § 19 UrhDaG-E vorgesehenen Mechanismen ausreichen, um Art. 17 Abs. 7 S. 1 DSM-RL richtlinienkonform umzusetzen. Wir schlagen vor, die Vorgabe von Art. 17 Abs. 7 S. 1 DSM-RL ausdrücklich als Verhaltenspflicht für die Diensteanbieter aufzunehmen und das Verbandsklagerecht nach § 19 Abs. 4 UrhDaG-E auf Verstöße gegen diese Pflicht zu erstrecken. Dies ermöglicht es, eine Klage auf die Einhaltung der Pflicht, legale Inhalte nicht zu sperren oder zu löschen, nicht auf die Unterlassung einzelner Verstöße zu richten. Die Diensteanbieter müssten im Erfolgsfall geeignete Maßnahmen zur Verbesserung der Verfahrensabläufe schaffen, um einer künftigen Haftung zu entgehen.

Die Verhaltenspflicht der Diensteanbieter kann sich an Art. 17 Abs. 7 S. 1 DSM-RL orientieren und wie folgt formuliert werden:

„§ 19 Abs. 5 UrhDaG-E

¹Von Nutzern hochgeladene Inhalte, bei denen kein Verstoß gegen das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte vorliegt, werden von den Diensteanbietern nicht gesperrt oder gelöscht, und zwar auch dann, wenn die Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes im Rahmen einer Ausnahme oder Beschränkung erlaubt ist. ² Verstoßt ein Diensteanbieter gegen die Pflicht aus Satz 1 kann ein Verband, der nach § 3a des Unterlassungsklagengesetzes anspruchsberechtigt ist, den Diensteanbieter auf Unterlassung in Anspruch nehmen.“

Zur Klarstellung sollte das Verbandsklagerecht in §§ 2a, 3a UKlaG aufgenommen werden, die sich bislang lediglich auf den Anspruch aus § 95b UrhG beziehen. Wir regen daher an, §§ 2a und 3 UKlaG wie folgt zu ergänzen:

An § 2a UKlaG wird folgender Absatz angefügt:

„(3) Wer gegen § 19 Abs. 5 Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz verstößt, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.“

§ 3a UKlaG wird wie folgt neu gefasst (Änderungen von Verfasser*innen hervorgehoben):

„Die in § 2a Abs. 1 und **Abs. 3** bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung stehen rechtsfähigen Verbänden zur nicht gewerbsmäßigen und nicht nur vorübergehenden Förderung der Interessen derjenigen zu, die durch § 95b Abs. 1 Satz 1 des Urheberrechtsgesetzes oder **§ 19 Abs. 5 des Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes** begünstigt werden. Die Ansprüche können nur an Verbände im Sinne des Satzes 1 abgetreten werden.“

II. FREIE BENUTZUNG UND SCHRANKENBESTIMMUNGEN

Die Gesellschaft für Freiheitsrechte begrüßt die Neuregelung der Verwertungsrechte und Schrankenbestimmungen zur Abbildung der EuGH-Entscheidung im Fall *Pelham*. Die Eingrenzung des durch § 23 UrhG-E erfassten Schutzbereichs, die Streichung des § 24 UrhG und die Einführung der fortan verpflichtenden Urheberrechtsschranken für Karikatur, Parodie und Pastiche in § 51a UrhG-E sind folgerichtig. Es ist zu begrüßen, dass die Formulierung des § 51a UrhG-E sich eng an der europarechtlichen Vorlage in Art. 17 Abs. 2 lit. b DSM-RL und Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-Richtlinie orientiert, da es sich beim Konzept der Parodie, und mutmaßlich auch bei Karikatur und Pastiche, um eigenständige Begriffe des Unionsrechts handelt⁴⁸. Eine weitere Legaldefinition oder Konkretisierung dieser Begriffe würde deshalb dem Ziel der Harmonisierung des europäischen Rechtsrahmens zuwiderlaufen und wäre der Rechtsklarheit abträglich. Die Ausführungen in der Gesetzesbegründung zur Bedeutung dieser Schrankenbestimmungen sind diesbezüglich ausreichend. Erfreulich ist, dass in der Gesetzesbegründung klargestellt ist, dass diese Nutzungsformen sich selbstverständlich auch auf kontemporäre kulturelle Phänomene im Kontext elektronischer Medien beziehen können.⁴⁹

Die Gesetzesbegründung zu § 51a UrhG-E betont berechtigterweise die grundlegende Bedeutung der Schranken für Karikatur, Parodie und Pastiche,⁵⁰ insbesondere die Meinungs-, Kunst- und Pressefreiheit. Angesichts dieser hervorgehobenen Bedeutung dieser Urheberrechtsschranken ist es aber geboten, diese vor einer vertraglichen oder technologischen Aushebelung durch Rechteinhaber*innen oder Intermediäre zu schützen. Neben der Verankerung dieser Schutzvorschriften im UrhDaG-E⁵¹ ist eine entsprechende allgemeine Vorschrift im UrhG-E einzufügen, um den Charakter von Karikatur, Parodie und Pastiche nicht nur als

⁴⁸ EuGH, Urt. v. 03.09.2014 – C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132, *Deckmyn*.

⁴⁹ „Praktiken wie Remix, Meme, GIF, Mashup, Fan Art, Fan Fiction, Cover oder Sampling“, DiskE, S. 64.

⁵⁰ Siehe auch Erwägungsgrund 70 DSM-RL.

⁵¹ Siehe Abschnitt C. I. 10. dieser Stellungnahme.

Ausnahmen von den Exklusivrechten der Rechteinhaber*innen, sondern als positive Nutzer*innenrechte Ausdruck zu verleihen. Selbiges gilt für das Zitatrecht in § 51 UrhG. Art. 17 Abs. 7 DSM-RL macht diese Urheberrechtsschranken nämlich nicht nur verpflichtend für alle Mitgliedstaaten, sondern erfordert, dass Nutzer*innen sich „auf jede der folgenden Ausnahmen oder Beschränkungen stützen können“. Diese Nutzer*innenrechte, die Ausdruck der betroffenen Grundrechte sind, würden konterkariert, wenn Rechteinhaber*innen und Intermediäre sie einfach durch vertragliche Regelungen oder technische Schutzmaßnahmen unterlaufen könnten.

Mindestens müssten also folgende Änderungen am UrhG vorgenommen werden:

Einführung eines neuen § 51b UrhG-E:

„Auf Vereinbarungen, die nach den §§ 51 oder 51a erlaubte Nutzungen zum Nachteil der Nutzungsberechtigten beschränken oder untersagen, kann sich der Rechtsinhaber nicht berufen.“

Konsequenter wäre es, diese Regelung auf alle Urheberrechtsschranken auszuweiten, in denen nicht explizit eine andere Regelung getroffen ist, zumal ein solcher Schutz vor vertraglicher Aushebelung bereits mit Blick auf die Schranken zu Gunsten von Menschen mit Behinderungen und für den Bildungs- und Wissenschaftsbereich existiert.

Um den Nutzer*innen Mittel zur Durchsetzung der Schrankenbestimmungen gegen technische Schutzmaßnahmen zu geben, ist außerdem eine Ergänzung des § 95b UrhG notwendig. § 51 UrhG und § 51a UrhG-E müssen mindestens in den Schrankenkatalog des § 95b UrhG aufgenommen werden.⁵²

Weiterer Umsetzungsbedarf im Bereich der Schrankenbestimmungen besteht außerdem in Bezug auf die Erweiterung der Zitatschranke gemäß § 51 UrhG. Die Gesetzesbegründung führt aus, dass die mit Art. 17 Abs. 7 DSM-RL verpflichtend gemachten Schranken für Kritik und Rezension bereits von § 51 UrhG abgedeckt seien. Insbesondere angesichts der restriktiven Auslegung des § 51 UrhG durch deutsche Gerichte vermag diese Argumentation nicht zu überzeugen. Richtig ist, dass Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-Richtlinie, der mittels § 51 UrhG in deutsches Recht umgesetzt ist, „Zitate zu Zwecken wie Kritik und Rezensionen“ erlaubt. Art. 17 Abs. 7 lit. a DSM-RL erfordert jedoch abweichend von diesem Wortlaut die

52

Zu den Unzulänglichkeiten des § 95b UrhG, eine effektive Durchsetzung der Schrankenbestimmungen gegen technische Schutzmaßnahmen zu gewährleisten, siehe Julia Reda, 23.01.2020, Stellungnahme zum Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts, S. 11. Abrufbar unter:

https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2020/01/Konsultation_Urheberrecht_DSM_Julia_Reda.pdf

Einführung von Schrankenbestimmungen für „Zitate, Kritik und Rezensionen“. Demzufolge war es der Wille des europäischen Gesetzgebers, Kritik und Rezensionen auch dann zu gestatten, wenn sie nicht alle von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien erfüllen, um unter das Zitatrecht nach § 51 UrhG zu fallen.

Eine richtlinienkonforme Umsetzung erfordert demnach, neue Schrankenbestimmungen für Kritik und Rezension einzuführen.

III. **NICHT VERFÜGBARE WERKE**

Die Regelungen zu den nicht verfügbaren Werken sind von erheblicher Bedeutung für den gerechten Ausgleich zwischen verschiedenen Grundrechten. Sie leisten einen Beitrag dazu, insbesondere die Informationsfreiheit, die Wissenschaftsfreiheit und das Recht auf Bildung zu verwirklichen, indem sie Zugang zu Werken über das Internet in Fällen gewähren, in denen dieser Zugang die wirtschaftlichen Interessen der Rechteinhaber*innen nur unwesentlich berührt, da die betroffenen Werke nicht im Geschäftsverkehr befindlich sind und eine Zurverfügungstellung durch Gedächtnisinstitutionen folglich die Primärverwertung dieser Werke nicht beeinträchtigt.

Die begriffliche Abgrenzung der „nicht verfügbaren Werke“ von der historischen Regelung zu den „vergriffenen Werken“ in § 51 VGG ist sinnvoll, zumal das Konzept der „nicht verfügbaren Werke“ auch solche Werke umfasst, die sich niemals im Geschäftsverkehr befunden haben. Die Implementierung des Lizenzierungsmechanismus für nicht verfügbare Werke als Spezialfall der Regelung zu erweiterten kollektiven Lizenzen in Abschnitt 5 VGG-E ist sachgerecht.

Kritisch und letztendlich für die Berücksichtigung der Interessen der Rechteinhaber*innen überflüssig ist die vorgeschlagene Vergütungspflicht der „Rückfallschranke“ in § 61d Abs. 5 UrhG-E. Hier gilt es zu bedenken, dass diese Schranke nur dann zur Anwendung kommt, wenn keine repräsentative Verwertungsgesellschaft für einen bestimmten Werktyp existiert. In diesem Fall wird eine etwaige nicht-repräsentative Verwertungsgesellschaft auch nicht in der Lage sein, eine Vergütung für die Nutzung nicht verfügbarer Werke fair an die tatsächlichen Urheber*innen der betreffenden Werke zu verteilen.

Die Regelung zur Nutzung nicht verfügbarer Werke ist insbesondere für Archivbestände von hoher Bedeutung, die von den jeweiligen Urheber*innen nie zur wirtschaftlichen Verwertung gedacht waren, die aber eine hohe historische Bedeutung haben können – beispielsweise private Film- und Fotoaufnahmen, graue Literatur wie Plakate, politische Pamphlete oder Wurfsendungen. Die vorgesehene Vergütungspflicht stellt eine zusätzliche Hürde für die Nutzung der Rückfallschranke dar, indem sie für die betreffende Kultureinrichtung Kosten erzeugt, die dazu führen könnten, dass ein ohnehin kostspieliges Digitalisierungsprojekt solch

wirtschaftlich unbedeutender Werke nicht durchgeführt wird. Dem stehen keine erheblichen Vorteile für die Rechteinhaber*innen gegenüber, da die Urheber*innen dieser nicht verfügbaren Werke oder ihre Rechtsnachfolger*innen in aller Regel nicht Mitglied der betreffenden nicht-repräsentativen Verwertungsgesellschaft sein werden.

Es gilt zu bedenken, dass die Hürde für die Repräsentativität von Verwertungsgesellschaften gemäß Diskussionsentwurf ohnehin sehr niedrig gehängt wird. Gemäß § 51a Abs. 2 VGG-E wird zugunsten einer Verwertungsgesellschaft, die als Einzige die Rechte an einem bestimmten Werktyp wahrnimmt, widerleglich vermutet, dass sie repräsentativ ist. Die gemäß § 61d Abs. 5 UrhG-E vorgeschlagene, verwertungsgesellschaftspflichtige Vergütungspflicht würde also nur in den wenigen Fällen zur Anwendung kommen, in denen zwar eine Verwertungsgesellschaft existiert, diese aber nicht einmal die sehr niedrigen Anforderungen der Repräsentativität gemäß § 51a VGG-E erfüllt. In diesen Fällen sollte im Sinne der Rechtsklarheit und der Bürokratievermeidung auf eine Vergütungspflicht verzichtet werden. Die DSM-RL sieht ohnehin keine Vergütung für die Ausnahme in Art. 8 Abs. 2 vor, die mit § 61d UrhG-E in deutsches Recht umgesetzt werden soll.

Begrüßenswert ist die rein technische Klarstellung in § 61f UrhG-E, dass die Vielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung von Werken zulässig ist, um die Öffentlichkeit darüber zu informieren, dass ein Werk im Sinne der Regelungen zu nicht verfügbaren Werken genutzt wird. Diese Klarstellung ist im Interesse der Rechteinhaber*innen, da sie ihnen praktisch erleichtert, der Nutzung ihrer Werke im Rahmen der Regelungen zu nicht verfügbaren Werken zu widersprechen.

IV. **GEMEINFREIE VISUELLE WERKE**

§ 68 UrhG-E, der Art. 14 DSM-RL in deutsches Recht umsetzt, ist insgesamt gelungen und geeignet, das Regelungsziel zu erreichen, dass an bloßen Reproduktionen visueller Werke keine neuen Rechte entstehen sollen, die die Nachnutzung gemeinfreier Werke behindern und somit den Zugang zu Wissen und Kultur ungebührlich einschränken würden. Der Begriff der „visuellen Werke“, der laut Gesetzesbegründung alle Werke umfassen soll „die visuell wahrnehmbar sind“ ist treffend gewählt. Wäre die Regelung ausschließlich auf Werke der bildenden Kunst beschränkt, würde dies zu widersinnigen Situationen führen, etwa dass bei der Reproduktion eines gemeinfreien Buches Leistungsschutzrechte an Fotografien von Schriftstücken entstehen könnten, nicht aber von Abbildungen.

Der Wortlaut des § 68 UrhG-E „erlischt“ könnte den Eindruck erwecken, dass die Regelung auf Materialien, die noch nie urheberrechtlich geschützt waren, keine Anwendung findet. Zwar wird in der Gesetzesbegründung klargestellt, dass die Regelung auf alle gemeinfreien visuell wahrnehmbaren Materialien Anwendung finden soll. Insofern wäre es wünschenswert, eine Formulierung zu wählen, die

auf die Gemeinfreiheit des Ausgangsmaterials abhebt, anstatt vom Erlöschen eines (vormals bestandenen) Schutzrecht auszugehen.

Schließlich sollte § 68 UrhG-E sicherstellen, dass die etwaigen Besitzer*innen eines Originalwerks, das gemeinfrei ist, den Regelungszweck der § 68 UrhG-E nicht durch vertragliche Bestimmungen unterlaufen können.⁵³

V. URHEBERVERTRAGSRECHT

Die Regelungen zum Urhebervertragsrecht in Art. 18–23 DSM-RL finden zu großen Teilen bereits eine Entsprechung in Abschnitt 5 Unterabschnitt 2 UrhG. Insofern ist es gerechtfertigt, dass der Diskussionsentwurf Änderungen an den existierenden Normen im UrhG vorschlägt, anstatt diese vollständig neu zu fassen. Hierbei muss allerdings sehr genau darauf geachtet werden, dass die Regelungsziele des europäischen Gesetzgebers vollständig erfüllt werden.

Problematisch ist diesbezüglich insbesondere die vorgeschlagene Umsetzung des Art. 19 DSM-RL, der eine Transparenzpflicht vorsieht, die in vielerlei Hinsicht deutlich über den bestehenden Auskunftsanspruch von Urheber*innen in §§ 32d und 32e UrhG hinausgeht. Der Diskussionsentwurf versäumt es nämlich, in der Neufassung von § 32d UrhG-E die Einschränkung „Bei entgeltlicher Einräumung eines Nutzungsrechts“ zu streichen, die nicht mit Art. 19 DSM-RL kompatibel ist.

Der Europäische Gesetzgeber hat sich bewusst dafür entschieden, die Transparenzpflicht auch solchen Urheber*innen und ausübenden Künstler*innen zugute kommen zu lassen, die für die Übertragung der exklusiven Nutzungsrechte an ihren Werken keine Vergütung erhalten haben. Das ist unschwer am Wortlaut des Art. 19 Abs. 3 DSM-RL zu erkennen, der eine Ausnahme von der Transparenzpflicht in hinreichend begründeten Fällen vorsieht, in denen der Verwaltungsaufwand in einem erheblichen Missverhältnis zu den *erzielten Einnahmen* mit der Verwertung des Werks stehen würde. Nur weil ein*e Urheber*in oder ausübende*r Künstler*in keine Vergütung für die Übertragung eines Nutzungsrechts erhalten hat, kann daraus aber nicht geschlossen werden, dass auch mit der Verwertung des Werks keine erheblichen Einnahmen erzielt wurden.

Gerade etwa in der Verwertung von Wissenschaftspublikationen stehen einer unentgeltlichen Übertragung von Exklusivrechten an wissenschaftlichen Aufsätzen oftmals erhebliche Einnahmen aus der Verwertung dieser Werke gegenüber. Es lässt sich anhand des Wortlauts von Art 19 DSM-RL nicht rechtfertigen, warum

⁵³

Vgl. Comment of the European Copyright Society on the Implementation of Art. 14 of the Directive (EU) 2019/790 on Copyright in the Digital Single Market, abrufbar unter: <https://europeancopyrightsociety.org/opinions/>

Wissenschaftsurheber*innen sich in solchen Fällen nicht auf die Transparenzpflicht des Lizenznehmers berufen können sollten.

Allenfalls für die Übertragung von einfachen Nutzungsrechten an jedermann auf der Basis freier Lizenzen lässt sich eine Ausnahme von der Transparenzpflicht aus Erwägungsgrund 82 DSM-RL ableiten, der klarstellt, dass die Vergabe freier Lizenzen wie beispielsweise Creative Commons durch keine der Regelungen in der Richtlinie erschwert werden sollte. Sollten Urheber*innen oder ausübende Künstler*innen jedoch ein exklusives Nutzungsrecht unentgeltlich eingeräumt haben, verlangt eine richtlinienkonforme Auslegung in jedem Fall, dass die Transparenzpflicht auf solche Fälle Anwendung findet.

Berlin, den 23.07.2020

Julia Reda
Projektleiterin control ©

Joschka Selinger
Jurist im Projekt control ©

Über die Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.

Die **Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.** koordiniert und finanziert gerichtliche Verfahren, um die Grund- und Menschenrechte gegen staatliche Verletzungen zu verteidigen. Sie bringt dafür geeignete Kläger*innen mit exzellenten Jurist*innen zusammen, um gemeinsam gerichtlich gegen Rechtsverletzungen vorzugehen. Der gemeinnützige Verein mit Sitz in Berlin wurde 2015 gegründet und finanziert sich maßgeblich durch Fördermitglieder und Spenden von Einzelpersonen.

Über control ©

Mit ihrem Projekt **control ©** unter der Leitung von Julia Reda strebt die **Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.** die gerichtliche Klärung grundrechtlicher Fragen im Spannungsfeld zwischen Kommunikationsfreiheit und Urheberrecht an.