

Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz  
Referat III B 3  
11015 Berlin

5. September 2019

E-Mail: [konsultation-urheberrecht@bmjv.bund.de](mailto:konsultation-urheberrecht@bmjv.bund.de)

## **Stellungnahme des GRUR Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789)**

Sehr geehrte Frau Ministerin,  
sehr geehrter Herr Schmid,

die Deutsche Vereinigung für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht e.V. (GRUR) ist eine als gemeinnützig anerkannte wissenschaftliche Vereinigung sämtlicher auf dem Gebiet des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts tätigen Mitglieder von Berufsgruppen und Organisationen; es sind insbesondere Hochschul-lehrer, Richter, Beamte, Rechtsanwälte, Patentanwälte sowie Vertreter von Verbänden und Unternehmen.

Gerne kommen wir der Bitte um Stellungnahme in Ihrem Schreiben vom 28. Juni 2019 nach.

Der Fachausschuss der GRUR hat wegen des engen Zeitplans, der für die Beantwortung gesetzt war, keine gesonderte Sitzung einberufen können. Die Stellungnahme beruht auf Erwägungen der Vorsitzenden des Fachausschusses und den schriftlichen Stellungnahmen einiger Mitglieder zu einzelnen Fragen. Abweichende Stellungnahmen einiger im Fachausschuss vertretener Gruppen werden in eigenen Eingaben erfolgen. Ein konsolidierter Entwurf, der alle im Abstimmungsprozess genannten Erwägungen aufgreift, konnte auch wegen der kurzen zur Verfügung stehenden Zeit nicht erstellt werden.

**A. Zur RICHTLINIE (EU) 2019/790 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG (DSM- RL) einschließlich der Stellungnahme Deutschlands zu Artikel 17 dieser RL**

**I. Allgemeine Vorbemerkungen zur Richtlinie**

Die vorliegende Stellungnahme ist weniger der rechtspolitischen Bedeutung der DSM-RL gewidmet, sondern befasst sich vielmehr mit konkreten Fragen von deren Umsetzung.

Weitere Anmerkungen zu einzelnen Bestimmungen der DSM-RL sind daher innerhalb der einzelnen Abschnitte der Stellungnahme angesprochen.

**II. Gesetzlich erlaubte Nutzungen (Artikel 3 bis 7)**

**1. Text und Data Mining zum Zwecke der wissenschaftlichen Forschung (Artikel 2 Nummer 1 und 2, Artikel 3, 7)**

**a) Vorbemerkung**

Die Bedeutung der Schranke für Text- und Datamining beschränkt sich nicht auf Auswertungen im Rahmen von Big Data. Die enorme Rolle des Datamining für jede Anwendung der Künstlichen Intelligenz wird bislang kaum berücksichtigt in der Diskussion. Gerade Text- und Datamining gehört aber zu den erfolgversprechendsten Methoden, um für Künstliche Intelligenz ein breitflächiges, erforderliches Training an Daten zu gewährleisten. Der möglichst ungehinderte Zugang zu Daten ist daher durchaus ein Eckstein für die weitere Entwicklung der KI.

ErwG 8 der DSM-RL bekennt sich demgemäß ausdrücklich zur Förderung von Text- und Datamining als einer entscheidenden Technologie für Forschung und Innovationen.

## **b) Kommentierung der Richtlinie<sup>1</sup>**

### **aa) Vollharmonisierender Charakter**

Die Schranke des Art. 3 ist vollharmonisierender Natur, Abweichungen kommen daher nicht in Betracht.

### **bb) Reichweite der Schranke: privilegierte Institutionen**

Privilegiert werden nach Art. 3 Abs. 1 iVm Art. 2 Abs. 1 nur Forschungsorganisationen und Einrichtungen des kulturellen Erbes, mithin Institutionen, nicht dagegen – anders als bei der deutschen Schranke § 60d UrhG<sup>2</sup> – individuelle Forscher außerhalb von Forschungs- oder kulturellen Organisationen. Forschergemeinschaften als solche werden ebenfalls nicht privilegiert, sondern nur ihre Institutionen, denen sie angehören. Damit werden auch Studenten, Doktoranden, Habilitanden oder andere einzeln Forschende nicht durch Art. 3 DSM-RL privilegiert, solange sie nicht der Institution angehören, was aber durch eine einfache Immatrikulation bewerkstelligt werden kann.

Als Forschungsorganisationen gelten nach Art. 2 Nr. 1 DSM-RL neben Hochschulen einschließlich ihrer Bibliotheken alle Einrichtungen, deren vorrangiges Ziel die Forschung ist, auch in Verbindung mit einer Lehrtätigkeit. Nicht umfasst werden dagegen solche Einrichtungen, bei denen die Forschung gänzlich einer anderen Tätigkeit z.B. der Lehre untergeordnet ist, etwa Schulen. Demgegenüber dürften Fachhochschulen trotz des wesentlich größeren Anteils an Lehre gegenüber Universitäten auch noch von der Privilegierung erfasst sein.

Der Begriff der Forschung wird selbst nicht definiert; doch kann Art. 13 der EU-Grundrechtecharta<sup>3</sup> herangezogen werden, sodass jede methodische und systematische Tätigkeit mit dem Ziel, in nachprüfbarer Weise neue Erkenntnisse zu gewinnen, vom Forschungsbegriff umfasst ist,<sup>4</sup> einerlei ob in Natur- oder Geisteswissenschaften (ErwG 8).

---

<sup>1</sup> Die Stellungnahme zu Art. 3, 4 DSM-RL geht weitgehend auf *Spindler*, CR 2019, 277 ff. zurück.

<sup>2</sup> *Raue*, CR 2017, 656, 657; *Spindler*, ZGE 2018, 273 (279 f.).

<sup>3</sup> So zu Recht *Raue*, CR 2017, 656 (657).

<sup>4</sup> S. auch BVerfGE 35, 79 = NJW 1973, 1176 – Hochschulurteil; *Jarass*, EU-Grundrechte-Charta, 3. Aufl. 2016, Art. 13 Rn. 13; *Ruffert*, in: *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 13 GRCh Rn. 6; *Pünder*, in: *Ehlers*, Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten, 4. Aufl. 2015, § 18 Rn. 8; *Augsberg*, in: v. d. Groeben/Schwarze/Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 13 Rn. 5 GrCh; s. auch *Scholz*, in: *Maunz/Dürig*,

Eine andere Frage ist, ob auch außereuropäische Forschungsorganisationen in den Genuss von Art. 3 DSM-RL kommen können. Forschungsorganisationen mit Sitz in einem Drittstaat sind jedoch nicht eindeutig von Art. 3, 4 DSM-RL ausgeschlossen. Selbstverständlich werden nur Nutzungen in der EU legalisiert (ErwG 8: „in der Union“). Anders als Art. 15 Abs. 1 DSM-RL setzen aber weder Art. 2 Abs. 1 noch Art. 3, 4 DSM-RL ausdrücklich voraus, dass die Begünstigten ihren Sitz in der EU haben. ErwG 12 spricht zwar von „in the Union“, betont aber vor allem die organisatorische Vielfalt der Begünstigten.

### **cc) Keine Privilegierung bei Gewinnorientierung**

Die DSM-RL stellt in ErwG 12 auf die fehlende Gewinnorientierung oder das Handeln in staatlich anerkanntem Auftrag im öffentlichen Interesse ab. Als Indizien erwähnt ErwG 12 – wenngleich nicht abschließend – die Finanzierung durch die öffentliche Hand oder entsprechende Bestimmungen im nationalen Recht.

Gewinnorientierte *private Universitäten* dagegen sind von den Privilegierungen ausgenommen, es sei denn, sie reinvestieren alle Gewinne in ihre wissenschaftliche Forschung oder sind im Rahmen eines von einem Mitgliedstaat anerkannten Auftrags im öffentlichen Interesse tätig (Art. 2 Ziff. 1 lit. a und b DSM-RL). Letzteres ist in ErwG 12 dahingehend präzisiert, dass ein solcher Auftrag im öffentlichen Interesse beispielsweise durch die Finanzierung durch die öffentliche Hand oder durch Bestimmungen im nationalen Recht oder öffentlichen Verträgen gekennzeichnet sein können. So legen etwa Landeshochschulgesetze private Hochschulen auf Wissensförderung und Wissenstransfer fest.

Werden Gebühren oder Kosten für den Zugang zu Forschungsergebnissen erhoben, ist entscheidend, ob diese lediglich die Kosten decken sollen<sup>5</sup> – was auch schon dem früheren Diskussionstand entsprach.<sup>6</sup> Wie für das nationale Recht in § 60d UrhG sollte aber auch weiterhin die privat finanzierte Forschung erfasst sein, solange ihr Zweck

---

GG, 85. EL November 2018, Art. 5 Abs. 3 Rn. 101; *Kempfen*, in: Epping/Hillgruber BeckOK Grundgesetz, 40. Ed. 15.2.2019, GG Art. 5 Rn. 179.

<sup>5</sup> Zutreffend *Raue*, CR 2017, 656 (657).

<sup>6</sup> S. noch zur nichtkommerziellen Nutzung im Rahmen des § 52a UrhG aF *Dreier*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 5. Aufl. 2015, § 52a Rn. 13; *Lüft*, in: Wandtke/Bullinger, UrhG, 4. Aufl. 2014, § 52a Rn. 10; *Loewenheim*, in: Schricker/Loewenheim, UrhG, 5. Aufl. 2017, § 52a Rn. 17; *Dreyer*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, Urheberrecht, 3. Aufl. 2013, § 52a UrhG Rn. 24; zur durch das UrhWissG überarbeiteten aktuellen Fassung der öffentlichen Zugänglichmachung für Wissenschaft und Forschung s. *Dreier*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 60a Rn. 7.

nicht auf die kommerzielle Auswertung gerichtet ist.<sup>7</sup> Unklar ist, ob es genügt, dass Gewinne wieder in die Forschung investiert werden, wofür Art. 2 Abs. 1 a) DSM-RL spricht.<sup>8</sup>

Für etliche Diskussionen und verschiedene Regelungsvorschläge sorgten die sog. *public-private-Partnerships* von kommerziellen Unternehmen mit Forschungseinrichtungen. Zwar betont ErwG 11, dass öffentlich-private Partnerschaften möglich sein und öffentliche Forschungsorganisationen sich der Hilfe Privater bedienen können sollten. Dabei kann nach Art. 2 Nr. 1 b) durchaus auch eine Gewinnorientierung in Betracht kommen, solange jedenfalls die Forschungsorganisation im öffentlichen Interesse aufgrund eines staatlichen Auftrags handelt. Jedoch ändert dies nach Art. 2 Nr. 1 b) nichts daran, dass bei einem überwiegenden Einfluss des privaten Dritten die DSM-RL die Privilegierung versagt. Dies kann durch die Mehrheit der Anteile an einer Institution, aber auch durch andere Instrumente, z.B. Mitglieder, ausgeübt werden.

Schließlich wurde gegenüber dem ursprünglichen Kommissionsvorschlag der Kreis der privilegierten Institutionen in Art. 3 Abs. 1 noch um die Einrichtungen des kulturellen Erbes erweitert, wozu öffentlich zugängliche Bibliotheken, Museen oder Archive – auch der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten<sup>9</sup> – gehören, Art. 2 Nr. 3, ErwG 13.

#### **dd) Privilegierte Handlungen, erfasste Verwertungsrechte und Werke**

Anders als das deutsche Recht bezieht sich Art. 3 Abs. 1 DSM-RL jedoch nur auf Vervielfältigungen und Entnahmen aus Datenbanken (s. auch ErwG 11). Während das deutsche Recht ausdrücklich den Korpus als Technik erwähnt, verzichtet die DSM-RL hier auf nähere Umschreibungen, indem Art. 2 Nr. 2 DSM-RL lediglich auf automatisierte Analysen von Texten und Daten in digitaler Form abstellt – was letztlich angesichts wandelnder Technologien durchaus sinnvoll sein kann. Nur wenn dieses Mining dazu dient, unter anderem “Muster, Trends, und Korrelationen” zu gewinnen, ist die Schranke des Art. 3 DSM-RL einschlägig. In diesem Fall sind sämtliche Vervielfältigungen, die notwendigerweise beim Text- und Datamining anfallen, privilegiert.

---

<sup>7</sup> ErwG 42 Satz 2 InfoSoc-RL, Begr RegE BT-Drucks. 18/12329, S. 39; A. Nordemann, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 12. Aufl. 2018, § 60d UrhG, Rn. 9.

<sup>8</sup> So denn auch Raue, ZUM 2019, 684 (689), der demnach eine Änderung von § 60d UrhG fordert.

<sup>9</sup> Hier allerdings kommt es offenbar nach dem Wortlaut des ErwG 13 nicht auf die öffentliche Zugänglichkeit an.

## ee) Erfasste Werke

Eine Beschränkung auf bestimmte Werkkategorien oder Daten enthält Art. 3 DSM-RL – ähnlich dem deutschen Recht in § 60d Abs. 1 UrhG – nicht. Daher werden im Prinzip sämtliche vom Urheberrecht geschützten Werke erfasst.<sup>10</sup> Auch „sonstige Schutzgegenstände“ werden erfasst, sodass, ähnlich dem deutschen Recht<sup>11</sup>, reine Leistungsschutzrechte auch unter Art. 3 Abs. 1 DSM-RL fallen. Auch das mit Art. 15 DSM-RL neu eingeführte Leistungsschutzrecht für Presseverlage unterliegt der Schranke. Ebenso wenig kommt es darauf an, in welchem Format die Werke vorliegen, ob analog oder digital; auch die erste Digitalisierung wird von der Schranke erfasst, was wiederum dem deutschen Recht entspricht.<sup>12</sup> Nur muss die Vervielfältigung nach bzw. durch das Text- und Datamining digital erfolgen. Allerdings verbleibt mit den Bereichen der nicht harmonisierten (Leistungsschutz-)Rechte auch nach der europäischen Regelung des TDM noch ein mögliches Hindernis für das TDM;<sup>13</sup> hier können die Mitgliedstaaten nur durch nationale Schranken ein Text-and-Datamining eröffnen. Das deutsche Recht kennt hier allerdings keine Beschränkung, sodass kein Umsetzungsbedarf besteht.

Durch den Wortlaut von Art. 3 Abs. 1 DSM-RL scheint wie in § 60d Abs. 1 UrhG nicht das Mining eines einzelnen Werkes zulässig zu sein; ähnlich wie im deutschen Recht<sup>14</sup> lässt sich aber der Entstehungsgeschichte der DSM-RL kein derartiger Hinweis entnehmen, da generell das Text- und Datamining als Vorgang privilegiert werden sollte und der Ausschluss eines einzelnen Werkes wenig Sinn ergeben würde. Umgekehrt

---

<sup>10</sup> Auch wenn Art. 2 Nr. 2, 3 Abs. 1 DSM-RL nur von „Texten und Daten“ spricht, dürften dadurch Werke der bildenden Kunst und Computerprogramme nicht ausgenommen sein. Denn die DSM-RL trennt durchweg zwischen der eingebürgerten Rede vom TDM einerseits und den unspezifisch erfassten „Werken oder sonstigen Schutzgegenständen“. ErWG 8 fasst Bilder sogar explizit unter den sehr offenen Begriff der Daten („Informationen wie Texte, Töne, Bilder oder Daten“).

<sup>11</sup> *Raue*, CR 2017, 656 (658).

<sup>12</sup> Begr RegE BT-Drucks. 18/12329, S. 41; *Raue*, CR 2017, 656 (658).

<sup>13</sup> So etwa beim deutschen Leistungsschutzrecht für Lichtbilder nach § 72 UrhG, das (anders als der Schutz von Lichtbildwerken nach § 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) nicht auf einer europäischen Richtlinie beruht, vgl. Art. 6 Schutzdauer-RL 2006/116/EG. Es bleibt zwar zu beachten, dass mit Art. 6 Abs. 1 Schutzdauer-RL jedenfalls geringe Anforderungen an das Lichtbildwerk zu stellen sind, vgl. *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 72 UrhG, Rn. 2, weshalb viele Fotografien auch diesem Schutzrecht und damit der europäischen Schranke unterliegen werden. Gleichwohl verbleibt mit bloßen Lichtbildern ein nicht erfasster Bereich, der lediglich durch die nationale Schranke des § 60d UrhG dem TDM eröffnet wird, vgl. *Spindler*, ZGE 2018, 273 (280).

<sup>14</sup> S. auch *Raue*, CR 2017, 656 (658) der auf Begr RegE BT-Drucks. 18/12329 S. 40 verweist, wo der Gesetzgeber darauf eingeht, dass das Ursprungsmaterial aus verschiedenen Quellen stammen kann (aber offenbar nicht muss).

enthält Art. 3 Abs. 1 DSM-RL auch keinerlei mengenmäßige Beschränkung für das Mining.

#### **ff) Erlaubte Archivierung und spätere Forschungszwecke**

Nach Art. 3 Abs. 2 DSM-RL dürfen die Vervielfältigungen auch ohne eine zeitliche Beschränkung aufbewahrt werden, solange es nur der wissenschaftlichen Forschung einschließlich der für Forschungszwecke unabdingbaren Überprüfung durch Dritte dient. Die Regelung unterscheidet sich damit etwas vom deutschen Recht, das mit § 60d UrhG die Archivierung nur für die Dauer des konkreten Forschungsprojektes einschließlich dessen Beurteilung und nachrangiger Peer-Review-Verfahren erlaubt.<sup>15</sup> Nach Beendigung des Forschungsprojektes muss der Forscher nach dem deutschen Recht die jeweiligen Dateien löschen, abgesehen von der Möglichkeit der Archivierung. Eine nachträgliche Nutzung durch Forscher (im nicht-kommerziellen Bereich) ist nicht vorgesehen, auch nicht für die archivierenden Institutionen, sodass nur die Möglichkeiten nach §§ 60e, 60f UrhG gegeben sind. Hier kann bislang allenfalls eine extensive teleologische Interpretation helfen, die im Ergebnis auf das Zugänglichmachen des Korpus und Datensätze für spätere Forscher mit gleichen nicht-kommerziellen Forschungsfragen als Annexkompetenz zielt.<sup>16</sup> Demgegenüber geht Art. 3 Abs. 2 DSM-RL weiter und erlaubt der Forschungsorganisation die Aufbewahrung (mit Sicherungen), offenbar auch für weitere Forschungszwecke.

#### **gg) Öffentliches Zugänglichmachen des Korpus**

Anders als das deutsche Recht trifft die DSM-RL aber keinerlei Aussage über ein öffentliches Zugänglichmachen des Korpus, etwa für Forschungsgemeinschaften. Allerdings ist gerade für dieses Verwertungsrecht die deutsche Regelung nicht klar, da man angesichts der Beschränkung auf einen begrenzten Personenkreis in § 60d UrhG Zweifel hegen kann, ob überhaupt eine solche Schranke erforderlich gewesen wäre, da für das öffentliche Zugänglichmachen gerade der unbegrenzte Kreis von Personen als Öffentlichkeit nach der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung erforderlich ist.<sup>17</sup> Andererseits scheint der deutsche Gesetzgeber selbst einen größeren Kreis, der dann

---

<sup>15</sup> Begr RegE BT-Drucks. 18/12329, S. 41.

<sup>16</sup> So *Raue*, CR 2017, 656 (660) unter Heranziehung von Art. 5 Abs. 3 lit. a) InfoSoc-RL; *Spindler*, ZGE 2018, 273 (285).

<sup>17</sup> EuGH v. 26.4.2017 - C-527/15, CR 2017, 546 Rn. 32 m.w.N. – *Stichting Brein (Filmspeler)*; EuGH v. 7.3.2013 – C-607/11, EuZW 2013, 425 Rn. 32 – *ITV Broadcasting ua*; EuGH v. 31.5.2016 – C-117/15, NJW 2016, 2397 Rn. 41 – *Reha Training*; EuGH v. 8.9.2016 – C-160/15, NJW 2016, 3149 Rn. 36 – *GS Media*.



eine Öffentlichkeit darstellen könnte, noch einbeziehen zu wollen, da er – insoweit zu Recht - darauf hinweist, dass eine kleine Forschergruppe gar nicht der Schranke nach § 60d Abs. 1 Nr. 2 UrhG bedarf.<sup>18</sup> Alle diese Probleme werden von Art. 3 Abs. 1 DSM-RL nicht adressiert, sodass es dabei bleibt, dass innerhalb einer *Forschungsinstitution* (und auch zwischen diesen) der Korpus zugänglich gemacht werden kann, solange jedenfalls (wovon im Regelfall auszugehen ist) damit keine Öffentlichkeit erreicht wird. Wird der Korpus allerdings etwa universitätsweit zugänglich gemacht, liegt angesichts der Vielzahl von Personen (Studenten etc.) in der Regel ein öffentliches Zugänglichmachen vor, das nicht von der DSM-RL gedeckt ist.

#### **hh) Rechtmäßiger öffentlicher Zugang**

Die Schranke gilt nur für Werke, zu denen der Forschende berechtigterweise Zugang hat, wie auch der deutsche Gesetzgeber es vorgesehen hatte.<sup>19</sup> Dies wird für per Lizenz angeschaffte Werke der Fall sein, ebenso wie für Werke in einer Bibliothek oder per Fernleihe beschaffte,<sup>20</sup> gilt aber auch für über das Internet allgemein zugängliche Werke, wie dies ErwG 14 explizit festhält, sofern es sich um frei verfügbare Inhalte handelt. Damit werden auch Zweifel beseitigt, die aus der entwickelten Rechtsprechung des EuGH zur Haftung für Hyperlinks<sup>21</sup> und zuletzt zum (Re-)Upload frei verfügbarer Dateien andernorts<sup>22</sup> resultieren.<sup>23</sup>

#### **ii) Verhältnis zu technischen Schutzmaßnahmen und Lizenzverträgen**

Art. 7 Abs. 1 DSM-RL sieht für die *nicht-kommerzielle Forschung* bzw. deren Schranke vor, dass sie gegenüber Lizenzverträgen sich durchsetzt – ähnlich dem deutschen Recht. Auch technische Schutzmaßnahmen können die Anwendung der Schranke nicht verhindern: Während der deutsche Gesetzgeber sich noch durch Art. 6 Abs. 4 UAbs. 4 der InfoSoc-RL gehindert sah, einen Vorrang der Text- und Datamining-Schranke vorzusehen,<sup>24</sup> ergibt sich jetzt aus Art. 7 Abs. 2 DSM-RL klar, dass Art. 6 Abs. 4 UAbs. 4 der InfoSoc-RL keine Anwendung findet, sodass die Schranke auch gegenüber Werken mit technischen Schutzmaßnahmen zur Geltung kommt. Mit

---

<sup>18</sup> Begr RegE BT-Drucks. 18/12329, S. 41; anders wohl *Raue*, CR 2017, 656 (659).

<sup>19</sup> Begr RegE BT-Drucks. 18/12329, S. 41.

<sup>20</sup> So ausdrücklich Begr RegE BT-Drucks. 18/12329, S. 41

<sup>21</sup> EuGH v. 8.9.2016 – C-160/15, NJW 2016, 3149 Rn. 36 – *GS Media*.

<sup>22</sup> EuGH v. 7.8.2018 – C-161/17, NJW 2018, 3501 – *Renckhoff*.

<sup>23</sup> S. dazu *Spindler*, ZGE 2018, 273 (281).

<sup>24</sup> Begr RegE BT-Drucks. 18/12329, S. 41; s. auch *Raue*, CR 2017, 656 (658); *Spindler*, ZGE 2018, 273 (285 f.).



anderen Worten kann Text- und Datamining auch in solchen Werken stattfinden. Der Nutzer müsste die beabsichtigte Nutzung jedoch wie bisher nach Maßgabe des § 95b Abs. 1 Nr. 11 UrhG gegen den Rechtsinhaber durchsetzen (vgl. Art. 7 Abs. 2 S. 2 DSM-RL i.V.m. Art. 6 Abs. 4 UAbs. 1 InfoSoc-RL). Ein „right to hack“ sieht also auch die DSM-RL wie schon die InfoSoc-RL nicht vor.

### **jj) Beschränkungen des Zugangs**

Dem deutschen Recht entspricht Art 3 Abs. 3 DSM-RL mit der Möglichkeit von Vorkehrungen zur Beschränkung des Text- und Datamining, um Befürchtungen von Rechteinhabern Rechnung zu tragen, dass durch automatisiertes Text- und Datamining ihre Webseiten und Angebote beeinträchtigt werden können und um die Sicherheit zu gewährleisten. Zu Recht beschränkt Art. 3 Abs. 3 S. 2 DSM-RL diese Vorkehrungen aber auf das notwendige Maß, um das Unterlaufen der Schranke durch derartige Vorkehrungen zu verhindern, wobei sich die Beteiligten in einem von den Mitgliedstaaten zu etablierenden Verfahren auf die Vorgehensweisen verständigen sollen; an einer solchen Plattform fehlt es bislang in Deutschland, sodass Umsetzungsbedarf besteht. Verletzungen dieser Einschränkungen durch den Forschenden führen aber nicht zu einer Urheberrechtsverletzung, sondern allenfalls zu anderen zivilrechtlichen Ansprüchen.<sup>25</sup>

### **kk) Urhebernennung und Quellenangabe**

Anders als Art. 5 Abs. 3 lit. a) InfoSoc-RL, der die Nennung der Urheber verlangt, sieht Art. 3 DSM-RL hier nichts vor. Zu Recht: Denn gerade bei Text- und Datamining mit der massenhaften Auswertung von Werken wäre es kaum durchführbar, überall die Urheber zu nennen, die zu der Datenmenge beigetragen haben bzw. deren Werke ausgewertet wurden, es sei denn, es handelt sich um überschaubare Datenmengen oder nur um solche von einem oder wenigen Urhebern.<sup>26</sup> Die restriktiveren Regelungen in § 60d Abs. 1 UrhG können daher erweitert werden. Die europarechtskonforme Auslegung im Hinblick auf § 60d Abs. 1 UrhG, die der Automatisierung und der dann oft fehlenden Zumutbarkeit Rechnung trägt,<sup>27</sup> wäre damit obsolet.

---

<sup>25</sup> *Raue*, CR 2017, 656 (659); *Spindler*, ZGE 2018, 273 (286).

<sup>26</sup> Für das europäische Recht s. auch *Triaille/de Meeus de Argenteuil/de Franquen*, Study on the legal framework of text and data mining (TDM), 2014, S. 63.

<sup>27</sup> *Raue*, CR 2017, 656 (659); *Spindler*, ZGE 2018, 273 (283).

## II) Vergütungen

Interessanterweise sieht die DSM-RL anders als das deutsche Recht in § 60h UrhG keinen eigenen Vergütungstatbestand für die Schranke des Art. 3 vor. ErwG 17 stellt es immerhin implizit den Mitgliedstaaten frei, eine Vergütung vorzusehen, spricht indes eine Empfehlung aus (sollten keinen Ausgleich vorsehen), da der entstehende Schaden “minimal” sei. Schon in der Diskussion zum deutschen Recht wurde darauf hingewiesen, dass mit Hinblick darauf, dass die Nutzung des Werkes durch Mining keine zusätzliche, das Urheberrecht tangierende Auswertung enthält, ein Vergütungsanspruch nicht von vornherein zwingend ist.<sup>28</sup> Allerdings ist ein Vergütungsanspruch im nationalen Recht nach wie vor unionsrechtlich nicht unzulässig und er dürfte zumindest in denjenigen Fällen Sinn machen, in denen der durch TDM verursachte Schaden nicht minimal ist. Der Gesetzgeber kann sich somit von den Erwägungen leiten lassen, die ihn bewogen haben, bei §§ 60d und 60h UrhG eine Vergütungspflicht vorzusehen.<sup>29</sup>

### c) Umsetzungsbedarf

#### aa) Grundlagen: weitgehende Beibehaltung deutschen Rechts

Nach ErwG 5 soll die neue DSM-RL nichts an den bereits “im Unionsrecht festgelegten Ausnahmen und Beschränkungen” ändern, gerade im Hinblick auf Text- und Datamining, “sofern dadurch der Geltungsbereich der in dieser Richtlinie vorgesehenen verbindlichen Ausnahmen und Beschränkungen, die von den Mitgliedstaaten in ihr jeweiliges nationales Recht umgesetzt werden müssen, nicht beschränkt wird.” Konkret bedeutet dies für die deutsche Schranke des § 60d UrhG, die in Ausnutzung von Art. 5 Abs. <sup>30</sup>3 a) InfoSoc-RL verabschiedet wurde, dass diese weitgehend aufrecht erhalten bleiben kann,<sup>31</sup> sowohl was den Anwendungsbereich der Schranke als auch die erfassten Verwertungsrechte angeht, insbesondere das Recht auf öffentliches Zugänglichmachen.

---

<sup>28</sup> Zutreffend *Raue*, CR 2017, 656 (660); *Spindler*, ZGE 2018, 273 (287); *de la Durantaye*, GRUR 2017, 558 (562); *dies.*, Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, 2014, S. 240 f.; *Schack*, ZUM 2016, 266 (269); differenzierend *Spindler*, GRUR 2016, 1112 (1116); a.A. *Wandtke*, MMR 2017, 367 (368).

<sup>29</sup> A.A. *Raue*, ZUM 2019, 684 (687), der eine Vergütung insoweit nicht für gerechtfertigt hält, da sie bereits bei der vertraglichen Regelung des Zugangs berücksichtigt werden könne.

<sup>30</sup> Wie hier auch *Raue*, ZUM 2019, 684 (688).

<sup>31</sup> So auch *Raue*, ZUM 2019, 684 (687).

## **bb) Anpassungsbedarf**

Abweichungen der DSM-RL gegenüber dem deutschen Recht bestehen vor allem bei der Archivierung und späteren Verwendung für Forschungszwecke: Anders als das deutsche Recht kennt das europäische Recht hier geringere Beschränkungen (s. oben). Daher ist hier die Anpassung an Art. 3 Abs. 2 DSM-RL und die Erlaubnis für spätere Forschungszwecke anzuraten, sofern die nötigen Sicherungsvorkehrungen eingehalten werden.<sup>32</sup>

Hinsichtlich technischer Schutzmaßnahmen muss der deutsche Gesetzgeber die Beschränkung für Text- und Datamining in § 95b Abs. 3 UrhG aufheben, da Art. 7 Abs. 2 DSM-RL explizit keinen Verweis auf Art. 6 Abs. 4 UAbs. 4 InfoSoc-RL enthält und vollharmonisierenden Charakter aufweist.<sup>33</sup>

Anpassungsbedarf besteht für Art. 3 Abs. 3 DSM-RL hinsichtlich der Standards für die möglichen Beschränkungen des Zugangs zu Zwecken des Text- und Datamining. Hier sollte der deutsche Gesetzgeber die Vorgaben des Art 3 Abs. 3 übernehmen und einen Verhandlungsmechanismus schaffen, ggf. ähnlich den Schlichtungsstellen zur Vergütung.

In § 60d Abs. 1 UrhG sollte die Regelung zur Angabe der Quellen bzw. Urheber im Hinblick auf Art. 3 zu Zwecken der Automatisierung erweitert bzw. liberalisiert werden, da die DSM-RL hier weniger restriktiv als das deutsche Recht ist.<sup>34</sup>

## **2. Kommerzielles Text und Data Mining (Artikel 2 Nummer 2, Artikel 4, 7)**

### **a) Kommentierung Richtlinie**

Die DSM-RL enthält nunmehr in Art. 4 auch eine Schranke für das Text- und Datamining im kommerziellen Bereich, die jedoch unter dem Vorbehalt anderweitiger Lizenzverträge (Art. 7 Abs. 1) sowie entsprechender Rechte- und Nutzungsvorbehalte steht (Art. 4 Abs. 3). Die DSM-RL hebt aber auch zu Recht hervor, dass diese Vorbehalte in angemessener Weise erfolgen müssen, bei online veröffentlichten Inhalten in maschinenlesbarer Form (Art. 4 Abs. 3, ErwG 18 DSM-RL), was gerade für das automatisierte Text- und Datamining von entscheidender Bedeutung ist; eine händische Prüfung würde das Text- und Datamining unmöglich machen. Die Einführung einer solchen für

---

<sup>32</sup> Ebenso *Raue*, ZUM 2019, 684 (688).

<sup>33</sup> *Raue*, ZUM 2019, 684 (691).

<sup>34</sup> Wie hier *Raue*, ZUM 2019, 684 (689).

die Mitgliedstaaten zwingend umzusetzende Schranke ist uneingeschränkt zu begrüßen, da sie – wie ErwG 18 DSM-RL selbst hervorhebt – Rechtsunsicherheiten beseitigen kann.

Anders als Art. 3 erlaubt Art. 4 Abs. 2 die Aufbewahrung der Vervielfältigungen nur für die Zeit der Zwecke des Text- und Datamining.

### **b) Umsetzungsbedarf**

Die Schranke des Art. 4 DSM-RL ist zwingend und vollharmonisierend. Daher muss der deutsche Gesetzgeber sie in vollem Umfang und weitgehend wortlautgetreu umsetzen. Handlungs- oder Umsetzungsspielräume bestehen hier nicht. Hervorgehoben werden sollte im Gesetzestext, dass Rechtsvorbehalte in maschinenlesbarer Form erfolgen müssen, wobei diese üblichen technischen Standards entsprechen müssen, um eine Interoperabilität zu gewährleisten.

## **3. Grenzüberschreitende Unterrichts- und Lehrtätigkeiten (Artikel 5 und 7)**

### **a) Reichweite des geltenden Rechts**

Das geltende Recht wird den Vorgaben von Art. 5, 7 Abs. 1 DSM-RL mit der durch das UrhWissG eingeführten Schrankenregelung in § 60a Abs. 1 UrhG bereits weitgehend gerecht:

- Die Beschränkung der Erlaubnis auf Nutzungen „für den alleinigen Zweck zur Veranschaulichung des Unterrichts“ ist schon durch Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-RL geboten, auf den die jetzige Fassung von § 60a Abs. 1 UrhG zurückgeht. Gleiches gilt für die Beschränkung der Nutzungserlaubnis auf dasjenige Maß, das „zur Verfolgung nicht-kommerzieller Zwecke gerechtfertigt ist“. Die Beschränkung des Nutzungsumfangs auf 15% in § 60a Abs. 1 UrhG dient nach der Gesetzesbegründung ausdrücklich der Konkretisierung der entsprechenden Vorgabe in Art. 5 Abs. 3 lit. a InfoSoc-RL.<sup>35</sup> Der EuGH hat klargestellt, dass derartige Formulierungen den Mitgliedstaaten einen erheblichen Umsetzungsspielraum gewähren.<sup>36</sup> Auch ErwG 21 S. 4 DSM-RL betont, dass es den Mitgliedstaaten freisteht, „in ausgewogener Art und Weise“ festzulegen, welcher Anteil eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstands zur Veranschaulichung des Unterrichts verwendet werden darf.

---

<sup>35</sup> Amtl. Begr. BT-Drucks. 18/12329, 35.

<sup>36</sup> EuGH ECLI:EU:C:2019:625 Rn. 28 – *Spiegel Online* (zu der Wendung „soweit es der Informationszweck rechtfertigt“ in Art. 5 Abs. 3 lit. c InfoSoc-RL).

- Das Erfordernis der Quellenangabe in Art. 5 Abs. 1 lit. b DSM-RL entspricht der geltenden Regelung in § 63 UrhG.<sup>37</sup>

- Die von Art. 7 Abs. 1 DSM-RL geforderte Vertragsfestigkeit der Schranke ist mit § 60g Abs. 1 UrhG ebenfalls schon umgesetzt. Art. 5 Abs. 4 DSM-RL lässt dabei ausdrücklich zu, dass den betroffenen Rechtsinhabern – wie in § 60h Abs. 1 UrhG vorgesehen – ein gerechter Ausgleich für die Nutzungsfreiheit gewährt wird.<sup>38</sup>

## **b) Weiterer Umsetzungsbedarf**

Weiterer Umsetzungsbedarf könnte sich aber unter folgenden Aspekten ergeben:

### **aa) Erlaubte Nutzungshandlungen**

Art. 5 Abs. 1 DSM-RL sieht Ausnahmen oder Beschränkungen nur für „digitale“ Nutzungen vor. Dementsprechend nennt die Vorschrift als zu beschränkende Rechte des Urhebers nur das Vervielfältigungsrecht (Art. 2 InfoSoc-RL, Art. 5 lit. a Datenbank-RL) und das Recht der öffentlichen Wiedergabe (Art. 3 InfoSoc-RL, Art. 5 lit. c Datenbank-RL) einschließlich des Rechts zur Bearbeitung eines Datenbankwerks (Art. 5 lit. b, e Datenbank-RL). In Bezug auf die Leistungsschutzrechte der ausübenden Künstler, Tonträgerhersteller und Sendeunternehmen erfasst die Vorschrift nur die öffentliche Zugänglichmachung gemäß Art. 3 Abs. 2 InfoSoc-RL und nicht auch andere Formen der öffentlichen Wiedergabe, wie sie in Art. 8 Abs. 1 bis 3 Vermiet- und Verleih-RL vorgesehen sind. Für das Verbreitungsrecht als Form der körperlichen Werkverwertung sieht Art. 5 Abs. 1 DSM-RL keine Ausnahme oder Beschränkung vor.<sup>39</sup>

Demgegenüber erlaubt der geltende § 60a Abs. 1 UrhG sämtliche Formen der körperlichen Verwertung wie der unkörperlichen öffentlichen Wiedergabe, also neben der digitalen Nutzung auch analoge Vervielfältigungen auf Papier, die Verbreitung sowie die öffentliche Wiedergabe gegenüber einem anwesenden Publikum.

Gemäß Art. 25 DSM-RL sind die Mitgliedstaaten allerdings ausdrücklich befugt, weitergehende Schrankenregelungen aufrechtzuerhalten, sofern sich diese im Rahmen

---

<sup>37</sup> Siehe dazu BGH GRUR 2019, 813 Rn. 67 – *Cordoba II*.

<sup>38</sup> Bislang konnte der gesetzliche Vergütungsanspruch in § 60h Abs. 1 UrhG auf ErwG 36 InfoSoc-RL gestützt werden, vgl. dazu *Melichar/Stieper*, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 28.

<sup>39</sup> Eine Ausnahme stellen insoweit Computerprogramme dar, da mit der Verweisung auf Art. 4 Abs. 1 Computerprogramm-RL die „Verbreitung in jeglicher Form“ erfasst wird. Aus ErwG 21 S. 2 DSM-RL ergibt sich aber, dass die Regelung auf „die digitale Übermittlung von Software“ beschränkt sein soll.

des bisherigen Richtlinienrechts halten. Soweit § 60a Abs. 1 UrhG über die Vorgaben in Art. 5 Abs. 1 DSM-RL hinausgeht, lässt sich die Schranke daher weiterhin auf Art. 5 Abs. 3 lit. a iVm Abs. 4 InfoSoc-RL stützen. Für Vervielfältigungen kann ergänzend Art. 5 Abs. 2 lit. c InfoSoc-RL herangezogen werden. Die Zulässigkeit entsprechender Schranken für Datenbankwerke und Datenbanken ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 lit. b bzw. Art. 9 lit. b Datenbank-RL. Diese Schranken bleiben neben Art. 5 DSM-RL bestehen und gelten gemäß Art. 24 Abs. 1 und 2 DSM-RL fortan „unbeschadet der in der DSM-RL festgelegten Ausnahmen und Beschränkungen“. Für das Verbreitungsrecht und Recht der öffentlichen Wiedergabe der ausübenden Künstler, Tonträger-, Filmhersteller und Sendeunternehmen gilt weiterhin Art. 10 Abs. 1 lit. d und Abs. 2 Vermiet- und Verleih-RL.

### **bb) Ort der Nutzungshandlung und Adressatenkreis**

Nach Art. 5 Abs. 1 lit. a DSM-RL ist die Nutzung zu Unterrichtszwecken nur erlaubt, sofern sie „unter der Verantwortung einer Bildungseinrichtung“ entweder „in ihren Räumlichkeiten“ oder „an anderen Orten oder in einer gesicherten elektronischen Umgebung stattfindet, zu denen bzw. zu der nur die Schüler, die Studierenden und das Lehrpersonal der Bildungseinrichtung Zugang haben“. Soweit Unterrichtsmaterialien, an denen fremde Urheber- oder Leistungsschutzrechte bestehen, den Unterrichtsteilnehmern online zur Verfügung gestellt werden, ist die Begrenzung auf den privilegierten Adressatenkreis danach regelmäßig durch technische Mittel sicherzustellen, die regelmäßig zu überprüfen und ggf. zu aktualisieren sind. ErwG 22 S. 3 DSM-RL nennt beispielhaft den Zugang „mittels eines geeigneten Authentifizierungsverfahrens einschließlich der Authentifizierung mittels eines Kennworts“.

Die auch technisch sicherzustellende Beschränkung auf den beschränkt abgegrenzten Kreis von Unterrichtsteilnehmern bzw. Lehrenden entspricht schon jetzt dem geltenden Recht, auch wenn dies im Wortlaut von § 60a Abs. 1 UrhG – anders als in § 52a Abs. 1 Nr. 1 UrhG a.F. – so nicht mehr zum Ausdruck kommt.<sup>40</sup>

Einer Ergänzung bedarf es allerdings im Hinblick auf die grenzüberschreitende digitale Nutzung. Nach Art. 5 Abs. 3 DSM-RL gilt eine Nutzung über gesicherte elektronische Umgebungen im Rahmen der betreffenden nationalen Schrankenregelung allein als in dem Mitgliedstaat erfolgt, in dem die Bildungseinrichtung ihren Sitz hat. Damit soll

---

<sup>40</sup> Vgl. Dreier, in: Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 60a Rn. 10; ders., ZUM 2019, 384 (389); Raue, GRUR 2017, 11 (18).

offenbar sichergestellt werden, dass eine Bildungseinrichtung, welche sich im Rahmen der in ihrem Sitzstaat in Umsetzung von Art. 5 DSM-RL geschaffenen Schrankenregelung hält, die Unterrichtsmaterialien auch an Adressaten in anderen Mitgliedstaaten übermitteln darf, ohne die dort geltenden Begrenzungen des Schrankentatbestands beachten zu müssen. Die Zielrichtung der Regelung ähnelt damit derjenigen von Art. 3 VO 2017/1536 zur Ausfuhr von barrierefreien Vervielfältigungsstücken in Drittländer sowie von § 61a Abs. 5 UrhG für verwaiste Werke.<sup>41</sup>

Die Formulierung von Art. 5 Abs. 3 DSM-RL ist indes angelehnt an Art. 1 Abs. 2 lit. b SatCab-RL (umgesetzt in § 20a Abs. 1 UrhG) und Art. 4 PortabilitätsVO. Während diese Vorschriften jedoch die Belegenheit einer bestimmten Verwertungshandlung (Satellitensendung bzw. Bereitstellung eines Online-Inhaltendienstes, Zugriff auf diesen Dienst und seine Nutzung) fingieren, knüpft der Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 DSM-RL an die „Nutzung ... gemäß nationalem Recht, das auf der Grundlage dieses Artikels erlassen wurde“, d.h. an eine bestimmte Schrankenregelung, an. Welches nationale Recht für das Eingreifen der Fiktion maßgeblich sein soll, bleibt danach unklar. Die ausschließliche Anwendung des Rechts des Staates, in dem die Bildungseinrichtung ihren Sitz hat, ergibt sich als (mittelbare) Rechtsfolge nach dem Wortlaut der Vorschrift nämlich erst dann, wenn bereits feststeht, dass die Nutzung „gemäß nationalem Recht“ erfolgt, also nach der in Umsetzung von Art. 5 DSM-RL geschaffenen nationalen Schrankenregelung zulässig ist.<sup>42</sup> Bei der Umsetzung von Art. 5 Abs. 3 DSM-RL sollte daher nicht dessen missverständliche Formulierung übernommen, sondern präziser formuliert werden:

„Wird ein Werk zur Veranschaulichung des Unterrichts über eine gesicherte elektronische Umgebung Mitgliedern der Öffentlichkeit in einem anderen Mitgliedstaat zugänglich gemacht, so gilt die Nutzung des Werkes ausschließlich als in dem Mitgliedstaat erfolgt, in dem die Bildungseinrichtung ihren Sitz hat, wenn sie nach dem gemäß Art. 5 RL (EU) 2019/790 erlassenen nationalen Recht *dieses Mitgliedstaats* zulässig ist.“

---

<sup>41</sup> Dreier, ZUM 2019, 384 (388 f.).

<sup>42</sup> Zu den kollisionsrechtlichen Auswirkungen dieser Regelung Raue, GRUR 2017, 11 (19); vgl. bereits Stieper, GRUR 2015, 1145 (1148).



### cc) Anwendungsbereich

Art. 5 Abs. 1 DSM-RL sieht eine Schrankenregelung für die Rechte der Urheber, ausübenden Künstler, Tonträgerhersteller, Filmhersteller und Sendeunternehmen (Art. 2, 3 InfoSoc-RL), der Presseverleger (Art. 15 Abs. 1 DSM-RL), der Urheber von Datenbankwerken (Art. 5 lit. a, b, d und e Datenbank-RL), der Datenbankhersteller (Art. 7 Abs. 1 Datenbank-RL) sowie der Urheber von Computerprogrammen vor (Art. 4 Abs. 1 Computerprogramm-RL).<sup>43</sup>

Bisher gilt § 60a UrhG für die Leistungsschutzrechte der ausübenden Künstler, Tonträgerhersteller, Filmhersteller, Sendeunternehmen und Presseverleger über Verweisungen auf den 6. Abschnitt entsprechend (§§ 83, 85 Abs. 4, 87 Abs. 4, 87g Abs. 4 S. 2, 94 Abs. 4, 95 UrhG). Für das Urheberrecht an Datenbankwerken (§ 4 Abs. 2 UrhG) gilt die Schranke unmittelbar. Insoweit erscheint eine Änderung des bisherigen Gesetzestextes daher nicht erforderlich.

In Bezug auf das Sui-generis-Recht des Datenbankherstellers verweist § 87c Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UrhG ebenfalls auf § 60a UrhG. Bei Datenbanken ist die Begrenzung des Nutzungsumfangs auf 15% jedoch nicht praktikabel. Sie fand im vor Inkrafttreten des UrhWissG geltenden Recht keine Entsprechung und ist auch unionsrechtlich nicht geboten, da das Recht des Datenbankherstellers ohnehin nur die Verwendung eines nach Art oder Umfang wesentlichen Teils der Datenbank erfasst – woran es bei einer Entnahme von weniger als 15% einer Datenbank regelmäßig fehlen wird.<sup>44</sup> Um die Schranke in § 87c Abs. 1 S. 1 Nr. 3 UrhG nicht leerlaufen zu lassen, wird man den Verweis auf §§ 60a, 60b UrhG daher so verstehen müssen, dass damit nur der Nutzungszweck näher konkretisiert wird, aber nicht auch auf den dort bestimmten Nutzungsumfang Bezug genommen wird. Die Umsetzung der DSM-RL sollte zum Anlass genommen werden, in § 87c Abs. 1 S. 1 Nr. 2 (und Nr. 3) UrhG eine entsprechende Klarstellung vorzunehmen.

In Bezug auf Computerprogramme enthält das geltende Recht keine ausdrückliche Regelung zur Anwendbarkeit von § 60a UrhG. Teilweise wird eine Anwendung der

---

<sup>43</sup> ErwG 21 S. 3 DSM-RL beschränkt den im Rahmen der Ausnahme oder Beschränkung zulässigen Vertrieb von Software auf die „digitale Übermittlung von Software“.

<sup>44</sup> Vgl. BGH GRUR 2011, 724 Rn. 29 – *Zweite Zahnarztmeinung II*: 10% kein wesentlicher Teil; ferner OLG Köln ZUM-RD 2014, 433 (436) – *Photovoltaik-Datenbanken* m.w.N.

Schranke auf Computerprogramme deshalb abgelehnt.<sup>45</sup> Es ist daher zu erwägen, den Schrankenatalog in § 69d UrhG um eine Regelung in Bezug auf die digitale Übermittlung von Software zu Unterrichtszwecken zu ergänzen, etwa in einem neuen Abs. 2a. Andererseits lässt sich die Anwendung von § 60a UrhG schon nach geltendem Recht auf die allgemeine Verweisung auf die für Sprachwerke geltenden Vorschriften in § 69g Abs. 4 UrhG stützen, da die speziellen Schranken für Computerprogramme in §§ 69d, 69e UrhG keine abweichenden Regelungen in Bezug auf die Nutzung zu Unterrichts- und Lehrzwecken enthalten. So wird im Schrifttum etwa eine Anwendung der Zitierfreiheit auf Computerprogramme befürwortet.<sup>46</sup> Eine ausdrückliche Regelung nur der Nutzung zu Unterrichtszwecken könnte den Umkehrschluss nahelegen, dass andere Schrankenbestimmungen nicht auf Computerprogramme anwendbar sind. Eine solche Abweichung vom bisher herrschenden Verständnis des § 69a Abs. 4 UrhG sollte vermieden werden.

#### **dd) Bereichsausnahmen (Art. 5 Abs. 2 DSM-RL)**

Ebenfalls anpassungsbedürftig sind die Bereichsausnahmen für den Mitschnitt von öffentlichen Vorträgen, Aufführungen und Vorführungen, für Schulbücher und für Musiknoten in § 60a Abs. 3 Nr. 1 bis 3 UrhG. Art. 5 Abs. 2 DSM-RL lässt derartige Ausnahmen von der Zustimmungsfreiheit nur insoweit zu, als „auf dem Markt geeignete und den Bedürfnissen und Besonderheiten von Bildungseinrichtungen entsprechende Lizenzen ... leicht verfügbar sind“. Mit Art. 5 DSM-RL vereinbar ist daher nur eine Regelung, wonach dem Angebot angemessener Lizenzen Vorrang vor der Schrankenregelung eingeräumt wird, ähnlich wie es von der h.M. für den Lizenzvorbehalt in § 52b UrhG a.F. vertreten worden ist.<sup>47</sup> Voraussetzung für den Vorrang ist nach ErwG 23 DSM-RL, dass das Lizenzangebot alle durch die Schranke freigestellten Handlungen erfasst oder darüber hinausgeht. Zur Vermeidung von Rechtsunsicherheit sollen die Mitgliedstaaten „konkrete Maßnahmen ergreifen, um die einfache Verfügbarkeit von Lizenzierungsmodellen zu gewährleisten, die die digitale Nutzung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen für Zwecke der Veranschaulichung des Unterrichts ermöglichen“ und zudem „den Bedürfnissen der Bildungseinrichtungen entsprechen“.

---

<sup>45</sup> So *Hentsch*, in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, Heidelberger Kommentar zum Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 60a UrhG Rn. 5.

<sup>46</sup> So *Spindler*, in: Schricker/Loewenheim, § 69a UrhG Rn. 25 m.w.N.

<sup>47</sup> Dazu BGH GRUR 2014, 549 Rn. 58 ff. – *Meilensteine der Psychologie*.

Bislang schließt § 60 Abs. 3 UrhG eine Nutzung der betroffenen Werke im Rahmen von § 60a Abs. 1 UrhG kategorisch aus. Im Hinblick auf die Nutzung von Werken der Musik im Schulunterricht dürfte die Regelung in § 60a Abs. 3 Nr. 3 UrhG im Ergebnis zwar dennoch den Anforderungen von Art. 5 Abs. 2 DSM-RL entsprechen, da der Gesamtvertrag „Vervielfältigung an Schulen“ vom 20.12.2018 den Ländern eine Vervielfältigung und Verbreitung von Noten für den Schulunterricht im Umfang des nach § 60a Abs. 1 Nr. 1 bis 3 Zulässigen erlaubt. Modelle, die auf einer solchen kollektiven Lizenzvergabe beruhen, zählt ErwG 23 DSM-RL ausdrücklich zu den nach Art. 5 Abs. 2 DSM-RL zulässigen Maßnahmen. Für andere, ebenfalls von den Bereichsausnahmen in § 60a Abs. 3 Nr. 1 bis 3 UrhG erfasste Werke bestehen jedoch keine entsprechenden Lizenzierungsmodelle. Diese Bereichsausnahmen dürften daher in der geltenden Form nicht mehr zulässig sein.<sup>48</sup>

#### **4. Erhaltung des Kulturerbes (Artikel 2 Nummer 3, Artikel 6, 7)**

##### **a) Art, 6 DSM-RL**

Art. 6 DSM-RL betrifft eine zwingende Schranke des Vervielfältigungsrechts zugunsten von Einrichtungen des Kulturerbes. Entgegen den Forderungen des Bundesrates hat sich der EU-Gesetzgeber nicht zugleich dazu durchringen können, den Gedächtnisinstitutionen auch die öffentliche Zugänglichmachung unter bestimmten, einschränken- den Bestimmungen zu erlauben. Diese Forderung sollte die Bundesregierung in Brüssel jedoch auch weiterhin erheben. Eine gewisse Öffnung ergibt sich hier immerhin jedoch auf der Grundlage von Art. 8 DSM-RL, der es Verwertungsgesellschaften unter den dort genannten Einschränkungen erlaubt, Rechte der öffentlichen Zugänglichma- chung nicht allein vergriffener Werke zu lizenzieren, sondern darüber hinaus auch „sonstiger Schutzgegenstände ...“, die sich dauerhaft in der Sammlung dieser Einrich- tung befinden, unabhängig davon, ob alle Rechteinhaber, die unter die Lizenzverein- barung fallen, der Verwertungsgesellschaft ein Mandat erteilt haben.“

Im Übrigen wird das geltende Recht den Vorgaben von Art. 6, 7 DSM-RL bereits jetzt weitgehend gerecht. Die durch das UrhWissG eingeführte Schrankenregelung in § 60e Abs. 1 UrhG erlaubt Bibliotheken und den in § 60f Abs. 1 UrhG aufgeführten Gedäch- nisinstitutionen die Vervielfältigung von Werken aus ihrem Bestand auch für Zwecke

---

<sup>48</sup> A.A. Dreier, ZUM 2019, 384 (389).

der Erhaltung. Dabei hat sich der Gesetzgeber auf die fakultative Regelung in Art. 5 Abs. 2 lit. c InfoSoc-RL gestützt.<sup>49</sup>

## **b) Adressatenkreis**

Hinsichtlich des Adressatenkreises bleibt Art. 6 DSM-RL zwar hinter Art. 5 Abs. 2 lit. c InfoSoc-RL zurück, da Art. 2 Nr. 3 DSM-RL als „Einrichtungen des Kulturerbes“ nur Bibliotheken, Museen, Archive und Einrichtungen im Bereich des Film- oder Tonerbes erfasst, während Art. 5 Abs. 2 lit. c InfoSoc-RL ebenso wie § 60e Abs. 1 i.V.m. § 60f Abs. 1 UrhG darüber hinaus auch Bildungseinrichtungen privilegiert.<sup>50</sup> Gemäß Art. 25 DSM-RL steht das Unionsrecht einer solchen überschießenden Umsetzung aber nicht entgegen (s.o.).

Anders als Art. 5 Abs. 2 lit. c InfoSoc-RL enthält Art. 6 DSM-RL allerdings keine ausdrückliche Beschränkung auf Einrichtungen, die keine unmittelbaren oder mittelbaren kommerziellen Zwecke verfolgen. Teilweise wird daher angenommen, die entsprechende Beschränkung in §§ 60e, 60f UrhG sei nicht mehr unionsrechtskonform.<sup>51</sup> Bei sämtlichen in ErwG 13 S. 2 DSM-RL beispielhaft aufgezählten Einrichtungen des kulturellen Erbes (Nationalbibliotheken, Nationalarchive, Archive und öffentlich zugängliche Bibliotheken von Bildungseinrichtungen, Forschungsorganisationen, öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalten) handelt es sich jedoch um nicht-kommerzielle Einrichtungen, sodass nicht davon ausgegangen werden kann, dass der Richtliniengeber den Kreis der privilegierten Einrichtungen gegenüber Art. 5 Abs. 2 lit. c InfoSoc-RL tatsächlich erweitern wollte.

## **c) Inhaltliche Reichweite der Privilegierung**

In Bezug auf die inhaltliche Reichweite der Privilegierung entspricht die geltende Regelung den Vorgaben von Art. 6 DSM-RL. Der Nutzungszweck der „Erhaltung“ deckt sich mit dem Wortlaut des § 60e Abs. 1 UrhG. Soweit ErwG 29 DSM-RL Eigentum oder dauerhaften Besitz an dem zu erhaltenden Werkexemplar verlangt, entspricht dies dem Begriff des „Bestands“ i.S.v. § 60e Abs. 1 UrhG.<sup>52</sup>

---

<sup>49</sup> Amtl. Begr. BT-Drucks. 18/12329, 43.

<sup>50</sup> ErwG 13 S. 2 führt insoweit nur die öffentlich zugänglichen Bibliotheken von Bildungseinrichtungen auf.

<sup>51</sup> So *Schaper/Verweyen*, K&R 2019, 433 (434).

<sup>52</sup> *Henke*, E-Books im Urheberrecht, 2018, S. 125 m.w.N.; *Hagemeier*, in: BeckOK UrhR, § 60e UrhG Rn. 16; *Schaper/Verweyen*, K&R 2019, 433 (434).

In der Gesetzesbegründung könnte zusätzlich unter Hinweis auf ErwG 27 DSM-RL (Privilegierung der Erhaltung „...zu jedem Zeitpunkt in der Lebensdauer eines Werks oder sonstigen Schutzgegenstands und in dem Umfang anfertigen zu dürfen, der für Erhaltungszwecke notwendig ist“) klargestellt werden, dass der „Zweck der Erhaltung“ nicht voraussetzt, dass ein die Erhaltung gefährdender Zerfalls- oder Zerstörungsprozess bereits begonnen hat, sodass vorausschauende und selbst flächendeckende Vervielfältigungshandlungen zum Zweck der langfristigen Erhaltung von der Schrankenregelung gedeckt sind.

#### **d) Herstellenlassen**

Die Erstreckung der Befugnis auf das Herstellenlassen eines Vervielfältigungsstücks durch Dritte ist ebenfalls von der Ermächtigung in Art. 6 DSM-RL gedeckt. Dass sich die Befugnis der privilegierten Kulturerbe-Einrichtungen nach ErwG 28 DSM-RL darauf beschränkt, Kopien „in ihrem Namen und unter ihrer Verantwortung“ durch Dritte anfertigen zu lassen, entspricht der Auslegung von § 53 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 UrhG<sup>53</sup> und lässt sich ohne Anpassung des Gesetzestextes auf § 60e Abs. 1 UrhG übertragen. Ebenso ist die gemäß Art. 7 DSM-RL verpflichtende Durchsetzbarkeit der Schrankenregelung gegenüber vertraglichen Vereinbarungen mit § 60g Abs. 1 UrhG bereits im geltenden Recht vorgesehen.

#### **e) Umsetzungslücke**

Eine Umsetzungslücke besteht aber im Hinblick auf die von Art. 6 DSM-RL vorgesehene Anwendung der Schrankenregelung auch auf Computerprogramme (Art. 4 Abs. 1 lit. a Computerprogramm-RL) und Datenbanken (Art. 7 Abs. 1 Datenbank-RL). Die Erstreckung von § 60e Abs. 1 UrhG auf Computerprogramme lässt zwar bereits jetzt über § 69a Abs. 4 UrhG erreichen, ohne dass eine Änderung am Normtext erforderlich wäre (s.o. zu Art. 5 DSM-RL). Jedenfalls in Bezug auf das Sui-generis-Recht des Datenbankherstellers ist jedoch eine diesbezügliche Schrankenregelung ins Gesetz aufzunehmen (z.B. als § 87c Abs. 1 Nr. 4 UrhG). Die Definition der Einrichtungen des Kulturerbes in Art. 2 Ziff. 3 der DSM-RL („öffentlich zugängliche Bibliothek oder Museum, Archiv oder eine im Bereich des Film- oder Tonerbes tätige Einrichtung“) sollte dabei übernommen werden.

---

<sup>53</sup> BGH GRUR 1999, 707 (709) – *Kopienversanddienst*; BGH ZUM 2009, 765 Rn. 16 – *Save.TV*; BGH GRUR 2009, 845 Rn. 17 – *Internet-Videorecorder*.

### III. Vergriffene Werke (Artikel 8 bis 11)

Anders als für verwaiste Werke<sup>54</sup> verfügte das europäische Recht bislang noch nicht über ein Instrument, das der Nutzung vergriffener Werke gewidmet ist. Das ändert sich erfreulicherweise mit den Art. 8-11. Die darin enthaltenen Vorgaben unterscheiden sich teilweise erheblich von den Regelungen zu vergriffenen Werken in Deutschland, die in §§ 51, 52, 52a VGG enthalten sind. In Umsetzung der DSM-RL werden diese Normen daher einige Änderungen erfahren müssen.

#### 1. Erlaubte Nutzungen (Artikel 8 Absatz 1 bis 6)

##### a) Werke und sonstige Schutzgegenstände

Eine Änderung betrifft die erfassten Werkarten. Art. 8 unterfallen neben analogen auch originär digitale Inhalte;<sup>55</sup> genutzt werden dürfen Werke aller Werkarten sowie sonstige Schutzgegenstände – „Fotografien, Software, Tonträger, Tonaufzeichnungen, audiovisuelle Werke und einzigartige Kunstwerke“ (ErwG 37 S. 1) ebenso wie „Plakate, Falblätter, Schützengrabenzeitungen oder von Laien geschaffene audiovisuelle Werke, aber auch unveröffentlichte Werke oder sonstige Schutzgegenstände“ (ErwG 37 S. 2). Nach § 51 VGG hingegen ist nur die Nutzung von Werken gestattet, die in „Büchern, Fachzeitschriften, Zeitungen, Zeitschriften oder in anderen Schriften veröffentlicht wurden“. Die Erweiterung ist grundsätzlich positiv; sie wird aber zu gewissen Komplexitäten bei der Umsetzung führen, denen der Gesetzgeber Rechnung tragen muss.<sup>56</sup>

So sollte er darauf achten, dass eine Veröffentlichung eines Werkes ohne Zustimmung des Urhebers nicht gestattet wird. Sie würde einen Eingriff in die Urheberpersönlichkeitsrechte darstellen,<sup>57</sup> die nach ErwG 37 unbeschadet bleiben sollen. Maßgeblich sollte sein, ob das Werk der Öffentlichkeit bereits mit Zustimmung des Urhebers zugänglich gemacht wurde.<sup>58</sup> Diese Voraussetzung kann auch dann erfüllt sein, wenn das Werk nie im Handel erhältlich war,<sup>59</sup> wie etwa ein Brief, den ein Autor einem Archiv zur Verfügung gestellt hat, damit Forscher dazu Zugang haben. Bei Unikaten der

---

<sup>54</sup> Vgl. RL 2012/28/EU.

<sup>55</sup> Wie bislang auch (§ 51 Abs. 1 Nr. 2 VGG) müssen sich diese (dauerhaft) in der Sammlung der berechtigten Einrichtung befinden (Art. 8 Abs. 1).

<sup>56</sup> Vgl. dazu auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 ff.

<sup>57</sup> So auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (695); *Henke*, ZUM 2019, 400 (405); *Spindler*, WRP 2019, 811 (815).

<sup>58</sup> So auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (695); *Henke*, ZUM 2009, 400 (405).

<sup>59</sup> Vgl. dazu auch ErwG 37 S. 1 aE.



bildenden Kunst sollte der Gesetzgeber der Tatsache Rechnung tragen, dass ihr Wert oftmals gerade auf der Einzigartigkeit des Werkes beruht.<sup>60</sup>

## **b) Status als „vergriffen“**

Der Begriff „vergriffen“ passt vor allem auf Schriftwerke, wie sie bislang von § 51 VGG erfasst wurden. Nach Art. 8 Abs. 5 UAbs. 1 gilt ein Werk oder sonstiger Schutzgegenstand als vergriffen, „wenn nach Treu und Glauben davon ausgegangen werden kann, dass das gesamte Werk oder der gesamte sonstige Schutzgegenstand auf den üblichen Vertriebswegen für die Öffentlichkeit nicht erhältlich ist, nachdem ein vertretbarer Aufwand betrieben wurde, um festzustellen, ob es bzw. er für die Öffentlichkeit erhältlich ist.“ Der Gebrauchtwarenhandel zählt nicht zu den üblichen Vertriebswegen.<sup>61</sup>

Diese recht generell gehaltenen Anforderungen sollten in Absprache mit den jeweiligen Interessenvertretern<sup>62</sup> unbedingt für die einzelnen Werkarten konkretisiert werden, um die Rechtssicherheit für alle Beteiligten zu erhöhen und den Suchaufwand vertretbar zu halten.<sup>63</sup> Wenn die Kosten, die mit der erforderlichen Suche einhergehen, zu hoch sind, wird von der Möglichkeit, vergriffene und damit Werke, die kommerziell nicht genutzt werden, der Öffentlichkeit zur Verfügung zu stellen, kein Gebrauch gemacht werden.<sup>64</sup> ErwG 38 bestimmt, dass die Mitgliedstaaten selbst festlegen können, wer diesen Aufwand auf sich nehmen muss, dass eine Bewertung einzelner Werke nicht in jedem Fall erforderlich ist, sondern – das ist besonders erfreulich – dass auch mehrere Werke auf einmal als vergriffen eingestuft werden können,<sup>65</sup> und dass die Suche im Regelfall in dem Mitgliedstaat stattfinden soll, in dem die nutzende Einrichtung ihren Sitz hat.

Auch können die Mitgliedstaaten besondere Anforderungen – etwa einen Stichtag – vorsehen, um zu bestimmen, ob ein Werk gem. Art. 8 Abs. 1 oder 2 genutzt werden darf (Art. 8 Abs. 5 UAbs. 2). Darauf sollte der Gesetzgeber verzichten,<sup>66</sup> auch wenn § 51 Abs. 1 Nr. 1 VGG derzeit eine Stichtagsregelung enthält; gestattet ist lediglich die

---

<sup>60</sup> So auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (695); *Henke*, ZUM 2019, 400 (405).

<sup>61</sup> ErwG 38 S. 7. Kritisch *Spindler*, WRP 2019, 811 (816); zustimmend hingegen *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (696 f.).

<sup>62</sup> Vgl. dazu sogleich bei Art. 11.

<sup>63</sup> Vgl. dazu auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (696).

<sup>64</sup> Vgl. dazu auch *Spindler*, WRP 2019, 811 (816).

<sup>65</sup> Vgl. auch Art. 8 Abs. 5 UAbs. 2.

<sup>66</sup> So auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (697). A.A. *Henke*, ZUM 2019, 400 (406); *Spindler*, WRP 2019, 811 (816).



Nutzung von Werken, die vor 1966 erschienen sind. Bereits für Printwerke ist dies zu starr; für die künftige Regelung eignet sich ein solcher Stichtag schon deswegen nicht, weil ihr auch Werke unterfallen werden, die nicht erschienen sind. Die Einführung einer *moving wall*, wie sie für das deutsche Recht bereits mehrfach vorgeschlagen wurde<sup>67</sup> und die auch ErwG 37 als Möglichkeit benennt („dass eine bestimmte Zeit verstrichen sein muss, seit das Werk oder der Schutzgegenstand erstmals kommerziell verfügbar war“), ist jedenfalls in dieser Form ebenfalls nicht geeignet, weil Art. 8 auch Werke erfassen soll, die niemals kommerziell erhältlich waren. Wenn ein solcher abstrakter und für alle Werkarten schwer zu definierender Stichtag dennoch eingeführt wird, sollte dies jedenfalls in Abstimmung mit den anderen Mitgliedstaaten und im Dialog mit den beteiligten Interessenvertretern geschehen.<sup>68</sup>

### **c) Berechtigte Einrichtungen**

Hinsichtlich der berechtigten Einrichtungen ist die Richtlinie etwas enger als § 51 (Abs. 1 Nr. 2) VGG. Privilegiert werden dürfen nur Einrichtungen des Kulturerbes. Nach Art. 2 Nr. 3 sind dies öffentlich zugängliche Bibliotheken oder Museen, Archive und im Bereich des Film- oder Tonerbes tätige Einrichtungen. Nach ErwG 13 stellen auch „öffentlich-zugängliche Bibliotheken von Bildungseinrichtungen, Forschungsorganisationen und öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten“ Einrichtungen des Kulturerbes dar. Bibliotheken von Bildungseinrichtungen, die nicht öffentlich zugänglich sind, dürfen der Privilegierung mithin nicht unterfallen. Praktisch wird der Unterschied allerdings insofern nicht allzu groß sein, als auch eine Universitätsbibliothek, zu der nur Angehörige der Einrichtung Zugang haben, in aller Regel öffentlich zugänglich ist.<sup>69</sup>

### **d) Lizenzvergabe durch eine Verwertungsgesellschaft (Art. 8 Abs. 1)**

#### **aa) Anforderungen an die Verwertungsgesellschaft**

Nach Art. 8 Abs. 1 dürfen nur solche Verwertungsgesellschaften Lizenzen zur Nutzung vergriffener Werke für Rechteinhaber vergeben, von denen sie nicht mandatiert wurden (Außenseiter), wenn ihnen andere Rechteinhaber Mandate zur Wahrnehmung von Rechten an vergriffenen Werken erteilt haben. Insoweit ergeben sich zunächst einmal keine Änderungen zu § 51 VGG.

---

<sup>67</sup> Zunächst von *Staats*, ZUM 2013, 446 (451), nun auch von *Henke*, ZUM 2019, 400 (406); *Spindler*, WRP 2019, 811 (816).

<sup>68</sup> So auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (697).

<sup>69</sup> So auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (694).

Allerdings dürfen nur solche Verwertungsgesellschaften als Lizenzgeber tätig werden, die „aufgrund ihrer Mandate ausreichend repräsentativ für die Rechteinhaber der einschlägigen Art von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen sowie für die Rechte [sind], die Gegenstand der Lizenz sind“ (Art. 8 Abs. 1 lit. a)). Repräsentativ sind sie nach ErWG 33 dann, wenn sie für die entsprechende Nutzungsart über Mandate „eine[r] beträchtliche[n] Zahl von Rechteinhabern im Bereich der einschlägigen Arten von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen“ verfügen. Gem. Art. 8 Abs. 7 UAbs. 2 DSM-RL gilt dieser Artikel für Schutzgegenstände aus Drittstaaten nur, wenn die Verwertungsgesellschaft ausreichend repräsentativ für Rechteinhaber des jeweiligen Drittlandes ist. Soll eine Lizenz auch die Nutzung ausländischen Repertoires ermöglichen, muss es erforderlich sein, aber auch genügen, dass eine Verwertungsgesellschaft deswegen über Mandate einer beträchtlichen Anzahl von Rechteinhabern aus dem Drittstaat verfügt, weil sie Gegenseitigkeitsverträge mit Verwertungsgesellschaften im betreffenden Ausland abgeschlossen hat.<sup>70</sup>

Das Erfordernis, dass eine Verwertungsgesellschaft repräsentativ sein muss, zwingt den deutschen Gesetzgeber aber ebenfalls nicht zum Tätigwerden, solange er die Wahrnehmung von Rechten an vergriffenen Werken für Verwertungsgesellschaften aus dem EU- bzw. EWR-Ausland auch künftig an die Erteilung einer Erlaubnis knüpft, wie dies § 77 Abs. 2 Nr. 3 VGG derzeit bereits vorsieht.<sup>71</sup> Dann nämlich stellen §§ 77 ff. VGG eine ausreichend große Hürde auf: Die Erlaubnis, der inländische Verwertungsgesellschaften ohnehin bedürfen, ist zu versagen, wenn „die wirtschaftliche Grundlage der Verwertungsgesellschaft eine wirksame Wahrnehmung der Rechte nicht erwarten lässt“ (§ 79 Abs. 1 Nr. 3 VGG). Ob dies der Fall ist, hängt vor allem von der Größe des Repertoires und der Anzahl der Mandate ab.<sup>72</sup>

Beibehalten sollte der Gesetzgeber zudem die derzeit in § 51 Abs. 3 VGG enthaltene Pflicht,<sup>73</sup> dass Verwertungsgesellschaften Rechte gemeinsam wahrnehmen müssen, wenn mehrere von ihnen für eine bestimmte Art von Werken und Nutzungen repräsentativ sind, wenn Werke aus unterschiedlichen Werkarten bestehen oder daran

---

<sup>70</sup> Vgl. auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (698); *Henke*, ZUM 2019, 400 (404 f.) sowie, zum parallelen Problem bei Art. 12 *Staats*, ZUM 2019, 703 (709).

<sup>71</sup> So auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (699).

<sup>72</sup> Vgl. *Schulze*, in: *Dreier/Schulze*, UrhG, 6. Aufl., § 79 VGG Rn. 5.

<sup>73</sup> Eine parallele Norm findet sich in § 50 Abs. 1 Satz 2 VGG.

Rechteinhaber beteiligt sind, die unterschiedlichen Verwertungsgesellschaften Mandate erteilt haben.<sup>74</sup>

### **bb) Gegenstand der Lizenzvereinbarung**

Änderungen muss der Gesetzgeber aber hinsichtlich der Nutzungsarten vorsehen, die von der Lizenz erfasst werden dürfen. Sie können sich auf die Rechte der Vervielfältigung, Verbreitung, öffentlichen Wiedergabe und öffentlichen Zugänglichmachung beziehen; dies stellt eine deutliche Erweiterung gegenüber § 51 VVG dar, der nur die Vervielfältigung und öffentliche Zugänglichmachung ermöglicht. Eine kommerzielle Nutzung kann – wie nach § 51 VVG – nicht gestattet werden.

Die Lizenzbedingungen müssen so ausgestaltet sein, dass Außenseiter und Rechteinhaber, die die Verwertungsgesellschaft mandatiert haben, gleichbehandelt werden (Art. 8 Abs. 1 lit. b)). Dieser Vorgabe trägt § 51 Abs. 4 S. 2 VVG bereits Rechnung. Nicht ausdrücklich bestimmt ist in Art. 8 Abs. 1, ob eine Nutzung nur gegen Gebühr gestattet ist.<sup>75</sup> ErwG 35 und 40 gehen aber davon aus, dass (regelmäßig) ein Vergütungsanspruch besteht, dessen Höhe allerdings – das stellt ErwG 40 klar – nicht prohibitiv hoch sein darf und der Tatsache Rechnung tragen muss, dass den Einrichtungen bei Digitalisierung und Zugänglichmachung der Werke unter Umständen ganz erhebliche Kosten entstehen.

### **e) Ausnahme oder Beschränkung (Art. 8 Abs. 2, 3)**

Für Arten von Werken oder Schutzgegenständen, für die keine repräsentative Verwertungsgesellschaft existiert, muss der Gesetzgeber eine Ausnahme oder Beschränkung vorsehen, die den berechtigten Einrichtungen ermöglicht, Werke und Schutzgegenstände auf nicht-kommerziellen Internetseiten zugänglich zu machen, solange sie – soweit möglich – den Namen des Urhebers oder eines anderen identifizierbaren Rechteinhabers angeben (Art. 8 Abs. 2 und 3).

Ratsam wäre dafür die Schaffung einer neuen Schranke in Abschnitt 6 Unterabschnitt 5 des UrhG. Bei der genauen Ausgestaltung müsste darauf geachtet werden, dass die gesetzlich erlaubte Nutzung gem. Art. 8 Abs. 3 nur Fälle erfassen darf, in denen eine Lizenzierung nach Abs. 1 mangels Existenz einer repräsentativen

---

<sup>74</sup> So auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (699).

<sup>75</sup> Dazu auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (700); *Henke*, ZUM 2019, 400 (407 f.).

Verwertungsgesellschaft nicht möglich ist.<sup>76</sup> Nach ErwG 32 gilt dabei: „Liegt keine Vereinbarung über die Bedingungen der Lizenzvergabe vor, so sollte das nicht so ausgelegt werden, dass keine lizenzgestützten Lösungen verfügbar sind.“ Der genaue Gehalt dieses Satzes ist unklar; nicht bedeuten kann er aber, dass die berechtigten Einrichtungen mit jedem einzelnen Rechteinhaber individuell verhandeln müssen, bevor sie sich der Schranke bedienen dürfen, denn dann wäre die Schranke in der Praxis gegenstandslos, weil von der Erfüllung prohibitiv teurer Voraussetzungen abhängig.<sup>77</sup> Der Zweck der Regelung zu vergriffenen Werken besteht aber gerade darin, die Entstehung der mit individueller Lizenzierung einhergehenden Transaktionskosten zu verhindern.

#### **f) Ausschluss der Nutzung (Art. 8 Abs. 4)**

Wie nach § 51 Abs. 2 VVG müssen Urheber und Inhaber (ausschließlicher)<sup>78</sup> Nutzungsrechte auch künftig in der Lage sein, ihre Werke und sonstigen Schutzgegenstände von einer Nutzung nach Art. 8 Abs. 1 und 2 ausschließen zu können (Art. 8 Abs. 4). Dieser Ausschluss (durch Widerspruch) muss jederzeit erfolgen und entweder alle oder nur einzelne Werke oder Nutzungen betreffen können (Art. 8 Abs. 4; ErwG 35 S. 1). Bereits entstandene Vergütungsansprüche müssen unberührt bleiben (ErwG 35 S. 4).

Adressat eines Widerspruchs wird wegen Art. 10 Abs. 1 allerdings künftig wohl das EUIPO sein müssen, während Widersprüche derzeit sowohl an das DPMA als auch an die zuständige Verwertungsgesellschaft gerichtet werden können.<sup>79</sup>

## **2. Ausnahmen (Artikel 8 Absatz 7)**

Art. 8 Abs. 7 ist wenig gelungen. Bereits Telos von und Bedürfnis für diese Regelung sind zweifelhaft.<sup>80</sup> Allerdings statuiert Art. 8 Abs. 7 UAbs. 2 eine weitreichende Ausnahme zu UAbs. 1.

Für den Gesetzgeber bedeutet dies: Er muss nach Abs. 7 UAbs. 1 vorsehen, dass Art. 8 keine Werke und sonstigen Schutzgegenstände (mit Ausnahme von Film- und audiovisuellen Werken) unterfallen, die zuerst in einem Drittstaat veröffentlicht bzw.

---

<sup>76</sup> So auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (700); *Henke*, ZUM 2019, 400 (404).

<sup>77</sup> So auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (700).

<sup>78</sup> Vgl. dazu *Henke*, ZUM 2019, 400 (407); *Talke*, *Libreas* 2/2013, 131 (136).

<sup>79</sup> Vgl. auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (702) mwN.

<sup>80</sup> Dazu ausführlicher *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (695 f.).

gesendet wurden (lit. a)). Film- und audiovisuelle Werke sind ausgenommen, soweit die Produzenten ihren Hauptsitz oder gewöhnlichen Wohnsitz in einem Drittstaat haben (lit. b)). Kann nach lit. a) oder b) weder ein Drittstaat noch ein Mitgliedstaat bestimmt werden, muss er die (Dritt-)Staatsangehörigkeit des Urhebers für maßgeblich erklären (lit. c)). Diese Beschränkungen muss er aber nur für Fälle vorsehen, in denen keine Verwertungsgesellschaft für die betreffende Art von Werken oder Schutzgegenständen existiert, die ausreichend repräsentativ für Rechteinhaber des jeweiligen Drittlandes ist (UAbs. 2). Dabei sollte er klarstellen, dass Verwertungsgesellschaften auch vermittelt durch Gegenseitigkeitsverträge über eine hinreichend große Anzahl von Mandaten ausländischer Rechteinhaber verfügen können.<sup>81</sup> Überdies sollte er normieren, dass unter „Hauptsitz“ bzw. „gewöhnlichem Wohnsitz“ im Sinne des UAbs. 1 lit. b) der aktuelle bzw. letzte (bekannte) Sitz zu verstehen ist.<sup>82</sup>

### 3. Grenzüberschreitende Nutzung (Artikel 9)

Nach Art. 9 Abs. 1 muss der Gesetzgeber sicherstellen, dass Vereinbarungen über vergriffene Werke, anders als nach § 51 VGG, auch Nutzungen in anderen Mitgliedstaaten erfassen können. Zugleich muss er der Tatsache Rechnung tragen, dass eine Nutzung in Drittstaaten wegen des Territorialitätsprinzips nicht gestattet werden darf. Wichtig ist dies vor allem für die öffentliche Zugänglichmachung; hier wird der Einsatz technischer Schutzmaßnahmen erforderlich sein, wenn Einrichtungen die betreffenden Werke nicht aus anderen Gründen nutzen dürfen.<sup>83</sup> Auch für Nutzungen auf Grundlage einer Ausnahme oder Beschränkung im Sinne des Art. 8 Abs. 2 müssen technische Schutzmaßnahmen nur verhindern, dass die Nutzung in Drittstaaten erfolgt – wenn es keine bilateralen Vereinbarungen mit Drittstaaten gibt.<sup>84</sup> Art. 9 Abs. 2 normiert, wie die Satelliten- und die Online-SatCab Richtlinie,<sup>85</sup> das Ursprungslandprinzip.<sup>86</sup>

---

<sup>81</sup> Dazu auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (695).

<sup>82</sup> Auch dazu *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (696).

<sup>83</sup> Dazu auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (700).

<sup>84</sup> So auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (700 f.).

<sup>85</sup> Art. 1 Abs. 2 lit. b) RL 93/83/EWG; Art. 3 RL 2019/789/EU.

<sup>86</sup> Vgl. auch *Henke*, ZUM 2019, 400 (407); *Spindler*, WRP 2019, 811 (817) sowie, zur wortgleichen Regelung in Art. 5 Abs. 3. *Dreier*, ZUM 2019, 384 (388).

#### 4. Informationsmaßnahmen (Artikel 10)

Wegen Art. 10 werden die Mitgliedstaaten ein öffentliches zentrales Online-Portal schaffen (Abs. 1 UA1), das beim EUIPO eingerichtet und verwaltet wird (Abs. 1 UAbs. 2). Der (deutsche) Gesetzgeber muss vorsehen, dass eine Eintragung in dieses Register erfolgt, bevor eine Einrichtung des Kulturerbes ein vergriffenes Werk oder einen sonstigen Schutzgegenstand nach Abs. 1 oder Abs. 2 nutzen darf, und dass das Werk oder der sonstige Schutzgegenstand verbreitet, öffentlich wiedergegeben oder öffentlich zugänglich gemacht werden darf, wenn der Eintragung innerhalb von sechs Monaten nicht widersprochen wurde (Art. 10 Abs. 1). Die Frist ist deutlich länger als die derzeit in § 51 Abs. 1 Nr. 5 VGG vorgesehenen sechs Wochen. Nur die Vervielfältigung darf der Gesetzgeber bereits vorab gestatten, damit Einrichtungen beispielsweise schon mit der Digitalisierung von Werken beginnen können.

Weil die Voraussetzungen für eine Lizenzierung nach § 51 VGG nicht deckungsgleich sind mit jenen nach Art. 8 Abs. 1 und Lizenzen, die nach nationalem Recht vor dem 7. Juni 2021 erteilt wurden bzw. werden, von der Richtlinie unberührt bleiben (Art. 26 Abs. 2), muss der Gesetzgeber zudem sicherstellen, dass das Register, welches das DPMA derzeit für vergriffene Werke führt (§ 52 VGG) samt der darin enthaltenen Informationen zugänglich bleibt.<sup>87</sup>

Schließlich sind nach Art. 10 Abs. 2 „zusätzliche angemessene Informationsmaßnahmen“ zu ergreifen. Welche und durch wen, ergibt sich aus der Richtlinie nicht; unklar ist auch, in welchem Verhältnis diese Maßnahmen zu dem beim EUIPO geführten Register stehen.<sup>88</sup> Aus ErwG 41 UAbs. 2 ergibt sich aber zumindest, dass Rechteinhaber nicht individuell informiert werden müssen. Welche Maßnahmen geeignet sind, sollte in einem Dialog mit den Interessenträgern (Art. 11) herausgearbeitet werden.<sup>89</sup> Sinnvoll wäre ein Gleichlauf mit den nach Art. 12 Abs. 3 lit. c) erforderlichen Informationsmaßnahmen.

#### 5. Dialog der Interessenträger (Artikel 11)

Der Gesetzgeber muss einen regelmäßigen Dialog der Interessenträger fördern. Besonders sinnvoll ist er, um Suchanforderungen für die einzelnen Werkarten zu

---

<sup>87</sup> So auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (701).

<sup>88</sup> Mit ausführlicherer Kritik *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (701); *Spindler*, WRP 2019, 811 (817).

<sup>89</sup> So auch *de la Durantaye/Kuschel*, ZUM 2019, 694 (701).

bestimmen und die nach Art. 10 Abs. 2 zu ergreifenden Informationsmaßnahmen festzulegen. Sollte er sich für die Einführung besonderer Anforderungen nach Art. 8 Abs. 5 UAbs. 2 entscheiden, etwa die Einführung eines Stichtags, muss er die Interessenträger konsultieren.

#### **IV. Kollektive Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung (Artikel 12)**

Art. 12 ermöglicht den Mitgliedstaaten, Regelungen über eine kollektive Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung zu schaffen. Auf Basis solcher Regelungen können Verwertungsgesellschaften<sup>90</sup> Lizenzvereinbarungen über die Nutzung von Werken vergeben, deren Rechteinhaber sie nicht mit der Wahrnehmung ihrer Rechte betraut haben (Außenseiter).

##### **1. Fakultative Umsetzung (Umsetzungsbedarf?)**

Art. 12 erlaubt, aber verpflichtet die Mitgliedstaaten nicht, die Vergabe kollektiver Lizenzen mit erweiterter Wirkung vorzusehen. Der deutsche Gesetzgeber muss sich mit hin die Frage stellen, ob er von dieser Möglichkeit Gebrauch machen möchte. Dabei muss er sich vergegenwärtigen, dass Art. 12 nicht die Wahrnehmung gesetzlicher Vergütungsansprüche, sondern ausschließlich die Einräumung von Nutzungsrechten zum Gegenstand hat.<sup>91</sup>

Erklärtes Ziel der Norm ist es, rechtssicher Massennutzungen von Werken und sonstigen Schutzgegenständen zu ermöglichen, die ansonsten faktisch unmöglich wären, weil sie zu exorbitant hohen Transaktionskosten führen würden, und zugleich sicherzustellen, dass Rechtsinhaber eine Vergütung für die Nutzungen erhalten (ErwG 45). Diese Möglichkeit, deren Vorteile vor allem bei digitalen Nutzungen nicht zu unterschätzen sind, sollte der deutsche Gesetzgeber nutzen.<sup>92</sup> Dies gilt vor allem deshalb, weil die Norm hinsichtlich des Anwendungsbereichs und der Ausgestaltung des Verfahrens ein so enges Sicherheitsnetz vorschreibt, dass keine Nachteile für die betreffenden Rechteinhaber zu befürchten sind.

---

<sup>90</sup> Im Sinne von Art. 3 lit. a) Verwertungsgesellschaften-RL 2014/26/EU.

<sup>91</sup> Dazu *Staats*, ZUM 2019, 703 (704, 706).

<sup>92</sup> So auch *Staats*, ZUM 2019, 703 (712); *Wandtke*, NJW 2019, 1841 (1844).



## 2. Anwendungsbereiche (Artikel 12 Absatz 2)

So müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 12 Abs. 2 sicherstellen, dass das „Lizenzvergabeverfahren nur in genau bestimmten Bereichen der Nutzung Anwendung findet“, nämlich dann, wenn die individuelle Lizenzierung so mühsam und unpraktikabel ist, dass die Lizenz wahrscheinlich nicht erteilt werden wird bzw. die Nutzer gar nicht versuchen werden, eine Lizenz zu erwerben. Zudem ist sicherzustellen, dass die berechtigten Interessen der Rechteinhaber gewahrt werden. Allein die Tatsache, dass der betreffende Rechteinhaber Ausländer ist oder seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Ausland hat, rechtfertigt die Anwendung der kollektiven Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung nicht (ErwG 47 S. 3).<sup>93</sup>

Mit Hilfe des Lizenzvergabemodells nach Art. 12 lassen sich also vor allem geplante Nutzungen einer Vielzahl von Werken unterschiedlicher Rechteinhaber ermöglichen.<sup>94</sup> Typische Beispiele dafür sind etwa die Nutzung von Werken durch Einrichtungen im Bildungs- und Wissenschaftssektor oder Nutzungen durch Sendeunternehmen bzw. Kabelweitersendungen; attraktiv könnte überdies sein, die Lizenzierung für die Nutzung von Online-Inhalten nach Art. 17 mit Hilfe von erweiterten kollektiven Lizenzen zu vereinfachen.<sup>95</sup>

## 3. Ausgestaltung des Lizenzvergabeverfahrens (Artikel 12)

Art. 12 sieht recht detaillierte Vorgaben zur Ausgestaltung des Lizenzvergabeverfahrens vor.

### a) Möglichkeiten für die Erweiterung der Wirkung

Er stellt den Mitgliedstaaten zwei Möglichkeiten zur Verfügung, um die Wirkung der kollektiven Lizenzvergabe zu erweitern. Sie können erstens vorsehen, dass kollektive Lizenzvereinbarungen auch für solche Rechte von Rechteinhabern Wirkung entfalten, die der Verwertungsgesellschaft nicht zur Wahrnehmung eingeräumt wurden (Abs. 1 lit. a)). Zweitens können sie vorsehen, dass Verwertungsgesellschaften gesetzlich berechtigt werden oder zu ihren Gunsten Vermutungen gelten, dass sie auch Rechteinhaber vertreten, die ihnen kein Mandat erteilt haben (Abs. 1 lit. b)).

---

<sup>93</sup> ErwG 47 DSM-RL.

<sup>94</sup> So auch *Staats*, ZUM 2019, 703 (708).

<sup>95</sup> So auch *Staats*, ZUM 2019, 703 (708, 711); *Stieper*, ZUM 2019, 211 (217); *ders.*, ZUM 2019, 393 (400). Vgl. überdies *Hofmann*, ZUM 2019, 617 (621).

Für beide Varianten normieren Art. 12 Abs. 2 und 3 dieselben Voraussetzungen an die Maßnahmen zum Schutz der Interessen der Rechteinhaber. Praktisch bestehen zwischen den beiden Varianten also keine Unterschiede.<sup>96</sup> Konstruktiv unterscheiden sie sich dadurch, dass bei lit. a) die Geltung einer Vereinbarung, die eine Verwertungsgesellschaft für die Rechteinhaber, die sie mandatiert haben, auf Außenseiter erstreckt wird, während die Verwertungsgesellschaft bei lit. b) eine Vereinbarung von vornherein auch für Außenseiter abschließen kann, weil das Gesetz ihnen dafür ein Mandat erteilt.<sup>97</sup>

Von der ersten Möglichkeit, der Vergabe sogenannter erweiterter kollektiver Lizenzen, haben die Nordischen Ländern bereits seit einiger Zeit in erheblichem Umfang Gebrauch gemacht.<sup>98</sup> Der zweiten Möglichkeit hat sich der deutsche Gesetzgeber in der Vergangenheit punktuell bedient. Beispiele sind die Fiktionen der §§ 50, 51 VGG sowie, im Bereich der – dem Anwendungsbereich des Art. 12 nicht unterfallenden – Vergütungsansprüche für gesetzlich erlaubte Nutzungen, die gesetzliche Vermutung des § 49 VGG. Sie bewirkt allerdings lediglich eine Umkehr der Beweislast.

Für die Umsetzung des Art. 12 sollte sich der Gesetzgeber aber für die Variante nach lit. a) entscheiden. Das hat vor allem inhaltliche Gründe: Sinnvoll wäre es, das bestehende System aus einzelnen gesetzlichen Ausnahmetatbeständen und gesetzlichen Fiktionen für bestimmte, eng umrissene Sachverhalte zu ergänzen um eine Generalklausel, die Verwertungsgesellschaften dem Grundsatz nach zur Vergabe kollektiver Lizenzen mit erweiterter Wirkung ermächtigt. Sie würde dann auch für künftig entstehende Sachverhalte zur Verfügung stehen, ohne dass ein erneutes Tätigwerden des Gesetzgebers erforderlich wäre.<sup>99</sup> Auf Basis einer solchen Klausel könnten Verwertungsgesellschaften und Nutzer für den Einzelfall eine maßgeschneiderte Vereinbarung treffen, deren Wirkungen sich auf Außenseiter erstrecken würde.<sup>100</sup> Um sicherzustellen, dass die Interessen der Außenseiter gewahrt sind, sollte die Vereinbarung erst dann in Kraft treten, wenn eine staatliche Stelle die Vereinbarung auf Einhaltung der Schutzmaßnahmen zu Gunsten der Rechteinhaber überprüft und die Vereinbarung

---

<sup>96</sup> So auch *Staats*, ZUM 2019, 703 (708).

<sup>97</sup> So auch *Staats*, ZUM 2019, 703 (707 f.).

<sup>98</sup> Für einen Überblick vgl. nur *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, 2016, S. 83 ff.

<sup>99</sup> So auch *Staats*, ZUM 2019, 703 (711). Vgl. überdies den Vorschlag für eine solche Klausel bei *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, 2016, S. 599 f.

<sup>100</sup> So auch *Staats*, ZUM 2019, 703 (711).

genehmigt hat.<sup>101</sup> In Betracht kommt hier vor allem das DPMA. Die erweiterten kollektiven Lizenzen der Nordischen Länder unterliegen ebenfalls einer staatlichen Genehmigungspflicht.<sup>102</sup>

## **b) Maßnahmen zum Schutz der Interessen der Rechteinhaber**

Auch bei der Ausgestaltung des Lizenzvergabeverfahrens selbst verpflichtet Art. 12 die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass die Interessen der Rechteinhaber gewahrt werden. Die Umsetzung dieser Pflichten dürfte für den deutschen Gesetzgeber keine allzu hohe Hürde darstellen.<sup>103</sup>

### **aa) Anforderungen an die Verwertungsgesellschaften**

So müssen Verwertungsgesellschaften dazu verpflichtet werden, nur in solchen Bereichen kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung zu vergeben, in denen sie von (anderen) Rechteinhabern Mandate zur Lizenzierung erhalten haben und aufgrund dieser Mandate Lizenzvereinbarungen abschließen (Art. 12 Abs. 1).

Vor allem aber dürfen gem. Art. 12 Abs. 3 lit. a) nur solche Verwertungsgesellschaften zur Vergabe von kollektiven Lizenzen mit erweiterter Wirkung berechtigt werden, die repräsentativ sind für die Rechteinhaber der betreffenden Art von Werken und der betreffenden Rechte. Ausweislich des ErwG 48, UAbs. 1 S. 3 ist dafür erforderlich, dass die Verwertungsgesellschaft jeweils über Mandate einer ausreichend großen Anzahl von Rechteinhabern verfügt. Hinsichtlich der Frage, ob die Verwertungsgesellschaft auch für das Repertoire ausländischer Rechteinhaber repräsentativ sein muss, stellen sich die bei Art. 8 erörterten Fragen entsprechend.<sup>104</sup> Hier sollte der Gesetzgeber eine einheitliche Regelung vorsehen. Maßgebliche Kriterien sind nach ErwG 48, UAbs. 1 S. 3 außerdem die Kategorie der von der Verwertungsgesellschaft wahrgenommenen Rechte, ihre Fähigkeit zur wirksamen Verwaltung dieser Rechte und die Kreativbranche, in der sie tätig wird.

### **bb) Inhaltliche Anforderungen an die Lizenz**

Die Verwertungsgesellschaften müssen verpflichtet werden, ihre Lizenzbedingungen so auszugestalten, dass Außenseiter und Rechteinhaber, die der Verwertungsgesellschaft ein Mandat zur Wahrnehmung ihrer Rechte erteilt haben, gleichbehandelt

---

<sup>101</sup> *Staats*, ZUM 2019, 703 (712).

<sup>102</sup> *Trumpke*, Exklusivität und Kollektivierung, 2016, S. 239.

<sup>103</sup> So auch *Staats*, ZUM 2019, 703 (712).

<sup>104</sup> Siehe dazu oben III.1.d.aa.

werden (Art. 12 Abs. 3 lit. b)). Dies betrifft unter anderem die Information zur Lizenzvergabe sowie die Vergütung (ErwG 48, UAbs. 1 S. 5). Die aufgestellten Kriterien müssen zudem objektiv, transparent und diskriminierungsfrei sein (ErwG 47 S. 2). Überdies dürfen die Vereinbarungen – das ist gerade im Online-Bereich nicht leicht einzuhalten – nur die Nutzung im Hoheitsgebiet des betreffenden Mitgliedstaates zum Gegenstand haben (Art. 12 Abs. 1).<sup>105</sup>

### **cc) Widerspruchs- und sonstige Rechte der Rechteinhaber**

Rechteinhaber müssen ihre Werke (durch Widerspruch) von dem Lizenzierungsverfahren ausschließen können (Art. 12 Abs. 3 lit. c)) – pauschal oder nur für einzelne Nutzungen, vor dem Abschluss einer Lizenzvereinbarung oder während der Laufzeit der Lizenz (ErwG 48, UAbs. 2 S. 1). Ein etwaiger Widerruf soll Wirkung (nur) für die Zukunft entfalten (ErwG 48, UAbs. 2 S. 2). Ein etwaiger Vergütungsanspruch für bereits erfolgte Nutzungen soll vom Widerruf unberührt bleiben (ErwG 48, UAbs. 2 S. 3). Zudem findet Art. 7 VG-RL auch auf das Lizenzvergabeverfahren gem. Art. 12 Anwendung (Abs. 4 UAbs. 3). Rechteinhaber, die von Art. 12 betroffen sind, sind mithin Rechteinhabern, die der betreffenden Verwertungsgesellschaften ein Mandat erteilt haben, gleichzustellen.

### **dd) Informationspflichten**

Schließlich müssen die Verwertungsgesellschaften verpflichtet werden, vor Beginn der lizenzierten Nutzung angemessene Informationsmaßnahmen hinsichtlich der Lizenzvergabe und der Möglichkeit zum Widerspruch ergreifen, ohne – und das ist wichtig! – dass sie jeden Rechteinhaber einzeln informieren müssen (Art. 12 Abs. 3 lit. d)). Hier hatte der EuGH bislang anders geurteilt.<sup>106</sup>

## **V. Verhandlungsmechanismus für Video-Abrufdienste (Artikel 13)**

Ausweislich ErwG 52 der DSM-RL sollen die Mitgliedstaaten zum Zweck der erleichterten Vergabe von Lizenzen für Rechte an audiovisuellen Werken an Videoabrufdienste entweder ein neues Gremium schaffen oder ein bereits bestehendes Gremium heranziehen, das den in dieser Richtlinie niedergelegten Bedingungen entspricht.

---

<sup>105</sup> Kritisch auch *Staats*, ZUM 2019, 703 (710).

<sup>106</sup> EuGH Rs. C-301/15) ECLI:EU:C:2016:878 – *Soulier und Doke*.

Eine Möglichkeit, an die man insoweit denken könnte, wäre dieser Vorschrift durch eine Ausweitung des Aufgabenbereichs der bestehenden Schiedsstelle nach dem VGG (§ 124 VGG) um die in Art. 13 umschriebenen Befugnisse Folge zu leisten.

Denkbar wäre es auch, das für das Lizenzmanagement erforderliche Gremium mit der nach Art. 21 DSM-RL erforderlichen Schiedsstelle zu verbinden. Dies hätte den Vorteil, dass inhaltlich vergleichbare Sachkompetenz bei einem Gremium mit verschiedenen Abteilungen gebündelt werden könnte (siehe Bemerkung unten X. 4.).

Will man diese beiden Wege nicht gehen, bliebe wohl nur die Schaffung eines neuen, eigenständigen Gremiums.

## **VI. Gemeinfreie Werke der bildenden Kunst (Artikel 14)**

### **1. Zwingende Übernahme ins deutsche UrhG**

Nach der Rechtsprechung des BGH<sup>107</sup> unterfallen Fotografien von (gemeinfreien) Gemälden oder anderen zweidimensionalen Werken bislang „regelmäßig dem Lichtbildschutz nach § 72 UrhG“. Diese Rechtsprechung wird durch Art. 14 DSM-RL korrigiert. Danach soll „im Bereich der bildenden Kunst ... die Verbreitung von originalgetreuen Vervielfältigungen gemeinfreier Werke zum Zugang zur Kultur ... und zum ... kulturellen Erbe“ (ErwG 53) gefördert werden. Die Regelung ist zwingend ins deutsche Recht zu übernehmen.<sup>108</sup>

### **2. Betroffene Rechte**

Art. 14 schließt nicht nur den Schutz von Vervielfältigungen in Form von Lichtbildern – und mit diesen auch in Form von einzelnen Lichtbildern von Filmwerken oder Laufbildern, soweit diese keine Lichtbildwerke sind – aus. Die Vorschrift bezieht sich vielmehr auf alle verwandten Schutzrechte. Der Ausschluss der Entstehung von Rechten an Vervielfältigungen gemeinfreier Werke betrifft neben Lichtbildern (§ 72 UrhG) also insbesondere auch Laufbilder (§ 95 UrhG).<sup>109</sup>

Der umfassende Verweis auf „verwandte Schutzrechte“ legt es darüber hinaus nahe, dass Entsprechendes auch hinsichtlich der Rechte an wissenschaftlichen Ausgaben

---

<sup>107</sup> BGH GRUR 2019, 284 – *Museumsfotos*.

<sup>108</sup> S. zum Ganzen *Schulze*, GRUR 2019, 779; *Stang*, ZUM 2019, 668.

<sup>109</sup> So auch *Stang*, ZUM 2019, 668 (673).

(§ 70 UrhG) und nachgelassenen Werken (§ 71 UrhG) gilt. Zwar sind diese Rechte einerseits EU-weit nicht harmonisiert, sodass deren Einschränkung von Art. 14 DSM-RL nicht unbedingt geboten erscheint. Das gleich gilt jedoch auch für Rechte an einfachen Lichtbildern, die ebenfalls nicht EU-weit harmonisiert sind. Will man dem in ErwG 53 der DSM-RL umschriebenen Anliegen eines verbesserten Zugangs zu kulturellen Werken entsprechen, so liegt es nahe, dieser Anliegen im Zuge der Umsetzung auch bei den §§ 70 und 71 UrhG zu berücksichtigen. Das führt nicht zur Abschaffung dieser beiden Rechte, da Art. 14 DSM-RL insoweit nur auf die Freiheit des Zugangs zu „Werken der bildenden Kunst“ abzielt. Die Rechtfreiheit würde also nur Abbildungen von Werken der bildenden Kunst betreffen, der Leistungsschutz für wissenschaftliche Ausgaben und nachgelassene Werke im Übrigen bliebe von der Beschränkung unberührt.

Ein Schutz durch das Urheberrecht für Zeichnungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG), Lichtbildwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 UrhG) und Filmwerke (§ 2 Abs. 1 Nr. 6 UrhG), in denen gemeinfreie Werke der bildenden Kunst vervielfältigt werden, ist von der den Ausschließlichkeitsschutz einschränkenden Regelung des Art. 14 DSM-RL dagegen nicht erfasst, besteht ein solcher doch nur dann, wenn die urheberrechtliche Schutzvoraussetzung erfüllt ist und Art. 14 DSM-RL mithin nicht greift. Für Filmwerke entfalten Art. 14 DSM-RL allerdings gleichwohl insoweit Wirkung, als es um den Schutz in Filmwerken enthaltener Einzelbilder geht.

Eine weitere Frage geht dahin, ob unter „bildender Kunst“ auch Werke der Baukunst und der angewandten Kunst sowie Entwürfe solcher Werke zu verstehen sind. Das wird man unter Hinweis auf den deutschen Sprachgebrauch in § 2 Abs. 1 Nr. 4 UrhG einerseits bejahen können.<sup>110</sup> Andererseits könnte gerade der dort verwendete Plural („bildende Künste“) wie auch die englische Sprachfassung von Art. 14 DSM-RL („visual arts“, womit nur unterschiedliche Arten der bildenden Kunst, nicht hingegen „works of architecture“ und auch nicht „design works“ erfasst sind) für eine Beschränkung auf Werke der bildenden Kunst sprechen.<sup>111</sup> In der Praxis dürfte der Unterschied freilich nicht allzu groß sein. Zwar erfasst „bildende Kunst“ nicht nur zwei-, sondern auch dreidimensionale Werke, doch ist deren Abbildung ebenso wie diejenige von Werken der Baukunst und Werken der angewandten Kunst in vielen Fällen nicht „originalgetreu“

---

<sup>110</sup> So *Stang*, ZUM 2019, 668 (672).

<sup>111</sup> So mit eingehender Begründung *Schulze*, GRUR 2019, 779 (782).

(ErwG 53),<sup>112</sup> sondern erfolgt oft im Wege einer zumeist den Urheberschutz begründenden kreativen Umsetzung und Interpretation.

Geht es bei Abbildungen von dreidimensionalen Werken dagegen um deren möglichst getreue Wiedergabe, die darauf abzielt, das Objekt oder wesentliche Teile davon möglichst verlässlich und aussagekräftig vor Augen zu führen, sodass das Abbild die urheberrechtliche Schutzvoraussetzung nicht erreicht, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb solche Abbildungen anders zu behandeln sein sollen als Wiedergaben zweidimensionaler Objekte wie Gemälde, Druckgraphiken und Zeichnungen.

### **3. Bedeutung des vom BGH für § 72 verlangten „Mindestmaßes an persönlicher geistiger Leistung“**

Der Ausschluss von Reproduktionsmaterial, das „eine eigene geistige Schöpfung“ darstellt, verweist auf die Formulierung der Schutzvoraussetzung für urheberrechtlich geschützte Werke (u.a. Art. 6 Schutzdauer-RL<sup>113</sup>). Art. 14 DSM-RL kann daher nicht so verstanden werden, dass das „Mindestmaß an – zwar nicht schöpferischer, aber doch – persönlicher geistiger Leistung“, das der BGH als Voraussetzung des Schutzes von Lichtbildern nach § 72 UrhG vorsieht (BGH, a.a.O., Rn. 23), für das Entstehen eines Schutzes an der Reproduktionsfotografie ausreicht.

Vielmehr ist mit ErwG 53 darauf abzustellen, dass Vervielfältigungen von Art. 14 erfasst werden, wenn sie ein urheberrechtliches Werk, dessen Schutzdauer abgelaufen ist, „originalgetreu“, also zumindest in wichtigen Teilen verlässlich und aussagekräftig wiedergeben. Es geht damit um ein Abfotografieren ohne Ausnutzung kreativer Gestaltungsspielräume.<sup>114</sup>

### **4. Ausgestaltung der Neuregelung**

Die Ausgestaltung der von Art. 14 DSM-RL angemahnten Neuregelung sollte am besten bei den jeweils genannten betroffenen Rechten als zusätzliche Schranke eingefügt werden (also bei §§ 72 und 95 UrhG, sowie ggf. bei §§ 70 und 71 UrhG). Ggf. könnte zugleich darauf hingewiesen werden, dass der Urheberschutz nach Teil 1 dieses Gesetzes unberührt bleibt, auch wenn dies an sich eine Selbstverständlichkeit darstellt.

---

<sup>112</sup> Zweifelnd auch *Stang*, ZUM 2019, 668 (672 f.).

<sup>113</sup> Zur Auslegung durch den EuGH s. Rs. C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, Rn. 94 – *Painer* und C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623, Rn. 19 – *Funke Medien NRW*.

<sup>114</sup> EuGH Rs. C-145/10, ECLI:EU:C:2011:798, Rn. 94 – *Painer*.



Die Ausgestaltung sieht sich mit der Schwierigkeit konfrontiert, dass Reproduktionsfotografien vor Ablauf der Schutzfrist des abgebildeten Werkes durchaus einen Schutz nach § 72 UrhG genießen können. Insoweit bleibt es also bei den vom BGH in der Entscheidung Museumsfotos getroffenen Ausführungen.

In Betracht kommen theoretisch zwei Möglichkeiten der Umsetzung der Regelung nach Ablauf der Schutzdauer des abgebildeten Werkes der bildenden Kunst:

Entweder man nimmt nur diejenigen Lichtbilder vom Schutz des § 72 aus, die angefertigt wurden, nachdem der Schutz des abgebildeten Werkes bereits abgelaufen war.<sup>115</sup> Für diese Lösung spricht, dass man Art. 14 DSM-RL möglicherweise so lesen kann, dass das einschlägige Material erst nach Ablauf der Schutzdauer eines Werkes der bildenden Kunst entstanden sein darf und es andernfalls zu einer Verkürzung bereits laufender Schutzfristen käme.<sup>116</sup>

Oder man lässt einen einmal entstandenen Schutz mit Ablauf der Schutzfrist des abgebildeten Werkes entfallen. Für diese zweite, insgesamt wohl stärker dem Wortlaut und Ziel der Richtlinienbestimmung entsprechende Lösung spricht, dass man Art. 14 auch so lesen kann, dass sich das „nach“ lediglich auf die Verwertung nach dem Ablauf der Schutzfrist und nicht hingegen zugleich auf den Zeitpunkt der Anfertigung der Reproduktionsfotografie bezieht. Diese zweite Lesart würde dem von Art. 14 DSM-RL geschützten Zugangsinteresse zweifellos besser dienen. Dieser zweiten Lesart dürfte auch ErwG 53 nicht entgegenstehen, spricht dieser doch ganz allgemein von der „Verbreitung von originalgetreuen Vervielfältigungen gemeinfreier Werke“, ohne dabei zugleich auf den Zeitpunkt der Anfertigung der Vervielfältigungen abzustellen.<sup>117</sup>

ErwG 53 kann darüber hinaus auch keine Beschränkung der Ausnahme des Art. 14 DSM-RL auf nicht-kommerzielle Verwendungen entnommen werden. Auch in der

---

<sup>115</sup> Im letzteren Sinn *Schulze*, GRUR 2019, 779 (780 f.): Maßgeblich „Zeitpunkt der Aufnahme“.

<sup>116</sup> So *Schulze*, GRUR 2019, 779 (781).

<sup>117</sup> Ebenso *Stang*, ZUM 2019, 668 (672 f.). – A.A. jedoch *Schulze*, GRUR 2019, 779 (781), der den ErwG 53 in Art. 14 hineinlesen will. – Wenig aussagekräftig ist in diesem Zusammenhang jedenfalls der letzte Satz von ErwG 53, nachdem Art. 14 DSM-RL „mit der Erhaltung des Kulturerbes betraute Einrichtungen nicht daran hindern [sollte], Reproduktionen wie etwa Postkarten zu verkaufen“. Denn der Verkauf von Postkarten durch eine Kultureinrichtung ist gerade dann problemlos möglich, wenn an den Reproduktionen keine Rechte mehr bestehen; s. auch *Spindler* WRP 2019, 951 (955) („kaum eine Frage des Urheberrechts“); *Stang*, ZUM 2019, 668 (671) („weder eine Einschränkung des Anwendungsbereichs von Art. 14 noch eine Verpflichtung von Einrichtungen zum Verkauf von Merchandising-Artikeln“).

Literatur ist eine solche Beschränkung zwar erwogen, im Ergebnis jedoch verworfen worden.<sup>118</sup>

Eine weitere Frage, die es im Rahmen der Umsetzung zu beantworten gilt, geht dahin, ob der zwar nicht in Art. 14 DSM, wohl aber in ErwG 53 enthaltene Hinweis auf den Beitrag „zum Zugang zur Kultur und ihrer Förderung und zum Zugang zum kulturellen Erbe“ in den Umsetzungswortlaut übernommen werden sollte.<sup>119</sup> Notwendig erscheint das nicht, enthält ErwG 53 damit doch eher eine Begründung für die Regelung in Art. 14 DSM-RL und keine zusätzliche Einschränkung.

Der ebenfalls in ErwG 53 enthaltene Hinweis, „in einem digitalen Umfeld ist der Schutz solcher Vervielfältigungen durch das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte nicht mit dem Ablauf des urheberrechtlichen Schutzes eines Werks in Einklang zu bringen“, ist ebenfalls als Erläuterung des Regelungsanlasses, nicht aber als Einschränkung des Anwendungsbereichs auf ein digitales Umfeld zu verstehen.<sup>120</sup>

Im Lichte der vorstehenden Erwägungen könnte § 72 Abs. 1 UrhG daher um folgenden Satz 2 ergänzt werden:

Lichtbilder und Erzeugnisse, die ähnlich wie Lichtbilder hergestellt werden, von Werken der bildenden Kunst dürfen nach Ablauf der Schutzdauer der abgebildeten Werke vervielfältigt, verbreitet, öffentlich zugänglich gemacht und in sonstiger Weise öffentlich wiedergegeben werden.

Ggf. könnte, wie oben ausgeführt noch ergänzt werden:

Der Urheberschutz an Werken der Fotografie bleibt davon unberührt.

Entsprechend sollte in den §§ 94 Abs. 4 und 95 UrhG jeweils der folgende Satz 2 eingefügt werden:

Für einzelne Lichtbilder gilt § 72 I 2 entsprechend.

---

<sup>118</sup> *Schulze*, GRUR 2019, 779 (781) (im Hinblick auf die Eigentumsrechte der Fotografen, die im Rahmen der Abwägung angesichts der andernfalls zu erwartenden Lizenzierungsschwierigkeiten dann aber doch hinter den Zugangsrechten der Allgemeinheit zurücktreten müssen).

<sup>119</sup> Offen gelassen bei *Schulze*, GRUR 2019, 779 (781), mit dem Hinweis allerdings, dass der EuGH die Erwägungsgründe in den Wortlaut der Richtlinienvorschriften hineinzu lesen pflegt.

<sup>120</sup> *Stang*, ZUM 2019, 668 (671); a.A. in einem Obiter jedoch wohl *Hoeren*, MMR 2019, 246.

Schließlich sind vergleichbare Regelungen auch in die §§ 70 und 71 UrhG zu übernehmen, wenn man diese beiden verwandten Schutzrechte – wie oben in Ziff. 2 ausgeführt – ebenfalls als von Art. 14 DSM-RL erfasst anzusehen.

## **5. Erweiterte Berücksichtigung des in Art. 14 DSM-RL geschützten Zugangsinteresses?**

Schließlich sollte überlegt werden, ob das von Art. 14 DSM-RL geschützte Zugangsinteresse auch jenseits einer Erstreckung auf die §§ 70 und 71 UrhG<sup>121</sup> im Zuge der Umsetzung nicht auch in weiteren Fallkonstellationen geschützt werden könnte:

In Betracht kommt hier zum einen im Wege eines Erst-Recht-Schlusses eine Einschränkung der genannten Bildrechte bei der reinen Reproduktion nicht urheberrechtlich geschützter Werke.

Zum anderen könnte man überlegen, ob die Umsetzung nicht zugleich dazu genutzt werden könnte, im Gesetz – prophylaktisch – auch eine Berufung auf das Sacheigentum explizit auszuschließen,<sup>122</sup> dessen Reichweite in Bezug auf Abbildungen einer körperlichen Sache vom Ersten Zivilsenat des BGH noch offengelassen worden ist.<sup>123</sup> Eine Stütze fände das im Gedanken des BGH in der Friesenhaus-Entscheidung, in der der BGH ausgeführt hatte, dass der Eigentümer einer urheberrechtlich nicht oder nicht mehr geschützten Sache größere Rechte haben könnte als der Eigentümer einer urheberrechtlich geschützten Sache.<sup>124</sup>

Ohnehin bleiben – wie vom BGH dargelegt – noch die Möglichkeiten von vertraglichen Fotografierverboten und Verwertungsbeschränkung.<sup>125</sup> Die DSM-RL enthält für Art. 14 anders als in Bezug auf die Schranken der Art. 3–6 keine Art. 7 Abs. 1 entsprechende Regelung zur vertraglichen Unabdingbarkeit.

---

<sup>121</sup> S. oben, VI.2.

<sup>122</sup> Ähnlich *Stang*, ZUM 2019, 668 (674) („darüber nachzudenken“).

<sup>123</sup> BGH GRUR 2019, 284, Rn. 34 – *Museumsfotos*. – Ein solches Recht befürwortend etwa *Schulze*, GRUR 2019, 779 (782 f.), zugleich kritisch gegenüber einer Einschränkung angesichts der vom EU-Recht nicht berührten Eigentumsordnung der Mitgliedstaaten; ein solches Recht ablehnend hingegen *Dreier*, GRUR 2019, 771 (774, Fn. 26), jeweils m.w.N.

<sup>124</sup> So für die Straßenfotografie bereits BGH GRUR 1990, 390 (391) – *Friesenhaus*.

<sup>125</sup> Ebenso *Spindler*, WRP 2019, 951 (955); *Schulze*, GRUR 2019, 779 (782).

## 6. Übergangsvorschrift

Die Ausgestaltung der Übergangsvorschrift hängt davon ab, wie man sich in der unter Ziff. 4 erörterten Frage entscheidet:

Stellt man auf den Zeitpunkt der Anfertigung der Aufnahme ab, so müsste die Neuregelung ab Inkrafttreten des Gesetzes auf alle Aufnahmen für anwendbar erklärt werden, die in einem konkreten Fall nach Eintritt der Gemeinfreiheit – ggf. auch schon vor Inkrafttreten der Neuregelung – angefertigt worden sind.

Stellt man dagegen allein auf den Zeitpunkt der Verwendung ab, so wäre die Neuregelung ab dem Zeitpunkt des Inkrafttretens auch auf solche Aufnahmen für anwendbar zu erklären, die vor Inkrafttreten und vor Ablauf der Schutzfrist des abgebildeten Werkes angefertigt worden sind, vorausgesetzt sie werden nach dem Inkrafttreten der Neuregelung verwendet.

## VII. Leistungsschutzrecht des Presseverlegers (Artikel 2 Nummer 4 und 5, Artikel 15)

### 1. Kerninhalt

Art. 15 schafft EU-weit ein einheitliches ausschließliches Schutzrecht zugunsten der Presseverlage hinsichtlich der kommerziellen Online-Nutzung ihrer Presseveröffentlichungen (wie in Art. 2 Nr. 4 DSM-RL definiert) durch Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft. Nicht vom Schutzrecht erfasst sind das Setzen von Hyperlinks sowie die Nutzung einzelner Wörter oder sehr kurzer Auszüge aus einer Presseveröffentlichung (Art. 15 Abs. 1 DSM-RL). Rechte der Urheber der in der Presseveröffentlichung enthaltenen Werke bleiben bestehen, und die Rechte der Presseverlage dürfen nicht zum Nachteil der Urheber ausgeübt werden (Art. 15 Abs. 2). Darüber hinaus müssen Urheber an den Einnahmen der Presseverlage aus diesem Schutzrecht angemessen beteiligt werden (Art. 15 Abs. 5). Anders als die bisherige, nur einjährige Schutzdauer des deutschen Rechts (§ 87g Abs. 2 UrhG), beträgt die Schutzdauer fortan zwei Jahre, berechnet als Jahresfrist ab Beginn des auf die Veröffentlichung folgenden Jahres (Art. 15 Abs. 4).<sup>126</sup>

---

<sup>126</sup> S. dazu eingehender *Ackermann*, ZUM 2019, 375; *Jani*, ZUM 2019, 674.

## 2. Umsetzungsbedarf

Auch wenn die Regelung in Art. 15 DSM-RL große Ähnlichkeiten mit der bestehenden deutschen Regelung der §§ 87 f–h UrhG hat, sollte die alte Regelung doch durch eine Neuregelung ersetzt werden, die so weit wie möglich dem Wortlaut von Art. 15 DSM-RL entspricht.

Einzubeziehen ist dabei die gesetzliche Definition der „Presseveröffentlichung“ in Art. 2 Nr. 4 DSM-RL sowie ggf. weitere Präzisierungen aus ErwG 56 ff.). Damit sind zugleich einige – wenn auch nicht alle – der nach deutschem Recht momentan noch offenen Fragen beantwortet. Hinsichtlich der Umschreibung der Rechteinhaber kann die Formulierung in ErwG 55 Abs. 2 („Der Begriff des Verlags von Presseveröffentlichungen sollte für Dienstleister wie Presseverlage oder -agenturen gelten, die Presseveröffentlichungen gemäß der vorliegenden Richtlinie veröffentlichen“) übernommen werden. Damit sind zwar nicht alle Zweifelsfragen geklärt, die Definition fortan jedoch immerhin präziser als im bisherigen deutschen Recht. „Ähnlich wie unter der AVM-RL gilt es daher auch hier, die eher den audio-visuellen Werken entsprechenden Darstellungen gegenüber der eigentlichen elektronischen Presse abzugrenzen.“<sup>127</sup> Einer Abgrenzung bedarf es auch gegenüber den nicht erfassten „Periodika, die für wissenschaftliche oder akademische Zwecke verlegt werden, etwa Wissenschaftsjournale“ (Art. 2 Abs. 4 Satz 2 DSM-RL). Gleichwohl dürfte der Umsetzungsgesetzgeber gut beraten sein, sich in diesen Punkten sowie hinsichtlich sonstiger, in Art. 15 DSM-RL enthaltener unbestimmter Rechtsbegriffe weitergehender Präzisierungen im nationalen Alleingang zu enthalten. Zum einen würde dadurch das Harmonisierungsziel der DSM-RL unterlaufen. Zum anderen sind diesbezügliche Auslegungsfragen im Streitfall ohnehin dem EuGH vorzulegen.

Ein weiteres Detail der Umsetzung betrifft die Frage, ob hinsichtlich der Beteiligung angestellter Urheber an den Einnahmen der Presseverlage aus dem Leistungsschutzrecht vergleichbar § 43 UrhG eine Ausnahme möglich ist und im deutschen Recht vorgesehen werden sollte. Dagegen spricht auf der einen Seite das Schutzziel des Urheberrechtsgesetzes, eine angemessene Vergütung der Urheber für die Nutzung ihrer Werke zu sichern, wie es in § 11 S. 2 UrhG niedergelegt ist. Auf der anderen Seite hat dieser Programmsatz den Gesetzgeber nicht daran gehindert, in § 43 UrhG bei angestellten Urhebern eine erweiterte Rechteübertragung vorzusehen, die zugleich ihre

---

<sup>127</sup> *Spindler*, CR 2019, 277 (282); s. auch *ders.* WRP 2019, 951 (955).

Ansprüche auf Vergütung schmälert. Danach könnte es als legitim betrachtet werden, die Beteiligung des Urhebers durch die ihm als Arbeitsentgelt gezahlte Vergütung als mit abgegolten anzusehen.<sup>128</sup>

Da Art. 15 DSM-RL den Mitgliedstaaten im Weiteren keine Vorgaben zur Ausübung des Leistungsschutzrechts des Presseverlegers macht, ist ihnen von der Richtlinie auch nicht vorgegeben, ob sie ihr Recht individuell oder kollektiv ausüben wollen.<sup>129</sup> Der Gesetzgeber könnte jedoch erwägen, insoweit von der Möglichkeit der Einräumung kollektiver Lizenzen nach Art. 12 DSM-RL Gebrauch zu machen.<sup>130</sup>

Da Art. 15 DSM-RL das neue Recht auf Presseverlage „mit Sitz in einem Mitgliedstaat“ beschränkt, stellt sich die Frage, ob das deutsche Presseverlegerleistungsschutzrecht aufrechterhalten werden soll, soweit es auch nicht EU-ansässigen Verlegern zugutekommt. Denkbar wäre hier (a) eine parallele Fortgeltung der alten deutschen Bestimmungen neben der Umsetzung von Art. 15 DSM-RL, (b) eine Erstreckung der Neuregelung auch auf Presseverlage mit Sitz außerhalb der EU, oder eben (c) eine komplette Abschaffung der bisherigen deutschen Regelung und einer Beschränkung der Neuregelung auf Presseverlage mit Sitz innerhalb der EU. Befürworter des Leistungsschutzrechts werden sich vermutlich für Option (b) aussprechen, Kritiker hingegen Option (c) bevorzugen. Gegen eine Aufrechterhaltung der bisherigen deutschen Regelung für nicht EU-ansässige Presseverlage (Option (a)) spricht, zum einen der Charakter der Regelung von Art. 15 DSM-RL als Vollharmonisierung.<sup>131</sup> Zum anderen könnte es sein, dass die §§ 87f–h UrhG ohnehin wegen Verletzung der Notifizierungspflicht unanwendbar sind.<sup>132</sup>

### 3. Übergangsvorschrift

Im Rahmen der Übergangsvorschrift ist Art. 15 Abs. 4 UntAbs. 2 DSM-RL Rechnung zu tragen. Danach findet das neue Recht nicht auf erstmals vor dem 6.6.2019 veröffentlichte Presseveröffentlichungen Anwendung.

---

<sup>128</sup> *Jani*, ZUM 2019, 674 (681) hält es mit der DSM-RL für vereinbar, „dass § 43 UrhG sinngemäß auch für den Beteiligungsanspruch aus Art. 15 (bzw. die zu seiner Umsetzung dienende künftige Vorschrift im Urheberrechtsgesetz) gilt“.

<sup>129</sup> *Jani*, ZUM 674 (682).

<sup>130</sup> Befürwortend *Jani*, ZUM 674 (683).

<sup>131</sup> *Jani*, ZUM 2019, 674.

<sup>132</sup> So die Schlussanträge von GA Hogan in Rs. C-299/17, ECLI:EU:C:2018:1004 – *VG Media*. – Eine andere Frage in diesem Zusammenhang ist, ob eine Unanwendbarkeit wegen Verletzung der Notifizierungspflicht auch das Recht der nicht in der EU ansässigen Presseverlage erfasst.

Angesichts dieser insoweit eindeutigen Bestimmung dürfte kein Anlass bestehen, die sonst in den urheberrechtlichen Übergangsbestimmungen übliche Verlängerung von Schutzrechten, die zum Zeitpunkt der Verlängerung noch nicht abgelaufen sind, für die Erzeugnisse von Presseverlegern zu übernehmen. Mit anderen Worten, für Presseveröffentlichungen, die vor dem 6.6.2019 erstmals veröffentlicht worden sind, bleibt es bei dem bisherigen einjährigen Schutz (§ 87g Abs. 2 UrhG), eine Verlängerung um ein weiteres Jahr kommt selbst dann nicht in Betracht, wenn das eine Jahr am 6.6.2019 noch nicht abgelaufen war.

### VIII. Verlegerbeteiligung (Artikel 16)

Art. 16 der DSM-RL möchte aus unionsrechtlicher Sicht ermöglichen, dass die in den Mitgliedstaaten bis zur EuGH-Entscheidung „*Reprobel*“<sup>133</sup> vorhandenen Systeme der Teilung des Vergütungsaufkommens weitergeführt werden können, „sofern diese dem Unionsrecht entsprechen“ (ErwG 60). Zu diesem Zweck sollen die Mitgliedstaaten „festlegen können“, „dass für den Fall, dass ein Urheber einem Verleger ein Recht übertragen oder ihm eine Lizenz erteilt hat, diese Übertragung oder Lizenzierung eine hinreichende Rechtsgrundlage für den Anspruch des Verlegers auf einen Anteil am Ausgleich für die jeweilige Nutzung des Werkes im Rahmen einer Ausnahme oder Beschränkung für das übertragene oder lizenzierte Recht darstellt“ (Art. 16 Satz 1 DSM-RL).

Über die Reichweite dieser Bestimmung bestehen innerhalb des Fachausschusses Urheberrecht der GRUR – wie kaum anders zu erwarten – im Wesentlichen zwei gegensätzliche Auffassungen.

Nach der einen Auffassung ist der Regelungsgehalt der Vorschrift – auch unter Berücksichtigung des ihn erläuternden ErwG 60<sup>134</sup> – begrenzt. Abgesehen davon, dass unstreitig keine Umsetzungspflicht besteht, lasse sich eine Aufhebung oder inhaltliche Korrektur der Entscheidung „*Reprobel*“ – nach der Einnahmen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen unter Ausschluss einer gesetzlichen Verlegerbeteiligung unmittelbar den Urhebern zukommen müssen – der Richtlinie nicht entnehmen. Der Zweck der

---

<sup>133</sup> EuGH Rs. C-572/13, ECLI:EU:C:2015:750 – *Hewlett-Packard Belgium*.

<sup>134</sup> Nach anderer Lesart bezieht sich die Formulierung in ErwG 60 („sofern diese dem Unionsrecht entsprechen“) auf bestehende nationale Regelungen über die Rechtswahrnehmung sowie auf Vergütungsansprüche, nicht aber auf die Verlegerbeteiligung.



Vorschrift besteht nach dieser Auffassung allein darin, unionsrechtskonforme Ausgleichssysteme abzusichern. Die inhaltliche Ausgestaltung dieser Systeme bleibe vollständig dem Recht des Mitgliedstaates vorbehalten. Sofern es in Mitgliedstaaten unionsrechtskonforme Rechtsregeln über den Ausgleichsmechanismus gibt, dürften diese Systeme „beibehalten“ werden. Unter welchen Umständen die Systeme unionsrechtskonform sind, werde in der Richtlinie allerdings nicht ausgeführt. Das gegenwärtige deutsche Ausgleichssystem (§§ 27, 27a VGG), das nach den Entscheidungen „*Reprobel*“ und „*Verlegerbeteiligung*“<sup>135</sup> geschaffen wurde, dürfe daher beibehalten werden, sofern es denn unionsrechtskonform sein sollte. Selbst dies sei in der deutschen Literatur jedoch umstritten.<sup>136</sup> Gehe der deutsche Gesetzgeber von der Unionsrechtskonformität des bestehenden deutschen Rechts aus, besteht nach dieser Auffassung mithin kein weiterer Umsetzungsbedarf. Ohnehin setze eine Verlegerbeteiligung nach Art. 16 DSM-RL ein übertragenes oder lizenziertes Recht voraus. Diese Voraussetzung sei jedoch insbesondere bei der Kopierabgabe (Art. 5 Abs. 2 lit. a und b InfoSoc-RL) nicht gegeben, die bereits das Vervielfältigungsrecht des Urhebers beschränke. Die Vorschrift des Art. 16 Satz 1 DSM-RL beziehe sich daher nach ihrem Wortlaut nur auf Fälle, in denen das Vervielfältigungsrecht der Urheber aufrechterhalten, aber durch eine Zwangslizenz eingeschränkt werde, die – wie z.B. § 49 Abs. 1 Satz 1 UrhG – nur eingreife, wenn sich der Rechtsinhaber seine Rechte nicht ausdrücklich vorbehalten habe.

Nach der anderen Auffassung ließe ein solches Verständnis den Regelungsgehalt von Art. 16 DSM-RL weitgehend leerlaufen. Denn dass unionsrechtskonforme nationale Systeme betrieben werden dürfen, ergebe sich auch ohne Art. 16 DSM-RL aus dem unionsrechtlichen Acquis. Nach dieser Auffassung habe Art. 16 der Richtlinie gerade den Zweck einer Korrektur bzw. Rückgängigmachung der *Reprobel*-Entscheidung. Dem Richtliniengesetzgeber sei es darum gegangen, den Mitgliedstaaten die Rückkehr zu nationalen Systemen zu ermöglichen, die nach der *Reprobel*-Entscheidung mit dem Unionsrecht nicht vereinbar waren.<sup>137</sup> Nach dieser Ansicht ließe sich auf der Grundlage des Art. 16 DSM-RL im deutschen Recht eine Verlegerbeteiligung regeln, wie sie vor der BGH-Entscheidung von Verwertungsgesellschaften praktiziert wurde.

---

<sup>135</sup> BGH GRUR 2016, 596 – *Verlegeranteil*, und BVerfG GRUR 2018, 829 – *Verlegeranteil*.

<sup>136</sup> Stellvertretend für die Befürworter der Unionsrechtskonformität *Riesenhuber*, ZUM 2018, 407; stellvertretend für diejenigen, die die deutsche Regelung mit dem Unionsrecht nicht für vereinbar halten *von Ungern-Sternberg*, FS Büscher, 2016, S. 265 (269).

<sup>137</sup> S. nur *Dreier*, GRUR 2019, 771 (774 f.); *Stieper*, ZUM 2019, 393 (397 ff.).

Die Formulierung „einen Anteil“ legt in diesem Fall allerdings einen Beteiligungsanspruch der Verleger an den Einnahmen der Urheber und nicht etwa einen eigenständigen Vergütungsanspruch der Verleger selbst nahe.<sup>138</sup>

Diesen beiden konträren Auffassungen entsprechend besteht auch keine einheitliche Bewertung dahingehend, ob und inwieweit eine Verlegerbeteiligung rechtspolitisch sinnvoll ist. Von Seiten der Verwertungsgesellschaften wird zu bedenken gegeben, dass ohne eine Umsetzung von Art. 16 DSM-RL das Modell der gemeinsamen Verwertungsgesellschaften von Urhebern und Verlagen – jedenfalls in bestimmten Bereichen – kaum fortgeführt werden kann.

## **IX. Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen (Artikel 2 Absatz 6, Artikel 17 sowie Erklärung Deutschlands vom 15. April 2019)**

### **1. Vorbemerkung**

Allgemein steht den Mitgliedstaaten im Rahmen der Umsetzung des Art. 17, je nach Wortlaut, Systematik und Zielsetzung der einzelnen Elemente der Regelung, vermutlich ein gewisser Umsetzungsspielraum zu. Angesichts der zahlreichen Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe in Art. 17 wird schlussendlich entscheidend sein, inwieweit der EuGH dennoch die Entwicklung eines hohen autonomen und einheitlichen Konkretisierungsgrads auf der Ebene des Unionsrechts im Lichte der Binnenmarktzielsetzung der Richtlinie für notwendig hält. Zuletzt hat der EuGH in der aktuellen *Funke Medien NRW*-Entscheidung<sup>139</sup> wiederum etwas mehr die in bestimmten Bereichen verbleibenden Umsetzungsspielräume der Mitgliedstaaten betont, wenn Richtlinien in bestimmten Bereichen unbestimmte Rechtsbegriffe verwenden. Zwingend vorgegeben sind aber jedenfalls die Definition des Anwendungsbereichs (Art. 2 Nr. 6), das Modell einer Lizenzpflicht (Art. 17 Abs. 1) und, hilfsweise, einer spezifischen Kontrolle aufgrund von Rechteinhabern bereitgestellter Informationen (Art. 17 Abs. 4) und die Verpflichtung zur Schaffung von Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren zugunsten der Nutzer (Art. 17 Abs. 9). Außerdem ist der Spielraum bei der Umsetzung von Art. 17 begrenzt durch die Zielsetzung eines angemessenen Ausgleichs der betroffenen Grundrechtspositionen und Interessen unter Berücksichtigung der allgemeinen

---

<sup>138</sup> S. etwa *Schulze*, GRUR 2019, 682 (683); für einen eigenständigen Anspruch der Verleger hingegen vor allem *Flechtsig*, [www.jurpc.de/jurpc/show?id=20190013](http://www.jurpc.de/jurpc/show?id=20190013).

<sup>139</sup> EuGH Rs. C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 – *Funke Medien NRW*.

Grundsätze des Unionsrechts, insbesondere des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes (vgl. auch Art. 17 Abs. 10 und ErwG 70).

Für die weitere Konkretisierung der Zusammenarbeit zwischen Rechteinhabern und Diensteanbietern sieht Art. 17 Abs. 10 ein Dialogverfahren vor, in dessen Rahmen entsprechende Leitlinien entwickelt werden sollen. Die Erklärung der Bundesrepublik Deutschland führt insoweit in Nr. 4 zutreffend aus, dass es für das Binnenmarktziel der Richtlinie entscheidend sein wird, in diesem Dialog eine möglichst unionsweit einheitliche Umsetzung zu vereinbaren. Dieses Ziel sollte die Bundesrepublik Deutschland im Dialogverfahren entschieden weiterverfolgen. Darüber hinaus ist anzuregen, dass auch die Kommission das Ziel einer möglichst einheitlichen Umsetzung gegebenenfalls mit weiteren Maßnahmen, etwa einer Empfehlung an die Mitgliedstaaten, zusätzlich unterstützen sollte.

Auch über die Zusammenarbeit zwischen Rechteinhabern und Diensteanbietern insbesondere im Rahmen von Art. 17 Abs. 4 hinaus, erscheint es überaus wesentlich bei der Umsetzung der Richtlinie, so weit wie möglich zu unionsweit einheitlichen Lösungen zu gelangen. Dies gilt etwa insbesondere für mögliche neue Lizenzierungsinstrumente, wie erweiterte kollektive Lizenzen, die das erstrebte Ziel einer Förderung des Lizenzmarkts für Diensteanbieter nur erreichen können, wenn sie zumindest in der überwiegenden Mehrheit der Mitgliedstaaten in grundsätzlich vergleichbarer Weise vorgesehen sind. Dies gilt aber weiterhin beispielsweise auch für die Instrumente, mit deren Hilfe den Nutzern von Diensteanbietern künftig nach Art. 17 Abs. 7 die Berufung auf bestimmte Schranken garantiert wird. Auch insoweit wäre gegebenenfalls eine entsprechende Empfehlung der Kommission an die Mitgliedstaaten anzuregen.

Auch soweit es um die konkrete Umsetzung des Art. 17 DSM-RL in Deutschland geht, spielt die Frage des im Einzelnen verbleibenden Umsetzungsspielraums eine wesentliche Rolle im Zusammenhang des Gebots klarer, europarechtskonformer Richtlinienumsetzung. Auch wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass die unbestimmten Rechtsbegriffe dem nationalen Gesetzgeber einen Spielraum bei der Umsetzung belassen (vgl. das vorerwähnte Urteil des EuGH in Sachen *Funke Medien NRW*<sup>140</sup>), ist zu bedenken, dass über jeder nationalen Konkretisierung das Damoklesschwert der Unionsrechtswidrigkeit schwebt, wenn nach Auffassung des EuGH die vorgenannten Grenzen überschritten wurden. Zudem ist ein Widerspruch zu den auf Grundlage des

---

<sup>140</sup> EuGH Rs. C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 – *Funke Medien NRW*.

Dialogs nach Art. 17 Abs. 10 zu erwartenden Leitlinien der Kommission zu vermeiden. Es empfiehlt sich daher, neben konkreten Bestimmungen in einzelnen Bereichen oder für einzelne Regelbeispiele in jedem Fall auch mit Generalklauseln, unbestimmten Rechtsbegriffen und Auffangtatbeständen zu arbeiten („insbesondere“).<sup>141</sup>

## **2. Erfasste Plattformen (Artikel 2 Nr. 6)**

### **a) Überblick über die Definition in der DSM-RL**

Der Begriff des Diensteanbieters für das Teilen von Online-Inhalten (vorstehend und im Folgenden: Diensteanbieter) wird in Art. 2 Nr. 6 UAbs. 1 definiert als ein Dienst, „bei dem der Hauptzweck bzw. einer der Hauptzwecke darin besteht, eine große Menge an von seinen Nutzern hochgeladenen urheberrechtlichen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen, wobei dieser Anbieter diese Inhalte organisiert und zum Zwecke der Gewinnerzielung bewirbt“. Im Interesse klarer und rechtssicherer Richtlinienumsetzung sollten der zugrundeliegende Begriff des „Diensteanbieters für das Teilen von Online-Inhalten“ und die vorgenannte allgemeine Definition bei der Umsetzung in den deutschen Gesetzestext übernommen werden.

Wesentlich ist, dass nach ErwG 62 nur Diensteanbieter erfasst werden sollen, „die auf dem Markt für Online-Inhalte eine wichtige Rolle spielen, indem sie mit anderen Online-Inhaltendiensten wie Audio- und Video-Streamingdiensten, um dieselben Zielgruppen konkurrieren“ und deren wichtigster Zweck es ausschließlich oder unter anderem ist, eine große Menge an von den Nutzern hochgeladenen urheberrechtlichen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen, wobei der Anbieter diese Inhalte, mit dem Ziel ein größeres Publikum anzuziehen, strukturiert und zum Zwecke der Gewinnerzielung bewirbt.

### **b) Abweichungen von der Erklärung der Bundesrepublik Deutschland**

Festzuhalten ist, dass es demnach – insoweit entgegen der Erklärung der Bundesrepublik Deutschland, Nr. 6 – nicht lediglich um „marktmächtige“ Plattformen geht. Maßgeblich ist allein, ob der Diensteanbieter auf dem Online-Inhaltemarkt eine „wichtige

---

<sup>141</sup> Redaktionelle Anmerkung: Im Gegensatz zu anderen Teilen der vorliegenden Stellungnahme ist in diesem Teil IX auf Literaturhinweise in Fußnoten bewusst verzichtet worden, da die zu Artikel 17 inzwischen erschienene Literatur schon jetzt kaum mehr überschaubar ist.

Rolle“ spielt und eine „große Menge“ an Schutzgegenständen vorhält. Von dieser Terminologie sollte im Interesse zutreffender Richtlinienumsetzung nicht abgewichen werden.

Stattdessen wäre gegebenenfalls darüber nachzudenken, die zwar im unmittelbaren Sinne nicht verbindliche Erläuterung aus ErwG 62 (insbesondere: „Online-Dienste (...), die auf dem Markt für Online-Inhalte eine wichtige Rolle spielen, indem sie mit anderen Online-Inhaltediensteanbietern (...) um dieselben Zielgruppe konkurrieren“) in geeigneter Form in den Gesetzestext der deutschen Umsetzungsvorschrift oder zumindest in die Gesetzesbegründung aufzunehmen.

### **c) Hauptzweck der Konkurrenz mit Online-Inhaltediensten**

Wesentlich ist demgegenüber die Begrenzung auf inhaltsnahe Dienste, die mit hergebrachten Online-Inhaltediensten entsprechend ihrem „wichtigsten Zweck“ um dieselben Zielgruppen konkurrieren. Insoweit ist von den in der Erklärung der Bundesrepublik Deutschland, Nr. 6, genannten Beispielen die Plattform YouTube in der Tat zentral betroffen.

Für Facebook, vergleichbare soziale Netzwerke sowie beispielsweise Datingportale oder ähnliche Angebote ist das auf der Basis der vorgenannten Definition weitaus weniger eindeutig. Entscheidend ist, dass die bloße Verwendung von urheberrechtlich geschützten Inhalten lediglich im Zusammenhang einer nach ihrem Hauptzweck anders ausgerichteten Dienstleistung als solche nicht genügt. Deshalb scheidet insoweit auch Internetforen, Diskussionsgruppen, Bulletin Boards und ähnliche Dienste als Diensteanbieter aus, sofern sie sich nicht schon nach ihrer Hauptzielsetzung ausschließlich oder unter anderem gerade darauf spezialisiert haben, ihren Nutzern den Austausch fremden urheberrechtlich geschützten Materials zu ermöglichen. Auch wenn insoweit Rechtsunsicherheit besteht, empfiehlt sich eine Konkretisierung durch den deutschen Gesetzgeber angesichts der offensichtlichen Gefahr einer abweichenden Auslegung durch den EuGH insoweit nicht.

### **d) Strukturierung der Inhalte**

Der Diensteanbieter muss die Inhalte strukturieren und zum Zwecke der direkten oder indirekten Gewinnerzielung bewerben. Was die Strukturierung angeht, sind hinsichtlich der technischen Ausgestaltung keine strengen Anforderungen zu stellen, beispielsweise der Einsatz einer Suchfunktion, die Schaffung bestimmter Kategorien oder

die proaktive Ansprache der Nutzer über entsprechend individualisierte Kanäle genügen.

### **e) Bewerbung der Inhalte**

Das Kriterium der „Bewerbung“ zum Zwecke der Gewinnerzielung betrifft entgegen der missverständlichen Formulierung wohl nicht Werbung bezüglich der Inhalte als solcher, sondern vielmehr begleitende Werbung zu diesen Inhalten (betreffend Produkte und Dienstleistungen Dritter<sup>142</sup>), die zum Zwecke der Refinanzierung des Angebots auf der Seite geschaltet wird. ErwG 62 der Richtlinie spricht insoweit von der „gezielten“ Einfügung von Werbung „in die Inhalte“. Dies scheint auf sogenannte In Video-Overlay-Werbung zu zielen, wie sie insbesondere von YouTube und anderen Videoplattformen angeboten wird.

Richtigerweise ist der Anwendungsbereich aber nicht auf diese spezifische Form der Einfügung von Werbung „in die Inhalte“ zu begrenzen, da dieses Kriterium sich von vornherein nicht für sämtliche betroffenen Inhalte eignet und da andernfalls auch Umgehungsmöglichkeiten Tür und Tor geöffnet würde. Entscheidend muss im Einklang mit dem verfügbaren Teil der Richtlinie vielmehr allein sein, ob zum Zwecke der Gewinnerzielung (wobei auch eine indirekte Gewinnerzielungsabsicht genügt) im direkten oder indirekten Zusammenhang mit der öffentlichen Zurverfügungstellung der urheberrechtlich geschützten Inhalte Werbung geschaltet wird. Auf die technischen Einzelheiten (also etwa Werbung innerhalb der Inhalte selbst, übliche Bannerwerbung oder andere Werbeformen) sollte es demgegenüber nicht ankommen. Insoweit kommen daher Dienste, die sich über übliche Bannerwerbung finanzieren, wie z.B. Internetforen, Diskussionsgruppen, Bulletin Boards und ähnliche Dienste als Diensteanbieter in Betracht, wenn die sonstigen Voraussetzungen der Definition erfüllt sind (vgl. insbesondere vorstehend c)).

### **f) Ausnahmen vom Begriff der Diensteanbieter (Art. 2 Nr. 6 UAbs. 2)**

Art. 2 Nr. 6 UAbs. 2 sieht bestimmte Ausnahmen vom Begriff der Diensteanbieter vor. Dem entspricht die Konkretisierung in ErwG 62 UAbs. 1 a. E. und UAbs. 2 a. A. sowie der zugehörige Hinweis in der Erklärung der Bundesrepublik Deutschland, Nr. 6 S. 2.

---

<sup>142</sup> S. aber auch den englischen Text: „... works or other protected subject matter uploaded by its users, which it organises and promotes for profit-making purposes“, in dem sich „promote“ = bewerben auf die Inhalte zu beziehen scheint, während der Profit auch aus Werbung für andere Produkte erzielt werden kann.

Diese ausdrücklich geregelten Ausnahmen vom Anwendungsbereich stellen sich aus systematischer Sicht als gesetzlich festgelegte Regelbeispiele für ein Fehlen des Hauptzwecks der inhaltsnahen Konkurrenz mit hergebrachten Online-Inhaltediensten dar. Diese Ausschlussliste hat also keinen abschließenden Charakter („etwa“), sondern erlaubt spezifische Analogien zu den dort genannten Beispielen, soweit der Hauptzweck inhaltsnaher Konkurrenz mit der normalen Verwertung urheberrechtlich geschützter Inhalte im Rahmen von Onlinediensten fehlt.

Umgekehrt ist festzustellen, dass einzelne der in Art. 2 Abs. 6 UAbs. 2 genannten Beispiele für ausgeschlossene Dienste bei einer Betrachtung unter dem Leitkriterium des Hauptzwecks inhaltsnaher Konkurrenz und des Gleichbehandlungsgrundsatzes durchaus problematisch erscheinen. So ist hinsichtlich bestimmter Cloud-Dienste ersichtlich eine Nutzbarkeit auch für die inhaltsnahe gemeinsame Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte in größeren Gruppen gegeben, sofern man derartige Nutzungsformen nicht ohnehin durch die in Art. 2 Nr. 6 erfolgte Begrenzung auf Cloud-Dienste, die ihren Nutzern das Hochladen *für den Eigengebrauch* ermöglichen, ausgeschlossen sieht. Ferner fallen klassische Cloud-Dienste auch deshalb aus der Definition des Art. 2 Nr. 6 heraus, weil sie die Inhalte nicht organisieren, sondern keinerlei Suchmöglichkeit gewähren. Sollten Cloud-Dienste – die Hochladen auch für den Fremdgebrauch ermöglichen und die Inhalte organisieren – in besonderen Konstellationen nicht ohne weiteres außerhalb Art. 2 Nr. 6 stehen, wird möglicherweise das EuGH-Urteil in Sachen „*Uploaded*“<sup>143</sup> hier Anhaltspunkte ergeben, auch wenn sich die Vorlagefragen nicht auf die DSM-RL beziehen. Das gleiche gilt für bestimmte OTT-Dienste, wie WhatsApp, die in erheblichem Umfang in größeren Gruppen das Teilen urheberrechtlich geschützter Inhalte ermöglichen. Der Ausschluss im verfügbaren Teil der DSM-RL erscheint insoweit allerdings trotz der an dieser Stelle bestehenden Unwucht aufgrund des Gebots klarer Richtlinienumsetzung europarechtlich zwingend.

Wenn auf dieser Grundlage allerdings Dienste, die ebenfalls in erheblichem Umfang die Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte durch Vervielfältigungshandlungen und – eine entsprechende Gruppengröße vorausgesetzt – durch Handlungen der öffentlichen Wiedergabe ermöglichen, vom Bereich der ausschließlichen Verwertungsrechte ausgeklammert bleiben, dann erscheint dies mit Blick auf das Prinzip angemessener Vergütung und den Gleichbehandlungsgrundsatz nicht unproblematisch. Insoweit ist

---

<sup>143</sup> EuGH Rs. C-683/18 – *Elsevier* und zu den Vorlagefragen BGH GRUR 2018, 1239 – *Uploaded*.



daher – soweit insbesondere die Nutzer derartiger Dienste private Vervielfältigungshandlungen vornehmen, die aufgrund von § 53 UrhG freigestellt sind – besonders dringend darüber nachzudenken, derartige Dienste in der Zukunft in angemessener Weise in die zugehörige Vergütungspflicht nach § 54 ff. UrhG einzubeziehen. Freilich dürfte es nicht leicht sein, zwischen Diensten wie „Uploaded“ und „Dropbox“ eine hinreichend deutliche gesetzgeberische Grenze zu ziehen, die als Grundlage einer Vergütungspflicht taugt.

#### **g) Berücksichtigung bestimmter Sonderbereiche bei Umsetzung der DSM-RL**

Den Regelungen nach Art. 17 können aufgrund der Definition des Art. 2 Abs. 6 auch Diensteanbieter und insbesondere die Vermittlung urheberrechtsgeschützter Inhalte der Games-Industrie unterfallen, falls auch dort der Upload von Inhalten durch Nutzer üblich sein sollte, so etwa dann, wenn sich Spieler beim Spielen filmen, einen Kommentar dazu geben und das Video dann bei YouTube hochladen. In diesem Bereich gelten allerdings insbesondere hinsichtlich der Marktmechanismen zur Erzielung einer angemessenen Vergütung für die einschlägigen Nutzungen ersichtlich bestimmte Besonderheiten. Diese sind bei der Umsetzung der Bestimmungen in das deutsche Recht – gegebenenfalls durch entsprechende Hinweise in der Gesetzesbegründung – zu berücksichtigen.

#### **h) Keine Geltung des Art. 17 Abs. 4 für hinsichtlich Rechtsverletzungen tendenziöse oder besonders gefahrgeneigte Dienste**

Wesentlich für die Umsetzung erscheint schließlich der Hinweis auf ErwG 62 Abs. 2 S. 2. Demzufolge soll das Verfahren zur Freistellung von Diensteanbietern von der Verantwortlichkeit nicht für Diensteanbieter gelten, deren Hauptzweck es ist, sich an Urheberrechtsverletzungen zu beteiligen oder sie zu erleichtern.

Handlungen von Plattformen, deren Hauptzweck es ist, Urheberrechtspiraterie zu unterstützen oder zu erleichtern (also tendenziöse oder nach ihrer objektiven Ausgestaltung besonders gefahrgeneigte Dienste), sind daher zwingend als Eingriff in das Recht der öffentlichen Wiedergabe einzuordnen und kommen für die Haftungserleichterungen nach der E-Commerce-RL nicht in Betracht. Auch die Freistellung von der Verantwortlichkeit nach Art. 17 Abs. 4 kommt für solche Diensteanbieter nicht in Betracht. Vielmehr bleibt es insoweit bei der strikten Haftung nach Art. 3 InfoSoc-RL gemäß der Konkretisierung durch den EuGH. Darauf sollte mindestens in der

Gesetzesbegründung hingewiesen werden, besser noch wäre eine ausdrückliche gesetzliche Regelung bei der Umsetzung von Art. 17 Abs. 4.

### **3. Handlung der öffentlichen Wiedergabe und Lizenzierung (Artikel 17 Abs. 1-3)**

#### **a) Handlung der öffentlichen Wiedergabe und Lizenzierungspflicht als Grundprinzip des Art. 17**

Art. 17 Abs. 1, demzufolge ein Diensteanbieter eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung vornimmt, wenn er der Öffentlichkeit Zugang zu von seinen Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen verschafft, stellt das Grundprinzip der Haftung von Diensteanbietern nach der DSM-RL dar.

Bei der Umsetzung von Art. 17 Abs. 1 wird für das Urheberrecht zu bedenken sein, dass Art. 17 Abs. 1 nicht nur den Zugang zu öffentlicher Zugänglichmachung (im Sinne von § 19a UrhG), sondern auch den Zugang zu sonstiger öffentlicher Wiedergabe erfasst, sofern es sich um eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 Abs. 1 Richtlinie 2001/29 handelt. Denn Art. 17 Abs. 1 spricht von „öffentlicher Wiedergabe“ oder „öffentlicher Zugänglichmachung“ und verweist in UAbs. 2 auf die „in Artikel 3 Absatz 1 und 2 der Richtlinie 2001/29/EG genannten Rechteinhaber“. Damit wird durch Art. 17 Abs. 1 beispielsweise auch der Zugang über einen Diensteanbieter zu Live-Streaming im Sinne von § 20 UrhG erfasst. Insoweit bietet sich an, Art. 17 Abs. 1 sowohl beim Recht der öffentlichen Zugänglichmachung nach § 19a UrhG als auch beim Senderecht nach § 20 UrhG umzusetzen, sofern nicht ein eigener Verwertungstatbestand in den §§ 15 ff. geschaffen werden soll.

Gem. Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 DSM-RL muss ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten die Erlaubnis von den in Art. 3 Abs. 1 und 2 InfoSoc-RL genannten Rechteinhabern einholen, also von Urhebern, ausübenden Künstlern, Tonträger- und Filmherstellern sowie Sendeunternehmen. Eine Erstreckung dieses Einwilligungserfordernisses auf andere verwandte Schutzrechte wie namentlich den Lichtbildschutz gem. § 72 UrhG wird von der Richtlinie nicht verlangt und erscheint in Anbetracht der Komplexität der Vorschrift auch nicht erforderlich. Durch die Nichteinbeziehung einfacher Lichtbilder ließe sich zugleich die Problematik des Uploads fremder Fotos auf Plattformen wie Instagram – wenn auch nicht beseitigen, so doch immerhin – entschärfen.

Nachdem die Richtlinie die Handlungen der Diensteanbieter dem Bereich der täterschaftlichen Verletzung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 InfoSoc-RL zuschlägt, ist es konsequent, dass Art. 17 Abs. 3 UAbs. 1 weiterhin auch die allgemeine Haftungsprivilegierung für Host-Provider nach Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL ausdrücklich ausschließt. Die dort genannten Voraussetzungen einer Haftungsfreistellung werden für Handlungen von erfassten Diensteanbietern bezüglich urheberrechtlich geschützter Inhalte nicht mehr vorgesehen. Es gelten allerdings die in Art. 17 Abs. 4 vorgesehenen Verkehrspflichten, die die bereichsspezifischen Voraussetzungen einer Haftungsfreistellung ersetzen. Der Ausschluss der Haftungsprivilegierung darf vor diesem Hintergrund allerdings nicht überschätzt werden. Schon nach bisherigem Recht folgten Privilegierungen von Host Providern vor allem aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. nunmehr Art. 17 Abs. 5), dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten (vgl. Art. 17 Abs. 8) und den Grundrechten.

Wesentlich ist, dass der Ausschluss von Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL lediglich Handlungen von erfassten Diensteanbietern betreffend urheberrechtlich geschützte Inhalte betrifft. Für sonstige Rechtsverletzungen bleibt es bei der allgemeinen Regelung nach Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL.

### **b) Systematischer Einklang mit der bestehenden EuGH-Rechtsprechung**

Die DSM-RL folgt mit der Regelung in Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 einer Logik täterschaftlicher Haftung der Diensteanbieter, die vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung in Sachen GS Media, Filmspeler und The Pirate Bay gut nachvollziehbar erscheint. Während im deutschen Recht die Intermediärhaftung im Kern durch die Störerhaftung geprägt worden ist, hat der EuGH die Intermediärhaftung als eigene Fallgruppe in das Recht der öffentlichen Wiedergabe (Art. 3 InfoSoc-RL, RL 2001/29/EG) integriert. Unabhängig von der dogmatischen Konstruktion und Nuancen im Detail ist die Haftung dabei stets dadurch gekennzeichnet, dass eine unbedingte Haftung nicht besteht; erst unter bestimmten, mal mehr, mal weniger strengen Voraussetzungen kommt es zu einer Unterlassungs- und ggf. Schadensersatzhaftung.

Vor diesem Hintergrund ist die Art. 17 zugrundeliegende politische Entscheidung, erfasste Diensteanbieter mit Blick auf ihre Rolle bei der Strukturierung und Vermarktung der von ihren Nutzern zur Verfügung gestellten urheberrechtlich geschützten Inhalte Dritter dem Bereich täterschaftlicher Verletzung des Rechts der öffentlichen Wiedergabe zuzuordnen, zwar sicherlich nicht alternativlos. Sie stellt im Hinblick auf die bisherige Rechtsprechung des EuGH im Bereich des Rechts der öffentlichen Wiedergabe

aber auch keinen Systembruch dar. Sie ist daher bei der Umsetzung der DSM-RL vollumfänglich und vorbehaltlos anzuerkennen. Ungerechtfertigte Haftungsverschärfungen können im Übrigen über Art. 17 Abs. 4 (i. V. m. Art. 17 Abs. 5 und Abs. 8 UAbs. 1) aufgefangen werden. Allerdings kann sich der für unmittelbare Verletzungen bisher geltende strikte Verschuldensmaßstab für die Haftung von Intermediären, die durchaus gutgläubig den Umfang ihrer Pflichten falsch einschätzen können, als zu strikt erweisen.<sup>144</sup> Auch kann es Gründe dafür geben, bei der Schadensberechnung dem Unterschied zwischen unmittelbarem Verletzer und Intermediär Rechnung zu tragen. Eine gesetzgeberische Milderung des Haftungsmaßstabs bzw. Einschränkung der Ersatzpflicht ist mit der Richtlinie aufgrund ihres Zusammenwirkens mit der Enforcement-RL jedoch nicht vereinbar. Dennoch sollte zumindest ein Hinweis in die Gesetzesbegründung aufgenommen werden, der verdeutlicht, dass hier im Rahmen des europarechtlich Zulässigen mindestens eine entsprechende Berücksichtigung im Rahmen der Konkretisierung des Fahrlässigkeitsmaßstabs und bei der Schadensberechnung in der Zukunft erfolgen sollte.

### **c) Systematisches Spannungsverhältnis zur spezifischen Freistellung von der Verantwortlichkeit nach Art. 17 Abs. 4**

Die spezifische Haftungsfreistellung in Art. 17 Abs. 4 steht zu der Grundentscheidung einer täterschaftlichen Haftung der Diensteanbieter, der die Lizenzierungspflicht nach Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 entspricht, auf den ersten Blick in einem gewissen Spannungsverhältnis. Erkennt man aber an, dass es sich bei der – auch in den genannten EuGH-Entscheidungen – entwickelten täterschaftlichen Haftung bezüglich bestimmter mittelbarer Verursachungsbeiträge für die Urheberrechtsverletzungen unmittelbar handelnder Nutzer um eine (neben)täterschaftliche Haftung aufgrund der Verletzung urheberrechtlicher Verkehrspflichten handelt (verkehrspflichtbasierte Nebentäterschaft), dann stellt sich die Regelung in Art. 17 Abs. 4 als eine bereichsspezifische Definition der Verkehrspflichten dar, deren Verletzung gegebenenfalls zu einer täterschaftlichen Haftung führen kann. So können beide Regelungen (täterschaftliche Haftung einerseits, Freistellung von der Verantwortlichkeit bei Einhaltung eines bestimmten Pflichtenkanons andererseits) in systematischen Einklang gebracht werden.

---

<sup>144</sup> Anders bislang zumindest für den Internetanbieter von Waren Dritter BGH GRUR 2016, 493 Rn. 20, 21 – *Al di Meola*.

Wesentlich ist dann allerdings im Hinblick auf die Systematik des Art. 17, dass die täterschaftliche Haftung nebst entsprechender Lizenzierungspflicht nach Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 das Grundprinzip darstellt, während deren nähere verkehrspflichtbezogene Definition in Art. 17 Abs. 4 systematisch nach Art bestimmter Voraussetzungen für eine Ausnahme von dieser prinzipiellen Verantwortlichkeit geregelt ist („es sei denn“).

Das Regel-Ausnahme-Verhältnis ist bei der Umsetzung der DSM-RL ins deutsche Recht im Grunde anzuerkennen. Natürlich ist dabei zugleich bereichsspezifisch zu berücksichtigen, inwieweit in einzelnen Bereichen für bestimmte Werk- oder Leistungskategorien offensichtlich entsprechende Lizenzangebote im Markt zur Verfügung stehen.<sup>145</sup> D.h. einerseits, dass die Pflicht zur Lizenzierung für diejenigen Bereiche, in denen offensichtlich entsprechende Lizenzangebote in den Märkten zur Verfügung stehen bzw. offensichtlich bewusst nicht lizenziert wird (z. B. praktisch sämtliche Bereiche des professionellen Musikmarkts, des professionellen Film- und Serienmarkts u. A.), nicht über eine zu großzügige Anwendung des Art. 17 Abs. 4 lit. a oder lit. b, unterlaufen werden darf, sodass das vorstehend herausgearbeitete Regel-Ausnahme-Verhältnis im Ergebnis in sein Gegenteil verkehrt würde. Andererseits ist zu berücksichtigen, dass gerade für „kleinere“, semi-professionelle oder private Inhalte von individuellen Urhebern nach derzeitigem Stand häufig überhaupt keine Lizenzangebote zur Verfügung stehen dürften; lässt sich dies nicht über entsprechende regulatorische Maßnahmen ändern (s. dazu sogleich d)), dann ist in diesen Bereichen natürlich gegebenenfalls auch keine weitere Anstrengung der Diensteanbieter notwendig, zumal dies im schlimmsten Falle dazu führen könnte, dass gerade derartige kleinere Inhalte, die die kulturelle Vielfalt durchaus befördern können, auf den Plattformen nur noch in geringerem Umfang zur Verfügung stünden.

#### **d) Notwendigkeit der regulatorischen Vorsorge für die Ermöglichung und Verbesserung breitflächiger Lizenzangebote in bestimmten Märkten**

Aus den vorstehenden Überlegungen zur Relevanz bestehender Lizenzangebote im Markt für die einzelfallabhängige Anwendung des Art. 17 Abs. 4 lit. a und das

---

<sup>145</sup> Denkbar wäre alternativ eine Art „bewegliches System“, nach dem es bei der Frage, wie sehr Lizenzierung die Regel ist und wie hoch dementsprechend auch die Anstrengungen gem. Abs. 4a sein müssen, auf den Marktwert eines Werks, die Verfügbarkeit und Auffindbarkeit von Lizenzierungsmöglichkeiten und die Größe des Dienstleisters und seine Möglichkeiten zur Recherche nach weniger offensichtlichen Lizenzmöglichkeiten ankommt.

Verhältnis zu Art. 17 Abs. 1 ergibt sich zugleich die besondere Verantwortung der umsetzenden Mitgliedstaaten, für möglichst breitflächige einschlägige Lizenzangebote zu sorgen (vgl. auch ErwG 61: „Entwicklung des Markts für die Vergabe von Lizenzen zwischen Rechteinhabern und Diensteanbietern [muss] gefördert werden.“). Bezüglich der großen Rechterepertoires im Film-, Musik- und Bildbereich ist dies auf dem Wege individueller Lizenzierung denkbar und wird bereits in überaus erheblichem Umfang praktiziert. Auch in diesem Bereich (soweit noch Defizite bestehen), insbesondere aber im Bereich urheberrechtsgeschützter Materialien, bei denen die Rechteinhaberschaft unter vielen individuellen Rechteinhaber (insbesondere auch private Rechteinhaber) zersplittert ist, sind daher – soweit möglich – gesetzliche Rahmenbedingungen für die Entwicklung geeigneter Lizenzierungsinstrumente, insbesondere nach Art erweiterter kollektiver Lizenzen (vgl. dazu auch oben IV zu Art. 12 DSM-RL), zu schaffen (vgl. auch unten 4 b) zur in diesem Zusammenhang gegebenenfalls gebotenen Folgenabschätzung durch den Gesetzgeber). Allerdings verbleibt das Problem, dass es Rechteinhaber geben mag, die wie im Filmbereich aufgrund zeitlich gestaffelter Auswertung zur Lizenzerteilung nicht bereit sind. Nicht recht klar ist, ob auch insofern eine staatliche Verpflichtung besteht, auf die Bereitstellung von Lizenzen hinzuwirken.

#### **e) Erstreckung der Lizenzen und Erlaubnisse auf Handlungen der Nutzer**

Ein wesentliches dogmatisches Novum in Art. 17 Abs. 2 stellt die Regelung dar, der zufolge einschlägige Lizenzen oder sonstige Erlaubnisvereinbarungen zwingend auch die Handlungen der öffentlichen Wiedergabe von Nutzern abdecken müssen, wenn diese Nutzer nicht auf Grundlage einer gewerblichen Tätigkeit handeln oder mit ihrer Tätigkeit keine erheblichen Einnahmen erzielen. Auch wenn es schon jetzt Lizenzmodelle gibt, nach denen die Handlungen der Nutzer mit abgedeckt sind, erscheint eine bloße Aufforderung zum privatautonomen Abschluss derartiger Vereinbarungen als unzureichend. Der Umsetzungsgesetzgeber muss daher entweder im Wege der gesetzlichen Fiktion regeln, dass eine erteilte Erlaubnis zum Teilen von Online-Inhalten auch für öffentliche Zugänglichmachungen und sonstige öffentliche Wiedergaben (Sendungen) gilt, die von Nutzern des Dienstes ausgeführt werden, es sei denn, die Nutzer handeln im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit oder erzielen mit ihrer Tätigkeit erhebliche Einnahmen. Oder aber es muss alternativ die Obliegenheit der Rechteinhaber vorgeschrieben werden, dass Lizenzvereinbarungen gem. Art. 17 Abs. 1 das

Nutzerhandeln mit abdecken.<sup>146</sup> Bietet der Rechtsinhaber das nicht an, so treffen den Dienstleister wohl nur die in Art. 17 Abs. 6 lit. b und c vorgesehenen Verkehrspflichten. Freigestellt werden lediglich Handlungen, die nicht auf der Grundlage gewerblicher Tätigkeit erfolgen und nicht zur Erzielung erheblicher Einnahmen führen. Damit sind typische Handlungen privater Nutzer, die der Information und dem rein sozialen Austausch über eigene Vorlieben, Hobbys und sonstige Lebensumstände dienen, ohne Weiteres von der Regelung erfasst. Die Grenze ist allerdings erreicht, wenn die Handlungen zur Erzielung erheblicher Einnahmen führen. Damit ist das Handeln professioneller YouTuber und Influencer insoweit ggf. nicht abgedeckt. Auch die indirekte Erzielung erheblicher Einnahmen stellt sich gegebenenfalls als gewerbliche Tätigkeit dar, wenn etwa Unternehmen oder Freiberufler in größerem Umfang Videos auf Plattformen einstellen, die der Bewerbung der eigenen Haupttätigkeit gelten.

Zugleich sollte die Grenze aber nicht zu streng und mehr anhand einer typologisch wertenden normativen Beurteilung gezogen werden. Wo es noch um rein privaten sozialen Austausch geht, sollte auch die Erzielung höherer Einnahmen im Einzelfall nicht ohne Weiteres zum Wegfall der Lizenzabdeckung führen. Entscheidend sollte vielmehr sein, ob die Handlungen nach ihrem Gesamtbild unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls typologisch schon der Tätigkeit eines professionellen YouTubers oder Influencers zuzuordnen sind, dessen Dienstleistung auch von einem durchschnittlichen Mitglied seines Besucherkreises nicht mehr als rein private Information zum sozialen Austausch wahrgenommen wird, sondern als professionelle Dienstleistung, die entweder gewerblicher Natur ist oder jedenfalls bewusst der Erzielung erheblicher Einnahmen dienen soll. Da die betreffenden Nutzer von der zwingenden Regelung über die Reichweite entsprechender Lizenzvereinbarungen profitieren, trifft sie im Streitfall die diesbezügliche Vortrags- und Beweislast.

#### **4. Wegfall der Verantwortlichkeit (Artikel 17 Absätze 4 und 5)**

##### **a) Überblick über die Richtlinienregelung**

Die in Artikel 17 Abs. 1 angeordnete Täterhaftung der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten wird in Art. 17 Abs. 4 modifiziert. Der Diensteanbieter kann sich

---

<sup>146</sup> Die vertragsrechtliche Konstruktion im Gegensatz zu einer echten Schrankenbestimmung führt freilich dazu, dass unveräußerliche Persönlichkeitsrechte eine Grenze darstellen, die durch einen Vertrag zu Lasten Dritter nicht überwunden werden kann.



von der Haftung befreien, wenn er nachweist, dass er bestimmten enumerativ aufgezählten Sorgfaltsanforderungen genügt hat: Erstens muss der Diensteanbieter alle Anstrengungen unternommen haben, um die Erlaubnis einzuholen (Art. 17 Abs. 4 lit. a). Zweitens muss er nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen haben, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind (Art. 17 Abs. 4 lit. b). Drittens muss der Diensteanbieter nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises von den Rechteinhabern unverzüglich gehandelt haben, um den Zugang zu den entsprechenden Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu sperren bzw. die entsprechenden Werke oder sonstigen Schutzgegenstände von seinen Internetseiten zu entfernen. Zugleich muss er alle Anstrengungen unternommen haben, um gemäß Art. 17 Abs. 4 lit. b das künftige Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern (Art. 17 Abs. 4 lit. c). Diese kumulativ zu erfüllenden „Verkehrspflichten“ stehen nach Art. 17 Abs. 5 unter dem Vorbehalt des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die Richtlinie konkretisiert dabei, dass unter anderem zu berücksichtigen ist: (1) die Art, das Publikum und der Umfang der Dienste sowie die Art der von den Nutzern des Dienstes hochgeladenen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände (Art. 17 Abs. 5 lit. a); (2) die Verfügbarkeit geeigneter und wirksamer Mittel und die Kosten, die den Anbietern dieser Dienste hierfür entstehen (Art. 17 Abs. 5 lit. b). Ergänzend ist darauf hinzuweisen, dass ausweislich von Art. 17 Abs. 8 die Anwendung dieses Artikels (Art. 17) nicht zu einer Pflicht zur allgemeinen Überwachung führen darf.

### **b) Allgemeine Überlegungen für die Umsetzung**

Folgende allgemeine Überlegungen erscheinen im Licht der aktuellen politischen Diskussion für die Umsetzung von Art. 17 Abs. 4 und 5 wesentlich:

Erstens sind die Vorgaben des Art. 17 Abs. 4 unionsrechtlich zwingend. Es ist dem nationalen Gesetzgeber verwehrt, das durch die Richtlinie vorgeschriebene Pflichtenprogramm abzumildern. Insbesondere erscheint es, selbst wenn es politisch als wünschenswert angesehen würde, nicht möglich, „Uploadfilter“ insgesamt dadurch zu umgehen, dass eine (vergütungspflichtige) Schranke bestimmte, insoweit relevante Nutzerhandlungen auf rein umfangsbezogener Basis ohne strengen Bezug zu den europarechtlich zulässigen Schrankentatbeständen freistellt. Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts sind im Unionsrecht abschließend geregelt (EuGH-

Entscheidung „*Funke Medien NRW*“<sup>147</sup>). Wenn daher neue Schrankenvorschriften erwogen werden (was im Rahmen der Richtlinienumsetzung ohnedies nunmehr teilweise zwingend notwendig sein wird, s. u. 6 zu Art. 17 Abs. 7), hat sich die diesbezügliche Neuregelung strikt im zulässigen Rahmen des Art. 5 InfoSoc-RL zu bewegen.

Zugleich ist umgekehrt, zweitens, bei der Umsetzung der in Art. 17 Abs. 4 niedergelegten Pflichten (insbesondere auch im Hinblick auf Art. 17 Abs. 8) die haftungsbegrenzende Rechtsprechung des EuGH zur Kenntnis zu nehmen (vgl. EuGH-Entscheidung „*SABAM/Netlog*“). Die Umsetzungsnorm sollte so formuliert sein, dass es in letzter Konsequenz den Gerichten offensteht, im Einzelfall ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Schutz der Urheberrechte und verwandten Schutzrechte und dem Schutz der Grundrechte von Personen, die von Schutzmaßnahmen betroffen sind, sicherzustellen. Um den Preis abgeschwächter Rechtssicherheit wird man angesichts der stetigen Entwicklung neuer Internetnutzungen sowie auch der zur Verfügung stehenden Filtertechnologien um die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe (in Auffangtatbeständen) nicht umhinkommen. Dass auf dieser Basis dennoch in absehbarer Zeit die Entwicklung eines differenzierten und hinnehmbare Rechtssicherheit gewährleistenden Pflichtenkanons möglich ist, belegt die existierende breite Rechtsprechung zur Störerhaftung, an die die Gerichte bei der Konkretisierung der neuen Umsetzungsvorschriften zum Teil auch anknüpfen könnten.

Schließlich sollten, drittens, die Vor- und Nachteile strenger oder moderater Sorgfaltsanforderungen unter einer bereichsspezifischen Folgenabschätzung – die dann wohl der gerichtlichen Überprüfung unterliegen würde, sofern der Gesetzgeber sich nicht auf die Problematik einer fallgruppenspezifischen Konkretisierung einlassen will – genau abgewogen werden. Dies gilt insbesondere hinsichtlich des Maßstabs notwendiger Anstrengungen zur Einholung der Erlaubnis (Abs. 4 lit. a). Lässt man bereits geringe Anstrengungen genügen, um die Erlaubnis einzuholen, droht womöglich die Gefahr, dass das erklärte Richtlinienziel, die Urheber (stärker) an den Erlösen der Plattformen zu beteiligen, konterkariert wird. Umgekehrt könnten auch strenge Sorgfaltspflichten kontraproduktiv sein. Während wirtschaftlich wertvolle Werke ohnehin in der Regel über Art. 17 Abs. 4 lit. a und b erfasst sein dürften, droht bei unbekanntem Inhalt, dass den Kreativen ein wichtiges Forum genommen wird, weil Plattformen zur Zahlung einer Vergütung nicht bereit sind und die Inhalte daher löschen. Die

---

<sup>147</sup> EuGH Rs. C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 – *Funke Medien NRW*.

Richtlinie verpflichtet die Plattformen gerade nicht dazu, gewisse Inhalte vorzuhalten, sondern nur zum Abschluss einer Lizenzvereinbarung, wenn sie Inhalte auf ihrer Plattform verwerten will. Neben der Einführung kollektiver Lizenzen mit erweiterter Wirkung (Art. 12 DSM-RL) wäre daher auch eine Monetarisierung dergestalt denkbar, dass Einzelurheber die Chance erhalten, zumindest an den Erlösen aus den Werbeeinnahmen durch eine direkte Vereinbarung mit der Plattform zu partizipieren.<sup>148</sup>

### **c) Einzelfragen**

#### **aa) Notice-and-take-down und notice-and-stay-down**

Wie schon angesprochen, müssen die Plattformen den drei Verkehrsanforderungen des Art. 17 Abs. 4 kumulativ Rechnung tragen. Konkret bedeutet dies: In jedem Fall bleibt subsidiär das bekannte „notice-and-take-down“ sowie „notice-and-stay-down“-Verfahren (einschließlich gleichartiger klarer Verletzungen, siehe unten) zu beachten (lit. c). Die Richtlinie stellt klar, dass der Hinweis von den Rechteinhabern kommen muss.

Damit Missbrauch vorgebeugt wird, sollte zudem abgesichert werden, dass der Hinweis auf eine Rechtsverletzung tatsächlich von den Rechteinhabern kommt (etwa: „trusted flagger“ oder hinreichende Begründung im Einzelfall, vgl. in diese Richtung zu Recht die Erklärung der Bundesrepublik Deutschland, Nr. 8). Die schuldhaft falsche Berühmung der Inhaberschaft sollte zudem (ohne mit dem Unionsrecht in Konflikt zu geraten) einen Schadenersatzanspruch nach Vorbild der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung auslösen, wie er zumindest für missbräuchliche „notifications“ auch im Rahmen des US-amerikanischen DMCA vorgesehen ist. Die Schaffung einer entsprechenden Anspruchsgrundlage erscheint bedenkenswert. Diese Gedanken sollten auch in den Dialog nach Art. 17 Abs. 10 eingebracht werden, um insoweit möglichst zu einer unionsweiten Leitlinie zu gelangen.

Darüber hinaus könnten die Anforderungen an den „hinreichend begründeten Hinweis“ konkretisiert werden. Im Ausgangspunkt kann insoweit auch für lit. c durchaus an die diesbezüglich schon existierende, im Grundsatz ausgewogene Rechtsprechung zur Störerhaftung (z.B. BGH GRUR 2011, 1038 – *Stiftparfüm*) angeknüpft werden.

---

<sup>148</sup> Denkbar wäre auch ein Passus in der Gesetzesbegründung, dem zufolge in geeigneten Fällen (geringer Marktwert, schwierige Recherche nach Lizenzierungsmöglichkeit) Dienstleister ihrer Pflicht aus Art, 17 Abs. 4a durch das Angebot einer solchen Monetarisierungsmöglichkeit nachkommen können, ohne sich im Übrigen um Lizenzen zu bemühen.

Darüber hinaus könnte – auch im Lichte von Art. 17 Abs. 7 – vom Rechtsinhaber eine Erklärung dahingehend verlangt werden, dass Schranken nicht einschlägig sind. Der Umsetzungsgesetzgeber steht weiter vor der Frage, ob er den Begriff „unverzüglich“ konkretisieren möchte. Klare zeitliche Fristen bringen der Praxis Rechtssicherheit. Um nicht in die Gefahr der Unionsrechtswidrigkeit zu gelangen und für schwierige Fälle vorzusorgen, sollte aber zugleich eine Formulierung gewählt werden, die einer gewissen Flexibilität nicht entgegensteht („in der Regel“).

Mit Blick auf die stay-down-Verpflichtung ist eine Klarstellung erwägenswert, dass – bei klaren Verletzungen – auch der Upload desselben Werkes oder derselben geschützten Leistung durch andere Nutzer und/oder durch andere Kopien erfasst wird. Um die praktische Wirksamkeit nicht auszuhebeln, sollte zudem klar sein, dass auch ein Upload mit leichten Modifikationen des einschlägigen Werkes oder Schutzgegenstandes jedenfalls bei klaren Verletzungen verhindert werden muss („gleichartige Verletzung“<sup>149</sup>). Dies ist freilich nicht zuletzt von der technischen Leistungsfähigkeit der Filter abhängig, die in den unterschiedlichen Bereichen derzeit noch erheblich variiert. Wiederum kann insoweit auch die Rechtsprechung zur Störerhaftung („zumutbar“) Orientierung bieten (auf die Absicherung von Schranken wird sogleich, unten 6, noch näher eingegangen).

## **bb) Uploadfilter**

Weiter dürfen gemeldete Werke nicht verfügbar sein (lit. b und c). Praktisch lässt sich das regelmäßig nur mit Hilfe von „Filtern“ realisieren, wie sie in der Praxis durchaus bereits verwendet werden, wie etwas das Beispiel des von YouTube angebotenen ContentID-Verfahrens zeigt. Insbesondere Filter, die klare Verletzungen im Sinne einer Inhalteerkennung aufspüren, sind zulässig. Im Zuge der vorgenannten Rechtsprechung des BGH, die eine Verpflichtung zur präventiven Vorsorge gegen gleichartige, genauso klare Verletzung postulierte, haben sich auch keine praktischen Schwierigkeiten mit solchen Filtern ergeben. Zu problematischen „Uploadfiltern“ werden solche Systeme erst dann, wenn sie urheberrechtskonforme Inhalte automatisch herausfiltern, also deren Veröffentlichung verhindern.

Technische Probleme bereitet die Einhaltung dieser Verpflichtung daher weniger großen Plattformen im Umgang mit wirtschaftlich relevanten, regelmäßig den Plattformen angezeigten Werken als weniger leistungsstarken, kleineren Diensteanbietern.

---

<sup>149</sup> S. BGH GRUR 2013, 370 – *Alone in the dark*.

Während technische Anforderungen an die Referenzdateien im Dialogverfahren nach Art. 17 Abs. 10 geklärt werden sollten, muss im Rahmen von Art. 17 Abs. 4 lit. b ein besonderes Augenmerk auf die Konkurrenzfähigkeit kleinerer und jüngerer Dienste gelegt werden. Mit Blick auf Art. 17 Abs. 5 erscheint es angemessen, die branchenüblichen Standards für die berufliche Sorgfalt relativ zu bestimmen. Die Formulierung „Umfang der Dienste“ zeigt auf, dass auch jenseits der Start-up-Ausnahme (Art. 17 Abs. 6) kleineren Diensten moderatere Anforderungen auferlegt werden können. Würde man sich demgegenüber an den höchsten Standards orientieren, könnten bestehende Plattformen ihre Marktmacht weiter verfestigen. Da gemäß Art. 17 Abs. 5 lit. a auch die Art der Werke oder sonstigen Schutzgegenstände eine Rolle spielt, könnte toleriert werden, wenn ein Filter ein Werk, das in einem Zweitwerk untergeordnet verwertet wird, nicht auffindet. Im Übrigen ist zu berücksichtigen, dass sich die für unterschiedliche Werkarten derzeit zur Verfügung stehenden Filtertechnologien in ihrer Effektivität teilweise ganz erheblich unterscheiden (mit besonders weit entwickelten Filtertechnologien im Musikbereich gegenüber einem zum Teil sehr viel geringeren Technologiestand in anderen Bereichen). Im Einklang mit der Erklärung der Bundesrepublik Deutschland, Nr. 5, könnte klargestellt werden, dass bei der Nutzung bestimmter zertifizierter Open-Source-Filter-Technologien die Einhaltung hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt vermutet wird. Ob der Aufbau einer öffentlichen Meldedatenbank erforderlich ist, erscheint nicht frei von Zweifeln. In der Regel erledigen private Akteure derartige Aufgaben effizienter, auch eine Gefahr unerwünschter Monopoleffekte besteht insofern kaum.

### **cc) Allgemeine Sorgfaltspflichten**

Besonders umstritten sind die Anforderungen an den Grundtatbestand nach Art. 17 Abs. 4 lit. a. Hier ist das bereits oben angesprochene Regel-Ausnahme-Verhältnis der primären und der sekundären Haftung angesprochen.<sup>150</sup> Darin spiegelt sich das Spannungsverhältnis zwischen den Vergütungsinteressen der Rechteinhaber einerseits und Verhältnismäßigkeitsüberlegungen, einschließlich des Verbots allgemeiner Überwachungspflichten (vgl. auch Art. 15 E-Commerce-RL, RL 2000/31/EG) andererseits. Während im Ergebnis reine Passivität der Plattformen zweifelsohne nicht der Anforderung „alle Anstrengungen“ genügt, wird umgekehrt eine ausnahmslos geforderte abschließende Rechtklärung nicht verlangt werden können. Dies gilt umso mehr, als

---

<sup>150</sup> S. IX.3.c.

nutzergenerierte Inhalte unbeschadet der Berechtigung an den vorbestehenden Werken wegen § 3 UrhG selbst lizenziert werden müssten (soweit auch sie nicht einer urheberrechtlichen Schrankenregelung unterfallen).

Praktisch dürften wirtschaftlich relevante Werke und Schutzgegenstände ohnehin in aller Regel entweder flächendeckend lizenziert sein bzw. es werden entsprechende Lizenzen im Markt offensichtlich zur Verfügung stehen (Musik, offizielle Musikvideos u.ä.m.) oder aber in den Anwendungsbereich von Art. 17 Abs. 4 lit. b fallen (so insbesondere im Bereich audiovisueller Inhalte wie Kinofilme, Serien u. ä. m.). Soweit keine Schranken greifen (dazu unten 6), ist von dieser Verpflichtung auch der Teileschutz erfasst.

Für den Anwendungsbereich von lit. a verbleiben daher vor allem kleinere Werke von Einzelschöpfern (Beispiel: Lehrvideos; Privatvideo von Wetterereignis; Fotoaufnahmen von privaten und kleinen, semi-professionellen Fotografen). Auch wenn der Diensteanbieter erkennt, dass es sich um nicht notifiziertes, gleichwohl augenscheinlich urheberrechtlich geschütztes Material handelt, wird ihm die Lizenzeinholung insofern schon deshalb schwerfallen, weil das Werk von einem nichtberechtigten Dritten hochgeladen worden sein könnte, während die Kontaktdaten des Urhebers schwer, wenn überhaupt, ermittelbar sind. Eine individuelle Rechteklärung dürfte in derartigen Fällen unzumutbar sein, zumal der Berechtigte schon wegen Art. 17 Abs. 4 lit. c nicht schutzlos ist. Lizenzanfragen bei Verwertungsgesellschaften dürften demgegenüber zu den gebotenen Anstrengungen zählen. Allerdings sind für Kleinstinhalte Lizenzen (zumal mit grenzüberschreitender Wirkung) regelmäßig nicht verfügbar. Selbst wenn die Einführung des Instruments der Kollektivlizenzen mit erweiterter Wirkung Verbesserungen bringen kann (s. dazu auch oben 3 d)), sind Marktlösungen („individuelle Monetarisierung“ auf Basis tatsächlich erzielter Werbeeinnahmen) womöglich gegenüber Kollektivlösungen vorzuziehen, worauf in der Gesetzesbegründung möglicherweise hingewiesen werden könnte. Aufschluss kann hier nur eine gründliche Folgenabschätzung bringen.

Der Gesetzgeber könnte schlussendlich klarstellen, dass „insbesondere“ soweit möglich eine Lizenz bei Verwertungsgesellschaften einzuholen ist oder dem Rechteinhaber die Möglichkeit eingeräumt wird, seine Erlaubnis gegen Beteiligung an den spezifischen Werbeeinnahmen zu erteilen. Umgekehrt könnte konkretisiert werden, dass eine ex ante-Lizenzierung des gesamten Plattforminhalts etc. nicht gefordert ist.

Dem Gesetzgeber steht es darüber hinaus möglicherweise frei, einen Direktvergütungsanspruch einzuführen,<sup>151</sup> sofern man nicht der Auffassung ist, dass ein solcher zu einer vergütungspflichtigen Schranke führen würde, die von Art. 5 der InfoSoc-RL nicht gedeckt wäre.

## **5. Start-Up-Ausnahme (Artikel 17 Absatz 6)**

### **a) Vorbemerkung**

Die Einzelheiten der Start-Up-Ausnahme in Art. 17 Abs. 6 waren politisch lange umstritten, wobei die schließlich verabschiedete Regelung hinter den ursprünglich erwogenen Start-Up-freundlicheren Alternativen aufgrund ihrer Reichweite und der differenzierten Rückausnahme insgesamt eher zurückbleibt. Aus wettbewerbsorientierter Sicht ist die Start-Up-Ausnahme aber überaus wesentlich, um zu verhindern, dass die Neuregelung der Verantwortlichkeit bestimmte marktmächtige Diensteanbieter eher zusätzlich stärkt, weil diesen die rechtssichere Umsetzung der Pflichten aus Art. 17 Abs. 4 aufgrund ihrer überlegenen Sachkenntnis und finanziellen Ressourcen leichter fällt als kleinen und mittleren Diensteanbietern. Unbeschadet von Art. 17 Abs. 6 können leistungsschwächere Diensteanbieter im Übrigen auch über den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Auslegung von Art. 17 Abs. 4 begünstigt werden.

### **b) Start-Up-Ausnahme für neue, umsatzschwache Diensteanbieter und Umgehungsschutz**

Die Start-Up-Ausnahme betrifft neue Diensteanbieter in dem Sinne, dass die Dienste der Öffentlichkeit in der Union seit weniger als drei Jahren zur Verfügung stehen und deren Jahresumsatz 10 Mio. Euro nicht übersteigt. Insoweit ist bei der Umsetzung insbesondere auch der in ErwG 67 vorgesehene Umgehungsschutz zu beachten. Demzufolge darf die Drei-Jahres-Regelung nicht durch Vereinbarungen umgangen werden, die etwa insbesondere darauf zielen, bestehende Dienste unter einem neuen Namen anzubieten, um im Ergebnis die Vorteile der Start-Up-Regelung über die ersten drei Jahre des Dienstbestandes hinaus auszudehnen. Zur Abgrenzung von normalen Verkehrsgeschäften, etwa Unternehmensverkäufen, Verschmelzungen u. ä. Vereinbarungen, sollte hier das Kriterium der Umgehungsabsicht entscheidend sein.

---

<sup>151</sup> Die Einführung eines Direktvergütungsanspruchs hält die deutsche Bundesregierung nach Ziff. 9 ihrer Protokollerklärung jedenfalls für möglich; Dok. 2016/0280(COD), S. 5.



Start-ups im vorgenannten Sinne werden lediglich der Pflicht unterworfen, alle Anstrengungen zu unternehmen, um notwendige urheberrechtliche Erlaubnisse einzuholen (Art. 17 Abs. 4 lit. a) sowie der Pflicht zum notice-and-take-down nach entsprechend hinreichend begründetem Hinweis der Rechteinhaber. Nach Maßgabe von Art. 17 Abs. 6 UAbs. 2 bleibt ihre Verpflichtung sogar hinter dem derzeit im Rahmen der Störerhaftung in Deutschland allgemein bestehenden Pflichtenkanon insofern zurück, als keinerlei Pflicht zur Gewährleistung des stay-down bezüglich (im Kern) identischer Inhalte vorgesehen ist (s. dazu sogleich unten d).

### **c) Teilweise Rückausnahme für Diensteanbieter mit größerer Besucherzahl**

Eine Rückausnahme ist in Art. 17 Abs. 6 UAbs. 2 vorgesehen, die Diensteanbieter mit einer durchschnittlichen monatlichen Besucherzahl von mehr als 5 Mio. zusätzlich der Pflicht unterwirft, das künftige Hochladen der Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, zu verhindern (stay-down).

### **d) Verhältnis der Start-up-Ausnahme zur Störerhaftung**

Im Vergleich zum bestehenden deutschen Recht ist hinsichtlich der neuen Start-up-Ausnahme insbesondere wesentlich, dass im Rahmen der Störerhaftung nach deutschem Recht eine entsprechende Pflicht zum stay-down für sämtliche Diensteanbieter besteht, sofern sie nicht im Einzelfall unverhältnismäßig ist oder wegen des damit verbundenen Aufwandes zur existentiellen Gefährdung eines rechtmäßig betriebenen Geschäftsmodells führen würde. Daher ist bei der Umsetzung das Verhältnis dieses im Vergleich zur allgemeinen Start-Up-Ausnahme der DSM-RL weiterreichenden Pflichtenkanons zu klären. Soweit Diensteanbieter mit mehr als 5 Mio. durchschnittlicher Nutzerzahl pro Monat betroffen sind, stellt sich dieses Problem allerdings nicht, da diese wegen der vorstehend beschriebenen Rückausnahme ebenfalls einer Pflicht zum stay-down unterliegen.

Das Problem betrifft demnach Diensteanbieter i. S. d. allgemeinen Regelung des Art. 17 Abs. 6, die nicht mehr als durchschnittlich 5 Mio. Besucher pro Monat auf ihren Internetseiten haben. Die von der DSM-RL insoweit vorgesehene Lösung lässt die bestehende deutsche Störerhaftung mit ihrem weitergehenden Pflichtenkanon insoweit ausdrücklich unberührt. Die DSM-RL sieht nämlich in ErwG 66 ausdrücklich vor, dass die Möglichkeit nationaler Gerichte oder Verwaltungsbehörden, im Einklang mit dem Unionsrecht Verfügungen zu erlassen, von dem Haftungsregime nach Art. 17

unberührt bleibt. Da die deutsche Störerhaftung auf Unterlassungsansprüche begrenzt ist, bleibt sie – soweit auf dieser Grundlage gerichtliche Unterlassungsverfügungen erlassen werden – daher ausdrücklich unberührt. Systematisch ist dies – soweit die deutsche Störerhaftung nicht ohnedies flächendeckend durch die auch in der deutschen Rechtsprechung seit dem BGH-Urteil Vorschaubilder III etablierten Nebentäterschaft wegen Verkehrspflichtverletzung verdrängt wird – wegen der unterschiedlichen Rechtsfolge durchaus konsistent.

Wenn der deutsche Gesetzgeber dennoch der Auffassung sein sollte, dass Start-Up-Unternehmen mit weniger als 5 Mio. durchschnittlichen Nutzern pro Monat i.S.d. Art. 17 Abs. 6 auch von der Verpflichtung zum stay-down im Rahmen der allgemeinen Grundsätze der deutschen Störerhaftung freigestellt werden sollten, wäre eine entsprechende Freistellung auch von der Störerhaftung unter den in Art. 17 Abs. 6 genannten Voraussetzungen natürlich europarechtlich möglich. Hierfür müsste sie aber im deutschen Umsetzungsgesetz ausdrücklich geregelt werden, da anderenfalls nach dem Regelungskonzept der DSM-RL die deutsche Störerhaftung von Art. 17 insgesamt (und damit insbesondere auch vom Start-up-Privileg nach Art. 17 Abs. 6) unberührt bleibt.

Im Zusammenhang der vorgenannten Entwicklung in Richtung auf eine nebentäterschaftliche Haftung wegen Verkehrspflichtverletzung, die zusammen mit der gesetzlichen Neuregelung der Sperransprüche gegen Access-Provider (§ 7 Abs. 4 TMG analog: BGH GRUR 2018, 1044 – *Dead Island*) ohnedies den verbleibenden Restanwendungsbereich der Störerhaftung zunehmend einengt, wäre unter Berücksichtigung von ErwG 66 wie auch im Hinblick auf Art. 8 Abs. 3 InfoSoc-RL zu prüfen, die Störerhaftung im Vergleich zur weiterreichenden Haftung auf Grundlage von Art. 17 für den gesamten dort geregelten Bereich ausdrücklich auszuschließen.

## **6. Erlaubte Nutzungen (Artikel 17 Absatz 7)**

### **a) Vorbemerkung**

Es besteht Einigkeit, dass Urheber- und Leistungsschutzrechte auch im Internet Gültigkeit beanspruchen. Die Löschung rechtswidriger Inhalte ist daher im Kern nicht zu beanstanden. Allerdings besteht die Gefahr, dass gleichsam als Kollateralschaden auch rechtmäßige Inhalte aus dem Internet verschwinden („overblocking“). Die Plattform trägt schließlich das Prognoserisiko, ob ein bestimmter Inhalt urheberrechtskonform ist oder nicht. Die Richtlinie stellt in Art. 17 Abs. 7 klar, dass durch die

Zusammenarbeit von Rechteinhabern und Plattformen Schrankenregelungen nicht ausgehebelt werden dürfen. Auch wenn ein Inhalt urheberrechtlich nicht geschützt ist oder – dies könnte im nationalen Recht klargestellt werden – der Nutzer selbst eine Lizenz hat (vgl. zudem Art. 17 Abs. 2), darf der Inhalt nicht wegen der Haftungsregelungen des Art. 17 gelöscht werden. Der nationale Gesetzgeber hat die Aufgabe, diesen Programmsatz im Einklang mit der Richtlinie verfahrensrechtlich abzusichern. Zum einen erfolgt dies durch das Beschwerdeverfahren nach Art. 17 Abs. 9 (dazu unten 8). Zum anderen fordert Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1 eine Absicherung bestimmter Schranken.

### **b) Kodifizierung von Schranken**

Während die Richtlinie die verfahrensrechtliche Absicherung der Schranken im Blick hat, obliegt es vorgelagert dem nationalen Gesetzgeber, kommunikationsrelevante Schranken im nationalen Recht vorzuhalten. Hier besteht in Deutschland Nachholbedarf: Es fehlt an einer ausdrücklichen Umsetzung der Erlaubnis für die Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches (Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL). Spätestens seit der „*Pelham*“-Entscheidung des EuGH erscheint eine Umsetzung über § 24 UrhG jedenfalls dann nicht mehr unionsrechtskonform, wenn man die bisherige Verortung dieser Schranken in § 24 UrhG durch die deutsche Rechtsprechung nicht für ausreichend hält.<sup>152</sup> Eine möglichst wortlautgetreue Umsetzung der Schrankenbestimmungen von Art. 5 abs. 3 der InfoSoc-RL erscheint daher empfehlenswert. Sie könnte im Zuge der Umsetzungsgesetzgebung gleich mit erledigt werden.<sup>153</sup> Eine allgemeine Schranke für nutzergenerierte Inhalte ist derzeit nicht vorgesehen. Es sollte genau beobachtet werden, ob hierfür allen voran neben der Schranke für Pastiches de lege ferenda Bedarf besteht. Deutschland müsste ggf. auf die Einführung einer solchen vergütungspflichtigen Schranke auf europäischer Ebene drängen.

### **c) Umsetzungsvorschläge**

Zugunsten von Nutzern, die nutzergenerierte Inhalte auf Diensten für das Teilen von Online-Inhalten hochladen, verlangt die Richtlinie, dass sich diese Nutzer auf

---

<sup>152</sup> EuGH Rs. C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624, Rn. 56 ff. – *Pelham u.a.*

<sup>153</sup> Eine andere Frage ist freilich, ob sich alle bislang von der deutschen Rechtsprechung unter § 24 UrhG subsumierten Fälle in den Schrankenbestimmungen der InfoSoc-RL unterbringen lassen, und vor allem, ob nach Herauslösung der Schranken aus § 24 UrhG ein schutzrechtsumschreibender Rest-Regelungsgehalt verbleibt.

bestimmte Schranken (Zitate, Kritik und Rezensionen; Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches) stützen können (Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1).

Art. 17 Abs. 9, 1. UAbs. verlangt, dass Nutzern in diesen Fällen zügige Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung stehen müssen. Auch wenn die Frage, ob den Schranken „Nutzerrechte“ entsprechen, umstritten ist, erkennt die Richtlinie insofern doch eine durchsetzungsfähige Rechtsstellung der Nutzer an. Insofern besteht im deutschen Recht Bedarf zur Einführung einer dem § 95b UrhG vergleichbaren Vorschrift.

Dessen ungeachtet sind weitere verfahrensrechtliche Absicherungen denkbar. Wenn ein Nutzer beim Upload darauf hinweist, dass die Nutzung zum Zwecke der Ausübung einer (in Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1 privilegierten) Schranke erfolgt („preflagging“; vgl. Erklärung der Bundesrepublik Deutschland, Nr. 8), ist die Plattform sensibilisiert, dass es einer intensiveren, ggf. zugleich menschlichen Prüfung, bedarf. Denkbar ist auch eine abgestufte Lösung, in deren Rahmen zuerst mit technischen Mitteln die Plausibilität des pre-flagging geprüft wird (keine Übernahme kompletter Werke 1:1, nur veränderte Übernahme kleinerer Teile), wobei sich eine menschliche Vorabprüfung dann nur anschließen würde, wenn sich das pre-flagging auf dieser Basis als plausibel erweist. Denkbar wäre auch, dass bis zur begründeten Beanstandung des Rechteinhabers (Art. 17 Abs. 4 lit. c) die Verantwortlichkeit der Plattform ausgesetzt ist (vgl. Art. 17 Abs. 4 lit. a).

Zudem setzt ein erfolgversprechender Einsatz eines solchen pre-flagging Systems voraus, dass einem etwaigen Missbrauch seitens der Nutzer vorgebeugt wird. Dem könnte dadurch vorgebeugt werden, dass die Auseinandersetzung um die Rechtmäßigkeit der Parodie etc. zwischen Rechteinhaber und Nutzer auszutragen ist. Allerdings ist das wiederum in den Fällen problematisch, in denen der Nutzer nicht identifizierbar ist. Im Übrigen müsste eine wiederholte Fehlkennzeichnung seitens einzelner Nutzer wirksam sanktioniert werden. Mindestens wären dementsprechend Kennzeichnungen seitens von Nutzern, die im wiederholten Fall Inhalte offensichtlich zu Unrecht als berechnete Nutzungen gekennzeichnet haben, in der Folge für eine gewisse Zeit nicht mehr zu beachten. Auch die Regelung von Schadensersatzansprüchen für bewusst missbräuchliche Fehlkennzeichnungen sollte in diesem Zusammenhang erwogen werden.

Wie sich derartige Verfahren realisieren lassen, bedarf weiterer Überlegungen. Eine gesetzliche Regelung würde das Gesetz möglicherweise überfrachten und liefere auch

Gefahr, durch die technische Entwicklung überholt zu werden. Vorzugswürdig wäre eine ggf. im Dialog gem. Art. 17 Abs. 10 zu erzielende kollektive Vereinbarung. Auch über eine Ermächtigung zum Erlass einer Rechtsverordnung, die das Verfahren ausgestaltet, wäre nachzudenken.

## **7. Informationspflichten (Artikel 17 Absatz 8)**

### **a) Verbot allgemeiner Überwachungspflichten**

Art. 17 Abs. 8 S. 1 bestärkt das in Art. 15 E-Commerce-RL niedergelegte Verbot allgemeiner Überwachungspflichten (das auch vom EuGH in den Urteilen *Scarlet/SABAM* und *SABAM/Netlog* bestätigt wurde<sup>154</sup>). Im Vorfeld der Verabschiedung der Richtlinie war umstritten, inwieweit sich das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten mit den Pflichten zur Verhinderung der Verfügbarkeit sowie zum stay-down nach Art. 17 Abs. 4 lit. b) und c) in Einklang bringen lässt.

Letztlich ist bezüglich der Vereinbarkeit beider Regelungskomplexe entscheidend, wie das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten zutreffend zu verstehen ist. Aus den beiden vorgenannten EuGH-Urteilen ergibt sich, dass es insoweit primär darum geht, keine Überwachungspflichten anzuordnen, die unabhängig von repertoirespezifischen Informationen umfassend für die Gegenwart und Zukunft jegliche Rechtsverletzungen bezüglich der jeweils dem Rechteinhaber in der Gegenwart oder Zukunft zustehenden Urheberrechte oder verwandten Schutzrechte betreffen.

Für Artikel 15 Abs. 1 E-Commerce-RL ist die Frage aufgeworfen, ob das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten verletzt wird, wenn der Provider nach Notifizierung einer bestimmten Rechtsverletzung spezifische Überwachungsmaßnahmen durchführen muss. Das wird gerade im persönlichkeitsrechtlichen Bereich vor dem EuGH geklärt (Rs. C-18/18 – *Glawischnig-Piesczek*). Es erscheint sinnvoll, diese Entscheidung des EuGH abzuwarten, weil die Umsetzung von Art. 17 Abs. 8 S. 1 jedenfalls nicht strenger sein darf als die Auslegung von Art. 15 E-Commerce-RL.

Richtigerweise kommt es also für eine mit Art. 17 Abs. 8 vereinbare Ausgestaltung darauf an, dass die Zulieferung repertoirespezifischer Informationen seitens der Rechteinhaber Vorbedingung der Pflichtenerfüllung nach Art. 17 Abs. 4 lit. b und c ist. Insofern bestehen bei Art. 17 Abs. 4 lit. c keine Probleme, da Voraussetzung des takedown

---

<sup>154</sup> EuGH Rs. C-70/10, Slg. 2011, I-11959 – *Scarlet Extended* und C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 – *SABAM*.

und stay-down stets ein hinreichend begründeter Hinweis des Rechteinhabers bezüglich konkret rechtsverletzender Inhalte im Angebot des Diensteanbieters ist.

Für Art. 17 Abs. 4 lit. b ist entscheidend, dass die von den Rechteinhabern bereitzustellenden „einschlägigen und notwendigen Informationen“ sich stets auf ein konkret begrenztes Repertoire beziehen müssen, das hinsichtlich seiner einzelnen Schutzgegenstände vollständig und abschließend beschrieben wird. Auch müssen die Informationen geeignet sein, von den Diensteanbietern als Referenzdateien zur automatisierten Erfüllung ihrer Pflicht aus Art. 17 Abs. 4 lit. b zu dienen. Insoweit liegt die Bereitstellungs- und Konkretisierungslast bei den Rechteinhabern. Werden in diesem Sinne zu einem abgeschlossenen Repertoire einschlägige und notwendige Informationen als Grundlage der Verhinderung der Verfügbarkeit der entsprechenden urheberrechtlich geschützten Gegenstände von den Rechteinhabern zur Verfügung gestellt, kann ein Konflikt mit dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten i.S.d. DSM-RL vermieden werden.

Auswirkungen wird Art. 17 Abs. 8 allerdings mit Blick auf Art. 17 Abs. 4 lit. a haben. Die gebotenen „Anstrengungen“ sind daher entsprechend auszulegen.<sup>155</sup>

#### **b) Angemessene Informationen für Rechteinhaber und entsprechender Informationsbedarf auch der Nutzer**

Art. 17 Abs. 8 UAbs. 2 sieht vor, dass die Diensteanbieter den Rechteinhabern auf deren Ersuchen angemessene Informationen über die Funktionsweise ihrer Verfahren im Hinblick auf die Zusammenarbeit nach Absatz 4 und – im Falle von Lizenzvereinbarungen zwischen Rechteinhabern und Diensteanbietern – Informationen über die Nutzung der unter diese Vereinbarungen fallenden Inhalte bereitstellen. Im Sinne einer erhöhten Transparenz hinsichtlich der Nutzung im Rahmen von Lizenzvereinbarungen und der Funktionsweise und Resultate der Verfahren nach Art. 17 Abs. 4 ist diese Vorschrift ausdrücklich zu begrüßen.

Allerdings stellt es ein erhebliches Defizit der Regelung dar, dass ein entsprechender Anspruch für die Nutzer der Dienste nicht vorgesehen ist. Tatsächlich erscheint es entscheidend, dass einzelne Nutzer bzw. gegebenenfalls repräsentative Organisationen, die kollektive Nutzerinteressen vertreten, hinsichtlich der Einzelheiten der Verfahren nach Art. 17 Abs. 4 in angemessener, gleichgewichtiger Weise beteiligt werden, da andernfalls eine Verfahrensgestaltung zwischen Rechteinhabern und

---

<sup>155</sup> S. oben IX.4.b.cc.

Diensthabern drohen könnte, die in bestimmten Situationen deren Interesse an wirksamer und effizienter Ausgestaltung gleichsam „auf Kosten“ der individuellen Nutzer Vorrang einräumt.

Diesem Gedanken folgend räumt auch Art. 17 Abs. 10 zur Erörterung bewährter Verfahren für die Zusammenarbeit zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern mit dem Ziel der Entwicklung entsprechender Leitlinien, Nutzerorganisationen als Interessenträgern nicht nur das Recht zur Beteiligung ein, sondern gewährt ihnen auch Zugang zu angemessenen, von den Diensteanbietern bereitgestellten Informationen über die Funktionsweise der Verfahren nach Art. 17 Abs. 4.

Es ist aber kein Grund ersichtlich, warum ein derartiger Anspruch auf Bereitstellung angemessener Informationen über die Funktionsweise der Verfahren nach Art. 17 Abs. 4 nicht auch individuellen Nutzern eingeräumt werden sollte. Europarechtliche Gründe stehen dem jedenfalls nicht entgegen. Auch im Hinblick auf den an dieser Stelle anzustrebenden angemessenen Ausgleich der betroffenen Interessen und Grundrechtspositionen sollte daher bei der Umsetzung des Art. 17 Abs. 8 UAbs. 2 in deutsches Recht auch individuellen Nutzern ein Anspruch eingeräumt werden, auf entsprechendes Ersuchen angemessene Informationen über die Funktionsweise der Verfahren nach Art. 17 Abs. 4 von den Diensteanbietern zu erhalten. Ein solcher Anspruch zugunsten individueller Nutzer sollte sich allerdings naturgemäß nicht auf Informationen über die Nutzung der unter Vereinbarungen zwischen bestimmten Rechteinhabern und Diensteanbietern fallenden Inhalte beziehen; denn die Relevanz dieser Informationen betrifft ausschließlich die jeweiligen Parteien der entsprechenden Lizenzvereinbarungen, die insoweit auch im Hinblick auf gegebenenfalls enthaltene Geschäftsgeheimnisse schutzwürdig erscheinen.

## **8. Beschwerdemechanismus (Artikel 17 Absatz 9)**

### **a) Vorbemerkung**

Das in Art. 17 Abs. 9 vorgesehene Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren (counter-notice) stellt für das europäische System der Providerhaftung ein echtes Novum dar und ist ausdrücklich zu begrüßen. Es hat das Potential, den Schutz der Nutzer mit Blick auf unberechtigte Verletzungshinweise sowie auf berechtigte Nutzungen (insbesondere im Rahmen der zu garantierenden urheberrechtlichen Schrankenvorschriften) erheblich zu verbessern.



## **b) Angemessene Begründung der Verletzungshinweise**

Wesentlich ist hierfür im Ausgangspunkt, verlässliche Maßstäbe für die nach Art. 17 Abs. 9 notwendige angemessene Begründung der Ersuchen der Rechteinhaber festzulegen.<sup>156</sup>

Soweit in der Erklärung der Bundesrepublik Deutschland weiter zwischen sogenannten „trusted flaggers“ (die die Rechteinhaberschaft nicht in jedem einzelnen Falle hinreichend belegen müssen) und sonstigen Rechteinhabern (die in ihrem Verletzungshinweis die Rechteinhaberschaft hinreichend belegen müssen) differenziert wird, erscheint dies als ein grundsätzlich gangbarer Weg, um zu effizienten und zugleich ausgewogenen Prozessen zu gelangen.<sup>157</sup>

## **c) Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens im Einzelnen**

Allerdings besteht ein wesentliches Problem in der Praxis darin, dass derartige counter-notice-Verfahren für einen effektiven Nutzerschutz angesichts der erheblichen Dynamik der Publikumsresonanz häufig zu langsam sind, um Nutzern einen effektiven Schutz zu gewähren. Daher hat sich das counter-notice-Verfahren im Rahmen des US-amerikanischen DMCA als wenig erfolgreich erwiesen. Insofern ist es zu begrüßen, dass die DSM-RL die Notwendigkeit der Umsetzung eines wirksamen und zügigen Beschwerdeverfahrens vorschreibt. Bei der Umsetzung sollte dies im Sinne der Festlegung einer Regelfrist für die Bearbeitung und Entscheidung über derartige Beschwerden in jedem Falle konkretisiert werden.

Weitere Maßnahmen können die Effektivität der Beschwerdeverfahren verbessern. Der Gedanke aus der Erklärung der Bundesrepublik Deutschland, Nr. 8, bei Nutzungen, die schon beim Upload als erlaubte Nutzung bezüglich Inhalten Dritter gekennzeichnet werden, eine Sperrung lediglich aufgrund menschlicher Überprüfung zuzulassen,<sup>158</sup> lässt sich auch für das Beschwerdeverfahren fruchtbar machen. So wäre bei Nutzungen, die schon beim Upload als erlaubte Nutzung gekennzeichnet sind und bei denen eine technische Überprüfung ergibt, dass diese Kennzeichnung plausibel ist (weil insbesondere nicht komplette Werke 1:1 übernommen wurden), darüber nachzudenken, dass Beschwerdeverfahren vor der Sperrung durchzuführen sind, um so für derartige Nutzungen im Ergebnis zu einem notice and delayed-takedown zu gelangen.

---

<sup>156</sup> S. dazu oben IX.4.c.aa.

<sup>157</sup> Ibid.

<sup>158</sup> S. näher dazu oben IX.6.c.

#### **d) Außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren**

Weiter müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 17 Abs. 9 zur Beilegung von Streitigkeiten außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung stellen. Die diesbezüglichen Einzelheiten sollten mit zum Gegenstand des Dialogprozesses nach Art. 17 Abs. 10 gemacht werden, um an dieser Stelle, wenn möglich, zu unionsweit vergleichbaren Maßstäben zu gelangen.

#### **e) Zugang zu einem Gericht**

Wesentlicher erscheint der nach Art. 17 Abs. 9 vorgeschriebene Zugang zu einem Gericht, um die Inanspruchnahme einer Ausnahme oder Beschränkung geltend machen zu können. Art. 17 Abs. 9 entspricht insoweit dem schon in der EuGH-Entscheidung UPC Telekabel entwickelten Gebot eines Zugangs zu Gerichten zur Überprüfung von Sperrentscheidungen der Provider.

Nach derzeitigem Rechtsstand lässt sich in der Bundesrepublik Deutschland ein derartiger Zugang zu den Gerichten lediglich indirekt auf der Basis der vertraglichen Beziehungen zum Diensteanbieter gewährleisten. Es erscheint als offen, ob dies nach vorbestehendem Stand zur Umsetzung der entsprechenden europarechtlichen Vorgaben genügend ist. Ein entsprechender Zugang zu den Gerichten ist daher nunmehr ausdrücklich gesetzlich zu regeln (zu einem gesetzlichen Anspruch, vgl. oben 6 c)).

Praktisch hilfreich und letztlich bedeutsamer als der Zugang der Nutzer zu den Gerichten wäre schließlich die Möglichkeit einer außergerichtlichen Abhilfe. Denn kaum ein Nutzer wird die Mühen und Kosten eines gerichtlichen Verfahrens auf sich nehmen, wenn es sich nicht gerade um Musterverfahren handelt.

### **9. Sonstige Fragen der Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen: Verhältnis von Art. 17 zu den EuGH-Vorlageverfahren in Sachen YouTube und Uploaded**

Bei der Umsetzung der DSM-RL in deutsches Recht wird je nach der weiteren Entwicklung gegebenenfalls auch die EuGH-Rechtsprechung in den Fällen YouTube und Uploaded für die Bundesrepublik Deutschland wesentlich zu beachten sein. Diese Rechtsprechung ist nach der DSM-RL weiterhin maßgeblich für Plattformen, die dem Anwendungsbereich des neuen Regelungsregimes nicht unterfallen.

Denkbar erscheint es, dass der EuGH in seinen Urteilen bereits auf Grundlage des bestehenden *acquis communautaire* im Urheberrecht, der bisher ergangenen

Rechtsprechung (insbesondere in den Fällen *GS Media*, *Filmspeler* und *The Pirate Bay*<sup>159</sup>) sowie gemeinsamer Grundsätze des Unionsrechts zu Vorgaben bezüglich eines täterschaftlichen Haftungsregimes im Rahmen des Art. 3 InfoSoc-RL und des Art. 14 Abs. 1 E-Commerce-RL gelangt, die dem von der DSM-RL in Art. 17 vorgesehenen Regelungen im Grundsatz entsprechen. Dann sind keine weiteren rechtlichen Abgrenzungsprobleme zu erwarten.

Auch wenn der EuGH eine mildere als die in Art. 17 vorgesehene Haftung annimmt, entstehen kaum Probleme. In diesem Falle wird zwar die Abgrenzung auf Grundlage von Art. 2 Abs. Nr. 6 zwischen erfassten Diensteanbietern und sonstigen Diensten, die den allgemeinen Regeln unterfallen, besonders wesentlich sein. Es drohen für diesen Fall aber abgesehen davon keine Wertungswidersprüche.

Unwahrscheinlich, aber nicht ausgeschlossen scheint es schließlich, dass der EuGH zu Haftungsgrundsätzen im Rahmen von Art. 3 InfoSoc-RL gelangt, die sogar strenger sind als das von der DSM-RL vorgesehene Haftungssystem. Im Falle von *Uploaded* könnte dies gegebenenfalls gerechtfertigt sein, sofern man *Uploaded* als einen Dienst qualifiziert, dessen Hauptzweck i.S.d. ErwGes 62 UAbs. 2, sich an Urheberrechtsverletzungen zu beteiligen oder sie zu erleichtern.

Sollte der EuGH allerdings im Rahmen der allgemeinen Vorschriften insgesamt – also auch für einen Diensteanbieter wie *YouTube* – zu einem täterschaftlichen Haftungsregime gelangen, das strenger ist als das in Art. 17 für Diensteanbieter vorgesehene Verfahren, würde dies zu einem erheblichen Wertungswiderspruch führen. Denn Zielsetzung des Art. 17 war es gerade, im Hinblick auf bestimmte Probleme in den Lizenzierungsmärkten für Diensteanbieter die diesbezügliche Haftung im Sinne einer täterschaftlichen Haftung unter Art. 3 InfoSoc-RL (ohne Anwendbarkeit des Providerprivilegs nach Art. 14 E-Commerce-RL) zu verschärfen. Für sonstige Diensteanbieter sollte sich demgegenüber die Haftung weiterhin nach den allgemeinen Vorschriften, insbesondere der InfoSoc- und der E-Commerce-RL richten, wobei der Richtliniengeber ersichtlich davon ausgegangen ist, dass diese Haftung dann im Ergebnis weniger weitreichend wäre, als das in Art. 17 vorgesehene System.

---

<sup>159</sup> EuGH Rs. C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 – *GS Media*, C-527/15) ECLI:EU:C:2017:300 – *Stichting Brein (Filmspeler)* und C-610/15, ECLI:EU:C:2017:456 – *Stichting Brein (The Pirate Bay)*.

Für den Fall, dass der EuGH allgemein – also insbesondere in der *YouTube*-Entscheidung betreffend einen Diensteanbieter – zu schärferen Rahmenbedingungen einer täterschaftlichen Haftung gelangen sollte, besteht nach dem Grundsatz, dass Art. 17 DSM-RL als jüngeres und spezielleres Gesetz Art. 3 InfoSoc-RL verdrängt, ebenfalls kein Anlass, von den vorstehend erläuterten Umsetzungsmaßnahmen abzuweichen. Dann wäre lediglich darüber nachzudenken, wie sich gegebenenfalls vermeiden lässt, dass jüngere und kleine Diensteanbieter, die von Art. 17 DSM-RL ausgenommen sind, gegenüber den großen von Art. 17 DSM-RL erfassten Diensteanbietern in systemwidriger Weise auf Grundlage der allgemeinen Regeln sogar benachteiligt wären.

## **X. Urhebervertragsrecht (Artikel 18 bis 23)**

### **1. Angemessene Vergütung (Artikel 18)**

Die urhebervertragsrechtlichen Bestimmungen der DSM-RL setzen insgesamt keine abschließenden Standards, sondern beabsichtigen überwiegend lediglich eine Mindestharmonisierung.

Das zeigt sich bereits anhand des Art. 18 DSM-RL. Die Vorschrift verpflichtet die Mitgliedstaaten lediglich, „sicherzustellen“, dass Urheber und ausübende Künstler „das Recht auf eine angemessene und verhältnismäßige Vergütung haben“. Das gilt für ausschließliche Rechteeinräumungen. Mehr Festlegungen enthält Art. 18 nicht, die Details werden den Mitgliedstaaten überlassen. Darüber hinaus hat Art 18 – wie übrigens auch Art. 22 – nicht in den Katalog gemäß Art. 23 Abs. 1 Eingang gefunden (es dürfte sich hier wohl kaum um ein Redaktionsversehen handeln), sodass die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet sind zu gewährleisten, dass abweichende Vertragsbestimmungen, gegenüber den Urhebern und ausübenden Künstlern nicht durchsetzbar sind.

Das in § 32 UrhG vorgesehene abgestufte System von Vermutungen und hilfsweise individuell durchsetzbaren Ansprüchen kann damit beibehalten werden. Eine marginale Textabweichung ergibt sich daraus, dass nach Art. 18 DSM-RL die Vergütung „angemessen und verhältnismäßig“ sein muss, während sie nach § 32 UrhG „angemessen“ zu sein hat. Inhaltliche Abweichungen ergeben sich daraus nicht, denn ErWG 73 stellt in Bezug auf die „verhältnismäßige“ Vergütung klar, dass die Vergütung „in einem ausgewogenen Verhältnis zum tatsächlichen oder potenziellen wirtschaftlichen Wert der Rechte, die erteilt oder übertragen wurden“, stehen muss. Das entspricht im

Ergebnis dem deutschen Recht, wenngleich die Betonung auf den „wirtschaftlichen Wert“ besser als das deutsche Recht klarstellt, dass es nicht nur auf Redlichkeit und Üblichkeit, sondern auch auf die ökonomische Bedeutung der eingeräumten Rechte ankommt. Das mag einen Hinweis in der Gesetzesbegründung zur Umsetzung der Richtlinie verdienen.

In einigen Bereichen geht das deutsche Recht über die Richtlinie hinaus. So erfasst § 32 UrhG nicht nur ausschließliche Rechteeinräumungen, zudem werden Creative Commons-Lizenzen in § 32 Abs. 3 UrhG ausdrücklich genannt. Beides erzeugt aber keinen Anpassungsbedarf. Da die Richtlinie nur eine Mindestharmonisierung beabsichtigt, kann das deutsche Recht in § 32 UrhG auch über die Vorgaben des Art. 18 DSM-RL hinausgehen. Creative Commons Lizenzen sind ein Beispielsfall dafür, dass eine Vergütung nicht unangemessen ist, wenn der Rechteinhaber bewusst und selbstbestimmt darauf verzichtet. Auch die Richtlinie akzeptiert solche Lizenzen in ErwG 82.

Insgesamt ergibt sich für § 32 UrhG kein Änderungsbedarf. Wenn man den Wortlaut an die Richtlinienbestimmung annähern will könnte man in § 32 Abs. 2 S. 3 UrhG „und verhältnismäßig“ hinter „angemessen“ setzen. Diskussionsbedarf ergibt sich für die Urheber von Computerprogrammen. Das wird unten bei 6. angesprochen.

## **2. Anspruch auf Auskunft (Artikel 19, 23 Absatz 1)**

Der wesentliche Unterschied zwischen der Art. 19 DSM-RL und der deutschen Regelung in § 32d UrhG besteht darin, dass das Unionsrecht eine Auskunftspflicht statuiert, während § 32d UrhG dem Berechtigten einen Auskunftsanspruch gibt.

Die Formulierung in Art. 19 DSM-RL ist so eindeutig, dass sie Änderungsbedarf erzeugt. § 32d UrhG wird insoweit anzupassen sein. Diese Anpassung hat für beide Beteiligte Vorteile. Der Verwerter muss unbegründete und kleinteilige Auskunftsersuchen nicht mehr fürchten, der Urheber ist davor geschützt, dass sein Auskunftsersuchen als belästigend angesehen wird und zu Auslistungen führt. Mit dieser Änderung werden Befürchtungen beider Seiten – sei es vor querulatorischen Anfragen, sei es vor Blacklisting – durchaus elegant gemildert.

Unklar bleibt allerdings, was nach Umsetzung des Art. 19 Abs. 1 DSM-RL geschieht, wenn die Pflicht nicht erfüllt wird. Die Richtlinie sieht hierfür keine Sanktionen vor. Denkbar bleibt daher nur, dass die allgemeinen Regeln des Schuldrechts anzuwenden sind. Wenn die Pflicht nicht erfüllt wird, kann der Kreative für die Erfüllung eine Frist setzen. Nach deren Ablauf muss er auf die Auskunft klagen können, wobei es in der

Sache dann um einen Schadensersatzanspruch aus § 280 Abs. 1 BGB geht. Der deutsche Gesetzgeber sollte zur Erleichterung dieses Weges Fristen vorgeben, innerhalb derer die Auskunft zu erteilen ist. Hier bietet sich eine Dreimonatsfrist ab Jahresende als Zielmarke an.

Ein weiterer Unterschied zum deutschen Recht liegt darin, dass Art. 19 Abs. 2 DSM-RL Unterlizenznehmer nur subsidiär zur Auskunft verpflichtet, während das deutsche Recht für sie einen zusätzlichen Direktanspruch in § 32e UrhG vorsieht, der neben § 32d UrhG tritt. Da die Pflicht des Vertragspartners sich auch auf Erträge in der Lizenzkette bezieht, ist die Unionsrechtsregelung in sich geschlossen, auch wenn sie den Hauptlizenznehmer mit zusätzlichen Pflichten belastet. Das deutsche Recht wird diese Veränderung gleichwohl übernehmen müssen, denn die Richtlinie lässt diesbezüglich keine Abweichungen zu. Konstruktiv kann man beide Regelungen nach wie vor auf zwei Vorschriften verteilen. Eine Zusammenlegung der §§ 32d, 32e UrhG wäre aber ebenso denkbar und hätte den Vorteil, dass das Unionsrecht etwas genauer abgebildet wird.

Anpassungsbedarf gibt es beim Umfang der Auskunftspflicht. Das deutsche Recht gewährt den Auskunftsanspruch nur bei entgeltlicher Rechteeinräumung, Art. 19 DSM-RL formuliert eine Auskunftspflicht unabhängig von dieser Qualifikation. Das Unionsrecht verlangt eine Auskunft, welche die „Art der Verwertung, sämtliche erzielten Einnahmen von und die fälligen Forderungen gegenüber“ den Unterlizenznehmern abdeckt und „aktuell, einschlägig und umfassend“ ist. Das deutsche Recht umfasst derzeit Auskünfte über „den Umfang der Werknutzung und die hieraus gezogenen Erträge und Vorteile auf Grundlage der im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes üblicherweise vorhanden Informationen“. Damit besteht jedenfalls Anpassungsbedarf insoweit, als auch Erträge des Unterlizenznehmers berichtspflichtig sind. Da es um eine Pflicht und nicht um einen Anspruch geht, und die Informationen über Erträge des Unterlizenznehmers beim auskunftspflichtigen Lizenznehmer normalerweise nicht vorhanden sind, müsste die Begrenzung auf die „üblicherweise vorhandenen Informationen“ entfallen.<sup>160</sup> Unklar ist, ob das Unionsrecht auch „Vorteile“ erfasst. Der

---

<sup>160</sup> Das gilt auch für Fälle, in denen beim auskunftspflichtigen Lizenzgeber – etwa aufgrund einer Anteilsbeteiligung – Informationen über die Auswertung durch seinen Lizenznehmer vorliegen, hinsichtlich derer die DSM-RL ebenfalls eine Informationspflicht statuiert, die jedoch nach bisherigem deutschen Recht möglicherweise nicht als „im Rahmen eines ordnungsgemäßen Geschäftsbetriebes üblicherweise vorhanden“ angesehen werden könnten.

deutsche Gesetzgeber sollte diese Formulierung aber beibehalten, denn solche „Vorteile“ können auch darin liegen, dass Werbeaufmerksamkeit oder Reputationsgewinne, im öffentlich-rechtlichen Rundfunk auch Beitragsgelder, erwirtschaftet wurden. Da ErwG 73 klarstellt, dass der tatsächliche oder potenzielle wirtschaftliche Wert der Rechte die angemessene Vergütung bestimmt, bleibt insoweit Spielraum dafür, beim Auskunftsanspruch nicht nur Einnahmen, sondern auch die Vorteile der Werknutzung zu berücksichtigen.

Weniger Anpassungsbedarf gibt es bei den Grenzen der Auskunftspflicht. Das Unionsrecht begrenzt die Auskunftspflicht durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (Art. 19 Abs. 3 DSM-RL) auf das „Erforderliche und Übliche“, auch der Auskunftsanspruch nach § 32d Abs. 2 Nr. 2 besteht nicht, wenn er „unverhältnismäßig“ ist. Hier kann man die unionsrechtliche Formulierung übernehmen, ohne dass sich daraus sachliche Unterschiede ergeben dürften. Zugelassen ist es, die Auskunftspflicht bei unerheblichen Beiträgen oder Leistungen zu versagen (was das deutsche Recht für den Auskunftsanspruch in § 32d Abs. 1 Nr. 2 UrhG mit leicht abweichender Formulierung für „lediglich nachrangige Beiträge“ tut). Zwar wird der Begriff der „unerheblichen Beiträge“ nun ein unionsrechtlicher, eine Anpassung ist daher möglich, aber nicht zwingend. Art. 19 Abs. 4 DSM-RL verbietet die Begrenzung der Auskunftspflicht in solchen Fällen, wenn der Urheber darlegt, dass er die Information „zur Ausübung seiner Rechte nach Art. 20 Abs. 1 benötigt und zu diesem Zweck anfordert“. Diese Formulierung ist zu übernehmen mit der Maßgabe, dass an die Stelle des Art. 20 Abs. 1 DSM-RL der deutsche § 32a Abs. 1 UrhG tritt. Diese Änderung hat zur Folge, dass auch bei nachrangigen Beiträgen der Beweis dafür angetreten werden kann, dass der Erfolg eines Werkes oder einer Darbietung gerade auf dem nachrangigen Beitrag beruhen könnte. Für diesen Fall müsste dem Urheber ein Auskunftsanspruch ermöglicht werden, der strikte Ausschluss des bisherigen deutschen Rechts wäre damit nicht vereinbar.

Eine Besonderheit betrifft die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs gegen Unterlizenznehmer. Art. 19 Abs. 2 DSM-RL sieht vor, dass dieser Anspruch nicht nur durch die Kreativen, sondern auch durch „ihre Vertreter“ geltend gemacht werden kann. Mit dieser Formulierung ermöglicht das Unionsrecht eine kollektive Geltendmachung, also eine Verbandsklage, die auch bei Art. 20 DSM-RL vorgesehen ist. ErwG 78 (zu Art. 20 DSM-RL) erläutert dazu, dass Vertreter Berechtigte „unterstützen können“ und dabei auch die Interessen anderer Urheber berücksichtigen und die Identität der von ihnen Vertretenen so lange wie möglich zu schützen haben. Das deutsche Recht kennt eine



solche Regelung bisher nicht. Ein Umsetzungsspielraum wird von der Richtlinie nicht gewährt, denn die Mitgliedstaaten haben diesen Teil der Regelung „sicherzustellen“. Das deutsche Recht könnte die Umsetzung im Rahmen des § 36b UrhG vornehmen (dazu noch unten bei 4.).

Die Auskunftspflicht des Art. 19 Abs. 1 DSM-RL und der Anspruch nach Art. 19 Abs. 2 DSM-RL sind einseitig zwingend (Art. 23 Abs. 1 DSM-RL), können aber durch kollektive Vereinbarungen disponibel werden (Art. 19 Abs. 4 DSM-RL). Diese Möglichkeit sieht auch das deutsche Recht vor (§§ 32d Abs. 3, 32e Abs. 3 UrhG). Allerdings verlangt das Unionsrecht in Art. 19 Abs. 5 DSM-RL, dass auch kollektive Regelungen die Vorgaben der Abs. 1 bis 4 übernehmen müssen. Diesen Zusatz müssten auch §§ 32d, 32e UrhG in ihrem jeweiligen Abs. 3 aufnehmen.

### **3. Weitere Beteiligung (Artikel 20, 23 Absatz 1)**

Der Anspruch auf weitere Beteiligung entspricht vielfach dem im deutschen Recht kodifizierten Anspruch auf Vertragsanpassung nach § 32a. Allerdings gibt es auch hier einige bedeutsame Unterschiede.

Während § 32a UrhG einen Anspruch auf Vertragsanpassung formuliert, spricht Art. 20 Abs. 1 DSM-RL von einem Recht auf „zusätzliche Vergütung“. Eine Änderung des § 32a UrhG ist diesbezüglich nicht veranlasst. Zum einen hat die Rechtsprechung auf Basis der bisherigen Formulierung auch bereits direkte Zahlungsansprüche zugelassen, zum anderen verlangt Art. 20 Abs. 1 DSM-RL nur die Einführung eines „Mechanismus“, der ausweislich der Überschrift auf Vertragsanpassung gerichtet ist. Beide Lösungen sind daher ergebnisgleich.

Geringer, und nicht zwangsläufig Anpassungen erzeugende Unterschiede gibt es bei den Anspruchsvoraussetzungen. Art. 20 Abs. 1 DSM-RL gewährt den Anspruch, wenn die „ursprünglich vereinbarte Vergütung im Vergleich zu späteren ... Einnahmen ... unverhältnismäßig niedrig“ ist, § 32a Abs. 1 UrhG, wenn die „vereinbarte Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen aus der Werknutzung“ steht. ErWG 78 fügt „unverhältnismäßig niedrig“ das Attribut „eindeutig“ hinzu. Ein inhaltlicher Unterschied dürfte dabei nicht bestehen, sodass eine Änderung des deutschen Rechts in diesem Punkte nicht nötig wäre. Formulierungsunterschiede gibt es aber, weil Art. 20 Abs. 1 DSM-RL eine „angemessene und faire Vergütung“ (bzw. „appropriate and fair“) verlangt, während § 32a Abs. 1 UrhG nur von einer „angemessenen“ Beteiligung spricht. Die Formulierung in Art. 20 Abs. 1 DSM-RL weicht

von Art. 18 DSM-RL („angemessen und verhältnismäßig“ bzw. „appropriate and proportionate“) ab. In der Sache dürften sich hier wenige Unterschiede ergeben. Zur Vermeidung von Missverständnissen sollte man aber beide Begriffe auch im deutschen Recht verwenden.

Abweichend von Art. 20 Abs. 1 DSM-RL bezieht § 32a Abs. 1 (wie auch § 32) UrhG neben den „Einnahmen“ die „Vorteile“ aus der Werknutzung ein. Diese Wendung sollte im deutschen Recht (wie bei § 32 UrhG) beibehalten werden (siehe bereits oben bei 2.). Das Unionsrecht trägt diese Klarstellung, weil es in ErwG 73 (zu Art. 18 DSM-RL) definiert, dass eine angemessene Vergütung den „tatsächlichen oder potentiellen wirtschaftlichen Wert der Rechte“ reflektieren muss. Dieser Wert wird aber durch alle Nutzungsvorteile bestimmt, zu denen etwa die erzielbare Werbeaufmerksamkeit, ein Reputationsgewinn sowie die Möglichkeit zu wiederholter Nutzung gehört.

Ein weiterer Unterschied liegt darin, dass § 32a Abs. 2 UrhG auch Ansprüche gegen Unterlizenznehmer begründet, während Art. 20 DSM-RL in diesem Punkt schweigt, obgleich Art. 19 DSM-RL diesbezüglich Auskunftsansprüche hilfsweise auch gegen den Unterlizenznehmer gewährt (vgl. oben 2.). Da Art. 20 DSM-RL einen „Mechanismus“ zur Herstellung angemessener Grundvergütung (Art. 18) und angemessener Zusatzvergütung (Art. 20) verlangt, gleichzeitig Art. 19 DSM-RL darauf hindeutet, dass die Angemessenheit der Vergütung und Weiterbeteiligung auch von den Einnahmen bei Unterlizenznehmern abhängen kann, ist die deutsche Lösung richtlinienkonform. Dabei ist erneut zu berücksichtigen, dass die Richtlinie eine Mindest-, aber keine Vollharmonisierung beabsichtigt. § 32a Abs. 2 UrhG sollte daher beibehalten werden.

Eine weitere Änderung ist bedeutsamer. Art. 20 Abs. 1 DSM-RL sieht vor, dass nicht nur die Kreativen, sondern auch ihre „Vertreter“ einen Anspruch auf Zahlung einer angemessenen und fairen Vergütung haben sollen. Das entspricht der Situation beim Auskunftsanspruch gegen Unterlizenznehmer (Art. 19 DSM-RL). Insoweit besteht eine Umsetzungspflicht, allerdings nur in Bezug auf den Hauptlizenznehmer, also den Vertragspartner des Urhebers. Wie dieser Anspruch des „Vertreters“ umzusetzen ist, wer als „Vertreter“ anzusehen ist, wird von der Richtlinie nicht vorgegeben. Möglich bleibt eine Umsetzung im Rahmen eines erweiterten § 36b UrhG (dazu noch sogleich 4.).

#### **4. Alternative Streitbeilegung (Artikel 21, 23 Absatz 1)**

Die Richtlinie verlangt ein außergerichtliches Verfahren zur Durchsetzung von Auskunftspflichten und Ansprüchen auf zusätzliche Vergütung in Fällen unverhältnismäßig

niedriger Anfangsvergütungen. Die Vorgaben dafür sind karg: Diese Verfahren müssen freiwillig sein, die Urheber und ausübenden Künstler müssen sie durch besonderen Antrag auch zugunsten ihrer Vertreterorganisationen einleiten können. Art. 21 DSM-RL ergänzt die Vorgabe aus Art. 19 Abs. 2, 20 Abs. 1, dass auch Vertreter der Urheber und ausübenden Künstler in Bezug auf Auskunfts- und Vergütungsansprüche anspruchsbefugt sein müssen.

Die Richtlinie versteht diese Vorgaben ersichtlich nicht als vollharmonisierend. Die deutschen Vorschriften über die Ermittlung gemeinsamer Vergütungsregeln müssen daher nicht aufgegeben, allenfalls angepasst werden. Die Anpassung könnte im Rahmen der §§ 36a, 36b UrhG erfolgen, die neben kollektiven Verfahrens- und Durchsetzungsmöglichkeiten zudem Vorschriften über ein individuelles Streitbelegungsverfahren über die in Art. 19, 20 DSM-RL geregelten Themen aufnehmen müssten (z.B. in § 36a Abs. 1 UrhG<sup>161</sup> bzw. durch eine neue Anspruchsbefugnisnorm, etwa in § 36b UrhG<sup>162</sup>). Die Streitbeilegung kann – wie in § 36a UrhG vorgesehen – bei den und durch die Vertreterorganisationen angesiedelt werden. Sie kann aber auch im staatlichen Bereich, etwa beim Deutschen Patent- und Markenamt, neben der Aufsicht über Verwertungsgesellschaften, organisiert werden. Letzteres hätte den Vorteil, dass eine gewisse Expertise bei der Ermittlung angemessener Vergütungen auch im Rahmen dieser Aufsicht eine Rolle spielt, also fruchtbar gemacht werden könnte. Man könnte insoweit das Gütestellenverfahren nach dem früheren § 17a UrhWahrnG wiederbeleben.<sup>163</sup> Auch die Verordnungsermächtigung nach § 36a Abs. 8 UrhG könnte genutzt werden, um eine staatliche Schlichtungsstelle mit den durch die Richtlinie (oder auch weiteren) Aufgaben zu versehen. Der Vorteil einer solchen Organisation könnte darin liegen, dass die Kosten niedriger als bei einer rein privaten Infrastruktur gehalten werden könnten. Gerade diese Kostenfrage ist ein kritisches Element, das Urheber und ausübende Künstler, aber auch deren Organisationen davon abhalten könnte,

---

<sup>161</sup> § 36a Abs. 1 könnte künftig wie folgt formuliert werden „(1) Zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln, **zur Streitbeilegung über Auskunftsrechte nach §§ 32d, 32e UrhG sowie über Ansprüche auf zusätzliche Vergütung nach § 32a Abs. 1 UrhG** bilden (im Übrigen wie bisher) ...

<sup>162</sup> § 36b Abs. 1 müsste neu gefasst werden, etwa „(1) **Die in §§ 32a Abs. 1, 32d, 32e UrhG genannten Ansprüche können auch geltend gemacht werden von Vereinigungen von Urhebern und ausübenden Künstlern im Sinne des § 36a Abs. 1 UrhG.** (Das nähere Verfahren müsste dann allerdings ausgestaltet werden).“ Der bisherige § 36b könnte im Wesentlichen erhalten bleiben und auf spätere Absätze verlagert werden.

<sup>163</sup> So im Grundsatz *Schulze*, GRUR 2019, 682 (684), der allerdings dort ein freiwillig bleibendes Verfahren nicht favorisiert.

kollektive Verfahren zu beginnen. Denkbar wäre auch ein Ombudsmann-Modell, geht es hier doch regelmäßig um Streitigkeiten zwischen Vertragspartnern aus einem bestimmten medialen Bereich.

## **5. Widerrufsrecht (Artikel 22)**

Das Widerrufsrecht ist terminologisch ein Rückrufrecht, was die englische Übersetzung („revocation“) deutlicher zum Ausdruck bringt. Der nationale Gesetzgeber kann diese Vorschrift durch einen Rückruf nach Vorbild des § 41 UrhG, aber auch durch ein vollständiges Kündigungsrecht oder ein Kündigungsrecht, das nur die Ausschließlichkeit beseitigt, also eine Zweitverwertung nach dem Vorbild des § 40a UrhG ermöglicht, umsetzen. Eine Beibehaltung beider Vorschriften erscheint problematisch, denn beide Normen sind auch in Kombination teilweise enger, teilweise weiter als Art. 22 DSM-RL. Vorzugswürdig wäre es, § 41 UrhG beizubehalten und nach dem Vorbild der Richtlinienbestimmung umzubilden. Dabei sollte allerdings die etwas weichere Rechtsfolge aus § 40a UrhG übernommen werden, sodass es nicht um einen Rückruf, sondern um eine Kündigung der Ausschließlichkeit geht.

Einige Anpassungen sind auch dann erforderlich. Den Entschädigungsanspruch des § 41 Abs. 6 UrhG sieht die Richtlinie nicht vor; er ist daher zu streichen. Die Zulassung konkurrierender Ansprüche nach § 41 Abs. 7 UrhG hat zwar in der Praxis kaum eine Rolle gespielt, ist aber aufgrund der bloßen Mindestharmonisierung des Urhebervertragsrechts unionsrechtskonform. Die in § 41 Abs. 1 UrhG vorgesehene generelle Interessenabwägung ist gegenüber Art. 22 Abs. 1 DSM-RL zu weit. Sie sollte auf die Umstände der Bedeutung des Werk- oder Darbietungsanteils und Branchenbesonderheiten beschränkt werden. Die Ausfüllung könnte man auch kollektiven Regelungen überlassen. § 79 Abs. 2a UrhG müsste nicht geändert werden, wenn es bei § 41 UrhG verbleibt und keine Lösung über § 40a UrhG gesucht wird.

Die Richtlinie erlaubt Sonderregeln für Fälle der Miturheberschaft, sodass die Auschlüsse des deutschen Rechts im Filmurheberrecht zulässig bleiben. Ob sie erforderlich sind, mag man aber überdenken. Würde man die Lösung über eine Kündigungserklärung suchen, so wären die Filmurheber oder Filmschauspieler in ihrer Gesamtheit ohnehin an §§ 8, 80 UrhG gebunden, könnten also nicht einzeln und unabgestimmt Gestaltungsrechte ausüben.

## **6. Ausnahme für Software-Programmierer (Artikel 23 Absatz 2)**

Art. 23 Abs. 2 DSM-RL gibt vor, dass die Mitgliedstaaten vorsehen müssen, „dass die Art. 18 bis 22 keine Anwendung auf Urheber eines Computerprogramms ... finden“. § 69a Abs. 5 UrhG enthält gleichfalls Ausnahmen für Software, dort werden allerdings nur die Vorschriften über Auskunfts- und Zweitverwertungsrechte, nicht allerdings die §§ 32, 32a UrhG ausgenommen. Die Richtlinie enthält für die letztgenannten Normen scheinbar die überraschende Bestimmung, dass Softwareurheber nicht angemessen vergütet werden müssen. Das ist verfassungsrechtlich bedenklich und nur vertretbar, wenn sichergestellt wird, dass in der Praxis angemessene Vergütungen gezahlt werden oder wenn man argumentiert, dass der Softwareschutz keine urheberrechtlich schutzfähige Leistung ist. Beides erzeugt Diskussionsbedarf. Der deutsche Gesetzgeber kann es auf einen Verfassungsstreit ankommen lassen und § 69a Abs. 5 UrhG unangetastet lassen. Sonst müssten die §§ 32, 32a UrhG in den Katalog des § 69a Abs. 5 UrhG aufgenommen werden.

## **7. Sonstiges**

Das deutsche Recht differenziert systematisch zwischen den werkbezogenen Regeln und den Vorschriften zum Schutz ausübender Künstler. Die werkbezogenen, die Urheber betreffenden Regeln werden durch eine Verweisungsnorm auf die ausübenden Künstler erstreckt (§ 79 Abs. 2a UrhG). Diese Regelungstechnik kann beibehalten werden, auch wenn das Unionsrecht jeweils beide Beteiligtegruppen nennt. Der Katalog des § 79 Abs. 2a UrhG muss nur ggf. angepasst werden (z.B. um § 40a UrhG, sollte diese Norm als einzige Umsetzung des Art. 22 DSM-RL gewählt werden).

## **XI. Schlussbestimmungen (Artikel 24 bis 32)**

Nach Art. 26 Abs. 2 DSM-RL gilt die Richtlinie nicht für Handlungen und Rechte, die vor dem Ablauf der zweijährigen Umsetzungsfrist abgeschlossen bzw. erworben wurden. Erst für die Zeit danach sind die Vorschriften des nationalen Rechts richtlinienkonform auszulegen. Hinsichtlich Auskunftsansprüchen (Art. 19 CDSM-RL) gilt dies für den Zeitraum ab drei Jahren nach Inkrafttreten auch für Verträge vor dem 1.3.2017.<sup>164</sup> Diese Änderungen sind in der Übergangsvorschrift des § 132 UrhG festzuhalten. Hieraus würde sich ergeben, dass jedenfalls die Auskunftspflichten nicht

---

<sup>164</sup> Vgl. *Schulze*, GRUR 2019, 682 (685).

rückwirkend gelten, auskunftspflichtig im Sinne der zu ändernden Vorschriften in §§ 32d, 32e UrhG sollten nur Vorgänge ab Inkrafttreten dieser Änderungen sein. Das erlaubt es den Betroffenen, Strukturen zu errichten, die den Wechsel vom Auskunftsanspruch zur Auskunftspflicht mit einiger Vorbereitungszeit vollziehen können.

## **B. Zur RICHTLINIE (EU) 2019/789 DES EUROPÄISCHEN PARLAMENTS UND DES RATES vom 17. April 2019 mit Vorschriften für die Ausübung von Urheberrechten und verwandten Schutzrechten in Bezug auf bestimmte Online-Übertragungen von Sendeunternehmen und die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen und zur Änderung der Richtlinie 93/83/EWG des Rates (Online-SatCab-RL)**

### **I. Allgemeine Vorbemerkungen zur Richtlinie**

Der von Rat und Parlament angenommene Kompromiss<sup>165</sup> der Online SatCab-RL sieht eine vorsichtige Erweiterung des Ursprungslandprinzips auf eigene ergänzende Online-Dienste der Sendeunternehmen (zur Definition s. Art. 2 Ziff. 1) vor, soweit es sich um Nachrichten und Tagesneuigkeiten sowie um Eigenproduktionen handelt. Diese Erweiterung gilt jedoch explizit nicht für Fremdproduktionen und Sportsendungen (Art. 3 Abs. 1). Zudem ist die Regelung nicht vertragsfest (Art. 2 Abs. 3). Zugleich ist der Erwerb der Rechte auch zur drahtlosen Weiterleitung einschließlich über Satelliten in das System der kollektiven Rechtewahrnehmung ebenso wie für OTT-Dienste in geschlossenen Systemen einbezogen worden (Art. 4). Das gilt mit Ausnahme der eigenen Rechte der Sendunternehmen (Art. 5). Den Mitgliedstaaten steht es frei, diese Regelung – wie auch die Regelung der Kabelweiterleitung der ursprünglichen SatCab-RL – auch auf nicht grenzüberschreitende Weiterleitungen anzuwenden (Art. 7). Zuletzt belässt die Richtlinie den Mitgliedstaaten einen Spielraum bei der Übertragung von Programmen mittels Direkteinspeisung (Art. 8).

Da der schließlich angenommene Richtlinienentext einen genau austarierten Kompromiss mit teils scharf gezogenen Grenzen zwischen denjenigen Handlungen, die der Richtlinie unterfallen, und denjenigen Handlungen, die ihr nicht unterfallen, darstellt, sollte sich die Umsetzung möglichst genau an den Wortlaut dieser Grenzen halten. Aus diesem Grund bedarf es denn auch nicht allzu vieler ergänzender Bemerkungen.

---

<sup>165</sup> Detailliert zur Entstehungsgeschichte *Auinger*, ZUM 2019, 537.



## **II. Ursprungslandprinzip (Artikel 2 Nummer 1, Artikel 3)**

Bei der Umsetzung der Online SatCab-RL sollten die in Art. 2 enthaltenen Begriffsbestimmungen einschließlich der Definitionen in denjenigen Bestimmungen anderer Richtlinien, auf die verwiesen wird, sowie ggf. Präzisierungen in den EGs der Online SatCab-RL möglichst in den deutschen Gesetzestext übernommen und eventuelle Abweichungen vom Wortlaut der Richtlinie so gering wie möglich gehalten werden.<sup>166</sup> Nur so lässt sich vermeiden, dass zusätzliche Spielräume für weitergehende Interpretationen eröffnet werden. Die unbestimmten Rechtsbegriffe präzisierende nationale Regelungen müssten hinsichtlich ihrer Vereinbarkeit mit der Richtlinie im Zweifelsfall ohnehin dem EuGH zur Klärung vorgelegt werden. Freilich lässt sich auch umgekehrt argumentieren: Wenn im Zweifelsfall ohnehin vorgelegt werden muss, könnte der Gesetzgeber zunächst im Wege der Präzisierung darauf hinwirken, dass es gar nicht erst – oder jedenfalls zu weniger – Streitfällen kommt.<sup>167</sup>

Für die Regelung des Ursprungslandprinzips gibt es in § 20a Abs. 1 UrhG bereits ein Vorbild, an das sich die Umsetzung von Art. 3 Online SatCab-RL anlehnen kann. Dabei sind die im Wege der Kompromissfindung sorgfältig austarierten Grenzen des Anwendungsbereichs der Vorschrift genauso ins nationale Recht zu übernehmen, wie sie von der Online SatCab-RL vorgezeichnet sind.

## **III. Rechtsausübung bei Weiterverbreitung (Artikel 2 Nummer 2 und 3, Artikel 4 und 5)**

### **1. Urheber- und Leistungsschutzrechte (Artikel 4)**

Die Weitersenderegulation des Art. 4 Online SatCab-RL, die der entsprechenden Regelung der SatCab-RL nachgebildet ist, hat aus diesem Grund für die Umsetzung bereits ein konkretes Vorbild in § 20b UrhG. Die Umsetzung kann sich deshalb am Wortlaut dieser Vorschrift orientieren. Das kann zum einen entweder im Wege der Streichung des Wortes „Kabel“ oder durch Schaffung eines eigenständigen neuen

---

<sup>166</sup> Dafür, die die Schwelle für eine OTT-Verbreitung demnach „niedrig“ anzusetzen *Hofmann*, ZUM 2019, 551 (555).

<sup>167</sup> Für eine Ausnutzung mitgliedstaatlicher Umsetzungsspielräume insoweit etwa *Dörr*, ZUM 2019, 556 (557 f.).

Paragrafen geschehen, der die technikneutrale Ausgestaltung der Weiterleitung zusammenfasst.<sup>168</sup>

Die Anlehnung an § 20b UrhG dürfte – da die Online SatCab-RL ebenso wenig wie zuvor die SatCab-RL eine Regelung hinsichtlich der Vergütung enthält – unter Einschluss des gesonderten Vergütungsanspruchs des Urhebers gegenüber dem Kabelweitersendeunternehmen gem. § 20b Abs. 2 UrhG gerechtfertigt sein. Die Kabelnetzbetreiber sind dagegen der Auffassung, dass dieser Vergütungsanspruch nicht nur in den beiden SatCab-RLn keine Grundlage finde, sondern zugleich aufgrund der Festschreibung eines allgemeinen Anspruchs auf angemessene Vergütung im direkten Vertragsverhältnis (§ 32 UrhG) überflüssig sei.<sup>169</sup> Wenn jedoch die Kabelweitersenderechte ohne gleichzeitige Vergütungsansprüche zugunsten der Urheber weitergefasst werden als bisher, so würde die Vorenthaltung des Vergütungsanspruchs eine Schiefelage schaffen, die die DSM-RL insgesamt wegen Art. 18 – 23 DSM-RL nicht will.

Zugleich ist vorgeschlagen worden, die Verwertungsgesellschaftenpflichtigkeit auch auf zeitversetzte „Replay“-Angebote auszudehnen.<sup>170</sup> Angesichts der Begrenzung der Regelung von Art. 4 auf „zeitgleiche“ Weiterleitungen in Art. 2 Ziff. 2 Online SatCab erscheint dies von der Online SatCab-RL jedoch nicht als gedeckt. Sofern es sich bei dieser Regelung um eine Vollharmonisierung handelt, kann dem Anliegen nicht im Wege der nationalen Umsetzung Rechnung getragen werden. In Betracht kommt hier daher wohl allenfalls eine kollektive Rechtebündelung im Sinne von Art. 12 DSM-RL.<sup>171</sup>

## **2. Rechte der Sendeunternehmen (Artikel 5)**

Die Ausnahme für die Ausübung der Rechte an der Weiterverbreitung durch Sendeunternehmen findet sich in vergleichbarer Form ebenfalls bereits in der SatCab-RL. Die Umsetzung von Art. 5 Online SatCab kann sich daher auch insoweit an den bereits bestehenden Vorschriften der §§ 20b Abs. 1 Satz 2, 87 Abs. 5 UrhG orientieren.<sup>172</sup> Diese Regelung mag im Zuge ihrer seinerzeitigen Einfügung ins Gesetz umstritten gewesen sein. Übernimmt man sie jedoch auch für den Regelungsbereich der Online

---

<sup>168</sup> Hofmann, ZUM 2019, 551 (555). – Für eine zusammenfassende einheitliche Regelung Niebler, ZUM 2019, 545 (550).

<sup>169</sup> Für eine „überfällige“ Streichung des zusätzlichen Vergütungsanspruches in § 20b Abs. 2 UrhG daher Charissé, ZUM 2019, 541 (543 f.).

<sup>170</sup> Charissé, ZUM 2019, 541 (544).

<sup>171</sup> So Dörr, ZUM 2019, 556 (560), auch für den Fall der Weiterverbreitung der Mediatheken auf Drittplattformen.

<sup>172</sup> So auch Hofmann, ZUM 2019, 551 (555).

SatCab-RL, so würden die Sendeunternehmen auch insoweit stärker in den Prozess der Rechteerteilung an die Weitersendeunternehmen eingebunden, als wenn die Ausübung ihrer Rechte ganz in ihr Belieben gestellt wäre.

Die Verhandlungspflicht gemäß Treu und Glauben (Art. 5 Abs. 2) findet sich bereits von der SatCab-RL veranlasst in § 36 Abs. 1 VGG.<sup>173</sup> Darüber hinaus dürften weiteren Vorschriften des VGG (z.B. die Außenseiterregelung in § 50 VGG und die Regelung zur Schiedsstelle in § 92 VGG) anzupassen sein.<sup>174</sup>

Als Vermittlungsstelle gem. Art. 6 kommt – wie schon in Bezug auf Art. 11 SatCab-RL aufgrund von § 92 Abs. 2 VGG – einmal mehr die beim DPMA angesiedelte Schiedsstelle in Betracht.

#### **IV. Weiterverbreitung aus demselben Mitgliedstaat (Artikel 7)**

Art. 7 erlaubt den Mitgliedstaaten nun erstmals explizit, die ursprünglich allein für grenzüberschreitende Kabelweitersendung konzipierten Regeln (s. Kapitel III der SatCab-RL), auch auf rein innerstaatliche Weiterleitungen anzuwenden, und zwar sowohl was Weiterleitungen nach der SatCab-RL als auch nach der neuen Online SatCab-RL anbelangt. Das hatte der deutsche Gesetzgeber für die traditionelle Kabelweiterleitung jedoch bereits vor Verabschiedung der Online SatCab-RL so gehandhabt (s. § 20b Abs. 1 Satz 1 UrhG).<sup>175</sup>

#### **V. Direkteinspeisung (Artikel 2 Nummer 4, Artikel 8)**

##### **1. Gemeinsame öffentliche Wiedergabe (Artikel 8 Absatz 1)**

Nach Art. 8 Abs. 1 Satz 2 Online SatCab-RL steht es den Mitgliedstaaten frei, in Fällen der Direkteinspeisung („pure injection“) – bei der die programmtragenden Signale vom Sendeunternehmen dem Signalverteiler zugespielt werden, ohne dass sie zugleich

---

<sup>173</sup> Hofmann, ZUM 2019, 551 (555), plädiert insoweit für die Berücksichtigung des Zwangslizenzeinwandes dafür, dass entsprechend § 37 VGG mit der Nutzung bereits nach Hinterlegung der von der Schiedsstelle festgelegten Vergütung begonnen werden darf.

<sup>174</sup> Niebler, ZUM 2019, 545 (550).

<sup>175</sup> Anders bislang für die zeitgleiche und unveränderte Weitersendung von Fernsehsendungen über das Internetprotokoll LG Hamburg, ZUM 2009, 582.

auch der Öffentlichkeit zum Empfang zugänglich gemacht werden – die Modalitäten für die Einholung der Erlaubnis der Rechteinhaber festzulegen, für die nach Art. 8 Abs. 1 Satz 1 Online SatCab grundsätzlich sowohl das Sendeunternehmen als auch der Signalverteiler verantwortlich sind.<sup>176</sup> Um zu verhindern, dass hier in der Praxis zwei Erlaubnisse eingeholt werden müssen, sollte der Umsetzungsgesetzgeber einen der beiden Beteiligten zur Einholung der Erlaubnis verpflichten. Das könnte insbesondere das Sendeunternehmen sein, das dann verpflichtet wäre, die Erlaubnis auch für den Signalverteiler einzuholen.<sup>177</sup> Zugleich könnte klargestellt werden, dass ein Signalverteiler, der lediglich als Hilfsperson des Sendeunternehmens agiert, nicht selbst eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe vornimmt.<sup>178</sup> Ebenso könnte aus ErwG 20 in das deutsche UrhG übernommen werden, dass Sendeunternehmen und Signalverteiler zwar „Teilnehmer einer einheitlichen öffentlichen Wiedergabe“ sind, sie gleichwohl jedoch nicht „gemeinsam haftbar“ sind.<sup>179</sup>

## 2. Rechtsausübung bei Direkteinspeisung (Artikel 8 Absatz 2)

Einen weiteren Spielraum eröffnet Art. 8 Abs. 2 Online SatCab-RL, indem er es den Mitgliedstaaten freistellt, die Erteilung der Erlaubnis an die Signalverteiler verwertungsgesellschaftenpflichtig zu machen. Sofern sich der Umsetzungsgesetzgeber dafür entscheidet, allein das Sendeunternehmen mit der Einholung der Erlaubnis auch für den Signalverteiler zu betrauen, dürfte das Bedürfnis, letztere verwertungsgesellschaftenpflichtig zu machen, dagegen weitgehend entfallen sein.<sup>180</sup> Letzteres erscheint allerdings vor allem aus Sicht derjenigen Verwertungsgesellschaften problematisch, die keine Senderechte wahrnehmen, sondern nur verwertungsgesellschaftenpflichtige Kabelweitersendungsrechte und diesbezügliche Vergütungsansprüche. Hält man dieses

---

<sup>176</sup> Der EuGH hatte hier noch entweder eine Verantwortlichkeit des Sendunternehmens oder des Signalverteilers angenommen, je nachdem, ob letzterer eigenständig gehandelt hat oder als Hilfsperson des Sendeunternehmens anzusehen ist. Im Ergebnis handelt es sich danach jedoch in beiden Fällen immer nur um eine einzige öffentliche Wiedergabe; EuGH Rs. C-325/14, ECLI:EU:C:2015:764 – *SBS*.

<sup>177</sup> *Auinger*, ZUM 2019, 537 (539).

<sup>178</sup> So *Charissé*, ZUM 2019, 541 (545).

<sup>179</sup> A.A. ohne nähere Begründung jedoch *Niebler*, ZUM 2019, 545 (550) („jede der beteiligten Parteien braucht eine eigene Lizenz“).

<sup>180</sup> S. dazu auch *Auinger*, ZUM 2019, 537 (539). – *Niebler*, ZUM 2019, 545 (550) hingegen schlägt die Aufnahme einer gesetzlichen Fiktion vor, „nach der die Handlung des Sendeunternehmens als Sendung im Sinne des § 20 UrhG, die Handlung des Signalverteilers hingegen als Tatbestand des neuen technologieneutralen Weiterverbreitungsrechts gilt.“

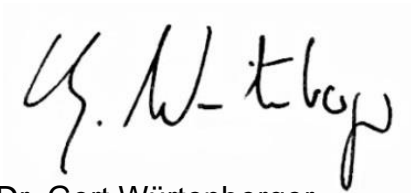
Argument für stichhaltig, so sollte es – wie bei der „normalen“ Kabelweitersendung – dabeibleiben, dass der Signalverteiler bei der Direkteinspeisung eine Lizenz benötigt; die Lizenzierung sollte dabei – analog zur Kabelweitersendung und entsprechend Art. 8 Abs. 2 Online-SatCab-RL – dem Regime der kollektiven Verwertung unterstellt werden.

### 3. Art. 9

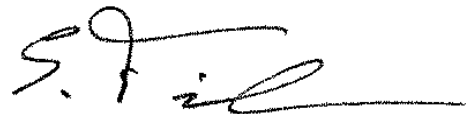
Die Änderung von Art. 1 Abs. 3 der SatCab-RL durch Art. 9 der Online-SatCab-RL wird sich bei der Umsetzung auch in der Formulierung von § 20b Abs. 1 Satz UrhG wiederfinden müssen.

### C. Sonstige Anmerkungen

Keine.



Dr. Gert Würtenberger  
Präsident



Stephan Freischem  
Generalsekretär