



Stellungnahme

der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V.

zu dem Referentenentwurf des Bundesministeriums für Justiz und
Verbraucherschutz für ein 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.	VORBEMERKUNG	2
B.	STELLUNGNAHME	3
I.	ZU DEN FRAGEN MIT BESONDEREM BERATUNGSBEDARF IN DER BUNDESREGIERUNG	3
1.	VEREINBARKEIT DER PASTICHE-SCHRANKE (§ 51A URHG-E) MIT DEM DREISTUFENTEST UND DEM VERHÄLTNISMÄßIGKEITSGRUNDSATZ	3
2.	AKZESSORIETÄT DES VERVIELFÄLTIGUNGSRECHTS IM RAHMEN DES LEISTUNGSSCHUTZ-RECHTS DES PRESSEVERLEGERS (§ 87G ABSATZ1 URHG-E)	4
3.	MINDESTQUOTE DES BETEILIGUNGSANSPRUCHS DER URHEBER AN DEN EINNAHMEN DES PRESSEVERLEGERS AUS DEM LEISTUNGSSCHUTZRECHT (§ 87K ABSATZ 1 URHG-E).....	6
4.	ENTFRISTUNG DES URHEBERRECHTS- WISSENSGESELLSCHAFTS-GESETZES (§ 142 URHG-E).....	6
5.	MINDESTQUOTE DES BETEILIGUNGSANSPRUCHS DER URHEBER IM RAHMEN DER VERLEGERBETEILIGUNG (§ 27B VGG-E).....	7
6.	RECHTSNATUR DES URHEBERRECHTS-DIENSTEANBIETER- GESETZES (URHDAG-E).....	7
7.	UNIONSRECHTLICHE ZULÄSSIGKEIT DER SCHRANKE FÜR BAGATELLNUTZUNGEN (§ 6 URHDAG-E)	9
II.	ÄNDERUNGEN DES URHEBERRECHTS-DIENSTEANBIETER- GESETZES	11
III.	LEISTUNGSSCHUTZRECHT FÜR PRESSEVERLEGER	17
IV.	GEMEINFREIE VISUELLE WERKE	19

A. **VORBEMERKUNG**

Die Gesellschaft für Freiheitsrechte bedankt sich für die Gelegenheit zur Stellungnahme. Da dem Referentenentwurf zwei öffentliche Konsultationsverfahren zur Umsetzung einzelner Aspekte der Richtlinie 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL) vorausgegangen sind, beschränken wir unsere Stellungnahme auf die Fragen, zu denen noch besonderer Beratungsbedarf in der Bundesregierung besteht, und auf wesentliche Änderungen des Referentenentwurfs mit grundrechtlicher Bedeutung.

Der Referentenentwurf enthält aus Sicht der Gesellschaft für Freiheitsrechte in den Punkten, zu denen noch Beratungsbedarf innerhalb der Bundesregierung besteht, überwiegend ausgewogene und richtlinienkonforme Lösungen. In unserer Stellungnahme zum Diskussionsentwurf II hatten wir bereits ausführlich erläutert, dass die Schranke für Bagatellnutzungen in § 6 UrhDaG-E unionsrechtlich zulässig und für die Grundrechte der Nutzer:innen von erheblicher Bedeutung ist.¹ Als maßgebliche Neuerung begrüßen wir die Entfristung des UrhWissG. Die Entfristung ist durch die Umsetzung der DSM-RL unionsrechtlich geboten, die frühzeitige Anpassung des Rechtsrahmens trägt zu Rechts- und Investitionssicherheit für die begünstigten Institutionen wie Bibliotheken und Hochschulen bei.

Der Referentenentwurf kann unsere Zweifel an der Vereinbarkeit von Artikel 17 DSM-RL mit den in der Grundrechtecharta verbürgten Grundrechten der Diensteanbieter und ihrer Nutzer:innen indes nicht ausräumen.² Besonders problematisch ist aus Sicht der Gesellschaft für Freiheitsrechte die Neufassung von § 8 UrhDaG-E, die als maßgebliche Vorkehrung zum Schutz rechtmäßiger Inhalte und der Grundrechte der Nutzer:innen ein „Pre-Check“-Verfahren vorsieht. Das „Pre-Check“-Verfahren stellt einen Rückschritt im Vergleich zum Flagging-Verfahren des Diskussionsentwurfs dar, da Nutzer:innen in vielen Fällen nicht mehr in der Lage sein werden, rechtmäßige Uploads als solche zu kennzeichnen und Diensteanbieter zum Einsatz kostspieliger Echtzeit-Uploadfilter verpflichtet werden. Die Neufassung von § 8 UrhDaG-E führt aus Sicht der Gesellschaft für

¹ 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, S. 8 ff., abrufbar unter: https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2020/07/GFF_Stellungnahme_BMJV_DiskE_Zweites_Gesetz_Urheberrecht_DS_M.pdf.

² Ebd. S. 14 ff.

Freiheitsrechte zu einer europarechtswidrigen Lage, da weder die Pflicht aus Art. 17 Abs. 7 DSM-RL, die Sperrung legaler Inhalte zu verhindern, noch der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 17 Abs. 5 DSM-RL hinreichend gewährleistet werden.

B. **STELLUNGNAHME**

I. **ZU DEN FRAGEN MIT BESONDEREM BERATUNGSBEDARF IN DER BUNDESREGIERUNG**

1. **Vereinbarkeit der Pastiche-Schranke (§ 51a UrhG-E) mit dem Dreistufentest und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz**

Die Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 Buchst. k) der InfoSoc-RL durch § 51a UrhG-E ist unionsrechtskonform. Beim Pastiche handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff des Unionsrechts, der autonom und einheitlich auszulegen ist.³ Es ist dem EuGH vorbehalten, den Pastiche-Begriff durch Auslegung zu konkretisieren. Der Referentenentwurf verfolgt den einzig sinnvollen Ansatz, den Begriff nicht eigenständig auf nationaler Ebene zu konkretisieren, sondern die Richtlinienvorgabe wortlautgetreu ins deutsche Recht zu überführen. Dieses Vorgehen ist zulässig. Es genügt insbesondere dem Dreistufentest, Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL. Dieser ist von den Gerichten bei der Auslegung der Schranke zu berücksichtigen.⁴

Der Referentenentwurf führt mit § 7 Abs. 2 UrhDaG-E einen gesetzlichen Vergütungstatbestand ein, der im Diskussionsentwurf noch nicht enthalten war und der sich unter anderem auf bestimmte Pastiche-Nutzungen bezieht. Die Urheber:innen haben danach gegen Diensteanbieter einen verwertungsgesellschaftspflichtigen Anspruch auf angemessene Vergütung für Nutzungen zum Zwecke des Pastiche, § 5 Nr. 2 UrhDaG-E. Nach § 5 Nr. 2 UrhDaG-E ist es zulässig, dass Nutzer:innen eines Diensteanbieters Werke unter anderem für Pastiches nach § 51a UrhG-E öffentlich wiedergeben und teilen.

Aus Sicht der Gesellschaft für Freiheitsrechte sprechen gute Gründe gegen die Vergütungspflicht aus § 7 Abs. 2 UrhDaG-E. Das Unionsrecht verpflichtet die Mitgliedsstaaten nicht, diese Regelung zu treffen. Eine solche Pflicht ergibt sich auch nicht aus dem Dreistufentest, da die Interessen der Rechteinhaber:innen durch die Pastiche-Schranke allenfalls geringfügig beeinträchtigt werden. Die Pastiche-Schranke wird durch die bedeutenden Rechtsgüter der Meinungs- und Kunstfreiheit (Art. 11 und Art. 13 GRCh bzw. Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 S. 1 GG)

³ EuGH, Urt. v. 3.9.2014, C-201/13, – *Deckmyn*, Rn. 14 f.

⁴ EuGH, Urt. v. 16.7.2009, C-5/08 – *Infopaq*, Rn. 58.

gerechtfertigt. Wie auch bei der vergütungsfreien Parodie steht beim Pastiche die Auseinandersetzung mit dem Bezugsgegenstand im Vordergrund. Rechteinhaber:innen werden durch die Nutzung sogar geringer beeinträchtigt, da ein Pastiche Wertschätzung für das Original ausdrücken kann. Im Vergleich zur Parodie ist dies für die Rechteinhaber:innen weniger einschneidend. Nennenswerte finanzielle Einbußen der Rechteinhaber:innen sind nicht zu erwarten. Systematisch sind Mitgliedsstaaten nur in Ausnahmefällen aus dem Dreistufentest zur Einführung einer gesetzlichen Vergütung verpflichtet, solange die InfoSoc-Richtlinie dies nicht explizit vorschreibt. Die Unsicherheit über den Anwendungsbereich des Unionsrechts geht zu Lasten der Rechteinhaber:innen. Da derzeit nicht klar ist, wie weit das Pastiche zu verstehen ist, kann sich aus dem Umfang der Nutzung keine Pflicht zu einer gesetzlichen Vergütung ergeben. Nach alledem sprechen gute Gründe dafür, die Regelung nicht als sachgerecht anzusehen. Zumindest sollte der Gesetzgeber klarstellen, wie sich die Vergütung berechnet, um unangemessenen Forderungen entgegenzuwirken. Eine gesetzliche Vergütung für Pastiche-Nutzungen, die über § 7 Abs. 2 UrhDaG-E hinausgeht, ist daher erst recht nicht geboten. Wir lehnen eine solche Regelung ab. Es wäre weder praktikabel noch verhältnismäßig, Nutzer:innen selbst zur Zahlung einer angemessenen Vergütung für Pastiche zu verpflichten. Die Einführung einer weitergehenden Vergütungsregelung würde für Nutzer:innen abschreckend wirken und die sozial erwünschte Nutzung erschweren und unterbinden. Ein solcher Anspruch könnte zudem nicht wirksam durchgesetzt werden, da vielzählige Nutzungen zu erwarten sind und sich diese insbesondere in nicht-öffentlichen Sphären vollziehen. Würde nur ein Teil der Nutzer:innen in Anspruch genommen, wäre dies der Akzeptanz des Urheberrechts abträglich. Praktische Probleme ergeben sich weiterhin daraus, dass das vergütungspflichtige Pastiche nicht in jedem Fall klar von einer vergütungsfreien Karikatur oder Parodie abgegrenzt werden kann. Wegen des geringen Vergütungsinteresses an der einzelnen Nutzung, stünden die Erträge in keinem angemessenen Verhältnis zum Verwaltungsaufwand.

2. **Akzessorietät des Vervielfältigungsrechts im Rahmen des Leistungsschutzrechts des Presseverlegers (§ 87g Absatz1 UrhG-E)**

Art. 87g Abs. 1 UrhG-E setzt Art. 15 Abs. 1 UAbs. 1 DSM-RL in deutsches Recht um. Art. 15 DSM-RL gebietet die im Referentenentwurf vorgesehene Akzessorietät von Vervielfältigungsrecht und öffentlicher Zugänglichmachung. Art. 15 DSM-RL weist den Presseverleger:innen das Vervielfältigungsrecht *für die Online-Nutzung* ihrer Presseveröffentlichungen zu. Wirtschaftlich relevant sind dabei allein Handlungen der öffentlichen Zugänglichmachung, sodass eine Zuweisung des Vervielfältigungsrechts über diese Zwecke hinaus gegen Art. 15 DSM-RL verstößt.

Das in Art. 15 DSM-RL vorgesehene Leistungsschutzrecht für Presseverleger:innen soll den organisatorischen und finanziellen Beitrag der Verlage bei der Produktion von Presseveröffentlichungen honorieren, indem bestimmte Verwertungshandlungen der Verlage leistungsschutzrechtlich geschützt werden. Dieser Schutz ist Gem. Art. 15 Abs. 1 DSM-RL auf die Online-Nutzung durch Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft beschränkt. Dementsprechend weist Art. 15 Abs. 1 UAbs. 1 DSM-RL den Presseverleger:innen das Vervielfältigungsrecht (Art. 2 InfoSoc-RL) und das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (Art. 3 Abs. 2 InfoSoc-RL) ausschließlich für die Online-Nutzung der Presseveröffentlichungen durch Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft zu.

Dieser Zweck bestimmt den Umfang, in dem eine nationale Umsetzung von Art. 15 DSM-RL Presseverleger:innen Schutzrechte einräumen muss. Es ist erforderlich, den leistungsschutzrechtlichen Schutz eng auszulegen, da er der wirtschaftlichen Beteiligung der Presseverleger:innen für eine spezifisch definierte Situation dient. Das Gefährdungspotential für die freie Kommunikation erfordert einen restriktiven Ansatz. Um die Online-Nutzung der Presserzeugnisse zu schützen, muss auch das Vervielfältigungsrecht daher nur insoweit den Presseverleger:innen zugewiesen werden, wie es im Hinblick auf die angestrebte Online-Nutzung erforderlich ist. Die Akzessorietät von Vervielfältigung und öffentlicher Zugänglichmachung ist insoweit nicht zu beanstanden.

Für Vervielfältigungen zur Online-Nutzung, die nicht in Zusammenhang zu einer öffentlichen Zugänglichmachung stehen, bedürfen die Presseverleger:innen nicht des Schutzes eines Leistungsschutzrechts. Solche Vervielfältigungshandlungen sind entweder wirtschaftlich irrelevant oder von einer Schrankenbestimmung gedeckt, sodass die Presseverleger:innen keiner finanziellen Kompensation durch eine Lizenzierung des Vervielfältigungsrechts bedürfen. Relevant ist in diesem Zusammenhang vor allem die Vervielfältigung im Rahmen der Indexierung von Textdateien für die Nutzung in Suchmaschinen. Diese Vervielfältigungshandlung ist ein vorbereitender Akt für die öffentliche Zugänglichmachung von Textausschnitten, der unter die Schranke für kommerzielles Text und Data Mining nach § 44b UrhG-E fällt und damit gesetzlich erlaubt ist, sofern Rechteinhaber:innen dieser Praxis nicht in maschinenlesbarer Form widersprochen haben. Dies entspricht der gängigen Praxis, wonach Webseitenbetreiber:innen mittels der Datei robots.txt selbst entscheiden können, ob ihre Inhalte durch Suchmaschinen indexiert werden. Insofern wäre es widersinnig, Vervielfältigungshandlungen zu schützen, die aufgrund gesetzlicher Schrankenbestimmungen nach § 87i UrhG-E auch beim Bestehen des Leistungsschutzrechts erlaubt sind. Die Rechtslage nach dem Referentenentwurf entspricht daher den materiellen Anforderungen der DSM-RL. Die akzessorische Ausgestaltung des Vervielfältigungsrechts sichert dieses Ergebnis lediglich ab. Der Gesetzgeber bewegt sich innerhalb seines Umsetzungsspielraums und hat

durch die ausdrückliche Akzessorietät des Vervielfältigungsrechts eine praxisnahe Lösung gewählt.

3. **Mindestquote des Beteiligungsanspruchs der Urheber an den Einnahmen des Presseverlegers aus dem Leistungsschutzrecht (§ 87k Absatz 1 UrhG-E).**

Wir begrüßen, dass der Referentenentwurf eine gesetzliche Mindestquote zu Gunsten der Urheber:innen vorsieht. Berücksichtigt man deren strukturell unterlegene Stellung, dürfte eine solche Regelung notwendig sein, um ihre Interessen zu wahren. Gleichwohl geben wir zu bedenken, dass die deutschen Erfahrungen mit dem Leistungsschutzrecht für Presseverleger seit 2013 gezeigt haben, dass ohnehin nicht mit erheblichen Einnahmen zu rechnen ist.

4. **Entfristung des Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetzes (§ 142 UrhG-E).**

Die Entfristung des Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetzes (UrhWissG) dient der Umsetzung von Art. 3 – 7 DSM-RL. Ohne die Entfristung würde mit Außerkrafttreten des UrhWissG ein unionsrechtswidriger Zustand eintreten. Schon aus diesem Grund sollte die Entfristung gemäß § 142 UrhG-E beibehalten werden. Art. 3 – 6 der DSM-RL verpflichten die Mitgliedstaaten, gesetzliche Erlaubnisse für Wissenschaft, Bildung und der Erhalt des Kulturerbes einzuführen. Diese Erlaubnisse hat der deutsche Gesetzgeber mit dem UrhWissG in den §§ 60a – 60h UrhG bereits vor Verabschiedung der DSM-RL eingeführt, sodass nur ein geringer Anpassungsbedarf besteht, um die entsprechenden Vorgaben der DSM-RL umzusetzen. Die Regelungen des UrhWissG sehen jedoch eine Befristung bis zum 28. Februar 2023 vor, § 142 Abs. 2 UrhG. Die Verabschiedung der Richtlinie macht die Entfristung nunmehr erforderlich. Andernfalls setzt Deutschland sich der Gefahr eines Vertragsverletzungsverfahrens aus.

Ein dauerhafter Verzicht auf entsprechende Schrankenregelungen wäre nicht nur unions- sondern auch grundrechtswidrig. Die Freiheit von Wissenschaft, Forschung und Lehre (Art. 13 GRCh bzw. Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG), die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 11 GRCh bzw. Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG) und das Recht auf Bildung (Art. 14 GRCh) wären ohne eine entsprechende Regelung gefährdet. Die objektive Dimension dieser Grundrechte gebietet, dass der deutsche Gesetzgeber einen entsprechenden legislativen Rahmen schafft, der den genannten Grundrechten zur Geltung verhelfen kann.

Wir begrüßen die Entfristung im Zuge der Richtlinienumsetzung, da sie zu Rechts-, Planungs- und Investitionssicherheit für die beteiligten Akteur:innen beiträgt. Durch die Entfristung können sich die begünstigten Personen, Organisationen und Institutionen frühzeitig auf die Fortgeltung der Regelungen einstellen und

entsprechende Investitionen tätigen. Gerade für die Begünstigten der gesetzlichen Ausnahmen ist diese langfristige Perspektive von großer Bedeutung, da wissenschaftliche Forschungsprojekte, Bildungsinstitutionen und Bibliotheken für ihre Arbeit mit einem mehrjährigen Rahmen planen.

Die Beibehaltung der §§ 60a – 60h UrhG durch ihre Entfristung ist das geeignete Instrument zur Umsetzung der Vorgaben der Richtlinie. Die Kontinuität trägt maßgeblich zur Rechtssicherheit bei, da sich die beteiligten Akteur:innen, also auch die Verwaltung und Gerichte auf ihre Erfahrungen mit den bestehenden Normen stützen können. Die Schranken der Art. 3 – 7 DSM-RL hängen zudem eng mit der Umsetzung in §§ 60a – 60h UrhG zusammen. Eine legislative Auftrennung dieser Normen soweit sie auf der Umsetzung der InfoSoc-RL beruhen würde zu einem rechtlichen Flickenteppich führen.

5. **Mindestquote des Beteiligungsanspruchs der Urheber im Rahmen der Verlegerbeteiligung (§ 27b VGG-E)**

Wir lehnen die vom BMJV vorgeschlagene Beteiligung der Verlage an gesetzlichen Vergütungsansprüchen der Urheber:innen ab. Die Umsetzung der Verlegerbeteiligung ist nach Art. 16 DSM-RL fakultativ, sodass der deutsche Gesetzgeber von einer Umsetzung hätte absehen können. Aus Sicht der Gesellschaft für Freiheitsrechte ist es weder sachgerecht noch sozial angemessen, Verlage unabhängig von der darauf bezogenen Zustimmung der zumeist einkommensschwächeren Urheber:innen an den Ausschüttung von Verwertungsgesellschaften zu beteiligen. Soweit die Bundesregierung an der Umsetzung der Verlegerbeteiligung festhält, erachten wir jedenfalls eine zwingende und hohe Beteiligungsquote zu Gunsten der Urheber:innen für geboten.

6. **Rechtsnatur des Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes (UrhDaG-E)**

Die Ausführungen des Referentenentwurfs zur Rechtsnatur des UrhDaG-E legen überzeugend dar, dass Art. 17 DSM-RL ein im Vergleich zur InfoSoc-RL modifiziertes Konzept der öffentlichen Wiedergabe regelt und nicht lediglich die derzeitige Rechtslage klarstellt. Wir verweisen insoweit auf unsere Ausführungen zur Rechtsnatur von Art. 17 DSM-RL in unserer Stellungnahme zum

Diskussionsentwurf II.⁵ Diese Auffassung wird durch die EuGH-Rechtsprechung, den Wortlaut der Richtlinie sowie die Gesetzgebungsgeschichte gestützt.

Bei Art. 17 handelt es sich um eine *sui-generis*-Erweiterung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe. Nach der bisherigen Rechtslage haften Diensteanbieter, wenn sie eine Verwertungshandlung i.S.v. Art. 3 InfoSoc-RL vornehmen und nicht von einer Haftungsfreistellung nach Art. 14 E-Commerce-Richtlinie profitieren. Art. 17 DSM-RL führt demgegenüber ein neues Haftungsregime und geänderte Haftungsvoraussetzungen ein. Die Definition der Diensteanbieter aus Art. 2 Abs. 6 DSM-RL nimmt die Rechtsprechung des EuGH zur öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 InfoSoc-RL nur punktuell auf und modifiziert den Haftungsmaßstab erheblich. Exemplarisch zeigen sich die Unterschiede zwischen der Handlung einer öffentlichen Wiedergabe nach Art. 17 DSM-RL und nach geltendem Recht am Fall *The Pirate Bay*: Der EuGH entschied in Ansehen der Tätigkeit einer Filesharing-Plattform, dass Anbieter von Vermittlungsdiensten unter engen Voraussetzungen nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL haften können.⁶ Für den EuGH war dabei maßgeblich, dass die Betreiber:innen der Plattform Dritten in voller Kenntnis der Konsequenzen ihres Verhaltens Zugang zu von den Nutzer:innen hochgeladenen Inhalten gewährten, indem sie die Torrent-Dateien zur Verbesserung der Suche indexierten und auf eine Weise in verschiedene Kategorien einordneten, die eine Untersuchung des Inhalts der Torrent-Dateien erforderte. Für den Gerichtshof war dabei ausschlaggebend, dass die Betreiber:innen der Plattform Nutzer:innen ausdrücklich animiert hatten, Kopien geschützter Werke anzulegen.⁷ Die entscheidenden Kriterien der inhaltlichen Auseinandersetzung mit den hochgeladenen Inhalten und der Absicht, Urheberrechtsverletzungen zu erleichtern, spielen in Art. 17 DSM-RL keine Rolle.

Es kann daher nicht die Rede davon sein, Art. 17 DSM-RL würde das bestehende Haftungsregime für Hosting-Provider lediglich klarstellen. Der unklare und nicht eindeutige Wortlaut von ErwG 64 S. 1 DSM-RL kann kein anderes Verständnis begründen. Die Erwägungsgründe einer Richtlinie sind im Verhältnis zu den jeweiligen Bestimmungen nachrangig.⁸ Erst recht ist der Erwägungsgrund der jüngeren DSM-Richtlinie nicht geeignet, verbindliche Vorgaben zur Auslegung von

⁵ 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, S. 8 ff., abrufbar unter: https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2020/07/GFF_Stellungnahme_BMJV_DiskE_Zweites_Gesetz_Urheberrecht_DS_M.pdf.

⁶ EuGH, Urt. v. 14.7.2017, C-610/15 – *The Pirate Bay*.

⁷ Vgl. a.a.O. insb. Rn. 26, 38, 45.

⁸ EuGH, Urt. v. 19.11.1998, C-162/97 – *Nilsson*, Rn. 54

Bestimmungen der älteren InfoSoc-Richtlinie zu unterbreiten.⁹ Entscheidend ist, dass sich die Definition der von Art. 17 DSM-RL betroffenen Diensteanbieter nach Art. 2 Abs. 6 DSM-RL erheblich von den Kriterien unterscheidet, die die Rechtsprechung zum Recht der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL entwickelt hat.¹⁰

Auch die Europäische Kommission erachtet Art. 17 DSM-RL als *lex specialis* zu Art. 3 InfoSoc-Richtlinie.¹¹ Dies entspricht auch dem Verständnis der am Gesetzgebungsprozess Beteiligten. Im Übrigen gingen selbst die Interessenvertreter:innen der Rechteinhaber:innen zum Zeitpunkt der Verabschiedung der Richtlinie davon aus, dass der Anwendungsbereich des Rechts auf öffentliche Wiedergabe zu ihren Gunsten erweitert würde. So betonte etwa die Dachorganisation der Verwertungsgesellschaften GESAC, die wichtige Thematik des „Transfer of Value“-Problems würde durch die Richtlinie nunmehr adressiert.¹² Würde es sich bei Art. 17 DSM-RL tatsächlich nur um eine Klarstellung des geltenden Rechtsrahmens handeln, hätte dieser für Rechteinhaber:innen durch die Einführung des Haftungsausschlussmechanismus nach Art. 17 Abs. 4 DSM-RL hingegen einen Rückschritt gegenüber dem *status quo* bedeutet. Es ist deshalb wenig überzeugend, wenn dieselben Rechteinhaber:innen diese Lesart propagieren, die seinerzeit die Verabschiedung von Art. 17 DSM-RL als Fortschritt begrüßt haben.

7. Unionsrechtliche Zulässigkeit der Schranke für Bagatellnutzungen (§ 6 UrhDaG-E)

Die Frage nach der unionsrechtlichen Zulässigkeit der Schranke für Bagatellnutzungen steht in Zusammenhang zur Natur des UrhDaG-E (dazu zuvor unter 6.). Der Referentenentwurf legt überzeugend dar, dass § 6 UrhDaG-E unionsrechtlich zulässig ist. Auch insofern verweisen wir auf unsere

⁹ Schlussanträge des GA Saugmandsgaard Øe vom 16.7.2020, Verbundene Rechtssachen C-682/18 und C-683/18 – *YouTube ./. Cyando*, Rn. 250 ff.

¹⁰ Ausführlich hierzu: Julia Reda, Article 17: What is it really good for? Rewriting the history of the DSM Directive. Kluwer Copyright Blog. Abrufbar unter: <http://copyrightblog.kluweriplaw.com/2020/09/28/article-17-what-is-it-really-good-for-rewriting-the-history-of-the-dsm-directive-part-1/>.

¹¹ Europäische Kommission, Targeted consultation addressed to the participants to the stakeholder dialogue on Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market, S. 3, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=68591 (letzter Abruf: 21.10.2020).

¹² Vgl. GESAC, The Copyright Directive: „One of the biggest achievements of this new piece of legislation was to address the ‘Transfer of Value’ problem, a priority issue for all European creators.“, abrufbar unter: <https://authorsocieties.eu/policy/copyright-directive/> (letzter Abruf: 21.10.2020).

Stellungnahme zum Diskussionsentwurf II.¹³ In dieser Stellungnahme haben wir bereits dargelegt, warum die Bagatellschranke auf § 6 UrhDaG-E nicht nur zwingend erforderlich ist, um die Akzeptanz der Urheberrechtsreform zu erhöhen, sondern auch warum die Regelung mit den unionsrechtlichen Vorgaben vereinbar ist. An dieser Auffassung halten wir fest. Zusammengefasst ergibt sich dies aus den folgenden Erwägungen:

Ob und inwieweit Mitgliedsstaaten Schranken für das Recht der öffentlichen Wiedergabe aus Art. 17 DSM-RL vorsehen können, bestimmt sich vorrangig anhand der Auslegung der Bestimmung selbst. Art. 17 DSM-RL stellt eine Spezialregelung dar, die den Anwendungsbereich der InfoSoc-Richtlinie auf eigene Art erweitert (siehe unter 6.). Die Vorgabe dehnt nicht nur den Anwendungsbereich des Verwertungsrechts aus, sondern sieht auch eigene Möglichkeiten von Schranken vor. Nach dem Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 und 2 DSM-RL ist der Abschluss von Lizenzvereinbarungen nur eine Möglichkeit, Nutzungen zu erlauben. Daneben sind auch gesetzliche Autorisierungen durch pauschalvergütete Schranken zulässig. Der Gestaltungsspielraum der Mitgliedsstaaten beschränkt sich dabei jedoch auf Nutzer:innen, die nicht kommerzielle Zwecke verfolgen oder keine erheblichen Einnahmen erzielen.¹⁴ Diese Erlaubnis zu Gunsten der Plattformen erstreckt sich laut Art. 17 Abs. 2 DSM-RL auf die Nutzer:innen. Indem das BMJV den Geltungsbereich von § 6 DSM-RL auf solche Nutzungshandlungen beschränkt, die nichtkommerzielle Zwecke oder nicht erhebliche Einnahmen verfolgen, entspricht diese Regelung klar den europarechtlichen Vorgaben.

Auch Art. 25 DSM-RL steht der Zulässigkeit einer Bagatellschranke nicht entgegen. Die Norm bezieht sich auf die gemäß DSM-RL neu einzuführenden verpflichtenden Ausnahmen und Schrankenbestimmungen für Text und Data Mining, Bildungszwecke und die Erhaltung des kulturellen Erbes. Art. 25 DSM-RL dient der Klarstellung, dass Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind, den Geltungsbereich von Schrankenbestimmungen zu reduzieren, die nach den entsprechenden fakultativen Schrankenbestimmungen der InfoSoc-RL bereits zulässig sind und über den Anwendungsbereich der neuen, verpflichtenden Schrankenbestimmungen hinausgehen. Dies ergibt sich auch aus der Entstehungsgeschichte des Art. 25 DSM-RL, der auf das Verhandlungsmandat

¹³ 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, S. 8 ff., abrufbar unter: https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2020/07/GFF_Stellungnahme_BMJV_DiskE_Zweites_Gesetz_Urheberrecht_DS_M.pdf (letzter Abruf: 21.10.2020).

¹⁴ 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 (letzter Abruf: 22.10.2020).

des Europäischen Parlaments zum Text und Data Mining zurückzuführen ist.¹⁵ In keiner Weise beschränkt Art. 25 DSM-RL die Zulässigkeit neuer Schrankenbestimmungen auf Grundlage von Art. 17 DSM-RL.

II. **ÄNDERUNGEN DES URHEBERRECHTS-DIENSTEANBIETER-GESETZES**

Der Referentenentwurf enthält einige Änderungen des Entwurfs für ein Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG-E), die aus Sicht der Gesellschaft für Freiheitsrechte zu begrüßen sind. Punktuell stärkt der Referentenentwurf die Rechte der Nutzer:innen. Die zentrale Änderung gegenüber dem Diskussionsentwurf, die Ersetzung des „Pre-Flaggings“ durch das „Pre-Check“-Verfahren, stellt demgegenüber einen erheblichen Rückschritt dar, sowohl für die Grundrechte der Nutzer:innen als auch der Diensteanbieter.

Wir begrüßen ausdrücklich, dass der Anwendungsbereich der Bagatellschranke in **§ 6 Abs. 1 UrhDaG-E** auf die Wiedergabe von Werken „zur Erzielung nicht erheblicher Einnahmen“ ausgeweitet wurde. Diese Ergänzung ist aus Sicht der Nutzer:innen ein großer Fortschritt gegenüber der vorherigen Fassung und führt zu erheblichen Erleichterungen für viele Nutzer:innen, die Accounts semi-professionell betreiben oder nur unregelmäßige Einnahmen erzielen. Journalist:innen oder Influencer:innen, die ihren Account auch privat nutzen, können sich nun ebenfalls auf die Bagatell-Schranke berufen. Die Ergänzung in § 6 UrhDaG-E trägt somit maßgeblich dazu bei, die Nutzung kleiner Werkteile zu ermöglichen. Aufgrund der gesetzlichen Vergütung ist dies auch im Interesse der Rechteinhaber:innen. Praktisch lässt sich das Kriterium der nicht erheblichen Einnahmen im Rahmen einer maschinellen Überprüfung anhand der erzielten Gewinne aus der Monetarisierung überprüfen.

Positiv hervorzuheben sind die erkennbaren Bemühungen, die Grundrechte der Nutzer:innen im Haftungssystem des UrhDaG-E zu stärken. Die Anpassungen von **§§ 12 Abs. 2 und 19 UrhDaG-E** stellen erhebliche Verbesserungen für die Nutzer:innen dar, indem sie zur verfahrensrechtlichen Absicherung rechtmäßiger Inhalte und damit zum Schutz der Grundrechte der Nutzer:innen beitragen.

§ 12 Abs. 2 UrhDaG-E verpflichtet Diensteanbieter, die betroffenen Nutzer:innen bei einer Sperrung oder Entfernung ihrer Inhalte sofort über die Sperrung oder Entfernung und deren Anlass zu informieren. Diese Informationspflicht der Diensteanbieter ist für die Nutzer:innen von erheblicher Bedeutung, da sie erst durch die Mitteilung der Sperrung und ihrer Gründe in die Lage versetzt werden, von den gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelfsmechanismen Gebrauch zu

¹⁵ Siehe Vierspaltendokument vom 23.11.2018, Zeilen 145 und 306, abrufbar unter: https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2018/11/Copyright-Directive_4-column-document_ARTICLES-Version-3.2-for-3rd-trilo...pdf

machen. An dieser Stelle behebt der Referentenentwurf ein erhebliches Defizit des Diskussionsentwurfs, der keinerlei Informationspflichten vorsah. Auch dass die Mitteilung sich nicht lediglich auf die Sperrung oder Entfernung als solche, sondern auch auf ihren Anlass erstreckt, ist für die Durchsetzung der Rechte der Nutzer:innen wichtig. Nur in Kenntnis der Gründe einer Sperrung oder Entfernung können Nutzer:innen beurteilen, ob und wie sie bei einer Sperrung oder Entfernung Abhilfe schaffen können.

§ 19 UrhDaG-E stärkt den Schutz der Nutzer:innen vor Overblocking. Im Vergleich zur vorherigen Fassung haben Diensteanbieter vermeintliche Rechteinhaber:innen nach § 19 Abs. 1 UrhDaG-E zwingend von den Sperr-/Entfernungsmöglichkeiten nach §§ 10 und 11 UrhDaG-E auszuschließen, sofern die vermeintlichen Rechteinhaber:innen wiederholt fremde oder gemeinfreie Inhalte sperren oder entfernen lassen. Von der Rechtsfolge des zwingenden Ausschlusses geht eine deutlich höhere Abschreckungswirkung im Vergleich zu einer Ausschlussmöglichkeit im Ermessen der Plattformen aus.

Ebenso zu begrüßen ist, dass der Verweis auf die „Grundzüge der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung“ durch eine eigenständige Anspruchsgrundlage ersetzt wurde. **§ 19 Abs. 2 UrhDaG-E** stellt nunmehr klar, nach welchen Maßgaben vermeintliche Rechteinhaber:innen gegenüber Diensteanbieter und Nutzer:innen haften und beseitigt damit die Unsicherheiten, die aus dem Verweis auf die Grundzüge der Schutzrechtsverwarnung entstanden. § 19 Abs. 2 UrhDaG-E definiert nun ausdrücklich, wer nach welchem Maßstab haftet. Diese Klarstellung nützt allen beteiligten Akteur:innen, da sie ihr Verhalten an den Voraussetzungen von § 19 Abs. 2 UrhDaG-E ausrichten können. Aus Sicht der Nutzer:innen ist es besonders zu begrüßen, dass Rechteinhaber:innen auch für Schäden aufgrund fahrlässiger unrechtmäßiger Sperrverlangen haften. Dies gibt den Nutzer:innen ein effektives Instrument, um systematischem Overclaiming zu begegnen.

Der neu eingeführte **§ 23 UrhDaG-E** gestaltet das gesamte UrhDaG-E als zwingendes Recht aus und setzt damit Art. 17 Abs. 9 a.E. DSM-RL um. Diese Ergänzung ist zu begrüßen. Sie ist nicht nur europarechtlich vorgegeben, sondern sie stellt sicher, dass die Diensteanbieter die Bestimmungen des UrhDaG-E nicht zu Lasten der Nutzer:innen unterlaufen.

Verpflichtender „Pre-Check“ nach § 8 UrhDaG-E

Die Neufassung von § 8 UrhDaG-E ist aus Sicht der Gesellschaft für Freiheitsrechte verfassungs- und europarechtlich problematisch. Sie beschneidet die verfahrensrechtlichen Vorkehrungen für den Schutz der Grundrechte der Nutzer:innen und führt grundrechtswidrige allgemeine Überwachungspflichten ein. Kleinere Diensteanbieter werden durch das verpflichtende „Pre-Check“-Verfahren absehbar in ihrer wirtschaftlichen Existenz bedroht.

Darüber hinaus ist § 8 Abs. 1 UrhDaG-E mit großer Wahrscheinlichkeit europarechtswidrig, da die Norm weder das Verhältnismäßigkeitsprinzip aus Art. 17 Abs. 5 DSM-RL wahrt noch gem. Art. 17 Abs. 7 DSM-RL geeignet ist, sicherzustellen, dass rechtmäßige Inhalte nicht gesperrt werden.

Wir weisen darauf hin, dass die Formulierung von § 8 Abs. 1 UrhDaG-E und die Erklärung zu dem „Pre-Check“-Verfahren im Begleitschreiben zum Referentenentwurf widersprüchlich sind. Zur Einführung des „Pre-Check“-Verfahrens heißt es auf S. 4 des Begleitschreibens, dass Plattformen „ein „Pre-Check“-Verfahren **vor das Flagging-Verfahren** schalten **können** (Hervorhebung der Verfasser:innen)“. § 8 Abs. 1 UrhDaG-E sieht dagegen ausdrücklich vor, dass Diensteanbieter verpflichtet sind, die Nutzer:innen beim Hochladen von Inhalten sofort über Sperrverlangen der Rechteinhaber:innen zu informieren und den Nutzer:innen nur in diesem Fall die Möglichkeit zu geben, Inhalte als gesetzlich oder vertraglich erlaubt zu kennzeichnen.

Die Umsetzung im Referentenentwurf führt somit – im Gegensatz zur Ankündigung im Begleitschreiben und den jüngsten öffentlichen Äußerungen des BMJV¹⁶ – nicht zu einer zusätzlichen Option, die vor einen zweiten Flagging-Mechanismus vorgelagert ist. Das „Pre-Check“-Verfahren ist für die Diensteanbieter verpflichtend, ein weiteres, nachgelagertes Flagging ist im Referentenentwurf nicht vorgesehen.

Pre-Check verletzt Grundrechte der Nutzer:innen

In der Stellungnahme zum Diskussionsentwurf II haben wir dargelegt, dass die §§ 10 und 12 UrhDaG-E zur Einführung allgemeiner Überwachungspflichten führen, die nach Art. 17 Abs. 8 im Anwendungsbereich der DSM-RL ausdrücklich verboten sind und nach der Rechtsprechung des EuGH die Grundrechte der Nutzer:innen und der Diensteanbieter verletzen können.¹⁷

Die Neufassung von § 8 UrhDaG-E verschärft dieses Problem, da sie die Möglichkeiten, rechtmäßige Inhalte als solche zu flaggen, gegenüber der Fassung des Diskussionsentwurfs deutlich einschränkt. Der „Pre-Flagging“-Mechanismus in § 8 UrhDaG-E a.F. war die zentrale verfahrensrechtliche

¹⁶ Kaufmann, Upload-filter scharf geschaltet, abrufbar unter: <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/urheberrecht-bmiv-referentenentwurf-leistungsschutzrecht-presseverlage-uploadfilter/> (letzter Abruf: 23.10.2020).

¹⁷ 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, S. 14 ff., abrufbar unter: https://freiheitsrechte.org/home/wp-content/uploads/2020/07/GFF_Stellungnahme_BMJV_DiskE_Zweites_Gesetz_Urheberrecht_DS_M.pdf (letzter Abruf: 21.10.2020).

Absicherung für die Grundrechte der Nutzer:innen. Dieser Schutz wird durch die Neufassung von § 8 UrhDaG-E massiv abgeschwächt. Gem. § 8 Abs. 1 Nr. 1 UrhDaG-E sind die Diensteanbieter verpflichtet, Nutzer:innen „sofort“ darüber zu informieren, wenn Inhalte nach § 10 UrhDaG-E gesperrt werden sollen (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 UrhDaG-E) und den Nutzer:innen zugleich – und nur in diesem Fall – die Möglichkeit zur Kennzeichnung der hochgeladenen Inhalte als vertraglich oder gesetzlich erlaubt zu geben (§ 8 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 UrhDaG-E).

Nach der Neufassung von § 8 UrhDaG-E werden Nutzer:innen Inhalte also nur noch dann als erlaubt kennzeichnen können, wenn bereits im Zeitpunkt des Uploads ein Sperrverlangen vorlag, § 8 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 UrhDaG-E. Liegt im Zeitpunkt des Uploads kein Sperrverlangen vor, haben die Nutzer:innen keine Möglichkeit, die hochgeladenen Inhalte nachträglich als vertraglich oder gesetzlich erlaubt zu kennzeichnen. Stellen Rechteinhaber:innen die Informationen für ein Sperrverlangen erst nach dem Zeitpunkt des Uploads zur Verfügung, werden die bis dahin hochgeladenen Inhalte automatisch gesperrt – ohne dass die Nutzer:innen darüber informiert werden müssten. Um zu erreichen, dass ihre Inhalte veröffentlicht werden, müssen die Nutzer:innen, soweit sie überhaupt von der Sperrung ihrer Inhalte erfahren, ein Beschwerdeverfahren nach § 14 UrhDaG-E durchführen. Rechtmäßige Inhalte werden damit erst nach Abschluss eines Beschwerdeverfahrens, das bis zu einer Woche dauern kann, veröffentlicht. Grundrechtlich stellt dies einen erheblichen Eingriff in die Kommunikationsfreiheiten der Nutzer:innen (Art. 5 GG bzw. Art. 11 GRCh) und in die Berufsfreiheit der Nutzer:innen, die Diensteanbieter:innen zur Monetarisierung nutzen (Art. 12 GG bzw. Art. 16 GRCh), dar.

Der „Pre-Check“-Mechanismus wird absehbar dazu führen, dass zahlreiche rechtmäßig genutzte Inhalte automatisch entfernt werden. Dafür kann es viele Gründe geben. Plattformen sind bspw. berechtigt, Creative Commons- oder gemeinfreie Inhalte zu nutzen. Anders als bei individuell lizenzierten Repertoires haben sie aber keine Möglichkeit, dies während des Uploads abzufragen, da es keine entsprechenden öffentlichen Datenbanken gibt. Selbiges gilt für Nutzungen, die durch Schrankenbestimmungen privilegiert sind: Beispielsweise werden auf Plattformen wie TikTok neue Musikstücke oder Videos mitunter viral erfolgreich, bevor die Rechteinhaber:innen überhaupt anfangen, die Rechte an diesen Werken aktiv wahrzunehmen. Zu dem Zeitpunkt, zu dem ein solches neues Werk zur Sperrung registriert wird, befinden sich oftmals bereits zahllose Remixes dieses Werks im Umlauf. Diese konnten von den Nutzer:innen nicht als Parodien oder Pastiche gekennzeichnet werden, weil zum Zeitpunkt des Uploads noch kein Sperrverlangen vorlag.

Das „Pre-Check“-Verfahren führt somit zu einer Schlechterstellung der Nutzer:innen bei nachträglichen Sperrverlangen. Für diese Ungleichbehandlung gibt es keine sachliche Rechtfertigung. Der Zeitpunkt des Sperrverlangens ist kein

sachgerechtes Differenzierungskriterium für die Rechtsfolgen, die erhebliche Beeinträchtigungen der Grundrechte zur Folge haben. Die unterschiedlichen Rechtsfolgen für Inhalte, bei deren Upload bereits ein Sperrverlangen vorlag und solche, bei denen es nicht der Fall ist, verstoßen daher gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz aus Art. 3 Abs. 1 GG. Denn es ist kein sachlicher Grund dafür ersichtlich, warum den Nutzer:innen in vergleichbaren Fällen, abhängig vom Zeitpunkt des Sperrverlangens, gravierende Nachteile entstehen können.

Dass der Referentenentwurf mit § 8 UrhDaG-E bei nachträglichen Sperrverlangen ausschließlich eine ex-post Beschwerdemöglichkeit vorsieht, begegnet auch europarechtlichen Bedenken. Wir gehen davon aus, dass das „Pre-Check“-Verfahren aus § 8 Abs. 1 UrhDaG-E nicht ausreicht, um Art. 17 Abs. 7 DSM-RL umzusetzen und der Referentenentwurf insoweit europarechtswidrig ist. Deutschland setzt sich damit der Gefahr eines Vertragsverletzungsverfahrens aus. Nach Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1 DSM-RL darf die Zusammenarbeit zwischen Diensteanbietern und Rechteinhaber:innen nicht dazu führen, dass rechtmäßige Inhalte nicht verfügbar sind. Diese Voraussetzungen werden nicht eingehalten, soweit die Nutzer:innen die Veröffentlichung ihrer Inhalte erst durch ein nachträgliches Beschwerdeverfahren erreichen können. Entsprechend geht auch die Europäische Kommission in ihrem Entwurf für Leitlinien für die Mitgliedstaaten zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL davon aus, dass eine Ex-post-Beschwerdemöglichkeit, um bereits gesperrte Inhalte freizuschalten, nicht ausreicht, um Art. 17 Abs. 7 DSM-RL umzusetzen.¹⁸

Verpflichtende Echtzeit-Uploadfilter bedrohen die Berufsfreiheit kleinerer Plattformen

Die Pflicht nach § 8 Abs. 1 UrhDaG-E, Nutzer:innen beim Upload „sofort“ über Sperrverlangen der Rechteinhaber:innen zu informieren, können Diensteanbieter nur erfüllen, indem sie alle Inhalte noch während des Uploadvorgangs auf mögliche Urheberrechtsverletzungen prüfen. § 8 Abs. 1 UrhDaG-E verpflichtet mithin alle Diensteanbieter, die zur Sperrung nach § 10 Abs. 1 UrhDaG-E verpflichtet sind, auf der Plattform hochgeladenen Inhalte in Echtzeit auf Übereinstimmung mit Sperrverlangen der Rechteinhaber:innen zu prüfen. Lediglich kleine Diensteanbieter i.S.d. § 2 Abs. 3 UrhDaG-E mit einem Jahresumsatz von weniger als 1 Mio. EUR sind von der Sperrverpflichtung gemäß § 10 UrhDaG-E befreit.

18

<https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/directive-copyright-digital-single-market-commission-seeks-views-participants-stakeholder>.

Die Verpflichtung, dauerhaft ein kostspieliges Filtersystem einzurichten, stellt einen Eingriff von erheblicher Tiefe in die nach Art. 12 Abs. 1 GG geschützte Berufsfreiheit der Plattformbetreiber dar. Dieser Eingriff ist aus unserer Sicht verfassungsrechtlich nicht gerechtfertigt, da er im Verhältnis zu dem Ziel, rechtswidrige Inhalte zu sperren, für kleinere Plattformen nicht angemessen ist.

Die Kosten, die mit der Umsetzung von § 8 Abs. 1 UrhDaG-E verbunden sind, bedrohen kleinere und mittelgroße Plattformen in ihrer Existenz. Dabei handelt es sich nicht um eine abstrakte Bedrohung. Der Referentenentwurf geht trotz seiner sehr konservativen Schätzung von ganz erheblichen Kosten für die Diensteanbieter aus: Allein die Kosten für die Lizenzierung einer Filtertechnologie zur Umsetzung der §§ 10, 11 UrhDaG-E werden für ein kleines Unternehmen auf jährlich 120 000 EUR geschätzt. Hinzu kommen erhebliche weitere Kosten für Lizenzierung von urheberrechtlich geschützten Werken, Direkt- und Pauschalvergütung sowie Programmieraufwand und Informationspflichten. Eine Plattform mit einem Jahresumsatz von 1,2 Mio EUR müsste nach der Schätzung des BMJV also 10 % ihres Jahresumsatzes allein für die Umsetzung der Filterverpflichtung aufwenden. Erwirtschaftet die Plattform eine Rendite von weniger als 10 % des Umsatzes, haben diese Kosten schon eine erdrosselnde Wirkung.

In der Praxis dürfte mit deutlich höheren Kosten zu rechnen sein, da die Berechnung des Referentenentwurfs nicht berücksichtigt, dass nur Echtzeit-Uploadfilter in der Lage sind, die gesetzlichen Anforderungen nach § 8 Abs. 1 UrhDaG-E zu erfüllen. Die Kostenrechnung beruht auf Zahlen aus dem Impact Assessment der Europäischen Kommission, die sich auf weit weniger fortschrittliche Filtertechnologien beziehen. Derzeit verfügen nur wenige, marktführende Unternehmen über Technologien, die in der Lage sind, große Mengen hochgeladener Informationen in Echtzeit zu filtern. Diese Unternehmen können wegen ihrer Quasi-Monopolstellung die Lizenzierungsbedingungen vorgeben oder konkurrierende Unternehmen gänzlich von der Verwendung dieser Technologie abhalten. Wegen der erheblichen Entwicklungskosten – YouTube beziffert die Kosten für das ContentID-Verfahren mit ca. 100 Mio EUR – dürften auch die Lizenzierungskosten für diese Technologien die Schätzung des Referentenentwurfs noch deutlich übersteigen.

Auch in dieser Hinsicht verstößt § 8 Abs. 1 UrhDaG-E mit großer Wahrscheinlichkeit gegen Europarecht. Die Umsetzung wäre richtlinienwidrig, da sie das in Art. 17 Abs. 5 DSM-RL verankerte Verhältnismäßigkeitsprinzip nicht gewährleistet. Alle Diensteanbieter im Anwendungsbereich von § 10 UrhDaG-E werden de facto verpflichtet, Echtzeit-Uploadfilter zur Sperrung und Entfernung rechtswidriger Inhalte einzusetzen. Art. 17 Abs. 5 DSM-RL gibt dagegen ausdrücklich vor, dass für den Umfang der Verpflichtungen der Diensteanbieter im Lichte der Verhältnismäßigkeit verschiedene Kriterien berücksichtigt werden

müssen. Namentlich sind das erstens die Art, das Publikum und der Umfang der Dienste sowie die Art der von den Nutzer:innen des Dienstes hochgeladenen Inhalte sowie zweitens die Verfügbarkeit geeigneter und wirksamer Mittel und die Kosten, die den Anbietern dieser Dienste hierfür entstehen.

§ 8 Abs. 1 UrhDaG-E erlegt allen Diensteanbietern, unabhängig von diesen Kriterien, die gleiche Verpflichtung auf. Lediglich kleine Diensteanbieter i.S.d. § 2 Abs. 3 UrhDaG-E und Startups i.S.d. § 2 Abs. 2 UrhDaG-E sind ggf. von dieser Verpflichtung befreit, sofern sie nach § 10 UrhDaG-E überhaupt nicht zur Sperrung verpflichtet sind. Die Erfüllung der Pflichten aus § 8 UrhDaG-E greift zudem erheblich in ihre Berufsfreiheit und in die Grundrechte ihrer Nutzer:innen ein. Verhältnismäßige Alternativen zu Echtzeit-Uploadfiltern für kleinere Plattformen – wie Metadatenabgleiche, Watermarks, Hash-Abgleiche, oder stichprobenartige Überprüfungen – sind nach dem Referentenentwurf nicht geeignet, um die Pflicht aus § 8 Abs. 1 UrhDaG-E zu erfüllen.

III. **LEISTUNGSSCHUTZRECHT FÜR PRESSEVERLEGER**

Angesichts der negativen Erfahrungen mit dem deutschen Leistungsschutzrecht für Presseverleger:innen sollte das BMJV von den in Artikel 15 DSM-RL vorgesehenen Spielräumen zum Schutz der Nutzer:innen Gebrauch machen. Der Anwendungsbereich des Leistungsschutzrechts nach Art. 15 DSM-RL geht weit über die nationalen Regelungen hinaus und schließt nunmehr alle Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft, nicht nur gewerbliche Anbieter von Suchmaschinen und Nachrichtenaggregatoren ein. Die weitreichenden Konsequenzen müssen insbesondere durch eine solide Ausgestaltung der Schranken des Leistungsschutzrechts abgemildert werden. Diesem Anspruch genügt die Regelung des § 87g Abs. 2 UrhG-E nicht.

Wir bedauern, dass der Referentenentwurf die Begründung des Diskussionsentwurfs abwandelt und den Verweis auf die BGH-Rechtsprechung zu Vorschaubildern nicht mehr enthält (Diskussionsentwurf S. 65). Wir erachten die im Diskussionsentwurf enthaltene Vorgabe für sinnvoll, dass für die zulässige Ausübung des Leistungsschutzrechts berücksichtigt werden soll, inwieweit Presseverleger:innen Suchmaschinen-Optimierung betreiben. Auch ohne diese Klarstellung ist der Umstand für die Auslegung des Leistungsschutzrechtes relevant, da andernfalls widersprüchliche Ergebnisse drohen.

Zu Absatz 2 Nummer 1

Die Klarstellung, dass das Leistungsschutzrecht nicht für reine Fakten gilt, ist positiv zu bewerten. Dies entspricht den Vorgaben aus ErwG 57 DSM-RL. Die

Regelung führt zu Rechtssicherheit und Klarheit, indem sie die Vorgabe aus der Richtlinie ausdrücklich ins nationale Recht übernimmt.

Zu Absatz 2 Nummer 4

Kritisch zu bewerten ist hingegen die Regelung des Referentenentwurfs zur Nutzung einzelner Wörter und sehr kurzer Auszüge aus einer Presseveröffentlichung. Die Formulierung des entsprechenden Tatbestands von § 87g Abs. 2 Nr. 4 UrhG-E lehnt sich an den Wortlaut von Art. 15 Abs. 1 UAbs. 4 DSM-Richtlinie an.

Wir bewerten kritisch, dass der Referentenentwurf – in Abkehr von der Systematik des Diskussionsentwurfes – keinen Katalog mit Regelbeispielen privilegierter Nutzungen enthält. Diese Abkehr wird absehbar zu erheblicher Rechtsunsicherheit führen. Der Anwendungsbereich der Schranke ist durch die Verwendung der unbestimmten Rechtsbegriffe „einzelne Wörter“ und „sehr kurze Auszüge“ unklar. Diese Unsicherheit führt für Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft dazu, dass sie nicht abschätzen können, ob ihre Nutzungen rechtskonform sind. Das erschwert und verhindert sozial erwünschte Nutzungen. Der Gesetzgeber sollte den Umsetzungsspielraum, der ihm bei der Konkretisierung der Schrankenvorgabe zusteht, nutzen, indem er beispielhafte und nicht kumulative Kriterien für Regelbeispiele in den Gesetzeswortlaut aufnimmt. Sinnvoll wäre es, qualitative Kriterien für die Einordnung unter die Klausel für „einzelne Wörter oder sehr kurze Auszüge“ vorzusehen. In Betracht kämen etwa die Substituierungswirkung des Auszugs für den geschützten Inhalt oder das Verhältnis der Länge des Auszugs zur Länge des geschützten Inhalts. Aus der Perspektive der Nutzer:innen ist es von besonderer Bedeutung, dass ihnen weiterhin möglich ist, Überschriften zu übernehmen und auf Diensten der Informationsgesellschaft wiederzugeben. Dabei handelt es sich um eine besonders wichtige Alltagspraxis für den Informationsaustausch. Das berechnete Interesse der Nutzer:innen daran, solche Handlungen im Kontext von Diensten der Informationsgesellschaft legal vorzunehmen überwiegt die Interessen der Rechteinhaber:innen an einer Verfügungsbefugnis bezogen auf die Überschriften.

Der lange Rechtsstreit zwischen Google und der VG Media zum deutschen Leistungsschutzrecht, der unter anderem die Interpretation der Ausnahme für „einzelne Wörter oder kleinste Textausschnitte“ betraf, zeigte, dass solche Ansätze nicht zweckmäßig sind. Dies ist unter anderem darauf zurückzuführen, dass dieselbe Anzahl von Wörtern je nach Kontext oder Sprache einen sehr unterschiedlichen Bedeutungsgehalt entwickeln kann.

Es sollte zudem im Wortlaut der Norm klargestellt werden, dass die Ausnahme für „sehr kurze Auszüge“ auch für Vorschaubilder sowie für die Kombination

verschiedener Arten von Inhalten gilt. Zwar ergibt sich aus der Begründung des Referentenentwurfs, dass der Tatbestand neben Text auch für andere Arten von Schutzgegenständen wie Grafiken, Fotos oder Audio- und Videosequenzen gilt. Eine Klarstellung erhöht jedoch die Rechtssicherheit und trägt dazu bei, dass von der Klausel in der Praxis Gebrauch gemacht wird.

IV. **GEMEINFREIE VISUELLE WERKE**

Die Neufassung von § 68 UrhG-E stellt eine gelungene Umsetzung von Art. 14 DSM-RL dar. Durch den Verzicht auf den missverständlichen Begriff „erlischt“ im Vergleich zur vorigen Fassung wird klargestellt, dass die Regelung alle gemeinfreien visuellen Werke erfasst und nicht auf solche Werke beschränkt ist, bei denen ein vormals bestehendes Schutzrecht erlischt.

Berlin, den 03.11.2020

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.