

[iRights e.V. | Almstadtstr. 9-11 | 10119 Berlin](#)

Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz

Per E-Mail: konsultation-urheberrecht@bmjv.bund.de

Berlin, den 6. September 2019

Stellungnahme zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG einschließlich der Stellungnahme Deutschlands zu Artikel 17 dieser Richtlinie

Dr. Till Kreuzer, Vorstandsvorsitzender des iRights e.V.

Über iRights

Der iRights e.V. ist ein gemeinnütziger Verein in Berlin. Sein Zweck liegt vor allem darin, rechtliche Themen in der digitalen Welt zu untersuchen, sie zu erklären und hierüber zu berichten. Kern der Arbeit des iRights e.V. ist der Betrieb der Online-Präsenz iRights.info. iRights.info ist Informationsplattform und Online-Magazin in einem. Seit 2005 berichten wir über rechtliche Fragen der digitalen Welt aus verschiedenen Perspektiven – Recht, Politik, Technik, Kultur – verständlich und praxisorientiert für Laien, aber auch für Profis. Wir erläutern, was erlaubt und was verboten ist, machen Schwachstellen bekannt, fördern die Diskussion über Gegenwart und Zukunft des Urheberrechts und anderer gesellschaftlich bedeutender Rechtsgebiete und die Auswirkungen des Internets auf unser Leben. Für diese Arbeit wurde iRights.info unter anderem mit dem Grimme Online Award in der Kategorie Information, dem Klicksafe-Preis für Sicherheit im Internet und bei den Lead-Awards ausgezeichnet.

- 1 -

iRights e.V. | Almstadtstraße 9-11 | 10119 Berlin

T +49 30 8937 0103 | F +49 9168 1849 | tk@irights.info | www.irights.info

GLS Bank | KTO 1127608800 | BLZ 43060967 | IBAN DE94 4306 0967 1127 6088 00 | BIC/SWIFT GENODEM1GLS
VR 28902 B | iRights e.V. - als gemeinnützig anerkannt | FA für Körperschaften Berlin

Stellungnahme zu ausgewählten Regelungsaspekten

I. Allgemeine Vorbemerkungen zur Richtlinie

Die Richtlinie (EU) 2019/790 (nachstehend DSM-RL) stellt einen bedeutenden Meilenstein in der Fortentwicklung des Urheberrechts in der digitalen Welt dar. Im Rahmen ihrer Umsetzung gilt es angesichts der erheblichen Spielräume für die nationalen Gesetzgeber, die betroffenen Interessen ausgewogen zu berücksichtigen. Hierzu zählen neben den Belangen der Urheber, Verwerter und (Online-)Wirtschaft auch die der Internet-Nutzer, Lehrer, Forscher, Archivare und vieler anderer Menschen, die in privatem oder beruflichem Kontext ständig mit urheberrechtlichen Fragen konfrontiert werden. Die Interessen der Internet-Nutzer*innen wurden bei der Abfassung der Richtlinie leider vernachlässigt. Entsprechend wichtig ist es uns nun, dass ihre Belange im Rahmen der Umsetzung in größtmöglichem Maße Berücksichtigung finden, soweit die Richtlinie hierfür Spielräume eröffnet. Zu den angesprochenen Gemeinwohlinteressen gehören neben individuellen Nutzungsinteressen beispielsweise auch das Interesse an technischen Innovationen, an einer funktionierenden Bildung und Forschungslandschaft, am Erhalt des kulturellen Erbes und Vieles mehr. Entsprechend nehmen wir nachstehend auch zu Regelungsaspekten Stellung, die Internet-Nutzer*innen nicht unmittelbar betreffen. Bei der Nummerierung der Gliederungspunkte haben wir uns an die Vorlage des BMJV gehalten.

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)

Text- und Data-Mining (TDM) ist heutzutage eine unverzichtbare Methode moderner Entwicklung und Forschung. Nicht nur die Wissenschaft wendet solche Analysen großer Datenmengen zur Erkenntnisgewinnung an, sondern auch Unternehmen aus allen Branchen. Unter anderem basieren hierauf sämtliche Technologien, die selbstlernende Software und Algorithmen (Stichwort: Künstliche Intelligenz) einsetzen. TDM ist damit ein erheblicher Treiber für Wirtschaft, Wissenschaft, Bildung und Wohlstand.

Entsprechend gilt es, die urheberrechtlichen Hürden für TDM so niedrig wie möglich zu halten. Dies gilt umso mehr vor dem Hintergrund, dass die bei TDM unter Umständen vorgenommenen, urheberrechtlich relevanten Handlungen in aller Regel weder den Urhebern noch den Verwertern schaden. Die hierbei erzeugten Kopien werden nicht zum Werkgenuss, sondern

lediglich für technische Analysen verwendet. Ein Substitutionseffekt für die Werkverwertung ist damit ebenso wenig zu befürchten, wie sonstige relevante Eingriffe in die Interessen von Rechteinhabern. Der Grundsatz sollte daher lauten: „The right to read is the right to mine“.

Vor diesem Hintergrund sollte bei der Umsetzung von Art. 3 besonders auf folgende Aspekte geachtet werden.

- Entsprechend der Erwägungsgründe (nachstehend: EG) 12 und 13 sollte eine breite Definition der privilegierten Einrichtungen gefunden werden. Neben Forschungseinrichtungen sind kulturelle Institutionen zu nennen.
- Entsprechend EG 11 sollte darauf geachtet werden, dass die privilegierten Einrichtungen TDM auch durch Dritte und für Dritte vornehmen lassen können. So wird eine Aufgabenverteilung, beispielsweise in institutionellen Verbänden, erst ermöglicht.
- Entsprechend EG 14 sollte darauf geachtet werden, dass eine breite Definition von „rechtmäßigem Zugang“ gefunden wird. Frei im Internet verfügbare Inhalte sollten eindeutig hierunter gefasst werden. Ansonsten wird die Schranke in ihrem wohl wichtigsten Anwendungsbereich gefährdet.
- Die Löschungspflicht für den Korpus und die für das TDM erstellten Vervielfältigungen in § 60d Abs. 3 UrhG sollte in Übereinstimmung mit Art. 3 Abs. 2 DSM-RL entfernt werden.
- Die TDM-Schranken sollten ausdrücklich auch für das Leistungsschutzrecht für Presseverleger gelten (entsprechend Art. 3 Abs. 1 und 4 Abs. 1). Diesbezüglicher Umsetzungsbedarf ergäbe sich nur im Falle einer Neuregelung des Leistungsschutzrechts für Presseverleger (siehe hierzu die Ausführungen unten zu Art. 15). Auch der geltende § 87g Abs. 4 UrhG erklärt sämtliche Schranken des Abschnitts 1, 6. Teil, für anwendbar.
- Namensnennung und Quellenangaben sind weder nach Art. 3 noch Art. 4 vorgegeben. Die diesbezügliche Pflicht zur Quellenangabe in § 63 UrhG sollte gestrichen werden, da sie ohnehin bei der massenhaften Analyse von Daten nicht umgesetzt werden kann. Im Übrigen besteht auch keine urheberpersönlichkeitsrechtliche Notwendigkeit für die Nennung von Urhebern und Quellen, da die Vervielfältigungsstücke beim TDM nicht dem Werkgenuss dienen.
- TDM-Maßnahmen sollten gemäß EG 17 von der Vergütungspflicht in § 60h UrhG ausgenommen werden. Ein gerechter Ausgleich ist weder in Art. 3 noch Art. 4 vorgeschrieben. Da die Richtlinie Vollharmonisierung anstrebt, können Vergütungsansprüche nur in solchen Schranken geregelt werden, bei denen dies von der Richtlinie ausdrücklich

vorgesehen ist. Dies folgt im Umkehrschluss auch aus der Gestattung eines „gerechten Ausgleichs“ in Art. 5 Abs. 4.

- TDM ist von der Beschränkung in § 95b Abs. 3 UrhG auszunehmen. Siehe Art. 7 Abs. 2, der Art. 6 Abs. 4 UA 4 der InfoSoc-RL gerade nicht für anwendbar erklärt.

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

Auch für die erweiterte Regelung zu TDM gelten die einleitenden Ausführungen oben. Entsprechend sollte bei der Umsetzung von Art. 4 besonders auf folgende Aspekte geachtet werden:

- Art. 4 ist nicht auf TDM durch kommerzielle Unternehmen beschränkt. Er privilegiert auch die in Art. 3 genannten Einrichtungen. Die Erstreckung von Art. 4 ist relevant, sofern solche beim TDM Nutzungshandlungen vornehmen, die von Art. 3 nicht abgedeckt werden. Das könnte im Hinblick auf TDM Bedeutung erlangen, das sich auf Computerprogramme bezieht (siehe nächster Punkt). Im Übrigen ist Art. 4 auch auf das durch Individuen praktizierte TDM anwendbar (zum Beispiel individuelle Forscher oder auch Privatpersonen). Bei der Umsetzung sollten daher keine Einschränkungen bezüglich der privilegierten Nutzer vorgesehen werden.
- Es sollte darauf geachtet werden, dass sich eine neue Schrankenbestimmung des Urheberrechtsgesetzes entsprechend Art. 4 Abs. 1 auch auf Computerprogramme (und Datenbanken) bezieht. Das ist umso bedeutender als vertreten wird, dass es sich bei Webseiten um Computerprogramme im urheberrechtlichen Sinn handelt. Ein diesbezügliches Verfahren ist derzeit vor dem LG Hamburg anhängig (siehe <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/lg-hamburg-werbeblocker-adblocker-axel-springer-eyeo-urheberrecht-verletzung/> sowie eingehend zum Thema: Kreuzer, Werbeblocker und Urheberrecht, MMR 2018, 639 ff.). Einschränkungen von TDM bezüglich Computerprogramme könnten daher dazu führen, dass Webseiten nicht mehr analysiert werden dürften. Dies würde dem Regelungszweck von Art. 3 und 4 diametral zuwiderlaufen. Daher sollte zudem erwogen werden, TDM-Maßnahmen durch Forschungseinrichtungen und Institutionen des Kulturerbes gemäß Art. 3 ebenfalls auf Computerprogramme zu erstrecken. Es erscheint widersinnig und ist vermutlich ein Versehen, dass nur Art. 4, nicht aber Art. 3 auf Computerprogrammen anwendbar sein soll. Die Befugnisse nach Art. 3 sollen schließlich weiter gehen, da die hierunter fallenden Maßnahmen des TDM im öffentlichen Interesse liegen.

- Rechtevorbehalte gemäß Art. 4 Abs. 3 sollten die Anwendbarkeit der Schrankenbestimmung nur ausschließen, wenn sie in maschinenlesbarer Form erklärt werden. Dies muss insbesondere für Internet-Inhalte gelten (so auch EG 18, Abs. 2). Da TDM per definitionem technisch erfolgt – durch Software, Algorithmen – sollte diese Regel jedoch auch für auf anderem Weg veröffentlichte digitale Inhalte gelten. Ansonsten kann die Einhaltung solcher Rechtevorbehalte nicht gewährleistet werden. Hierfür müssten manuelle Prüfungen vorgenommen werden, die bei großen Datenbeständen nicht geleistet werden können.
- Etwaige Löschungsvorgaben gemäß Art. 4 Abs. 2 sollten berücksichtigen, dass „die Zwecke des TDM“ generell auch darin liegen, die Ergebnisse dauerhaft zu belegen und zu erklären und Transparenz über die zugrundeliegenden Datenquellen auch nachhaltig gewährleisten zu können. Werden die Daten gelöscht, auf denen die durch TDM ermöglichten Auswertungen, Analysen und Erkenntnisse basieren, ist dies nicht mehr gewährleistet.

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

Angesichts der Regelung in § 60a UrhG besteht in Bezug auf Art. 5 nur kosmetischer Anpassungsbedarf. Dass diese Regelung für die Lehre von herausragender Bedeutung ist, bedarf wohl keiner weiteren Erläuterung. Folgende Aspekte sollten aus unserer Sicht bei der Umsetzung und etwaigen Anpassungen des § 60a UrhG bedacht werden:

- Die Regelung sollte entsprechend Art. 5 Abs. 1 auf die Nutzung von Computerprogrammen erstreckt werden.
- Entsprechend EG 22 sollte der Kreis der privilegierten Bildungseinrichtungen erweitert und in § 60a Abs. 4 UrhG sollten kulturelle Einrichtungen aufgenommen werden. Gemäß EG 22 sollen zu den Privilegierten auch „Museen, Bibliotheken oder anderen Einrichtungen des Kulturerbes“ zählen.
- § 60a Abs. 2 UrhG sollte um weitere Sonderregelungen für spezielle Inhalte erweitert werden. Computerprogramme oder Computerspiele beispielsweise können der Veranschaulichung des Unterrichts nicht dienen, wenn sie nur teilweise genutzt werden dürfen. Solche Inhalte können normalerweise (außer bei Open Source Software) vom Endnutzer nicht „aufgeteilt“ werden, da sie nur als ausführbare – und damit nur vollständig nutzbare – Dateien vertrieben werden. Wäre nur eine teilweise Nutzung zulässig, wären Computerprogramme in aller Regel nicht nutzbar, sondern allenfalls deren grafische Darstellung (zum Beispiel in Form von

Screenshots oder ähnlichem). Auch bei gemäß §§ 87a ff. UrhG geschützten Datenbanken ist die Umfangsbeschränkung oft nicht sinnvoll und zudem unionsrechtlich nicht geboten. Entsprechend sollte eine Klarstellung in § 87c Nr. 3 (und möglichst auch in Nr. 2) vorgenommen werden.

- Es sollte überdacht werden, die generelle Umfangsbeschränkung (15 Prozent des Schutzgegenstandes) zu öffnen. Zwar ist die Begrenzung aufgrund ihrer Klarheit sehr zu begrüßen. Dennoch wird dieser Anteil häufig nicht ausreichen, um das Ziel, die Veranschaulichung im Unterricht, zu erreichen. Die Richtlinie gibt keine Umfangsbeschränkungen vor, sondern überlässt diesen Aspekt den Mitgliedstaaten (siehe EG 21). Um die konkrete Begrenzung des zulässigen Umfangs zu erhalten und dennoch eine Flexibilität für hierüber hinausgehende Notwendigkeiten im Einzelfall zu schaffen, wäre Folgendes denkbar: Die Worte „bis zu“ in § 60a Abs. 1 UrhG werden gestrichen. Abs. 2 wird durch eine generelle Öffnungsklausel ergänzt, etwa einen neuen Satz 1: „Abweichend von Absatz 1 dürfen größere Teile von Werken genutzt werden, soweit das zur Veranschaulichung des Unterrichts erforderlich ist“.
- Die Beschränkung des § 60a UrhG auf „veröffentlichte Werke“ sollte gestrichen werden. Die Richtlinie sieht keine derartige Beschränkung vor. Auch unveröffentlichte Werke können für Unterrichtszwecke bedeutend sein. Man denke beispielsweise an alte Fotos oder Briefe.
- Eine Beschränkung der Nutzungsbefugnisse durch Lizenzierungsvorbehalte (siehe Art. 5 Abs. 2) sollte weder generell noch in Bezug auf konkrete Inhalte eingeführt werden. Der deutsche Gesetzgeber hat sich in der Reform des UrhWissG bewusst und mit guten Gründen gegen Lizenzierungsvorbehalte jeglicher Art entschieden. Solche können und werden die Anwendbarkeit der Schrankenbestimmung erheblich behindern. Allenfalls könnte erwogen werden, die gemäß § 60a Abs. 3 UrhG bislang gänzlich von der Nutzung ausgeschlossenen Inhalte mit Hinweis auf einen solchen Lizenzvorbehalt in den Anwendungsbereich aufzunehmen. Für diesen Fall sind die in EG 23 enthaltenen Prinzipien auf den Lizenzierungsvorbehalt anzuwenden, vor allem dass dieser nur gilt, wenn entsprechende Angebote vorhanden sind, „die den Bedürfnissen der Bildungseinrichtungen entsprechen.“
- Das in Art. 5 Abs. 3 DSM-RL vorgeschriebene Ursprungslandprinzip ist umzusetzen.

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

Angesichts der bereits bestehenden Archivierungsschranken des Urheberrechtsgesetzes (§§ 53 Abs. 2 Nr. 2, 60e, 60f UrhG) entspricht der Inhalt von Art. 6 ebenfalls bereits weitgehend geltendem deutschen Recht. Der Anwendungsbereich der §§ 60e und 60f UrhG ist jedoch auf Computerprogramme und (sui-generis-)Datenbanken zu erweitern.

III. Vergriffene Werke (Artikel 8 bis 11)

Eine erleichterte Nutzung von vergriffenen Werken hat enormes Potenzial, kulturelle Schätze zu heben. Die Bedeutung einer effizienten Lösung dieses Aspekts kann nicht überbetont werden. Im deutschen Recht existiert mit den §§ 51-52a VGG bislang nur ein sehr eingeschränkter Lösungsansatz. Insbesondere ist dem deutschen Recht eine diesbezügliche Schranke hinzuzufügen.

Die Richtlinie strebt eine möglichst umfassende Lösung an, vergriffene Werke zumindest durch Einrichtung des Kulturerbes nutzbar machen zu lassen. Das ist ausdrücklich zu begrüßen und entspricht der allgemeinen Interessenlage. An vergriffenen Werken sind die wirtschaftlichen Interessen von Rechteinhabern oder Urhebern in aller Regel erloschen. Eine Wiederveröffentlichung im kulturellen Interesse erzeugt daher keinen Interessenkonflikt. Vor diesem Hintergrund sollten die Art. 8-11 im größtmöglichen Umfang umgesetzt werden.

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

Bei der Definition des Anwendungsbereichs sind nach unserer Auffassung folgende Aspekte zu beachten.

a) Allgemeines

- Werke sollten auch dann als vergriffen angesehen werden, wenn sie bislang unveröffentlicht waren. Dass dies im Sinne der Richtlinie ist, ergibt sich aus EG 37. Eine Erstreckung auf unveröffentlichte Werke steigert den kulturellen Nutzen der Regelung erheblich. Unter anderem können Fotos häufig nicht veröffentlicht werden, weil ihre Herkunft und umso mehr ihr rechtlicher Status nicht zu klären sind. Die §§ 61 ff. UrhG zu verwaisten Werken helfen hier nicht weiter, weil unveröffentlichte Werke nicht unter ihren Anwendungsbereich fallen. Selbstverständlich sind in diesem Kontext vor allem Belange des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zu wahren.

- Es sollten keine Beschränkungen, Sonderregeln oder Ausnahmen für bestimmte Schutzgegenstände vorgesehen werden.
- Es sollten möglichst präzise Anforderungen an die Statusfeststellung (Art. 8 Abs. 5) als vergriffenes Werk und an den für die Feststellung erforderlichen „vertretbaren Aufwand“ aufgestellt werden. Sinnvoll wäre eine Unterscheidung nach Werkgruppen beziehungsweise Inhaltsformen. Die Anforderungen müssen klar und einfach zu erfüllen sein, sonst wird von den Möglichkeiten des Art. 8 erfahrungsgemäß kein Gebrauch gemacht werden. Beispielsweise sollte festgelegt werden, dass es sich bei inoffiziellen Online-Quellen, etwa auf individuellen Webseiten, auf Tauschplattformen oder Gebrauchtmärkten nicht um „übliche Vertriebswege“ handelt (siehe hierzu EG 38). Die Kriterien sollten möglichst einheitlich und grenzüberschreitend gelten und im Dialog der Interessenträger (Art. 11) ermittelt werden.
- Der von einer Verwertungsgesellschaft festgestellte Status als vergriffenes Werk sollte eine Vermutung zugunsten des Nutzers auslösen, dass die Feststellung fehlerfrei ist.

b) Lizenzvergabe durch Verwertungsgesellschaften

- Die Beschränkungen hinsichtlich der zu lizenzierenden Verwertungsrechte (§ 51 Abs. 1 VGG) und bestimmter Inhaltsarten und Veröffentlichungsformen (§ 51 Abs. 1, Nr. 1 VGG) sind zu streichen.
- Gleiches gilt für den in § 51 Abs. 1, Nr. 1 VGG genannten Stichtag (siehe Art. 8 Abs. 5 UA 2).

c) Schrankenbestimmung

- Es ist eine neue Schrankenbestimmung entsprechend Art. 8 Abs. 2 einzuführen.
- Die Schrankenbestimmung soll für alle Arten von Werken und geschützten Leistungen gelten, auch Computerprogramme und Datenbanken.
- Die Schrankenbestimmung enthält keine Vergütungspflicht. Die RL sieht einen gerechten Ausgleich nicht vor. Aus ihrem Vollharmonisierungs-Ansatz ergibt sich, dass das nationale Recht eine Vergütungspflicht nur vorsehen darf, wenn sie in der Richtlinie verankert ist (siehe oben).

- Grenzüberschreitende Nutzungen sind nach dem Herkunftslandprinzip zu beurteilen (Art. 9 Abs. 2).

VI. Gemeinfreie Werke der bildenden Kunst (Artikel 14)

Art. 14 ist gerade in Deutschland wegen des hier bestehenden, wohl einzigartig weit gehenden Lichtbild- und Laufbildschutzes von großer Bedeutung. Bekanntlich entstehen Lichtbildrechte nach der Rechtsprechung des BGH sogar an originalgetreuen Reprografien von gemeinfreien Werken (BGH - Museumsbilder, Az. I ZR 104/17, siehe hierzu <https://iri-ghts.info/schlagwort/reiss-engelhorn-museen>).

Über die reine Umsetzung von Art. 14 DSM-RL hinaus sollte daher die Gelegenheit ergriffen werden, den aus heutiger Sicht überbordenden und in weiten Teilen ungerechtfertigten Schutz einfacher Fotografien und Schnappschüsse sowie von Laufbildern einzugrenzen. Durch die Laufbild- und Lichtbildrechte für Handyvideos und simpelste Schnappschüsse oder reine Reprofotografien entstehen täglich massenhaft weit reichende und lang währende Schutzrechte. Eine Rechtfertigung hierfür ist meist nicht mehr vorhanden. Bei Einführung des KUG im Jahr 1907 waren erhebliche Fähigkeiten, Leistungen und Investitionen erforderlich, um ein Foto zu erzeugen. Dies rechtfertigte Sonderrechtsschutz für jegliche Fotografie, unabhängig von der schöpferischen Leistung. Heute kann indes jeder, selbst Tiere, mit den verfügbaren Technologien Fotos machen (siehe beispielsweise <https://policyreview.info/articles/analysis/monkey-selfie-copyright-lessons-originality-photographs-and-internet-jurisdiction>). Für Laufbilder (Videos) gilt nichts anderes.

Da die deutschen Laufbild- und Lichtbildrechte weder im europäischen *acquis* noch in internationalen Verträgen enthalten sind, ist Deutschland bei der Ausgestaltung frei. Auch die DSM-RL enthält über den Regelgehalt von Art. 14 hinaus keine Vorgaben für diese Schutzgegenstände. Eine EU-Harmonisierung von Lichtbildrechten ergibt sich daher aus Art. 14 nicht, weder in Bezug auf deren Gewährung noch auf deren Ausgestaltung. Wohlgemerkt geht es uns hier nicht um den Schutz von urheberrechtlich geschützten Fotos oder Videos, sondern allein um Licht- und Laufbildrechte.

Eine den Art. 14 umsetzende Regelung sollte daher aus unserer Sicht ...

- ... nicht nur Abbildungen von nicht mehr geschützten Werken der bildenden Kunst betreffen, sondern sich auf jeden Schutzgegenstand beziehen, der gemeinfrei geworden ist (also auch Bilder von alten Zeitungen oder gemeinfreien Gebäuden).

- ... die Entstehung jeglichen Schutzrechts an originalgetreuen Vervielfältigungen und Abbildungen von gemeinfreien Inhalten ausschließen. Entsprechend sollte sich die Umsetzungsnorm beispielsweise auch auf Leistungsschutzrechte für Presseverleger, Rechte an wissenschaftlichen Ausgaben und nachgelassenen Werken beziehen.
- ... auch originalgetreue Abbildungen von per se gemeinfreien Motiven erfassen (zum Beispiel von geistigen Schöpfungen, die mangels Schöpfungshöhe noch nie geschützt waren).
- ... klarstellen, dass jegliche digitale Reproduktion gemeint ist, gleich in welcher Form (sowohl zwei- als auch dreidimensionale Abbildungen).
- ... klarstellen, dass diese Regel unabhängig davon gilt, welcher finanzielle, organisatorische oder persönliche Aufwand bei der Erstellung solcher Vervielfältigungsstücke erbracht wurde. Auch sollte klargestellt werden, dass die Intention des Nachnutzers nicht von Belang ist. Ob er etwa die insoweit gemeinfreien Abbildungen und Vervielfältigungen kommerziell nutzen will oder nicht, ist unerheblich. Es ist ein in der Praxis weit verbreiteter Irrglaube, dass solche Faktoren bei der Frage, ob eine Nachnutzung zulässig ist, relevant sind. Dieser könnte durch einen ausdrücklichen Hinweis im Gesetz oder zumindest in den Gesetzesmaterialien ausgeräumt werden.
- ... mit einer Übergangsbestimmung versehen werden für bereits geschützte Reproduktionsfotos bzw. -Laufbilder versehen werden. Art. 14 stellt den Grundsatz der Akzessorietät der Schutzdauer für originalgetreue Reproduktionen gemeinfreier Werke auf. Die Schutzdauer der Reproduktion soll danach vom Schutz der Vorlage abhängen. Erstreckt man diesen Effekt nicht auf bereits existierendes Material, könnte er sich auf viele Jahre hinweg nicht realisieren. Dies liegt an den langen Schutzfristen für Licht- und Laufbilder. Eine Übergangsbestimmung sollte daher zweierlei Funktionen erfüllen:
 - o Der Rechtsschutz auch bereits entstandener Leistungsschutzrechte an Reproduktionen gemeinfreier Werke sollte mit In-Kraft-Treten der Neuregelung entfallen.
 - o Rechte an Reproduktionen, deren Vorlagen zum Zeitpunkt der Herstellung noch nicht gemeinfrei waren, sollten automatisch erlöschen, wenn die Gemeinfreiheit nach In-Kraft-Treten der Neuregelung und während des noch laufenden Schutzes eintritt.

- ... mit einer Anpassung der Schutzdauer-Regelungen für Lauf- und Lichtbilder einhergehen. Die §§ 72 Abs. 3 und 95 in Verbindung mit 94 Abs. 3 UrhG sollten bezüglich Reproduktionen von gemeinfreien Vorlagen dynamisch ausgestaltet werden. Das heißt, dass Schutzrechte an originalgetreuen Abbildungen von Werken und anderen Schutzgegenständen mit dem Gemeinfreiwerden der Vorlage enden sollten, wenn dieser Zeitpunkt vor dem eigentlichen Ablauf des Leistungsschutzrechts eintritt. Nur so wird die oben beschriebene Akzessorietät der Schutzdauer gewährleistet.

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

Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger (nachstehend LSR) ist aus verschiedenen Gründen weder notwendig noch gerechtfertigt (siehe hierzu etwa <https://irights.info/artikel/sieben-the-sen-zum-leistungsschutzrecht-eine-stellungnahme-zum-zweiten-referentenentwurf/7256>). An den bereits im Rahmen der Diskussion über das LSR in Deutschland von nahezu allen Akteuren geäußerten Kritikpunkten hat sich nichts geändert. Entsprechend gilt es bei der Umsetzung, die hierdurch erzeugten negativen Effekte möglichst gering zu halten. Art. 15 sollte so restriktiv wie möglich umgesetzt werden.

Angesichts des anstehenden EuGH-Urteils zur Notifizierungspflicht des deutschen LSR und des Harmonisierungsgedankens der Richtlinie sollten die §§ 87f ff. UrhG vollständig durch eine Neuregelung ersetzt werden. Bei dieser Neuregelung ist aus unserer Sicht auf Folgendes zu achten:

1) Rechteinhaber und Schutzobjekt

- Die Begriffe „Presseverlag“ und „Presseveröffentlichung“ sollten möglichst klar und dabei restriktiv definiert werden. Gemäß EG 55 Abs. 2 sollen lediglich Presseverlage (im eigentlichen Sinne) und Presseagenturen Inhaber solcher Rechte sein. Ein Presseverlag muss eine „wirtschaftliche Tätigkeit erbringen, die im Sinne des Unionsrechts eine Dienstleistung darstellt“ (EG 56). Nur die Publikation solcher Inhalte können geschützt sein, die „auf Initiative sowie unter der redaktionellen Verantwortung und der Aufsicht (...) eines Presseverlags stattfindet“ (EG 56). Keine Presseverlage in diesem Sinne sind beispielsweise Wissenschaftsverlage deren Publikationen sich an ein spezielles Publikum und nicht die allgemeine Öffentlichkeit richten (EG 56, Art. 2, Nr. 4b). Dass der Begriff der Presseveröffentlichung

restriktiv und nur im eigentlichen Wortsinn verstanden werden soll, ergibt sich auch aus Art. 2 Nr. 4. Eine Presseveröffentlichung ist hiernach „eine Sammlung, die *hauptsächlich aus literarischen Werken journalistischer Art besteht*, aber auch sonstige Werke oder sonstige Schutzgegenstände enthalten kann“. Presseveröffentlichungen sind also nur solche Publikationen, die ganz überwiegend aus textlichen journalistischen Inhalten bestehen. Überdies müssen die Veröffentlichungen periodisch erfolgen und/oder regelmäßig aktualisiert werden.

- Das LSR soll nur an *Presseveröffentlichungen eines Presseverlags* bestehen (beide Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen).
- Hieraus ergeben sich verschiedene Einschränkungen sowohl des Begriffs des Presseverlags (Rechteinhabers) als auch der Presseveröffentlichung (Schutzobjekt). Diese sollten möglichst eindeutig im Gesetzeswortlaut beziehungsweise in den Gesetzesmotiven definiert werden.
 - o Rechteinhaber können lediglich gewerblich agierende Unternehmen sein (wirtschaftliche Tätigkeit steht im Vordergrund), die im eigentlichen Wortsinn als Presseverlag oder Presseagentur bezeichnet werden können. Im Umkehrschluss sind gemeinnützige Verlage, etwa Publikationsorgane von gemeinnützigen Vereinen oder Stiftungen, nicht als Presseverlage anzusehen. Bei ihnen steht eine wirtschaftliche Tätigkeit nicht im Vordergrund.
 - o Auch Rundfunkunternehmen sind keine Presseverlage. Das gilt unabhängig davon, ob sie auch Handlungen vornehmen, die denen von Presseverlagen gleichen (etwa Informations- und Nachrichten-Webseiten betreiben).
 - o Ebenso wenig sind Blogs, die nicht von einem Presseverlag im eigentlichen Sinne herausgegeben werden, Presseveröffentlichungen in diesem Sinne (EG 56).
 - o Publikationen von Presseverlagen, die nicht vorwiegend dazu dienen, die Öffentlichkeit über Nachrichten oder andere Inhalte zu informieren oder die nicht „hauptsächlich aus literarischen Werken journalistischer Art bestehen“ sind keine Presseveröffentlichungen. An Video-Nachrichtenseiten oder -Plattformen entstehen daher keine LSR.
 - o Publikationen eines Presseverlags, die nicht regelmäßig aktualisiert werden oder nicht periodisch unter einem Titel erscheinen, sind keine Presseveröffentlichungen. Ebenso wenig solche, die nicht unter einer redaktionellen Verantwortung des Presseverlags stehen. Beispielsweise bestehen keine

LSR an Inhalten von Autorenkollektiven, selbst wenn sie durch Verlage finanziell oder anderweitig unterstützt werden.

- Presseagenturen kommen zwar gemäß EG 55 Abs. 2 ebenfalls als Rechteinhaber in Betracht. LSR genießen sie jedoch nur in Bezug auf eigene Publikationen, die sämtliche oben genannte Merkmale von Presseveröffentlichungen aufweisen. Vor allem können sich Presseagenturen auf ein LSR nur in Bezug auf solche Veröffentlichungen berufen, die periodisch unter einem einheitlichen Titel erscheinen oder regelmäßig aktualisiert werden, die sich an die allgemeine Öffentlichkeit richten und so weiter. Mit anderen Worten: Im Gesetz oder den Materialien sollte deutlich klargestellt werden, dass Presseagenturen kommen nur dann in den Genuss des LSR kommen, wenn sie wie Presseverlage operieren und Presseveröffentlichungen im eigentlichen Sinn publizieren. Keineswegs bezieht sich das LSR auf einzelne, von Agenturen produzierte Inhalte oder auf Serien von Inhalten, die nur dazu dienen, zur Publikation an Verlage lizenziert zu werden.
- Das LSR ist gemäß Art. 15 Abs. 1 auf Presseverlage zu beschränken, die ihren Sitz in einem Mitgliedstaat haben.

2) Schutzrechte und Adressaten

- Das LSR umfasst lediglich die „Online-Nutzung“ von Presseveröffentlichungen von Presseverlagen durch „Dienste der Informationsgesellschaft“ (Art. 15 Abs. 1). Nur solche können in die Rechte der Vervielfältigung und öffentlichen Zugänglichmachung an Presseveröffentlichungen eingreifen. Nur wenn solche Dienste „Online-Nutzungen“ vornehmen, greift das LSR. Entsprechend sind folgende Aspekte klarzustellen:
 - Offline-Nutzungen und ganz generell sich nicht durch eine Online-Wahrnehmbarkeit durch Dritte auszeichnende Nutzungen fallen auch dann nicht unter das LSR, wenn sie durch Dienste der Informationsgesellschaft vorgenommen werden. Dies gilt etwa für reine Vervielfältigungen, die Mitarbeiter eines solchen Dienstes für den internen Gebrauch anfertigen. Selbst wenn ein Artikel hundertfach von einem solchen Dienst ausgedruckt würde, käme allenfalls ein Verstoß gegen das Urheberrecht, nicht aber das LSR in Betracht. Auch Vervielfältigungen, die lediglich beim Indexieren durch Suchdienste oder bei TDM-Maßnahmen entstehen, sind keine „Online-Nutzungen“ des Diensteanbieters. Sie werden Dritten nicht zugänglich gemacht.

- Adressaten sind ausschließlich „Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft“ gemäß Art. 1, Abs. 1b der Richtlinie (EU) 2015/1535. „Dienst bezeichnet hiernach eine Dienstleistung der Informationsgesellschaft, das heißt jede *in der Regel gegen Entgelt* elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung.“ Um das hiermit vorgegebene Regel-Ausnahme-Verhältnis nicht umzukehren, ist vorzusehen, dass Dienste, die nicht gegen Entgelt erbracht werden, in der Regel nicht erfasst werden.
- Es sollte zumindest in den Motiven erwähnt werden, dass „einzelne Nutzer“ nicht Adressaten des LSR sind (Art. 15 Abs. 2). Das ist an sich selbstverständlich, weil ein einzelner Nutzer kein Dienst ist. Selbst wenn solche „einzelnen Nutzer“ Dienste der Informationsgesellschaft erbringen, wird hierdurch nicht in das LSR eingegriffen, sofern diese nicht zur Gewinnerzielung und gegen Entgelt erbracht werden.
- Um diese Einschränkungen im Gesetzestext abzubilden, sollte sinngemäß formuliert werden: „Presseverlagen wird das Recht zur Vervielfältigung und zur öffentlichen Zugänglichmachung an ihren Presseveröffentlichungen gegenüber den Anbietern Diensten der Informationsgesellschaft gewährt, wenn diese die Presseveröffentlichungen online nutzen. Für unentgeltliche Dienste der Informationsgesellschaft gilt Satz 1 in der Regel nicht. (...)“
- Es sollte geregelt werden, dass das LSR nur an einer originären Veröffentlichung einer Presseveröffentlichung und der hierin enthaltenen Inhalte entstehen kann. Keine LSR bestehen daher an von Dritten lizenzierten Inhalten (vergleiche Art. 15 Abs. 2, UA 2). Ebenso wenig genießen bloße Wiederveröffentlichungen von bereits publizierten Inhalten LSR. Gleiches gilt für freie Inhalte (Open Content) oder gemeinfreies Material, sofern in Presseveröffentlichungen enthalten. Diese Schutzbereichsbegrenzungen sollten in den Gesetzestext, zumindest aber in die Materialien ausdrücklich aufgenommen werden. Ansonsten kann es zu multiplen Schutzrechten für dieselben Inhalte, zu Schutzrechtsberühmungen und Mehrfachvergütungen kommen. Auch kann nur so vermieden werden, dass an denselben Inhalten durch Wiederveröffentlichungen ständig neue Schutzrechte entstehen und so die Schutzdauerbegrenzung unterlaufen wird.
- Es ist klarzustellen, dass keine neuen Schutzrechte durch die Überarbeitung einer bereits publizierten Presseveröffentlichung oder einzelner hierin enthaltenen Inhalte entstehen.

3) Schranken und Grenzen des Schutzbereichs

- Es sollte eindeutig geregelt werden, dass Hyperlinks, gleich in welcher Form, nicht unter den Schutzbereich des LSR fallen (entsprechend EG 57). Hierzu zählen neben normalen Hyperlinks auch Deep-Links, Embeds etc.. Zudem sollte klargestellt werden, dass es unerheblich ist, ob Hyperlinks Textauszüge enthalten, etwa die häufig in der URL enthaltene Überschrift eines Artikels („sprechende Links“). Auch sollte deutlich gemacht werden, dass Textauszüge in Hyperlinks bei der quantitativen Bemessung der zulässigen „Nutzung einzelner Wörter oder sehr kurzer Auszüge aus einer Presseveröffentlichung“ (Art. 15, Abs. 1, UA 4) nicht berücksichtigt sind.
- Sämtliche Schranken des Teil 1, Abschnitt 6, einschließlich der im Rahmen der Umsetzung der DSM-RL neu einzufügenden Schrankenbestimmungen, sind für anwendbar zu erklären.
- Die „*de minimis*-Schranke“ (Art. 15 Abs. 1 UA 4) sollte so eindeutig wie möglich definiert werden. Die Formulierung sollte unmittelbar aus Art. 15 Abs. 1 UA 4 übernommen werden. Zusätzlich sollten die Gesetzesmaterialien jedoch Präzisierungen der unbestimmten Rechtsbegriffe „einzelne Wörter“ und „sehr kurze Auszüge“ enthalten. Insbesondere im Hinblick auf die Verwendung durch automatisierte Systeme, wie Suchalgorithmen, ist eine eindeutige Definition der zulässigen Übernahme unbedingt erforderlich. Auch bei manuellen Übernahmen kleinster Auszüge ist dies aus Gründen der Rechtssicherheit von immenser Bedeutung. Vorzugswürdig wäre es daher, eine Gesamtwort- oder Gesamtbuchstabenzahl zu nennen. Relative oder gar wertende Auslegungen – etwa mit Bezug auf eine qualitative Bewertung des Textausschnittes im Verhältnis zum gesamten Inhalt – schaffen große Rechtsunsicherheit. Auch können sie durch automatisierte Systeme nicht umgesetzt werden, da sie solche Bewertungen im Einzelfall nicht vornehmen können.
- Es sollte klargestellt werden, dass zumindest die Überschrift sowie ein Vorschaubild generell als „sehr kurzer Auszug aus einer Presseveröffentlichung“ gelten.
- In den Gesetzesmaterialien sollte hervorgehoben werden, dass die Rechtsprechung des BGH in Sachen Vorschaubilder und das dort geschaffene Prinzip der schlichten Einwilligung auch in Bezug auf das LSR gilt (siehe hierzu: Kreuzer, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger im Lichte der BGH-Rechtsprechung zu Vorschaubildern, MMR 2014, 512 ff.).

4) Verwertungsmöglichkeiten

Der europäische Gesetzgeber hat Verzichtsverboten wie in Spanien oder Verwertungsgesellschaftspflichten bewusst eine Absage erteilt. Sie wurden von manchen Interessenvertretern gefordert. Eine Einführung solcher Zwangsmaßnahmen auf nationaler Ebene würde die Umsetzungspflicht verletzen.

5) Schutzdauer

- Im Rahmen der Abstimmung der Richtlinie wurde der Art. 18 Abs. 2 des Kommissionsentwurfs ausdrücklich gestrichen. Hierin war ein rückwirkender Schutz vorgesehen. Entsprechend Art. 15 Abs. 4, 2. UA ist ein Schutz für Presseveröffentlichungen auszuschließen, die vor dem 6. Juni 2019 publiziert wurden.
- Sollte der EuGH das deutsche LSR nicht für unwirksam erklären, ist darauf zu achten, dass durch die Umsetzung keine Verlängerung der Schutzdauer für vorbestehende Presseveröffentlichungen erfolgt. Nach dem Tag des In-Kraft-Tretens der Neuregelung erstmals veröffentlichte Presseveröffentlichung fallen unter den zweijährigen Schutz. Vor diesem Zeitpunkt gilt das alte deutsche Recht mit seiner einjährigen Schutzdauer.
- Bei der Bestimmung des Schutzes, seiner Entstehung und seiner Dauer, ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Presseveröffentlichung um die unter einem Titel erscheinende Sammlung journalistischer Inhalte handelt (Art. 2. Abs. 4). Presseveröffentlichung ist also ein Webauftritt oder ein Magazin, nicht aber ein einzelner Inhalt in der Presseveröffentlichung. Nach Art. 15 Abs. 4 erlöschen die Rechte *an der Presseveröffentlichung* zwei Jahre nach deren erster Veröffentlichung. Der Schutz eines Webauftritts wie beispielsweise www.welt.de kann dementsprechend nur entstehen, wenn diese Presseveröffentlichung nach dem 6. Juni 2019 erstveröffentlicht wurde. Er endet zwei Jahre nach Erstveröffentlichung.
- Es ist zu vermeiden, dass neue Schutzrechte durch die Überarbeitung einer bereits publizierten Presseveröffentlichung oder eines Teils einer solchen entstehen (siehe oben). Auch darf hierdurch die Schutzdauer nicht verlängert werden oder erneut anfangen zu laufen. Gerade angesichts des Umstands, dass Online-Inhalte häufig noch einmal ergänzt, aktualisiert und republiziert werden, würde ansonsten die Schutzdauerbegrenzung unterlaufen.

6) Urheberbeteiligung

- Die Urheber der in einer Presseveröffentlichung enthaltenen Werke sind gemäß Art. 15 Abs. 5 an den Einnahmen des LSR zu beteiligen. Das sollte uneingeschränkt für alle Urheber gelten, also entgegen erster verlegernaher Stimmen auch für Angestellte (siehe: Jani, ZUM 2019, 674, 681).
- Um zeitaufreibende Auseinandersetzungen über die Beteiligungshöhe zu vermeiden, bei denen die Urheber als schwächere Verhandlungsteilnehmer ihre Interessen im Zweifel nicht durchsetzen könnten, sollte der Anteil der Urheber gesetzlich festgeschrieben werden.

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

Der umstrittene Art. 17 wurde geschaffen, um den Umgang von sehr großen und etablierten Diensten mit wirtschaftlich sehr relevanten Inhalten zu regeln. Mit anderen Worten ging es hier vor allem um den Umgang von YouTube mit den Musikrepertoires von großen Labels. Durch diesen einseitigen Fokus wurde der Blick auf andere Konstellationen weitgehend verstellt. Daraus resultiert die Gefahr, dass kleinere Dienste und auch und vor allem Schöpfer wirtschaftlich weniger relevanter Inhalte in den Sog der mit Art. 17 erzeugten engmaschigen Überwachungspflichten in Bezug auf Nutzerinhalte hineingezogen werden. Ebenfalls gefährdet sind massenhaft Nutzerinhalte, in denen geschütztes Material rechtmäßig verwendet wird und solche, die zwar rechtswidrig sein mögen, aber bis dato meist geduldet wurden. Da solche Inhalte kulturell und vom Unterhaltungswert mindestens ebenso wichtig sein können, wie hochkommerzialisiertes Material, muss bei der Umsetzung von Art. 17 auf solche Konstellationen besonderes Augenmerk gelegt werden.

Um diesbezügliche negative Effekte zu vermindern, ist Art. 17 ausdrücklich als Sonderregelung zu den allgemeinen Haftungsprivilegien der E-Commerce-Richtlinie ausgestaltet (siehe hierzu auch unten). Bei der Umsetzung von Art. 17 ins deutsche Recht gilt es nun, den Anwendungsbereich entsprechend seines Charakters als Ausnahmeregelung gering zu halten. Von diesem Ansatz geht auch die Stellungnahme Deutschlands vom 15. April 2019 aus (siehe Council Doc. 2016/0280(COD)). Die nachfolgenden Anmerkungen zur Umsetzung verstehen sich vor dem Hintergrund dieses Ziels.

Allgemein ist zudem anzumerken, dass europäisch einheitliche Lösungen zur Umsetzung von Art. 17 von großer Bedeutung sind. Es sollte daher unbedingt versucht werden, möglichst präzise einheitliche Leitlinien im gemeinsamen Dialog (Art. 17 Abs. 10) zu erarbeiten. Hierbei muss dringend darauf geachtet werden, dass die in der Stellungnahme Deutschlands (Randziffer 4) neben der angemessenen Vergütung für Kreative hervorgehobenen Belange des Schutzes der Meinungsfreiheit und der Nutzerrechte abgesichert werden.

1) Erfasste Plattformen, Handlung der öffentlichen Wiedergabe (Artikel 2 Absatz 6, Artikel 17 Absatz 1 Unterabsatz 1, Absatz 3)

Die Richtlinie enthält in Art. 2 Nr. 6, Art. 17 Abs. 6 und EG 62 (und anderen) viele konkrete und implizite Hinweise darauf, dass der Anwendungsbereich von Art. 17 auf eine bestimmte Art von Diensten beschränkt sein soll. Diese Ausführungen zeigen, dass sich dessen Anwendungsbereich auf marktstarke Dienstanbieter beschränken soll, die – mit Gewinnerzielungsabsicht – lizenzierten „Online-Inhaltediensten“ ernsthafte Konkurrenz machen. Für alle anderen Dienste soll es bei den generellen Haftungsregelungen für Internet-Service-Provider der E-Commerce-Richtlinie bleiben. Konkret sollen lediglich Dienste erfasst werden, ...

- a) ... bei denen „der Hauptzweck beziehungsweise einer der Hauptzwecke darin besteht, eine große Menge an von seinen Nutzern hochgeladenen urheberrechtlichen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen“ (Art. 2 Nr. 6);
- b) ... bei denen der Anbieter die Nutzerinhalte organisiert und strukturiert (Art. 2 Nr. 6);
- c) ... mit denen direkt oder indirekt (wirtschaftliche) Gewinne erzielt werden sollen (EG 62);
- d) ... bei denen der Anbieter die Nutzerinhalte zum Zwecke der Gewinnerzielung gezielt bewirbt, um ein größeres Publikum anzuziehen (EG 62);
- e) ... die auf dem Markt für Online-Inhalte eine wichtige Rolle spielen, indem sie mit anderen Online-Inhaltediensten, wie Audio- und Video-Streamingdiensten, um dieselben Zielgruppen konkurrieren (Art. 17 Abs. 6, EG 62).

Im Umkehrschluss sind beispielsweise solche Dienste vom Anwendungsbereich auszuschließen, die beziehungsweise bei denen, ...

- f) ... die Möglichkeit der Nutzer, urheberrechtlich geschütztes Material Dritter hochzuladen, nur ein Nebeneffekt ist;
- g) ... Nutzerinhalte nicht vom Dienstanbieter organisiert oder strukturiert werden;
- h) ... nicht zur Gewinnerzielung betrieben werden;
- i) ... keine Bewerbung in den oder für die Nutzerinhalte(n) erfolgt;
- j) ... auch abgesehen von den Anforderungen der Start-up-Ausnahme in Art. 17 Abs. 6 keine Konkurrenz zu lizenzierten Online-Inhaltediensten darstellen.

Nach diesen Kriterien sind – über die in EG 62 ausdrücklich genannten Dienstanbieter und den unter die Start-up-Ausnahme erfassten Angeboten – beispielsweise folgende Dienste vom Anwendungsbereich ausgeschlossen:

- Zu wissenschaftlichen und Bildungszwecken ohne Gewinnerzielungsabsicht betriebene Plattformen, wie universitäre Lern-Management-Systeme, wissenschaftliche Repositorien, OER-Materialsammlungen und so weiter.
- Soziale Netzwerke, bei denen die Möglichkeit geschütztes Material Dritter hochzuladen nur ein Nebeneffekt ist, da die Kommunikation zwischen den Nutzern im Vordergrund steht. Solche stellen darüber hinaus keine Konkurrenz zu lizenzierten Online-Inhaltediensten dar.
- Nichtkommerzielle Diskussionsforen, auch wenn hier Bannerwerbung oder ähnliche Werbung geschaltet ist. Hier findet keine Bewerbung in den oder für die Nutzerinhalte statt, zudem sind sie keine Konkurrenz für lizenzierte Online-Inhaltedienste. Im Übrigen steht auch hier die Kommunikation im Vordergrund und das Hochladen von fremden Inhalten ist nur ein – in aller Regel vom Betreiber unerwünschter – Nebeneffekt.
- Messenger-Dienste, die die zumeist verschlüsselten Nutzerinhalte gar nicht kennen und aus Datenschutzgründen nicht einsehen dürfen. Entsprechend strukturieren und organisieren solche Dienste die Inhalte der Nutzer nicht. Im Übrigen gelten hier die gleichen Erwägungen wie bei sozialen Netzwerken.
- (Von einem Dienstanbieter gehostete) Sammlungen und Plattformen für freie Inhalte und freie Software (wie beispielsweise Wikimedia-Commons). Solche Dienste dienen generell – also nicht nur die in EG 62 ausdrücklich genannten Online-Enzyklopädien – nicht dazu, unlizenziertes Material Dritter hochzuladen. Vielmehr zeichnen sich solche Inhalte gerade dadurch aus, dass mit Erlaubnis der Rechteinhaber (frei) lizenzierte Inhalte online gestellt werden.

- Plattformen für Kochrezepte, Schnittmuster und andere Inhalte, die in aller Regel nicht geschützt sind. Gleiches gilt beispielsweise für Übersetzungsdienste, sofern deren Inhalte zumindest in Teilen nutzergeneriert werden.
- Plattformen mit Zitatsammlungen, Rezensionen, Liedtexten und ähnlichem, weil diese keine Konkurrenz für lizenzierte Online-Inhaltendienste darstellen.

Die Rechtsunsicherheit bei der Anwendung von Art. 17 wird für viele weniger leistungsstarke Dienstanbieter immens sein. Sie kann und wird Innovationen und neue Angebote verhindern sowie bestehende Angebote vom Markt vertreiben. Da dies soweit als möglich verhindert werden soll, sind die Merkmale für die Adressateneigenschaften möglichst konkret und präzise im Gesetzestext zu definieren. Von diesem Ziel geht auch die Stellungnahme Deutschlands aus. Um die Rechtssicherheit zu erhöhen sollte erwogen werden, auch eine Negativliste von Kriterien (etwa wie oben unter f)-j) dargestellt) sowie zusätzlich ein nicht abschließender Katalog von ausdrücklich ausgeschlossenen Dienstarten aufzustellen (ähnlich dem – nicht abschließendem – Katalog in EG 62). Allgemein ausgedrückt ist zu gewährleisten, dass der Ausnahmecharakter von Art. 17 klar zum Ausdruck gebracht wird. Nur so kann verhindert werden, dass die Ausnahme zur Regel wird.

2) Lizenzierung (Artikel 17 Absatz 1 Unterabsatz 2, Absatz 2)

Art. 17 Abs. 1 UA 2 zeigt die oben beschriebene einseitige Fokussierung auf große Plattformanbieter und Rechteinhaber beziehungsweise deren aktuelles Repertoire überdeutlich. Er geht davon aus, dass die betroffenen Dienstanbieter grundsätzlich für sämtliche Nutzerinhalte Rechte einholen sollen. Vorbehaltlich der Haftungserleichterungen nach Abs. 4 sollen sie nach Abs. 1 als Täter unmittelbar für die *eigene* öffentliche Zugänglichmachung der Nutzerinhalte haften. Dementsprechend müssen diese Rechte vorliegen, *bevor* die Zugänglichmachung erfolgt.

Eine flächendeckende Lizenzierung aller möglicherweise hochgeladenen Nutzerinhalte ist selbst für die leistungsfähigsten Dienstanbieter unmöglich. Sie würde voraussetzen, dass der Plattformanbieter vorhersieht, welche Inhalte seine Nutzer hochladen könnten. Bei der Menge an Uploads auf großen Plattformen ist das nicht machbar, selbst für sehr große Plattformbetreiber und selbst wenn es ausschließlich um kommerziell (noch) verwertete Inhalte ginge. Praktisch können viele Rechte gar nicht geklärt werden. Das gilt unter anderem für Inhalte, für die es keine zentralen Stellen gibt, bei denen alle notwendigen Rechte geklärt werden können (wie die Verwertungsgesellschaften). Das trifft auf die meisten Arten von Inhalten zu, zum Beispiel Fotos, Texte, Games, Filme, wissenschaftliche Werke und so weiter.

Um sämtliche denkbaren Rechte an solchen Inhalten zu klären, müsste der Plattformanbieter mit tausenden, vielleicht Millionen von Urhebern und Rechteinhabern einzelne Verträge schließen. Für kleinere Dienstanbieter ist dieser Aufwand offensichtlich unmöglich. Auch für die größten Betreiber wäre ein solcher Aufwand wirtschaftlich nicht zu rechtfertigen und wird daher nicht erfolgen. Und selbst wenn dies der Fall wäre, gäbe es unzählige Fälle, wo die Rechte nicht eingeholt werden können. Etwa weil gar nicht klar ist, wer die Rechte besitzt; oder weil die Rechteinhaber nicht mehr existieren; oder weil die Rechteinhaber nicht auffindbar sind und so weiter.

Vor diesem Hintergrund kommt es einerseits entscheidend auf die Definition der Adressaten an (siehe oben) und andererseits darauf, dass der Ausnahmecharakter der Vorschrift durch die Beschränkung auf sehr marktstarke und leistungsfähige Dienstanbieter gewährleistet bleibt. Im Übrigen sind die in Abs. 4 geregelten Haftungserleichterungen von elementarer Bedeutung, um unerwünschte Kollateraleffekte bei der Umsetzung von Art. 17 möglichst gering zu halten.

Konkret ist diesbezüglich darauf hinzuweisen, dass Art. 17 Abs. 1 UA 2 abschließend lediglich auf Rechte der in Art. 3 Abs. 1 und 2 genannten Rechteinhaber verweist. Verschiedene Inhaber von speziellen Leistungsschutzrechten nach deutschem Recht sind daher in den Regelungsbereich nicht einbezogen. Das gilt unter anderem für Presseverleger, die Hersteller von Lichtbildern oder die Herausgeber nachgelassener Werke. Es ist darauf zu achten, dass die Vorgabe der Richtlinie entsprechend Art. 17 Abs. 1 UA 2 umgesetzt wird.

3) Wegfall der Verantwortlichkeit (Artikel 17 Absätze 4 und 5)

a) Best-efforts-Prinzip bei der Lizenzierung

Wie eingangs beschrieben, werden durch Art. 17 insbesondere weniger bekannte, kommerziell weniger bedeutsame und weniger erfolgreiche Inhalte davon bedroht, aus dem Netz zu verschwinden. Gleiches gilt für solche Inhalte, deren Lizenzierung schwierig oder gar unmöglich ist. Beispielsweise weil es hierfür keine zentralen Lizenzierungsstellen gibt, weil die Branche hoch dynamisch und pluralistisch ist, weil die Inhalte vergriffen oder verwaist sind oder weil sie herkömmlich nicht lizenziert aber geduldet werden (wie beispielsweise kleine Ausschnitte aus Werken in Remixes oder Games-Inhalte für Fan-Content, siehe hierzu <https://iri-rights.info/artikel/wie-artikel-17-der-eu-urheberrechtsrichtlinie-die-lets-play-und-walkthrough-kultur-bedroht/29650>). Genau genommen gibt es nur sehr wenige Inhaltsformen, die mit zumutbarem und wirtschaftlich sowie personell tragbarem Aufwand nahezu flächendeckend lizenziert werden können. Selbst auf hoch kommerzialisierte Werkarten wie Filme trifft das

zumindest derzeit meist nicht zu. Auch hier gibt es keine Verwertungsgesellschaften oder zentrale Lizenzierungsstellen, die umfassende Rechte vergeben können.

Um die Urheber und Rechteinhaber solcher Inhalte davor zu schützen, dass ihnen populäre Online-Plattformen als handhabbare und kostenlose öffentliche Foren verloren gehen, sind verschiedene Schutzmaßnahmen zu treffen. Unter anderem ist dafür zu sorgen, dass die „erforderlichen Anstrengungen“, die der Dienstleister unternehmen muss, mit Augenmaß und möglichst eindeutig und dabei restriktiv definiert werden. Nur so kann gewährleistet bleiben, dass Inhalte, für die sich der Erwerb einer Lizenz für den Dienstleister aus welchen Gründen auch immer nicht lohnt, blockiert werden. Das wird zumeist auf „kleine“ Inhalte oder generell solche, bei denen Lizenzen zu aufwändig zu erwerben sind, zutreffen. Nur so bleibt die bislang übliche Praxis erhalten, dass Inhalte trotz fehlender Lizenz nicht automatisch ausgefiltert, sondern nur dann entfernt werden, wenn der Rechteinhaber sie meldet. Dies ist aus Sicht des Dienstleiters rechtlich nur möglich, wenn das Regime von Art. 17 Abs. 4 b) und c) greift, weil in beiden Fällen die Inhalte nur entfernt werden, wenn der Rechteinhaber aktiv gegen die Nutzung vorgeht. Wohlgedenkt: Entgegen der scheinbaren Annahme des europäischen Gesetzgebers sind auf Plattformen massenhaft Inhalte vorhanden, die zwar nicht lizenziert sind und deren Nutzung auch nicht unter eine Schrankenbestimmung fallen mag, an deren Entfernung die Rechteinhaber jedoch keinerlei Interesse haben. Werden die Weichen hier falsch gestellt, werden massenhaft Inhalte aus dem Netz verschwinden und die kulturelle Vielfalt wird erheblich verringert, obgleich hieran niemand ein Interesse hat.

Vor diesem Hintergrund sollten aus den nach Art. 17 Abs. 10 zu führenden Dialogen klare, möglichst europaweit einheitliche Leitlinien hervorgehen. Diese sollten unter anderem die folgenden Aspekte berücksichtigen:

- Es sollte klargestellt werden, dass eine flächendeckende Lizenzierung für jeden einzelnen Inhalt nicht geboten ist.
- Die erforderlichen Anstrengungen sollten bereichs- und branchenspezifisch definiert werden. Die Leistungsfähigkeit der jeweiligen Dienstleister ist zu berücksichtigen. In Bereichen/Branchen, in denen eine flächendeckende pauschale Lizenzierung nicht bei zentralen Stellen möglich ist, sollten die Anforderungen sehr gering sein.
- Neben den branchen- und marktspezifischen Aspekten sollten zusätzliche, werkbezogene Kriterien eingeführt werden, um die Anforderungen an die erforderlichen Anstrengungen der jeweiligen Konstellation entsprechend zu differenzieren. Diese sollten unter anderem sein:

- Das Alter und die Verfügbarkeit des Werks oder sonstigen Schutzgegenstandes auf dem Markt;
 - die Verfügbarkeit verifizierter, zentraler Lizenzierungsinformationen, zum Beispiel in zentralen Datenbanken, die zuverlässige Informationen über den jeweiligen Rechteinhaber enthalten;
 - die Möglichkeit, Pauschallizenzen zentral, vor allem elektronisch zu erwerben;
 - der „Marktwert“ des Inhalts;
 - die Struktur der Rechteinhaberschaft an Inhalten (gibt es einen Rechteinhaber, eine Mehr- oder gar Vielzahl von Rechteinhabern?)
 - der Umfang von Werkteilen bei der Übernahme in nutzergenerierte Inhalte;
 - etwaige Branchenüblichkeiten bei der Nutzung von Inhalten (wie etwa bei Fan-Content im Games-Bereich, siehe <https://irights.info/artikel/wie-artikel-17-der-eu-urheberrechtsrichtlinie-die-lets-play-und-walkthrough-kultur-bedroht/29650>);
 - die vom Dienstleister geschaffene Möglichkeit für den Rechteinhaber, an einer Monetarisierung teilzuhaben.
- Es sollte geregelt werden, dass die Lizenzierungspflicht erlischt beziehungsweise den zumutbaren Anstrengungen Genüge getan wurde, wenn der Rechteinhaber nicht bereit oder in der Lage ist, Lizenzen in dem von Art. 17 Abs. 2 geregelten Umfang zu erteilen (Erstreckung auf die Handlungen der Nutzer). In solchen Fällen dürfen den Dienstleister, mit anderen Worten, lediglich die Pflichten gemäß Art. 17 Abs. 4b) und c) treffen.
 - Diese und andere Faktoren sollten einer gründlichen Rechtsfolgenabschätzung unterzogen werden, bevor Umsetzungsentscheidungen getroffen oder Leitlinien verabschiedet werden.

b) Uploadfilter

Nach lit. b) des Abs. 4 müssen Dienstleister Filter nur für solche Werke und Schutzgegenstände einsetzen, „zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben.“ Ebenso wie bei Maßnahmen des „Notice-and-take-down und notice-and-stay-down“ (siehe unten c) sind an solche Meldungen

strenge Anforderungen zu stellen, damit Missbrauch und unerwünschte Effekte möglichst vermieden werden. Gemäß Art. 17 Abs. 8 sind generelle Überwachungspflichten zu verhindern.

In diesem Zusammenhang ist zu berücksichtigen, dass Meldungen von Werken im Zweifel dazu führen, dass Nutzerinhalte, die solche enthalten, automatisch blockiert werden. Der Nutzer kann sich hiergegen allenfalls reaktiv wehren, durch Maßnahmen, wie sie nach Art. 17, Abs. 9 vorgesehen sind. Er muss also aktiv werden, falls sein Inhalt aufgrund einer falschen Meldung blockiert wird. Unabhängig davon, wie „nutzerfreundlich“ Beschwerde- oder Streitschlichtungssysteme ausgestaltet sind, wird dies die meisten Nutzer überfordern. Daher ist bei der Ausgestaltung der Anforderungen an die Meldungen und die Anforderungen an die „begründeten Hinweise“ nach Art. 17 Abs. 4c) besonderes Augenmerk auf den Nutzerschutz zu legen.

Um diesen zu gewährleisten, sollten die folgenden Maßnahmen erwogen werden:

- Meldungen sollten hinsichtlich ihrer Legitimität und ihres Bezugs vom Dienstanbieter hinreichend und zumindest bei großen Anmeldern mit elektronischen Mitteln ausgewertet und verifiziert werden können. Die Leistungsfähigkeit des Meldenden sollte bei den Anforderungen berücksichtigt werden. Es muss soweit wie möglich sichergestellt sein, dass ein Anmelder tatsächlich berechtigt ist.
- Wiederholt falsche Meldungen sollten vom Dienstanbieter obligatorisch sanktioniert werden, etwa mit der Sperrung des Anmelders für das automatisierte System oder ähnliches.
- Falsche Meldungen von Inhalten durch unbefugte Dritte (die nicht der eigentliche Rechteinhaber sind) sollten als Schutzrechtsberührung gewertet und deliktische Ansprüche seitens des eigentlichen Rechteinhabers nach sich ziehen können. Hierfür sollte eine neue, eigenständige Anspruchsgrundlage geschaffen werden.
- Wiederholte und vorsätzlich falsche Meldungen könnten als Ordnungswidrigkeit mit Bußgeldbewehrung oder – in sehr gravierenden Fällen – als Straftat definiert werden. Solche Sanktionen sind im Verhältnis zu den vorstehend benannten zivilrechtlichen Mitteln unter anderem bedeutsam, wenn gemeinfreie Inhalte angemeldet werden (hier gibt es keinen Verletzten).
- Enthalten Meldungen maschinenlesbare Hinweise darauf, dass der angemeldete Schutzgegenstand unter einer freien Lizenz steht oder gemeinfrei ist, sollten sie generell zurückgewiesen werden. Dies wäre beispielsweise der Fall, wenn im Inhalt maschinenlesbare Open Source- oder Open Content-Lizenzinformationen enthalten sind. Auch die CC Public Domain Mark, PDM, kann technisch in Inhalte implementiert werden.

Um überdies die Auswirkungen auf kleinere Dienstleister zu lindern (soweit sie überhaupt unter den Anwendungsbereich fallen), sollten auch die Anstrengungen, die unternommen werden müssen, um aktiv Rechtsverletzungen klar definiert sein zu vermeiden. Mit anderen Worten sind die Anforderungen an Uploadfilter oder manuelle Prüfungen möglichst genau zu definieren. Auch diesbezüglich sollten abgestufte Anforderungen vorgesehen werden, entsprechend der Leistungsfähigkeit des Dienstleisters, der Art des Werkes, des Anteils, der Erkennbarkeit und Bedeutung eines fremden Werkes in einem nutzergenerierten Inhalt und so weiter. Hierbei sollte berücksichtigt werden, dass automatische und hoch effiziente Filtersysteme nur für sehr wenige Inhaltsarten verfügbar sind (vor allem für Musik). Auch ist eine Erkennbarkeit von nur geringfügigen Übernahmen („Snippets“) nicht grundsätzlich gewährleistet. In manchen Bereichen sollte erwogen werden, dass eine pro-aktive Pflicht zur Filterung nur besteht, wenn die Inhalte schon per se mit einem maschinenlesbaren Hinweis des Rechteinhabers versehen sind. Zu denken ist hier beispielsweise an in Fotos integrierte Wasserzeichen, in die entsprechende Hinweise implementiert werden können. Solche Mittel sollten – gestärkt durch entsprechende Haftungserleichterungen des Dienstleisters im Falle ihres Nicht-Einsatzes – generell gefördert werden. Auch sollten Filtertechnologien bevorzugt als den Sorgfaltspflichten des Dienstleisters genügend anerkannt werden, die als Open Source Software verfügbar sind (so auch die Stellungnahme Deutschlands, Ziff. 5).

c) Notice-and-take-down und notice-and-stay-down

Die Anforderungen an den „hinreichend begründeten Hinweis von den Rechteinhabern“ (nachstehend: notice) sind für den Nutzerschutz und die kulturelle Vielfalt mindestens ebenso wichtig wie die Anforderungen an die Anmeldungen von Werken. Da die Nutzer bei Falschmeldungen reaktiv tätig werden müssen (siehe oben) und die erhebliche Gefahr besteht, dass durch Falschmeldungen Inhalte verschwinden, „um die sich niemand kümmert“, sind solche soweit als möglich zu verhindern.

Auch hierfür sind ähnliche Maßnahmen geeignet, wie sie oben unter b) genannt wurden. Insbesondere sollten falsche notices sanktioniert werden können. Es sollten – relativ zur Leistungsfähigkeit des Meldenden – klare Anforderungen an die Meldung gestellt werden, die ihre Legitimität belegen. Bei der Verabschiedung möglichst präziser und grenzüberschreitend einheitlicher diesbezüglicher Leitlinien sollte unter anderem Folgendes erwogen werden:

- Notices sollten so sorgfältig begründet werden müssen, dass sie hinsichtlich ihrer Legitimität und ihres Bezugs auf einen konkreten Inhalt vom Dienstleister mit elektronischen Mitteln ausgewertet und verifiziert werden können. Es muss sichergestellt werden, dass der Anmelder tatsächlich der Rechteinhaber ist und dass seine Beschwerde eindeutig nachzuvollziehen ist.

- Wiederholt falsche notices sollten vom Dienstanbieter obligatorisch sanktioniert werden, etwa mit der Sperrung des Anmelders oder ähnlichem.
- Falsche notices von Inhalten durch unbefugte Dritte (die nicht der eigentliche Rechteinhaber sind) sollten als Schutzrechtsberührung gewertet und deliktische Ansprüche seitens des eigentlichen Rechteinhabers nach sich ziehen können. Entsprechende Ansprüche sollte auch der Nutzer haben, der von einer Falschmeldung betroffen ist. Die Rechtsgrundlagen für solche Ansprüche müssten neu geschaffen werden.
- Wiederholte und vorsätzlich falsche notices könnten als Ordnungswidrigkeit mit Bußgeldbewehrung oder – in sehr gravierenden Fällen – als Straftat definiert werden. Solche Sanktionen sind im Verhältnis zu den vorstehend benannten zivilrechtlichen Mitteln unter anderem bedeutsam, wenn gemeinfreie Inhalte angemeldet werden. Denn hier ist von einer auf der Falschmeldung basierenden Löschung allenfalls der Nutzer betroffen. Da dieser aus den dargestellten Gründen häufig keine Gegenmaßnahmen treffen wird und solche Falschmeldungen das öffentliche Interesse an kultureller Vielfalt erheblich beeinträchtigen können, wären staatliche Sanktionen von erheblichem Mehrwert.
- Kommt für die Nutzung eine Rechtfertigung aufgrund einer Schrankenbestimmung in Betracht, ist der notice eine Begründung beizufügen, dass und warum dies nicht der Fall ist. Die diesbezüglichen Anforderungen sind an der jeweiligen Leistungsfähigkeit des Meldenden auszurichten.
- Ist der beanstandete Inhalt mit einer maschinenlesbaren Kennzeichnung als Open Content versehen (zum Beispiel durch Hinweis auf eine Creative-Commons-Lizenz), sollte die notice generell zurückgewiesen werden. Sollte die Behauptung aufgestellt werden, dass die Nutzung trotz der weitreichenden freien Lizenzierung ausnahmsweise unrechtmäßig ist, muss der Meldende dies hinreichend begründen, damit der Dienstanbieter die Besonderheit des Einzelfalls nachvollziehen kann. Dies könnte beispielsweise relevant sein, weil der Nutzer kommerzielle Zwecke verfolgt, aber nach der Lizenz nur die nicht-kommerzielle Nutzung gestattet ist.
- Ergänzend sind den von notices betroffenen Nutzern handhabbare Beschwerdemechanismen zur Verfügung zu stellen (siehe unten zu 7).

4) Start-Up-Ausnahme (Artikel 17 Absatz 6)

5) Erlaubte Nutzungen (Artikel 17 Absatz 7)

In Art. 17 Abs. 7 heißt es: „Die Zusammenarbeit zwischen den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten und den Rechteinhabern darf nicht bewirken, dass von Nutzern hochgeladene Werke oder sonstige Schutzgegenstände, bei denen kein Verstoß gegen das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte vorliegt, nicht verfügbar sind, und zwar auch dann, wenn die Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes im Rahmen einer Ausnahme oder Beschränkung erlaubt ist.“

Hiermit wird implizit ein konstruktiver Fehler des Art. 17 korrigiert, der in dem Ansatz begründet liegt, dass in der Verfügbarmachung von Nutzerinhalten eine eigene öffentliche Zugänglichmachung des Diensteanbieters liegen soll. Wenn der Diensteanbieter für seine Verfügbarmachung eigene Rechte benötigt, ist ein Gleichlauf der Berechtigungen von Nutzern und Diensteanbietern nicht gewährleistet. Das kann in vielen Konstellationen dazu führen, dass zwar der Nutzer berechtigt ist – und daher seine Handlung keinen „Verstoß gegen das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte“ darstellt – aber nicht der Diensteanbieter. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn der Nutzer zwar eine Lizenz hat, ein Werk online zu stellen, er diese Befugnis aber nicht auf den Diensteanbieter übertragen oder an ihn unterlizenzieren kann.

Ähnlich läge der Fall, in der ein Nutzer sich auf eine Schrankenbestimmung oder eine Open-Content-Lizenz berufen kann, die für die Nutzungshandlung des Diensteanbieters nicht greift. Da dies praktisch auf jede Schrankenbestimmung zutrifft, würde dies Art. 17 Abs. 7 und die Wirkung von Schrankenbestimmungen in solchen Konstellationen allgemein vollständig unterlaufen. Beispielsweise kann sich der Diensteanbieter nicht auf das Zitatrecht oder eine neu einzuführende Parodieschranke berufen, da er ja weder zitiert noch parodiert. Gleiche Probleme ergeben sich, wenn der Nutzer sich auf eine Open-Content-Lizenz berufen kann, die nur die nicht-kommerzielle Nutzung erlaubt: Da der Diensteanbieter zu kommerziellen Zwecken handelt, ist seine Nutzungshandlung nicht von der Lizenz erfasst.

Fallen die Berechtigung des Nutzers und des Diensteanbieters auseinander, muss letzterer auch in solchen Fällen prüfen, ob er eine eigene Gestattung benötigt und sie gegebenenfalls beschaffen. Ist dies nicht möglich oder nicht von Interesse, müssten unter diesen Umständen selbst Inhalte, bei denen – auf Seiten des Nutzers – keine Urheberrechtsverletzung vorliegt, vom Diensteanbieter blockiert oder gelöscht werden. Das würde der Intention von Abs. 7 unmittelbar widersprechen. Dass sich die Befugnisse von Nutzer und Diensteanbieter auch in Bezug auf Inhalte, für die der Nutzer eine entsprechende Lizenz hat, synchron verhalten sollen, bringt auch EG 69 zum Ausdruck („Wenn Rechteinhaber Nutzern ausdrücklich die Erlaubnis

erteilt haben, Werke und sonstige Schutzgegenstände über einen Dienst für das Teilen von Online-Inhalten verfügbar zu machen, so wird dem Diensteanbieter die Handlung der öffentlichen Wiedergabe innerhalb des Geltungsbereichs der vom Rechteinhaber erteilten Erlaubnis genehmigt.“).

Vor diesem Hintergrund ist bei der Umsetzung von Art. 17 unbedingt darauf zu achten, dass die Rechte und Pflichten von Diensteanbietern und Nutzern insofern gleichlaufen. Durch eine entsprechende Formulierung ist klarzustellen, dass den Diensteanbieter die Pflichten und die Haftung aus Art. 17 Abs. 1 und 4 nur treffen, wenn der Nutzer rechtswidrig handelt. Wollte man dies vermeiden und den Diensteanbieter mit allen Rechten und Pflichten als originären Nutzer definieren, müssten für diesen eine Vielzahl eigener Schrankenbestimmungen geschaffen werden, die ihm die gleichen Freiheiten eröffnen wie den Nutzern. Dass dies absurd und konzeptionell nicht umsetzbar wäre, ist offensichtlich.

In diesem Kontext ist zudem die (umgekehrte) Erstreckung der Befugnis des Diensteanbieters auf den Nutzer umzusetzen (Art. 17 Abs. 2). Um diesen Effekt – die Legitimierung des Nutzerverhaltens durch Lizenzerwerb seitens des Diensteanbieters – zu erzielen, sollten folgende Aspekte berücksichtigt werden:

- Da sich die Erstreckung nur auf Nutzer beziehen soll, die „nicht auf der Grundlage einer gewerblichen Tätigkeit handeln oder mit ihrer Tätigkeit keine erheblichen Einnahmen erzielen“, werden bei mangelhafter Umsetzung bedeutende Nutzergruppen häufig vom Anwendungsbereich dieser Schutzbestimmung ausgeschlossen sein, etwa Influencer oder YouTube-Creator. Dies wird meist zu ungerechtfertigten Ergebnissen führen, da die Inhalte solcher Nutzer blockiert und dieselben rechtlich belangt werden können, selbst wenn der Diensteanbieter die von ihnen genutzten Inhalte lizenziert hat. Hierbei dürfte es sich um einen nicht intendierten Kollateraleffekt handeln, der dem Umstand geschuldet ist, dass Art. 17 Abs. 2 pauschal auf die in Art. 3 der InfoSoc-Richtlinie genannten Rechteinhaber verweist. Dass die Lizenzierung durch Diensteanbieter nicht generell auch kommerzielle Sendunternehmen oder Tonträgerhersteller berechneten soll, frei auf den jeweiligen Plattformen fremde Inhalte einzustellen (ohne eigene Lizenz), ergibt offensichtlich Sinn. Dass aber Einzelurheber ab einer gewissen Einnahmeschwelle auch hierunter fallen sollen, obwohl diese nicht über vergleichbare Ressourcen wie große Rechteinhaber verfügen, Rechte für verwendete Inhalte zu klären, ist unverständlich. Auch diesbezüglich wäre es sinnvoll gewesen, statt auf den Zweck der Nutzung (kommerziell oder nicht kommerziell) beziehungsweise auf die Tätigkeit des

Nutzers und dessen Einnahmen abzustellen, entscheidend auf dessen Leistungsfähigkeit zu rekurrieren. Dies vollständig zu korrigieren mag zwar angesichts der insofern eindeutigen Formulierung des Abs. 2 dem nationalen Gesetzgeber verwehrt sein. Eine gewisse Korrektur könnte aber über die Festlegung einer Mindestschwelle für die angesprochenen „erheblichen Einnahmen“ gelingen. Diese sollte in den Leitlinien als generelle Regel verabschiedet werden. Sie sollte so hoch angesiedelt sein, dass auch erfolgreiche Einzelnutzer von der Erstreckung der Lizenz erfasst werden. Einzige Ausnahme wäre dann, dass sie diese Tätigkeit im Rechtsinn als „Gewerbe“ betreiben. Dies wird auf viele Einzelurheber, Influencer und Creator nicht zutreffen, denn *„ein Gewerbe im rechtlichen Sinne ist „jede erlaubte, selbstständige, nach außen erkennbare, auf Gewinn gerichtete und auf Dauer angelegte Tätigkeit mit Ausnahme der Urproduktion, der freien Berufe, der Verwaltung eigenen Vermögens und der künstlerischen und wissenschaftlichen Tätigkeiten.“* Im Übrigen sollte festgelegt werden, dass Nutzer nur ausgenommen sind, deren Gewerbe unmittelbar darin liegt, eben solche Inhalte zu erstellen und auf derartigen Plattformen zu publizieren.

- Sofern der Rechteinhaber nicht in der Lage oder gewillt ist, Lizenzen mit Drittwirkung auch für alle (wie oben definiert) zu erteilen, sollte nur das Regime des Art. 17 Abs. 4 b) und c) greifen (siehe oben).

Zudem sieht Abs. 7 UA 2 vor, dass gewisse Nutzerrechte gewährt werden müssen. Derzeit ist eine Schrankenbestimmung für Karikaturen, Parodien oder Pastiches im deutschen Recht nicht vorgesehen. Solche Fälle wurden bislang von der Rechtsprechung unter § 24 UrhG subsumiert. Angesichts der „Metall-auf-Metall-Entscheidung“ des EuGH ist diese Lösung aber wohl nicht mehr tragbar. Entsprechend muss eine neue Schrankenbestimmung auf der Grundlage von Art. 5 Abs. 3 lit. k) der InfoSoc-Richtlinie geschaffen werden. Diese sollte, wie auch § 24 UrhG, keine Vergütungspflicht enthalten.

6) Informationspflichten (Artikel 17 Absatz 8)

7) Beschwerdemechanismus (Artikel 17 Absatz 9)

Auch über die Beschwerdemechanismen sollten die Leitlinien einheitliche Kriterien aufstellen. Hohe Nutzerfreundlichkeit, einfache Handhabung und leichte Verfügbarkeit (sichergestellt durch elektronische Systeme) müssen gewährleistet sein. Ansonsten wird der Ansatz der „counter notice“ daran scheitern, dass die Hürden für die Betroffenen zu groß sind.

8) Sonstige Fragen der Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen

X. Urhebervertragsrecht (Artikel 18 bis 23)

Da das deutsche Recht bereits ein ausgeklügeltes System an urhebervertragsrechtlichen Schutzvorschriften enthält, erzeugen die Art. 18 bis 23 hierzulande nur einen geringen Anpassungsbedarf. Entsprechend soll hierauf nicht weiter eingegangen werden.

Hingewiesen sei hier lediglich darauf, dass bei etwaigen Anpassungen des deutschen Urhebervertragsrechts auf die Funktionsfähigkeit von Open-Source- und Open-Content-Lizenzen geachtet wird. Das deutsche Urhebervertragsrecht enthält zu diesem Zweck bereits diverse „Linux-Klauseln“, die unbedingt erhalten werden müssen. Auch EG 82 weist ausdrücklich darauf hin, dass freie Lizenzen durch die Regelungen der Richtlinie nicht behindert werden dürfen. Obligatorische urhebervertragsrechtliche Regelungen können bei der Lizenzierung über freie Lizenzen in der Regel nicht eingehalten werden. Auch besteht hierfür kein Bedarf, da ein Schutzbedürfnis der Lizenzgeber, der Urheber, nicht besteht. Sie erteilen die „Jedermann-Lizenzen“ freiwillig. Zwischen Lizenzgeber und Lizenznehmer besteht, anders als bei Verwertungsverträgen, weder eine Interessenkollision noch ein Machtgefälle.

Dementsprechend ist bei einer Anpassung der deutschen Regelungen zum Urhebervertragsrecht auf Folgendes zu achten:

- Bei einer Umsetzung von oder Anpassung an Art. 18 muss die „Linux-Klausel“ in § 32 Abs. 3 UrhG erhalten bleiben.
- Bei einer etwaigen Umsetzung von Art. 19 muss beachtet werden, dass auch die Transparenzpflichten bei freien Lizenzen nicht eingehalten werden können. Es ist eine entsprechende „Linux-Klausel“ nach dem Vorbild von § 32 Abs. 3 UrhG vorzusehen.
- Sofern Art. 20 umgesetzt und § 32a UrhG angepasst wird, ist auf den Erhalt der „Linux-Klausel“ in § 32a Abs. 3 UrhG zu achten.

Berlin, 6. September 2019

Dr. Till Kreutzer, Vorstand iRights e.V.