

WILDE BEUGER SOLMECKE Kaiser-Wilhelm-Ring 27 -29, 50672 Köln

per Email an konsultation-urheberrecht@bmjv.bund.de

Köln, den 6. September 2019

Stellungnahme von

Rechtsanwalt Christian Solmecke, LL.M.

mit fachlicher Unterstützung von Sebastian Kluge (ContentView GmbH)

zur

A. 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 Richtlinie.

Vorab-Anmerkung von Rechtsanwalt Christian Solmecke, LL.M.:

Zunächst möchte ich anregen, dass die Bundesregierung in Erwägung zieht, ihre am Schluss der Protokollerklärung geäußerte Absicht, notfalls auf eine Veränderung der Defizite auf EU-Ebene hinzuwirken, bereits jetzt umzusetzen. Meines Erachtens führt eine europarechtskonforme Umsetzung der Richtlinie in der jetzigen Form zu einer unverhältnismäßigen Beschränkung der Informations-, Meinungs- und Berufsfreiheit im Internet. Upload-Filter werden unvermeidbar sein, um sich nicht in Widerspruch mit geltendem EU-Recht zu setzen.

Rafaela Wilde [□]

Michael Beuger [□]

Christian Solmecke, LL.M. [□]

Kilian Kost [□]

Fachanwalt für gewerblichen
Rechtsschutz

Prof. Dr. Jürgen Wilhelm ³

Dr. Carsten Föhlisch ³

Renate Schmid ²

Felix Rüter ²

Mirjam Grieb ²

Fachanwältin für gewerblichen
Rechtsschutz

Thomas Burgemeister ²

Björn Schneider ²

Julia Sontheimer ²

Scarlett Lüning ²

Schahrazad Farnejad ²

Patrick Kiraga ²

Benjamin Studnitz ²

Annika Mette ²

Roxane Franken ²

Lazar Slavov, LL.M. ³

Klaus Litze ³

Peter Mainzer ³

Thomas Lehmacher, LL.M. ³

Fachanwalt für IT-Recht

Tanya Stariradoff ³

[□] Gesellschafter

² Rechtsanwalt im
Anstellungsverhältnis

³ Rechtsanwalt in freier Mitarbeit

Partnerschaft mbB
AG Essen PR 4261

Postfach 19 04 23
50501 Köln

Sollte sich die Bundesregierung allerdings dazu entschließen, den aktuellen Richtlinienentwurf dennoch umzusetzen, so bin ich – wie auch die Bundesregierung in ihrer Protokollerklärung - der Auffassung, dass es wichtig ist, alles zu unternehmen, um die präventive, automatisierte Blockade urheberrechtlich geschützten Materials durch Upload-Filter nach Möglichkeit zu verhindern bzw. unnötig zu machen. In den Fällen, in denen der Einsatz solcher Technologien aus rechtlichen Gründen dennoch notwendig ist, sollte dies unter größtmöglicher Berücksichtigung der Meinungsfreiheit geschehen.

Vorab-Anmerkung von Sebastian Kluge (ContentView GmbH):

Als Unternehmen, das sowohl aktiv Rechte an zehntausenden individuellen Werken im Internet wahrnimmt als auch seit Jahren mit diversen „digital creators“ zusammenarbeitet, verfolgen wir bereits seit längerer Zeit die Diskussion rund um die Einführung von „Upload-Filtern“.

Ein Großteil der gängigen Plattformen nutzt bereits aktiv ein Fingerprint-basiertes System, durch welches Rechteinhaber ihre Werke schützen können. Die Plattformen haben bereits sinnvolle Prozesse implementiert, in denen sowohl Interessen der Nutzer als auch der entsprechenden Rechteinhaber gewahrt werden.

Wie nachfolgend erwähnt, muss bei einer verpflichtenden Implementierung solcher Systeme sichergestellt werden, dass es dabei nicht zu einer präventiven Blockade von Inhalten kommt, ohne dass ein Rechteinhaber dies ausdrücklich in dieser Form wünscht. Eine manuelle Überprüfung jedes automatisierten Matches sehen wir jedoch auch als unzumutbar an.

Zur Förderung von kreativen Inhalten sehen wir eine Aufweitung des Zitatrechts in Anlehnung an die amerikanische Fair-Use Regelung für transformative Nutzungen von urheberrechtlich geschützten Inhalten als besonders sinnvoll an.

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

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

Die Bundesregierung sollte hier den Spielraum des Erwägungsgrundes 62 der Richtlinie voll ausschöpfen. Das Ziel einer deutschen Umsetzung muss es sein, die neuen Haftungsregelungen – über die sog. StartUp-Regelung des Artikels 17 Abs. 6 hinaus - nur auf solche marktmächtigen Unternehmen anzuwenden, die eine wichtige Rolle im Markt für digitale Inhalte spielen. Dies kann sein, weil sie – wie z.B. YouTube - mit Audio- und Video-Streamingdiensten wie z.B. Netflix oder Spotify konkurrieren, die urheberrechtlich geschütztes Material selbst anbieten. Darüber hinaus sollte der Wortlaut des Erwägungsgrundes 62 nach Sinn und Zweck so ausgelegt werden, dass auch im Hinblick auf primär bild- und textbasierte Netzwerke wie Twitter und Facebook die Relevanz für den Markt digitaler Inhalte ein entscheidendes Kriterium ist - unabhängig von einem konkreten Konkurrenzverhältnis zu Audio- und Video-Streamingdiensten. Letztlich sollte klar werden, dass die Regelung primär die Netzwerke der großen Konzerne wie Google, Facebook und Twitter sowie vergleichbar relevante Dienste treffen soll.

Wie die Bundesregierung angekündigt hat, ist es aus Gründen der Rechtssicherheit ebenfalls wichtig, enumerativ – aber nicht abschließend – aufzuzählen, welche Art von Diensten nicht unter die neuen Haftungsregelungen fallen sollen. Neben den in der Richtlinie aufgezählten Diensten sollte dies auch Foren und andere themenspezifische Diensteanbieter betreffen, die keine signifikante Rolle am Markt spielen.

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

Den Ausführungen der Bundesregierung zur Notwendigkeit praktikabler und zumutbarer Lösungen für die Lizenzvergabe ist zuzustimmen. Da es unmöglich ist, vorab Lizenzen für jedes Werk einzuholen, ist es hier wichtig, klare Vorgaben und Strukturen zu schaffen, wie ein entsprechender Prozess zukünftig ablaufen kann. Dieser könnte (grob) folgendermaßen aussehen:

Die Diensteanbieter werden verpflichtet, initiativ auf die Rechteinhaber, die einen signifikanten Anteil am jeweiligen Markt eines Landes haben („Majors“), zuzugehen und zu versuchen, mit ihnen individuelle Verträge abzuschließen. Die Grenze für den Marktanteil müsste gesetzlich (z.B. in einer Rechtsverordnung) festgelegt werden, eine statistische Erhebung über die jeweiligen Marktanteile muss regelmäßig erfolgen.

Darüber hinaus muss dieselbe Verpflichtung bestehen, mit jeder relevanten Verwertungsgesellschaft eines Landes in Vertragsverhandlungen zu gehen.

Die Möglichkeit der kollektiven Lizenzvergabe aus Artikel 12 der Richtlinie lehnen wir hingegen für die deutsche Umsetzung ab. Wie schon aus dem EuGH-Urteil Soulier & Doke (Urt. v. 16.11.2016, C-301/15) hervorgeht, ist es rechtlich bedenklich, Verwertungsgesellschaften zu ermächtigen, Lizenzen für die Werke zu erteilen, deren Urheber sie überhaupt nicht damit beauftragt haben. Um die Vertragsfreiheit nicht unverhältnismäßig zu beschränken, muss es allein den Urhebern vorbehalten bleiben, freiwillig zu entscheiden, ob sie ihre Rechte über eine Verwertungsgesellschaft wahrnehmen lassen, individuell mit den Diensteanbieter in Verhandlungen gehen oder die generelle Nutzung ihrer Werke erlauben möchten (z.B. über Creative Commons bzw. über einen Verzicht auf die Geltendmachung der Nutzungsrechte).

Im Hinblick auf die o.g. Verhandlungspartner ist möglicherweise sogar über einen Kontrahierungszwang nachzudenken.

Im Hinblick auf individuelle Künstler und weniger marktrelevante Rechteinhaber sollten die Diensteanbieter zumindest dann weniger strengen Voraussetzungen unterliegen, wenn für die Werkart eine relevante Verwertungsgesellschaft existiert. Dies ist aber z.B. für die Games-Branche derzeit nicht der Fall, sodass hier – falls von den Rechteinhabern gewünscht – individuelle Verhandlungen unvermeidbar sind. Wenn es sich hier um kleinere Spielehersteller handelt, sollte es allerdings für die Haftungserleichterung ausreichen, wenn die Initiative für die Vertragsverhandlungen von den Rechteinhabern selbst ausgeht.

Dieses System sollte durch ein weites Schrankensystem, ggf. kombiniert mit Pauschalabgaben ergänzt werden (dazu später mehr).

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

Missbrauch von Urheberrechten vermeiden

Die Bundesregierung hat bereits in ihrer Protokollnotiz das Problem des Missbrauchs der Meldesysteme angesprochen. Denn ob die Informationen, welche die vermeintlichen Rechteinhaber den Diensteanbietern zur Verfügung stellen, korrekt sind, kann und muss der Diensteanbieter nicht prüfen. Allein die Behauptung über das Innehaben eines Urheberrechts darf keinesfalls genügen. Sonst könnte das Urheberrecht für die gezielte Unterdrückung von Meinungen missbraucht werden – entsprechende Fälle hat es in der Vergangenheit bereits gegeben. Wir unterstützen daher den Vorstoß der Bundesregierung, dass die Rechteinhaberschaft an Inhalten, die entfernt werden sollen, hinreichend belegt werden muss, wenn die Information nicht von einem "trusted flagger" stammt.

Filter-Pflichten und –rechte gesetzlich auf ein Minimum beschränken

Sollte sich die Einrichtung von Upload-Filtern aus rechtlichen Gründen nicht vermeiden lassen, so ist es wichtig, die Pflicht zur Blockade sehr eng auszulegen

und stets von der Entscheidung der Rechteinhaber abhängig zu machen. Es ist absolut zu vermeiden, dass Werke (übermäßig) automatisiert gefiltert werden.

Derzeit werden die Filtersysteme primär zur Identifikation von urheberrechtsverletzenden Werken genutzt und nicht zur automatischen Blockade. So entscheidet der Rechteinhaber, ob er einen gefundenen Inhalt monetarisieren, sperren oder dulden möchte. Diese Situation sollte weitestmöglich beibehalten werden. Zumindest muss der Rechteinhaber jederzeit weiterhin die Möglichkeit haben, seine Werke zwar einzureichen, aber nur eine Information über erkannte „Matches“ anzufordern, um anschließend selbst zu entscheiden, ob er dieses Werk nachlizenzieren, dulden oder sperren möchte.

Außerdem sollte der deutsche Gesetzgeber klarstellen, dass – sollten vorherige Lizenzverhandlungen aus inhaltlichen oder zeitlichen Gründen nicht zumutbar gewesen sein - Diensteanbieter ihrer Haftung auch dadurch entgehen können, dass sie nach einer einmal erfolgten Rechtsverletzung durch die Nutzer nachträglich Lizenzen mit den Rechteinhabern abschließen. Der Rechteinhaber muss dann weiterhin die Möglichkeit haben, zu entscheiden, ob (und wie) er zukünftig eine präventive Blockade der gemeldeten Inhalte wünscht.

Eine solche Möglichkeit muss darüber hinaus verpflichtend für Livestreams geregelt werden. Es muss unbedingt klargestellt werden, dass diese nicht automatisiert während eines Streams geblockt werden sollen. Auch für alle anderen Werkarten, die nicht zuverlässig über die derzeitigen Filtersysteme identifiziert werden können, sollte eine präventive, automatisierte Filterung unterbleiben. Dies gilt insbesondere bei Games, die im Netz - häufig ebenfalls live - von professionellen Spielern (sog. Let's Playern) gespielt werden. Die jetzigen Filtersysteme können zwar Musik aus Spielen erkennen, nicht aber die Bewegungsabläufe, weil die Grafik im Spiel interaktiv und individuell genutzt wird. In diesen Fällen sollten die Möglichkeiten des Rechteinhabers in der Regel darauf beschränkt werden, den Inhalt nachträglich zu prüfen und zu

entscheiden, ob er – ggf. nach Beendigung des Streams - lizenziert, die Aufzeichnung sperrt oder sie duldet.

Auch im Hinblick auf das „Wie“ der Filterverpflichtung muss der Rechteinhaber weiterhin die Wahlfreiheit haben. In den Fällen des „notice-and-staydown“ kann es z.B. vorkommen, dass ein Urheber sich dafür entscheidet, die urheberrechtswidrige Verwendung eines Werkes durch den einen Nutzer zu „claimen“, sie in anderen Kontexten hingegen zu dulden. Technisch ist dies bereits jetzt möglich, denn schon jetzt arbeiten Netzwerke wie YouTube mit unterschiedlichen Filtersystemen. Nur eines davon ist das Fingerprinting, mit dem alle Inhalte, die z.B. eine bestimmte Melodie enthalten, erkannt werden können und damit auch ähnliche Inhalte geblockt werden könnten. Weitere Systeme arbeiten z.B. mit Prüfsummen, mit denen nur die identische Datei eines Werks identifiziert wird. Damit kann z.B. verhindert werden, dass ein Video, in welches ein fremdes Werk integriert wurde, erneut hochgeladen wird, ohne dass das fremde Werk selbst in anderen Kontexten aus dem Netzwerk entfernt wird. Dies muss auch zukünftig möglich sein. Die Diensteanbieter dürfen daher nur zu der Art der Filterung berechtigt und verpflichtet werden, zu der sie von den Urhebern aufgefordert werden. Eine Pflicht zur generellen Filterung von Werken nach einer einmal erfolgten Meldung wäre unverhältnismäßig.

Im Sinne eines interessengerechten Ausgleichs des Urheberrechts mit der Meinungs- und Kunstfreiheit müssen zudem Fehler von eingesetzten Filtertechnologien möglichst vermieden werden. Content ID versucht derzeit, Fehler zu reduzieren, indem es „Matches“ bei Videos erst dann anerkennt, wenn eine signifikante Länge erreicht wurde und eine Übereinstimmung zuversichtlich bestätigt werden kann. Diese Länge hat vor allem im Bereich elektronischer Musik eine Bedeutung, weil hier die Individualität der Musikwerke aufgrund der repetitiven Nutzung gewisser gleichartiger Tonfolgen erst nach einer gewissen Zeit deutlich erkannt werden kann. Die Bundesregierung sollte daher darauf hinwirken, dass eine dementsprechende zeitliche Absicherung zumindest bei den Leitlinien zur Anwendung von Artikel 17 berücksichtigt wird und

Diansteanbieter nicht gezwungen werden, bereits bei geringeren zeitlichen Messungen den automatischen Sperrmechanismus einzuleiten. Es sollte zudem klargestellt werden, dass automatische Sperrungen erst bei einem signifikanten „Match“ veranlasst werden dürfen. Bei einer wenig signifikanten Übereinstimmung sollte sich die Handlungspflicht der Diansteanbieter ebenfalls auf eine Weiterleitung an die Rechteinhaber zur Prüfung beschränken.

Verhältnismäßigkeit beachten, Art. 17 Abs. 5

Über Artikel 17 Abs. 5 (Verhältnismäßigkeit) ist ein Korrektiv insbesondere für kleinere Diansteanbieter notwendig - vorausgesetzt, es ist nicht bereits unter Anwendung von Erwägungsgrund 62 (s.o.) eine Einschränkung der Haftungsregelungen auf marktmächtige Diansteanbieter möglich. Denn die Entwicklung bzw. Lizenzierung entsprechender Filtersysteme sowie die Kosten für die Anmietung von Servern für die Speicherung der Dateien zum Abgleich werden sich aller Voraussicht nach als unverhältnismäßig erweisen. Darauf hatte bereits der EuGH hingewiesen. Er entschied im Jahr 2012, dass die Verpflichtung, Upload-Filter einzurichten, die unternehmerische Freiheit beeinträchtigt, da teure und komplizierte Informatiksysteme dafür notwendig seien (Urt. v. 16.02.2012, Az. C-360/10).

Für alle Diansteanbieter, die derzeit noch keine Filter-Technologie entwickelt bzw. lizenziert haben und hierzu auch in Zukunft nicht die finanziellen Kapazitäten haben, gibt es daher letztlich nur zwei Möglichkeiten:

Sollten die Gerichte den Einsatz technischer Systeme zur Inhalterkennung und deren präventive Blockade für einige Netzwerke als unverhältnismäßig – weil finanziell zu belastend – ansehen, dann gäbe es keine weniger einschneidende Alternative, Inhalte präventiv zu filtern. Die händische Prüfung jedes Postings wäre weitaus zeit- und kostenintensiver. Daraus würde folgen, dass kleinere Anbieter letztlich weiterhin nur nach den Grundsätzen der bisherigen Störerhaftung verpflichtet sein können, Inhalte zu prüfen und zu löschen.

Eine andere Möglichkeit wäre die Einrichtung einer zentralen, EU-weiten öffentlichen Plattform sowie die kostenlose bzw. kostengünstige Zurverfügungstellung entsprechender Software. (s.u.)

EU-Datenbank sowie EU-geförderte Open Source Software

Eine EU-Datenbank, kombiniert mit entsprechender Open Source Software, könnte eine Alternative zu Googles Content ID darstellen. So kann de facto verhindert werden kann, dass marktmächtige Diensteanbieter mittels ihrer etablierten Filtertechnologie ihre Marktmacht weiter festigen.

So weist die Bundesregierung darauf hin, dass die Europäische Union Konzepte entwickeln muss, die einem de-facto-Copyright-Register in der Hand marktmächtiger Diensteanbieter durch öffentliche, transparente Meldeverfahren entgegenwirkt. Eine zentrale Datenbank würde diese Anforderungen erfüllen, außerdem könnten Bedenken im Hinblick auf den Datenschutz reduziert werden, die gerade bei US-Unternehmen häufig bestehen. Dort könnten alle zu filternden Werke hinterlegt werden. Die Rechteinhaber müssten dabei weiterhin die Wahlmöglichkeit haben, für welches Netzwerk und in welchem Land dies gelten soll. Die Netzwerke bekämen dann nur die Informationen über das Material, das sie betrifft.

Im Hinblick auf die Software, die diese Datenbank auslesen kann, könnte die EU entweder selbst entsprechende Entwicklungen in Auftrag geben und/oder durch die Förderung von Technologien unter Open Source-Bedingungen erheblichen Einfluss nehmen. Die Möglichkeit der Förderung von Open-Source-Technologien mit offenen Schnittstellen (APIs) zieht bereits die Bundesregierung in ihrer Protokollnotiz in Erwägung.

5. Erlaubte Nutzungen (Artikel 17 Absatz 7)

Keine automatische Blockade bei Nutzung im Rahmen urheberrechtlicher Schranken

Die Bundesregierung schlägt in ihrer Protokollnotiz zur Sicherung der Meinungs- und Kunstfreiheit „*verfahrensrechtliche Garantien*“ vor, „*etwa wenn Nutzer beim Upload mitteilen, dass sie Inhalte Dritter erlaubterweise hochladen. Eine Löschung könnte in diesen Fällen also nicht automatisch, sondern erst nach einer von Menschen durchgeführten Überprüfung zulässig sein. Die Nutzer müssen die Möglichkeit haben, Inhalte mit entsprechenden „Flags“ zu kennzeichnen, die den Inhalt als Zitat, Karikatur, Satire etc. charakterisieren. Dann darf ein solcher Inhalt nur nach einer menschlichen Kontrolle blockiert werden.*“ Dem ist absolut zuzustimmen.

Ergänzend wird hier folgendes Verfahren vorgeschlagen: Die Diensteanbieter sollten gesetzlich dazu verpflichtet werden, in unmittelbarer Nähe des Upload-Buttons ein Feld anzubieten, welches Nutzer leicht finden und nutzen können, um ihren Beitrag als ‘unter eine Schranke fallend’ zu kennzeichnen. Sollte ein Inhalt gekennzeichnet werden, wird dieser nicht automatisch blockiert. Im Falle eines „Matches“ wird er lediglich – wie bisher - an die Rechteinhaber gemeldet. Diese haben dann die Möglichkeit, individuell darauf zu reagieren. Sollten sie der Meinung sein, der gemeldete Inhalt falle nicht unter eine Schranke, so können sie den Diensteanbietern eine entsprechende Meldung abgeben und um Prüfung bitten. Bereits in diesem Stadium können sie angeben, ob sie im Fall einer Urheberrechtsverletzung eine Nachlizenzierung oder eine Sperrung wünschen. Die letztendliche Entscheidung, ob der Inhalt eine der Schrankenregelungen erfüllt, muss aber aus Gründen der Neutralität bei den Diensteanbietern bleiben. Diese bleiben damit weiterhin die Ansprechpartner von Rechteinhabern und Nutzern. Dieses Verfahren reduziert den Prüfaufwand der Diensteanbieter, wahrt die Rechte der Rechteinhaber und sichert die Grundrechte der Nutzer in bestmöglichem Maße.

Dem Risiko des Missbrauchs eines solchen Mechanismus zur Sicherung der Meinungs- und Kunstfreiheit können die Diensteanbieter durch eine entsprechende Gestaltung ihrer Nutzungsbedingungen begegnen. Nutzer, die wiederholt diesen Mechanismus für Urheberrechtsverletzungen missbrauchen, können dann von den Diensteanbietern sanktioniert werden.

Hierzu die abweichende Ansicht von Sebastian Kluge, ContentView GmbH:

Unserer Auffassung besteht ein hohes Missbrauchspotenzial bei einer solchen Regelung, nach der es Nutzern erlaubt wird, urheberrechtlich geschützte Inhalte vor einer Überprüfung der Plattform oder des entsprechenden Rechteinhabers umgehend zu veröffentlichen. Daher sollten zumindest weitergehende Prozesse gegen den Missbrauch einer solchen Schrankenregelung eingeführt werden.

Prüfen, ob die Einführung einer Bagatellschranke EU-rechtskonform möglich wäre

Bedauerlicherweise ist es der EU nicht gelungen, einen Richtlinienentwurf vorzulegen, der einen sicheren Handlungsspielraum für die von mir und vielen anderen Juristen favorisierte Lösung einer neuen (Bagatell-)Schranke für private, wenig eingriffsintensive Nutzungen, verbunden mit einer gesetzlichen Pauschalabgabe, lässt.¹

Nach fast einhelliger Auffassung in der juristischen Literatur² wäre eine Umsetzung eines vergleichbaren Vorschlags nicht europarechtskonform. Die juristischen Kommentierungen betreffen vor allem den Vorschlag der CDU, eine neue Schranke im Sinne einer „Bagatellgrenze“ für Musik und Videos

¹ Den Vorschlag erläutere ich in meinem YouTube-Video:

<https://www.youtube.com/watch?v=Ls8ICPZ-tI>

² Prof. Dr. Gerald Spindler, Prof. Dr. Thomas Hoeren, Prof. Dr. Reto M. Hilty, Prof. Dr. Ellen Euler LL.M. in:

https://www.wikimedia.de/wiki/Pressemitteilungen/PM_03_19_Universit%C3%A4ts-Expertise; Prof. Dr. Senftleben, der sich hier insbesondere auf die EuGH-Entscheidung „Metall auf Metall“ bezieht.

einzuführen und die Diensteanbieter zu Pauschallizenzen zu verpflichten. Die angeführten Gründe:

- Artikel 17 sei an dieser Stelle eindeutig. Sollten Lizenzverhandlungen scheitern und die Rechteinhaber es wünschen, so gibt Artikel 17 ihnen das Recht, von den betroffenen Diensteanbieter zu verlangen, bereits den Upload ihres geschützten Materials zu verhindern.
- Einen Kontrahierungszwang für die Rechteinhaber sieht Artikel 17 gerade nicht vor, sodass eine verpflichtende Pauschallizenz gegen den expliziten Wortlaut von Artikel 17 verstoßen würde.
- Darüber hinaus sind die Schrankenregelungen aus Art. 5 RL 2001/29/EG abschließend – und eine Bagatellschranke bzw. eine andere Schranke für private Nutzer darunter zu subsumieren, ist juristisch zumindest sehr bedenklich (dazu gleich mehr). Diesen Aspekt zeigt nicht zuletzt die Entscheidung des EuGH zu „Metall auf Metall“, nach der auf ein – erkennbares – 2-Sekunden-Sampling Urheberrechte verletzen kann, wenn nicht eine der abschließend in Artikel 5 RL 2001/29/EG genannten Schrankenregelungen greift.
- Schließlich wäre – so sieht es auch die Bundesregierung – eine unterschiedliche Regelung in den einzelnen EU-Ländern nicht praxistauglich, sodass ein deutscher Alleingang ausgeschlossen werden sollte.

Dennoch sollte die Bundesregierung jegliche Möglichkeiten prüfen, über eine extensive Auslegung der europäischen Schrankenregelungen private Nutzungen – bei Musik und Filmen zumindest unterhalb einer gewissen Zeitgrenze - weitestgehend zu legalisieren. Hier könnte sich z.B. die Anwendung von Artikel 5 Abs. 3 lit i) anbieten, wonach die „beiläufige Einbeziehung eines Werks oder sonstigen Schutzgegenstands in anderes Material“ zulässig ist. Möglicherweise kann hierüber doch eine Bagatellschranke europarechtskonform implementiert

werden.³ Die damit verbundenen Nachteile für die Rechteinhaber könnten auch hier durch eine gesetzliche Pauschalabgabe abgegolten werden.

Weite, EU-rechtskonforme Ausgestaltung der verpflichtenden Schranken

Zur Sicherung der Meinungs- und Kunstfreiheit ist es zudem wichtig, dass die zukünftig verpflichtend einzurichtenden Schrankenregelungen aus Artikel 5 Abs. 3 lit. d) RL 2001/29/EG (für Zitate zu Zwecken wie Kritik oder Rezensionen) sowie lit. k) (zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches) europaweit einheitlich möglichst weit ausgelegt werden. Es sollte dabei möglichst sichergestellt werden, dass – so wie vom EU-Gesetzgeber gewollt – gängige Internetphänomene wie Memes, Mashups und Remixe zukünftig weitestgehend zulässig sind, ohne dass hier für die Nutzer Rechtsunsicherheit besteht. Dies ist neben einer möglichen Bagatellschranke für private Nutzer vor allem deshalb relevant, weil auch viele kommerziell agierende Künstler auf diese Stilmittel zurückgreifen. Bei der Ausgestaltung dieser Regelungen muss sich der deutsche Gesetzgeber an der diesbezüglich verbindlichen Rechtsprechung des EuGH zur Auslegung dieser Schrankenregelungen orientieren.

Es ist in der juristischen Literatur derzeit aber umstritten, inwieweit die genannten Schrankenregelungen solche Internetphänomene wie Memes, Mashups und Remixe mit einem geringen eigenschöpferischen Gehalt legalisieren würden. Schließlich bestehen diese meist aus einer bloßen Kombination eines vorbestehenden Werks mit einer eigenen Schöpfung des Nutzers und werden dabei häufig nur zu Unterhaltungszwecken bzw. zur Illustration genutzt. Auch das Zitatrecht hilft hier meist nicht weiter. Insbesondere nach dem kürzlich ergangenen EuGH-Urteil „Metall auf Metall“⁴ ist klar, dass für eine Berufung auf das Zitatrecht eine Interaktion zwischen zitiertem und neuem Werk bestehen muss. Damit erscheint es als eher

³ So – jedoch zurückhaltend - Gerpott, MMR 2019, 420.

⁴ Urt. v. 29.07.2019, Az. C-476/17

unwahrscheinlich, dass Internetphänomene unter diese Schranke subsumiert werden können.

Ein vielversprechender Vorschlag diesbezüglich stammt von Prof. Dr. Marin Senftleben⁵. Danach wäre es denkbar, die Schranke der „Pastiche“ als eine Art „Auffangschranke“ für solche Phänomene nutzbar zu machen. Diese Schranke könne auch als Kombination von unterschiedlichem Quellmaterial mit eigenen Nutzerbeiträgen verstanden werden. Um den geringen eigenschöpferischen Gehalt mancher Kombinationen und die Beeinträchtigung der Verwertung durch die Rechteinhaber auszugleichen, könnte man an dieser Stelle tatsächlich eine Pauschalabgabe der Plattformen an die Verwertungsgesellschaften einführen. Diese Pauschalabgabe würde dann nur solche Phänomene erfassen, die nicht bereits über die nicht vergütungspflichtigen Nutzungen des Zitatrechts oder der Parodie abgedeckt wären. Selbstverständlich ist hier keine klare Grenzziehung im Einzelfall möglich. Doch wie bei der Pauschalabgabe bei der Privatkopierregelung könnte man hier mit Statistiken und Messungen arbeiten, um eine möglichst sachgerechte Verteilung über die Verwertungsgesellschaften zu garantieren.

Das deutsche Zitatrecht muss erweitert werden

Das Zitatrecht ist in Deutschland übermäßig eng ausgestaltet. Das gilt insbesondere – aber nicht nur – für das Bildzitat. Ein solches ist rechtlich fast nie zulässig, wird in der Internetpraxis aber häufig verwendet und von den Rechteinhabern geduldet. Eine Neugestaltung dieser Schrankenregelung ist auch im Hinblick auf das kürzlich ergangene Urteil des EuGH „Metall auf Metall“ dringend notwendig, weil darin die deutsche Regelung der freien Benutzung aus § 24 UrhG als nicht vereinbar mit EU-Recht erklärt wurde und insoweit Rechtslücken bestehen. Zum Zitatrecht hat der EuGH in seinem Urteil (Rn. 69 – 74) einige präzisierende Ausführungen gemacht, die dem deutschen

⁵ ZUM 2019, 269.

Gesetzgeber noch immer einen gewissen Spielraum lassen. Hiernach ist vor allem erforderlich, dass das Zitat *„genutzt wird, um Aussagen zu erläutern, eine Meinung zu verteidigen oder eine geistige Auseinandersetzung zwischen dem Werk und den Aussagen des Nutzers zu ermöglichen, so dass der Nutzer eines geschützten Werks, der sich auf die Ausnahme für Zitate berufen will, das Ziel verfolgen muss, mit diesem Werk zu interagieren.“*

Prof. Senftleben schlägt dazu eine Orientierung am österreichischen Urheberrecht vor. In § 42f UrhG heißt es dort, unabhängig von der Art des Werks und relativ offen: *„Ein veröffentlichtes Werk darf zum Zweck des Zitats vervielfältigt, verbreitet, durch Rundfunk gesendet, der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt und zu öffentlichen Vorträgen, Aufführungen und Vorführungen benutzt werden, sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist. Zulässig ist dies insbesondere, wenn (Nr. 5) einzelne Stellen eines erschienenen Werkes in einem selbstständigen neuen Werk angeführt werden.“*

7. Beschwerdemechanismus (Artikel 17 Absatz 9)

Artikel 17 Abs. 9 Satz 7 sieht vor, dass die Diensteanbieter ihre Nutzer in ihren Geschäftsbedingungen darüber informieren müssen, dass Werke im Rahmen der Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts genutzt werden können.

Es wäre empfehlenswert, eine gesetzliche Regelung mit aufzunehmen, welche die Diensteanbieter konkret zu einer deutlicheren Information verpflichtet als nur in ihren AGB, da diese bekanntlich selten gelesen werden. Eine deutliche Information der Nutzer ist aber im Hinblick auf die durch Upload-Filter gefährdete Meinungs- und Kunstfreiheit unabdingbar.

Denkbar wäre es, in unmittelbarer Nähe eines ebenfalls verpflichtenden Feldes für das „Flagging“ neben dem Upload-Button einen deutlichen Link zu

platzieren, der zu weiteren Informationen über die zulässigen Nutzungen wie etwa zu Zitat, Kritik und Rezension oder für Karikaturen, Parodien und Pastiches sowie weiteren Schrankenregelungen führt. Diese Informationen müssen dann – so wie auch die Informationspflichten nach Artikel 13, 14 DSGVO – in verständlicher, übersichtlicher und transparenter Weise erfolgen.