

## **Stellungnahme zum Urheberdiensteanbietergesetz (UrhDaG)**

### **- Zusammenfassung -**

1. Im Mittelpunkt des urheberrechtlichen Schutzes stehen völlig zu Recht der Urheber<sup>1</sup> und die Leistungsschutzberechtigten. Sie sind in ihren persönlichen und vermögensrechtlichen Beziehungen zum Werk effektiv zu schützen. Das Urheberrecht war jedoch nie und ist auch heute nicht allein durch den Schutz der Rechteinhaber charakterisiert, sondern es nimmt durch die Definition seines Inhalts und seiner Reichweite einen Ausgleich der betroffenen Rechte und Interessen vor und rechtfertigt sich erst durch seine Schrankenbestimmungen und Schutzfristen.

2. Zu berücksichtigen bei jeder urheberrechtlichen Regulierung sind daher nicht nur die grundrechtlich geschützten Rechte und Interessen der Rechteinhaber, sondern v.a. auch die durch die Schrankenbestimmungen geschützten und (unions-)grundrechtlich verbürgten Kommunikationsgrundrechte der Allgemeinheit, d.h. der Nutzer. Überdies ist bei der Ausgestaltung des UrhDaG die Privatautonomie der Diensteanbieter zu gewährleisten.

3. Für den Fall der Einführung automatisierter Filterpflichten, wie es durch Art. 17 DSM-RL geschieht, hat der EuGH mehrfach entschieden, dass eine solche Vorgabe ohne entsprechende Nutzerrechte nicht mit den unionsrechtlich garantierten Kommunikationsgrundrechten vereinbar ist. Das Vorsehen von Nutzerrechten bei der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL ist daher alternativlos.

4. Wie weitreichend diese Nutzerrechte sein müssen, hängt davon ab, wie weitreichend die Befugnisse der Rechteinhaber durch die Gesetzesnovelle ge-

---

<sup>1</sup> Der besseren Lesbarkeit halber wird in dieser Stellungnahme ausschließlich die männliche Form verwendet. Damit sind jedoch stets alle Geschlechter gemeint.

stärkt werden. Um den im geltenden Urheberrecht bestehenden Interessenausgleich zwischen dem Schutz der Rechteinhaber und den Befugnissen der Nutzer aufrecht zu erhalten, muss jede Verstärkung der Rechteinhaberposition mit einer entsprechenden Verstärkung der Nutzerbefugnisse einhergehen.

■ 5. Die Stärkung der Rechteinhaberposition durch Art. 17 DSM-RL ist erheblich, und dies v.a. aufgrund der mit dem verpflichtenden Einsatz automatisierter Filterpflichten verbundenen Umkehr der Rechtsdurchsetzungslast: Es ist grundsätzlich Sache der Rechteinhaber, sich um die Durchsetzung ihrer Rechte zu bemühen. Automatisierte Filterpflichten verlagern diese Rechtsdurchsetzungslast auf die Nutzer, die sich nun um die Durchsetzung ihrer Nutzerbefugnisse bemühen und hierfür auch die erforderlichen Kenntnisse und finanziellen Mittel aufbringen müssen.

■ 6. Als Konsequenz dieser Stärkung der Rechteinhaberposition sind auch die Nutzerrechte entsprechend stark auszugestalten. Dies gelingt dem Gesetzesentwurf nur begrenzt. Es ergibt sich Modifikationsbedarf für bestimmte Regelungen. Jede weitere Einschränkung der im Gesetzesentwurf angelegten Nutzerbefugnisse in den §§ 7 – 11 UrhDaG dürfte mit unions(grund-)rechtlichen Vorgaben nicht vereinbar sein.

■ 7. Die Regelung der geringfügigen Nutzungen in § 10 UrhDaG ist keine eigenständige Schrankenbestimmung, sondern eine temporär bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens geltende widerlegliche Vermutung, dass die aufgeführten Nutzungshandlungen bei zusätzlichem Vorliegen der Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 UrhDaG unter die Schrankenbestimmungen des § 5 UrhDaG fallen. § 10 UrhDaG gestattet geringfügige Nutzungen daher mitnichten generell.

8. Die Möglichkeit des nutzerseitigen Flagging von Inhalten als erlaubte Nutzung wurde im Vergleich zum Referentenentwurf erheblich zulasten der Nutzer zurückgeschraubt. Auch ein solches Flagging von Inhalten führt nunmehr allein unter den zusätzlichen Voraussetzungen des § 9 Abs. 2 UrhDaG zu einer widerleglichen Vermutung, dass die geflaggte Nutzungshandlung unter die Schrankenbestimmungen des § 5 UrhDaG fällt.

9. § 11 Abs. 1 gestattet – anders als seine Vorgängerregelung in § 8 UrhDaG Ref-E – nicht mehr die Kennzeichnung als gemeinfrei oder vertraglich erlaubte Nutzung. Ist die urheberrechtliche Schutzfrist aber abgelaufen oder wurde eine Lizenz eingeräumt, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Inhalt nicht öffentlich zugänglich gemacht werden sollte. § 11 Abs. 1 UrhDaG sollte daher in diesem Sinne ergänzt werden.

10. Der Anreiz für ein strategisches Overblocking der Diensteanbieter besteht trotz der Regelungen in §§ 10 und 11 UrhDaG aufgrund eines erheblichen Haftungsrisikos der Diensteanbieter für fehlerhafte Prognoseentscheidungen auch bei ansonsten sorgfältigster Erfüllung ihrer Pflichten fort. Diese Anreizsetzung ist zu überdenken.

11. Auch wenn § 18 UrhDaG Regelungen zur Eindämmung von Nutzermissbrauch vorsieht, ist das rechteinhaberseitige Interesse an einer Red-Button-Lösung berechtigt und die Regelung des § 14 Abs. 4 UrhDaG daher beizubehalten. Die Anforderungen an einen vertrauenswürdigen Rechteinhaber sollten aber nach objektiven Kriterien im Gesetz normiert werden.

12. § 21 UrhDaG erstreckt den Anwendungsbereich des UrhDaG entgegen dem Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 DSM-RL auf sämtliche Leistungsschutzrechte. Dies ist richtlinienwidrig und daher zu korrigieren. Die Erstreckung des Anwendungsbereiches ist auf die in Artikel 3 Absatz 1 und 2 der Richtlinie 2001/29/EG genannten Rechteinhabern zu beschränken.

**13. Der Direktvergütungsanspruch gem. § 4 Abs. 3 UrhDaG sollte seinem Sinn und Zweck nach auf Urheber und ausübende Künstler beschränkt werden.**

**14. Karikaturen, Parodien und Zitate sollten vergütungsfrei gestellt werden. Eine Vergütungspflicht – auch dann, wenn sie allein den Diensteanbieter trifft – ist ein Dammbbruch und wird zu Forderungen führen, auch andere Intermediäre wie die Presse oder aber Karikaturen, Parodien und Zitate generell vergütungspflichtig auszugestalten. Außerdem berühren diese Nutzungshandlungen nicht die Auswertung auf dem Primärmarkt und sind aus diesem Grunde schon nicht vergütungsbedürftig.**

**15. Der Auskunftsanspruch gem. § 19 Abs. 2 UrhDaG sollte im Interesse eines effektiven Nutzerschutzes zugunsten von Verbänden nach § 3a UKlaG sowie zugunsten der Forschung erweitert werden.**

## Stellungnahme zum Urheberdiensteanbietergesetz (UrhDaG)

### - Ausführliche Fassung -

#### A. Heutige Rechtslage

Stellen Nutzer rechtswidrige Inhalte über Diensteanbieter, wie z.B. YouTube und Facebook, zur Verfügung, so können diese Diensteanbieter nach geltendem Recht grundsätzlich allein auf Unterlassung in Anspruch genommen werden, und dies i.d.R. auch erst nach einem entsprechenden Hinweis auf die Rechtsverletzung. Dies liegt darin begründet, dass Diensteanbieter wie die benannten Plattformen bislang als „neutrale“ Vermittler von Speicherplatz gesehen und daher von der E-Commerce-Richtlinie in der Haftung privilegiert wurden, vgl. Art. 14 E-Commerce-Richtlinie. Auf Schadensersatz haften sie bislang nur im Ausnahmefall, wenn sie sich Inhalte zu eigen machen und ihre neutrale Vermittlerrolle daher verlassen.<sup>2</sup> In urheberrechtlichen Terminologien gesprochen, nimmt nicht der Diensteanbieter die Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung vor, sondern der Nutzer. Für eine Haftung als Teilnehmer der durch den Nutzer begangenen Rechtsverletzung fehlt dem Diensteanbieter der in Bezug auf die Haupttat erforderliche Vorsatz.<sup>3</sup> Denn er weiß ohne eigene Prüfung nicht, welche Inhalte konkret über seinen Dienst zugänglich gemacht werden. Eine nur generelle Kenntnis darüber, dass über den Diensteanbieter in erheblichem Umfang Rechtsverletzungen begangen werden, reicht auch bei einer besonderen Gefahrgeneigtheit des Dienstes nicht aus.<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> EuGH, Urt. v. 11.09.2014 – C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209 = MMR 2016, 63 – *Papasavvas*.

<sup>3</sup> Vgl. hierzu etwa: OLG München, Urt. v. 28.01.2016 – 29 U 2798/15, GRUR 2016, 612 Tz. 54 ff. – *Youtube*; OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 175/10, BeckRS 2015, 14371 Tz. 262 ff.

<sup>4</sup> OLG München, Urt. v. 02.03.2017 – 29 U 1799/16, ZUM-RD 2017, 394; OLG München, Urt. v. 02.03.2017 – 29 U 1818/16, ZUM-RD 2017, 331; OLG München, Urt. v. 02.03.2017 – 29 U 1797/16, MMR 2017, 628 ff. – *Gray's Anatomy*; *Specht*, ZUM 2017, 114, 116.

Der Diensteanbieter muss jedoch bereits heute unverzüglich tätig werden, um einen rechtswidrigen Inhalt zu entfernen oder den Zugang zu ihm zu sperren, sobald er Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information hat oder Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich werden, sogenanntes notice-and-take-down- bzw. notice-and-stay-down-Verfahren.

### **B. Ausweitung der Verantwortlichkeit bestimmter Diensteanbieter durch das UrhDaG**

Mit Art. 17 DSM-RL, der im Wesentlichen im UrhDaG umgesetzt wird, ändert sich die Verantwortlichkeit bestimmter Diensteanbieter grundlegend. „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ nehmen künftig eine eigene Handlung der öffentlichen Wiedergabe vor, wenn sie der Öffentlichkeit Zugang zu urheberrechtlich relevanten Inhalten verschaffen, die von Nutzern des Dienstes hochgeladen werden. Sowohl Nutzer als auch Diensteanbieter können von den Rechteinhabern im Falle einer durch eine öffentliche Wiedergabe eines Inhalts verursachten Urheberrechtsverletzung zukünftig also auf Schadensersatz und Unterlassung in Anspruch genommen werden.

Der Gesetzentwurf geht aber noch weiter. Zum effektiven Schutz der Rechteinhaber legt er den Diensteanbietern wesentliche Verkehrspflichten nach §§ 4 und 7 bis 11 UrhDaG auf. Diese müssen nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit erfüllt werden. Hierzu gehört es, bestmögliche Anstrengungen zu unternehmen, um die vertraglichen Nutzungsrechte für die öffentliche Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke zu erwerben, bestimmte urheberrechtlich relevante Inhalte bereits vor ihrem Upload, andere auf Hinweis zu blockieren und wieder andere Inhalte zunächst online zu stellen. Stets müssen Rechteinhaber und Nut-

zer die Möglichkeit erhalten, gegen die Entscheidung des Diensteanbieters, einen Inhalt zu blockieren oder online zu stellen, vorzugehen, und dies sowohl im Rahmen eines (internen oder externen) Beschwerdeverfahrens, als auch vor außergerichtlichen Streitbeilegungsstellen oder auch vor staatlichen Gerichten.

Das UrhDaG ist sichtlich von dem Bemühen getragen, eine ausgleichende Diensteanbieterregulierung unter Berücksichtigung sämtlicher Rechte und Interessen, die hierbei berührt werden, vorzunehmen. Eine solche ausgleichende Regulierung ist sowohl durch Art. 17 DSM-RL als auch durch die Rechtsprechung des EuGH<sup>5</sup> vorgegeben und damit zwingend. Die konkrete Umsetzung im UrhDaG ist dabei ein Drahtseilakt, weil sie innerhalb eines Rechtedreiecks stattfinden muss. Zu berücksichtigen sind sowohl die grundrechtlich geschützten Interessen der Rechteinhaber sowie die Privatautonomie des Diensteanbieters als auch die (unions-)grundrechtlich geschützten Kommunikationsgrundrechte der Nutzer. In den Rechtssachen SABAM/Netlog und Scarlet Extended<sup>6</sup> sowie UPC Telekabel<sup>7</sup> hat der EuGH explizit klargestellt, dass der Einsatz von Uploadfiltern, wie sie jedenfalls nach dem derzeitigen Stand der Technik auch durch das UrhDaG vorgegeben werden, zu einer ungerechtfertigten Beeinträchtigung der

---

<sup>5</sup> EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 Tz. 43 ff. = MMR 2012, 174 – *Scarlet Extended*; EuGH, Urt. v. 16.02.2012 – C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 Tz. 41 ff. = MMR 2012, 334 – *SABAM/Netlog*; EuGH, Urt. v. 27.03.2014 – C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, Tz. 46 ff. = MMR 2014, 397 – *UPC Telekabel*.

<sup>6</sup> EuGH, Urt. v. 16.02.2012 – C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 Tz.50 = MMR 2012, 334 – *SABAM/Netlog* sowie wortgleich EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 Tz. 52. = MMR 2012, 174 – *Scarlet Extended*: „Zum anderen könnte die fragliche Anordnung die Informationsfreiheit beeinträchtigen, weil die Gefahr bestünde, dass das System nicht hinreichend zwischen einem unzulässigen und einem zulässigen Inhalt unterscheiden kann, so dass sein Einsatz zur Sperrung von Kommunikationen mit zulässigem Inhalt führen könnte. Denn es ist unbestritten, dass die Antwort auf die Frage der Zulässigkeit einer Übertragung auch von der Anwendung gesetzlicher Ausnahmen vom Urheberrecht abhängt, die von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren. Ferner können bestimmte Werke in bestimmten Mitgliedstaaten gemeinfrei sein, oder sie können von den fraglichen Urhebern kostenlos ins Internet gestellt worden sein [...].“

<sup>7</sup> EuGH, Urt. v. 27.03.2014 – C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192, Tz. 63 = MMR 2014, 397 – *UPC Telekabel*.

Kommunikationsfreiheiten der Nutzer führt, solange den Nutzern keine ausreichenden Nutzerbefugnisse zuerkannt werden, um sich gegen ein automatisiertes Filtern effektiv zur Wehr zu setzen. Nutzerrechte sind vom Gesetzgeber damit zwingend vorzusehen.<sup>8</sup>

### C. Stärkung der Rechteinhaberposition erfordert Stärkung der Nutzerbefugnisse

Wie weitreichend diese Nutzerrechte sein müssen, hängt davon ab, wie weitreichend die rechteinhaberseitigen Befugnisse durch das UrhDaG gestärkt werden. Denn das Urheberrecht war nie und ist auch heute nicht allein durch den Schutz der Rechteinhaber charakterisiert, sondern es nimmt durch die Definition seines Inhalts und seiner Reichweite einen Ausgleich der betroffenen Rechte und Interessen vor und rechtfertigt sich erst durch seine Schrankenbestimmungen und Schutzfristen. Das Urheberrecht ist als exklusives Schutzrecht eine Ausnahme vom Grundsatz der Nutzungsfreiheit und als solches rechtfertigungsbedürftig. Das Urheberrecht ist, bildlich gesprochen, eine Insel von Exklusivität in einem Meer von Freiheit,<sup>9</sup> die Schrankenregelungen Rechtstechnik zur Bestimmung seines Inhalts und seiner Grenzen.<sup>10</sup>

---

<sup>8</sup> *Specht-Riemenschneider*, Leitlinien zur nationalen Umsetzung des Art. 17 DSM-RL aus Verbrauchersicht, Juni 2020, abrufbar unter <[https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/06/23/2020-06-12-specht-final-art\\_17.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/06/23/2020-06-12-specht-final-art_17.pdf)> (zuletzt abgerufen am 08.04.2021), S. 49 f.

<sup>9</sup> *Voorhoof*, Freedom of Expression, Parody, Copyright and Trademarks, in: Ginsburg/Besek, Adjuncts and Alternatives to Copyright, Proceedings of the ALAI Congress 2001, 2002, S. 636, 639: „Copyright and trademark protections are the monopoly islands in the ocean of freedom.“; *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815; 818 ff.; *ders.*, GRUR Int. 2008, 459, 461; *Geiger*, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, S. 143, 150; *Dreier*, GRUR Int. 2015, 648, 656.

<sup>10</sup> So auch: *Dreier*, GRUR Int. 2015, 648, 656; *Geiger*, GRUR Int. 2004, 815; 818 ff.; *ders.* GRUR Int. 2008, 459, 461; *Geiger*, Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte , Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht, 2004, S. 143, 150; *Hugenholtz*, Fierce Creatures, Copyright Exemptions: Towards Extinction?, in: IFLA/Imprimatur, Rights, Limitations and Exceptions: Striking a Proper Balance, 1997, S. 4.; *ders.*, Adapting Copyright to the Information Superhighway,

Das Urheberrecht ist erforderlich zum Schutz der Kreativen, die im Mittelpunkt des urheberrechtlichen Schutzes stehen und stehen müssen. Seine Reichweite aber kann aufgrund der ebenfalls legitimen Positionen von Allgemeinheit und Nutzern nicht endlos sein, sondern wird durch diese begrenzt. Werden die Befugnisse der Rechteinhaber gestärkt, so muss dies einhergehen mit einer Stärkung der Nutzerbefugnisse, um die (Unions-)Grundrechtskonformität des Urheberrechts aufrecht zu erhalten.<sup>11</sup>

Die Stärkung der Rechteinhaber durch Art. 17 DSM-RL und das UrhDaG ist wesentlich, und dies v.a. aufgrund der mit dem verpflichtenden Einsatz von automatisierten Filtern verbundenen Umkehr der Rechtsdurchsetzungslast: Es ist im Ausgangspunkt Sache der Rechteinhaber, sich um die Durchsetzung ihrer Rechte zu bemühen. Automatisierte Filterpflichten verlagern diese Rechtsdurchsetzungslast auf die Nutzer. Rechteinhaber müssen dem Diensteanbieter nur noch die erforderlichen Referenzdateien zur Verfügung stellen. Die Blockierung durch die Filtertechniken verläuft automatisiert. Wird aber ein rechtmäßiger Inhalt geblockt, weil die Filtertechnik nicht stets unterscheiden kann, ob es sich bei einem Inhalt z.B. um eine Nutzung eines Werkes als rechtmäßige Parodie oder als unrechtmäßige Vervielfältigung handelt, muss sich der Nutzer nun um die Durchsetzung seiner Nutzerbefugnisse bemühen. Dass dies für ihn überaus nachteilig ist, zeigen Evidenzen aus den USA und Großbritannien,<sup>12</sup> weil er

---

in: Hugenholtz, *The Future of Copyright in a Digital Environment*, 1996, S. 81, 93.: „*Copyright exemptions are not, necessarily, exemptions.*“.

<sup>11</sup> Vgl. zum Interessengleichgewicht v.a. *Hilty*, *Urheberrecht*, 2011, S. 376.

<sup>12</sup> *Urban/Quilter*, 22 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 621 (2006), 636 ff.; *Akester*, *Technological accommodation of conflicts between freedom of expression and DRM: the first empirical assessment*, 2009, S. 104 f.; *Seltzer*, 24 Harv. J. L. & Tech 171 (2010), 229; *Chen/Durkee/Friend/Urban*, *Updating 17 U.S.C. § 512's Notice and Takedown Procedure for Innovators, Creators, and Consumers* (2011), abrufbar unter <<https://www.law.berkeley.edu/wpcontent/uploads/2015/04/cranoticetakedown.pdf>> (zuletzt abgerufen am 27.04.2020); *Blythe*, 41 EIPR 70 (2019), 77; *ders.*, 41 EIPR 70 (2019), 86.

häufig weder die finanziellen Mittel noch die Kenntnisse hat, wie er seine Befugnisse effektiv geltend machen kann.<sup>13</sup>

#### **D. Mechanismus des UrhDaG**

Den erforderlichen Rechteaustgleich nimmt das UrhDaG in vielen Teilen vorbildlich vor. Die wesentlichen Vorgaben des Gesetzesentwurfs sollen im Folgenden kursorisch erläutert werden, um darauf aufbauend den Modifikationsbedarf der vorgeschlagenen Regelungen zu erläutern.

#### **I. Wesentliche Mechanismen zum Ausgleich von Rechtspositionen der Beteiligten**

Das UrhDaG adressiert zunächst nur solche „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“, die eine gewisse Größe erreichen, in vollem Umfang. Kleine Diensteanbieter i.S.d. § 2 Abs. 3 UrhDaG und Startup-Diensteanbieter i.S.d. § 2 Abs. 2 UrhDaG treffen als Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes geringere Verpflichtungen. Bestimmte Diensteanbieter, wie etwa nicht-gewinnorientierte Online-Enzyklopädien, sind sogar gänzlich vom Anwendungsbereich ausgenommen, § 3 UrhDaG. Für sie verbleibt es bei der derzeit geltenden Rechtslage, sie haften also für Urheberrechtsverletzungen nach Kenntniserlangung im Wesentlichen als Störer auf Unterlassung.

Die erfassten Diensteanbieter, wie z.B. große Video-Sharing-Plattformen, sind verpflichtet, bestmögliche Anstrengungen zu unternehmen, um vertragliche Nutzungsrechte für diejenigen Inhalte einzuholen, die die Nutzer über ihren Dienst öffentlich zugänglich machen. Dabei trifft sie nach § 4 Abs. 1 S. 2 UrhDaG eine begrenzte Kontrahierungspflicht. § 4 Abs. 3 UrhDaG bestimmt, dass dem

---

<sup>13</sup> *Kaesling/Knapp*, MMR 2020, 816, 819 f.

Urheber ein Anspruch auf angemessene Vergütung für Nutzungen von Diensteanbietern auch dann zusteht, wenn der Nutzer diese Online-Rechte einem Dritten (z.B. einem Produzenten oder einem Label) eingeräumt hat und dieser oder ein weiterer Lizenznehmer in der Lizenzkette dem Diensteanbieter das Nutzungsrecht nach § 4 Abs. 1 und 2 UrhDaG einräumen.<sup>14</sup> Dies soll den Urhebern effektiv dazu verhelfen, auch tatsächlich an ihre Vergütung zu gelangen und ist einer Skepsis gegenüber dem Urhebervertragsrecht geschuldet.<sup>15</sup>

Wird ein Nutzungsrecht nicht eingeräumt, hat der Rechteinhaber zwei Möglichkeiten: Er kann erstens vom Diensteanbieter nach § 7 Abs. 1 UrhDaG verlangen, dass ein Inhalt automatisiert blockiert wird, bevor ein Nutzer diesen Inhalt überhaupt online stellen kann. Diese automatisierten Filtertechniken sind in der öffentlichen Diskussion als Upload-Filter bekannt geworden. Der Rechteinhaber muss, um von diesem Mechanismus profitieren zu können, lediglich die erforderlichen Rechteinhaberinformationen zur Verfügung stellen, damit der Diensteanbieter weiß, welche Inhalte von dem automatisierten Sperrverlangen umfasst sein sollen. Versucht ein Nutzer einen Inhalt hochzuladen, der mit dem zur Blockierung veranlassten Inhalt übereinstimmt, wird dieser nicht – auch nicht zeitlich begrenzt – in das Internet eingestellt. Der Nutzer wird über die automatisierte Blockierung allerdings benachrichtigt und hat die Möglichkeit, Beschwerde einzulegen. Der Diensteanbieter muss dann noch einmal prüfen, ob die Blockierung rechtmäßig war, weil der Nutzer einen rechtswidrigen Inhalt in das Netz einstellen wollte, oder ob die Blockierung unrechtmäßig war, weil der Nutzer einen von einer Schrankenregelung oder einem vertraglichen Nutzungsrecht gedeckten oder einen gemeinfreien Inhalt in das Netz einstellen

---

<sup>14</sup> Gesetzesbegründung, S. 157.

<sup>15</sup> Metzger/Pravemann, ZUM 2021, 288, 290.

wollte. Gegen die Beschwerdeentscheidung kann der Nutzer wiederum vorgehen, und zwar vor außergerichtlichen Streitbeilegungsstellen oder aber vor staatlichen Gerichten.

Zweitens kann der Rechteinhaber aber auch dann, wenn ein Inhalt nicht automatisch blockiert wird, beispielsweise weil der Rechteinhaber nicht die erforderlichen Informationen beigebracht hat, die Blockierung aus seiner Sicht rechtswidriger Inhalte nach § 8 Abs. 1 UrhDaG verlangen. Er muss den Diensteanbieter in diesem Fall auf eine aus seiner Sicht rechtswidrige öffentliche Wiedergabe hinreichend begründet hinweisen. Dies entspricht im Wesentlichen den Vorgaben des bereits heute existenten notice-and-stay-down-Verfahrens.

Online gestellt werden müssen Inhalte durch den Diensteanbieter nur unter hohen Voraussetzungen, nämlich nach § 9 UrhDaG dann, wenn es sich um einen nutzergenerierten Inhalt handelt, der weniger als die Hälfte eines Werkes eines Dritten oder mehrerer Werke Dritter enthält, diese Werkteile mit anderem Inhalt kombiniert und darüber hinaus entweder die Werke Dritter nur geringfügig nutzt (§ 10 UrhDaG) oder als gesetzlich erlaubt i.S.d. § 11 UrhDaG gekennzeichnet ist. Es ist also mitnichten so, dass eine geringfügige Nutzung nach § 10 UrhDaG, z.B. 15 Sekunden einer Tonspur, oder ein als rechtmäßig durch einen Nutzer gekennzeichnete Inhalt stets verpflichtend über den Diensteanbieter wiederzugeben ist. Ganz im Gegenteil haben geringfügige Nutzungen nach § 10 UrhDaG sowie das User-Flagging nach § 11 UrhDaG allein im Rahmen des § 9 UrhDaG und keinesfalls eigenständige Bedeutung. Auch die über §§ 9 – 11 UrhDaG mutmaßlich erlaubten Inhalte müssen gem. § 4 UrhDaG lizenziert werden.

Die Wiedergabepflicht des Diensteanbieters in Bezug auf die nach § 9 UrhDaG für mutmaßlich zulässig erklärten Inhalte beschränkt sich auf Inhalte, die mit

einer gewissen Wahrscheinlichkeit ohnehin einer Schrankenbestimmung unterfallen und deren öffentliche Wiedergabe damit zulässig ist. Die Wiedergabepflicht ist aber nicht nur inhaltlich, sondern auch temporär auf den Zeitraum bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens beschränkt. Wichtig ist die – wenn auch sehr begrenzte – Wiedergabepflicht insbesondere für zeitkritische Inhalte, wie politische Parodien, die in der Regel auf ein aktuelles politische Ereignis Bezug nehmen. Der Rechteinhaber wird auf eine Onlinestellung dieser Inhalte hingewiesen und hat die Möglichkeit, Beschwerde einzulegen. Auch ihm steht freilich der Weg zur außergerichtlichen Streitbeilegung sowie zu den ordentlichen Gerichten offen.

Letztlich gänzlich abgesichert sein dürften die Rechteinhaber vor Nutzermissbrauch mit der über § 14 Abs. 4 UrhDaG neu eingefügten „Red-Button-Lösung“ (oder auch „Kill switch“<sup>16</sup>, dazu später<sup>17</sup>).

Nutzerseitiger Missbrauch wird darüber hinaus (ebenso wie ein rechteinhaberseitiger Missbrauch) über § 18 UrhDaG sanktioniert.

## **II. Modifikationsbedarf der vorgeschlagenen Regelungen im UrhDaG**

Auch wenn der Regierungsentwurf des UrhDaG im Vergleich zum Ref-E zu einer erheblichen Kürzung der Nutzerrechte führt, so nimmt er doch immer noch einen insgesamt sehr feingliedrigen und im Grundsatz gelungenen Interessenausgleich vor, der mit einigen wenigen Modifikationen den unionsrechtlichen Vorgaben noch standhalten dürfte. Folgende Punkte sollten im weiteren Gesetzgebungsprozess berücksichtigt werden:

---

<sup>16</sup> Metzger/Pravemann, ZUM 2021, 288, 290.

<sup>17</sup> D. II. 3. c) bb).

### **1. Keine weitere Modifikation der §§ 7 und 8 UrhDaG zulasten der Nutzer**

§ 7 UrhDaG regelt die sogenannte qualifizierte Blockierung. Er gibt vor, dass der Diensteanbieter durch Sperrung oder Entfernung (Blockierung) bestmöglich sicherzustellen hat, dass ein Werk nicht öffentlich wiedergegeben wird und hierfür auch künftig nicht verfügbar ist, sobald der Rechteinhaber dies verlangt und hierfür die erforderlichen Informationen zur Verfügung stellt. Jedenfalls nach derzeitigem Stand der Technik werden hierfür von Diensteanbietern, die weder Startup-Diensteanbieter i.S.d. § 2 Abs. 2 i.V.m. § 7 Abs. 4 UrhDaG, noch kleine Diensteanbieter i.S.d. § 2 Abs. 3 i.V. § 7 Abs. 5 sind, Uploadfilter zum Einsatz kommen müssen.<sup>18</sup>

Kommt es im Zuge eines Rechteinhaberverlangens nach Abs. 1 tatsächlich zu einer Blockierung eines Inhaltes, ist der Nutzer hierüber sofort zu informieren. Darüber hinaus hat er nach § 14 UrhDaG das Recht, Beschwerde einzulegen.

Eine gesetzlich vorgegebene präventive Sperrverpflichtung auf Verlangen des Rechteinhabers verschiebt die Rechtsdurchsetzungslast im Urheberrecht zulasten der Nutzer. War es bislang stets der Rechteinhaber, der um die Durchsetzung seiner Urheberrechte ersuchen musste, so ist es jetzt der Nutzer, der gegen eine mögliche Blockierentscheidung vorgehen muss. Das persönliche Kosten-Nutzen-Kalkül der wirtschaftlich in der Regel gegenüber dem Diensteanbieter unterlegenen Nutzer wird dabei häufig dazu führen, dass der Nutzer von ihm zustehenden gesetzlichen Schrankenbestimmungen keinen Gebrauch machen wird.<sup>19</sup> Das Gesetz gibt daher vor, dass Maßnahmen nach § 7 Abs. 1 UrhDaG nicht dazu führen dürfen, dass vom Nutzer hochgeladene Inhalte, deren Nutzung gesetzlich erlaubt ist oder bei denen kein Verstoß gegen das Urheberrecht

---

<sup>18</sup> So nur *Specht*, NJW 2018, 3686 (3689); *Becker*, ZUM 2019, 636 (637); *Pravemann*, GRUR 2019, 783 (786); *Peters/Schmidt*, GRUR-Int 2019, 1006 (1009 f.); *Spindler*, CR 2019, 277 (285 Rn. 53); *Metzger/Pravemann*, ZUM 2021, 288, 292.

<sup>19</sup> *Kaesling/Knapp*, MMR 2020, 816, 819 ff.

vorliegt, z.B. weil sie gemeinfrei sind oder einer Schrankenbestimmung unterliegen, nicht verfügbar sind. Der Nachteil der durch § 7 UrhDaG begründeten Verschiebung der Rechtsdurchsetzungslast zulasten des Nutzers wird durch die Wiedergabepflicht mutmaßlich erlaubter Nutzungen (gerade noch) kompensiert. Jede weitere Verschiebung zulasten der Nutzer dürfte die Unionsgrundrechtswidrigkeit der Bestimmung zur Folge haben.

■ § 8 UrhDaG regelt die sogenannte einfache Blockierung, wobei es sich im Wesentlichen um die Normierung der auch bisher im Rahmen des notice-and-takedown-Verfahrens bestehenden Verpflichtungen der Diensteanbieter handelt, auf hinreichend begründeten Hinweis des Rechtsinhabers eine unerlaubte öffentliche Wiedergabe eines Werkes durch Blockierung zu beenden. Auch hier gilt, dass die diensteanbieterseitig angewandten Maßnahmen nicht dazu führen dürfen, dass Inhalte, deren Nutzung gesetzlich erlaubt ist oder bei denen kein Verstoß gegen das Urheberrecht vorliegt, nicht verfügbar sind. Zur Blockierung künftiger Inhalte sind die Diensteanbieter erst verpflichtet, nachdem der Rechtsinhaber die hierfür erforderlichen Informationen zur Verfügung stellt, § 8 Abs. 3 UrhDaG. Die Nutzerrechte nach §§ 9 – 11 UrhDaG finden auf die einfache Blockierung keine Anwendung. Dies dürfte mit der Rechtsprechung des EuGH insgesamt vereinbar sein.

■ **2. Keine weitere Modifikation der §§ 9 – 11 UrhDaG zulasten der Nutzer, Erweiterung des § 11 UrhDaG**

Auch eine weitere zulasten der Nutzer gehende Modifikation der §§ 9 – 11 UrhDaG dürfte mit Unionsgrundrechten nicht mehr vereinbar sein. In diesem Zusammenhang darf auch an das von Polen angestrebte Verfahren über Art. 17 DSM-RL erinnert werden, in dessen Rahmen möglicherweise entscheidende Teile des Art. 17 DSM-RL aufgrund eines Verstoßes gegen die Kommunikationsgrundrechte für unionsgrundrechtswidrig gehalten werden werden. Um die

Pflichten aus Art. 17 Abs. 4 lit. b und Art. 17 Abs. 4 lit. c letzter Satzteil DSM-RL zu erfüllen, so die Begründung der Klage, müssten die Diensteanbieter schließlich präventive Kontrollmechanismen installieren, die mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit nicht zu vereinbaren seien.<sup>20</sup> Selbst dann, wenn Art. 17 DSM-RL aber letztlich für unionsgrundrechtlich vereinbar gehalten würde, so geht dies allein unter Gewährung ausreichender Schutzmechanismen i.S.d. EuGH-Rechtsprechung Sabam/Netlog, Scarlet Extended und UPC Telekabel.<sup>21</sup> §§ 9 – 11 UrhDaG sehen hier das erforderliche Minimum der Nutzerrechte vor, hinter das nach meinem Ermessen nicht zurückgefallen werden darf.

#### a) § 9 UrhDaG

§ 9 UrhDaG regelt die Pflicht zur öffentlichen Wiedergabe mutmaßlich erlaubter Nutzungen gem. § 9 UrhDaG. Mutmaßlich erlaubte Nutzungen sind bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens (§ 14 UrhDaG) öffentlich wiederzugeben. Auch das Beschwerdeverfahren vor einer externen Beschwerdestelle muss von dem Verweis gem. § 14 UrhDaG erfasst sein, da die externe Beschwerdestelle gem. § 15 UrhDaG zur Erfüllung der Verpflichtungen aus § 14 UrhDaG in Anspruch genommen werden kann.

---

<sup>20</sup> Klage, eingereicht am 24.05.2019 – C-401/19 – Republik Polen/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union: „Die Republik Polen rügt insbesondere, dass die Pflicht der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, alle Anstrengungen zu unternehmen, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt hätten, nicht verfügbar seien (Art. 17 Abs. 4 Buchst. b der Richtlinie 2019/790), sowie alle Anstrengungen zu unternehmen, um das künftige Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern, zu denen die Rechteinhaber einen hinreichend begründeten Hinweis gegeben hätten (Art. 17 Abs. 4 Buchst. c letzter Satzteil der Richtlinie 2019/790), zur Vermeidung einer Haftung erfordere, dass die Anbieter eine vorherige automatische Überprüfung (Filtern) der von Nutzern online bereitgestellten Inhalte vornähmen und damit präventive Kontrollmechanismen einführen. Ein solcher Mechanismus untergrabe den Wesensgehalt des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit und erfülle nicht das Erfordernis der Verhältnismäßigkeit und der Notwendigkeit einer Beschränkung dieses Rechts.“

<sup>21</sup> S.o.

Mutmaßlich erlaubte Nutzungen sind nach § 9 Abs. 2 Nutzungen nach § 5 UrhDaG, die sich dadurch auszeichnen, dass es sich um einen nutzergenerierten Inhalt handelt, der weniger als die Hälfte eines Werkes eines Dritten oder mehrerer Werke Dritter enthält, diese Werkteile mit anderen Inhalten kombiniert und Werke Dritter nur geringfügig i.S.d. § 10 UrhDaG nutzt oder als gesetzlich erlaubt gekennzeichnet ist i.S.d. § 11 UrhDaG.

Im Falle einer mutmaßlich erlaubten Nutzung in diesem Sinne wird der Rechteinhaber sofort über die öffentliche Wiedergabe informiert und auf sein Recht hingewiesen, nach § 14 UrhDaG Beschwerde einzulegen, um die Vermutung nach Abs. 2 überprüfen zu lassen. Beklagt wird hier regelmäßig in der öffentlichen Diskussion, dass dies insbesondere für aktuelle Filme oder Sportereignisse misslich sei, weil hier auch mutmaßlich erlaubte Nutzungen, z.B. die Wiedergabe von weniger als die Hälfte eines aktuellen Filmes kombiniert mit anderen Inhalten, wenn der Inhalt als gesetzlich erlaubt gekennzeichnet ist, erheblichen Schaden nach sich ziehen könnte. Der Gesetzgeber ist den Rechteinhabern mit der sogenannten Red-Button-Lösung aber auch an dieser Stelle noch einmal erheblich entgegengekommen (dazu sogleich<sup>22</sup>).

## **b) § 10 UrhDaG**

### **aa) Telos und Rechtfertigung des § 10 UrhDaG**

Als geringfügig i.S.d. § 9 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 UrhDaG gelten wenig eingriffsintensive Nutzungen von Werken Dritter, die nicht zu kommerziellen Zwecken oder zur Erzielung erheblicher Einnahmen dienen und die 15 Sekunden eines Filmwerkes oder Laufbildes, bis zu 15 Sekunden je einer Tonspur, 160 Zeichen je eines Textes und bis zu 125 Kilobyte je eines Lichtbildwerkes, Lichtbildes oder einer Grafik

---

<sup>22</sup> D. II. 3. c) bb).

(wobei hier alternativ auch auf eine angemessene Pixelsumme abgestellt werden könnte) nicht übersteigen. Es kann nicht oft genug betont werden, dass eine solche geringfügige Nutzung allein nicht ausreicht, um den Diensteanbieter zu verpflichten, die betreffenden Inhalte wiederzugeben, sondern dass eine öffentliche Wiedergabe lediglich dann zu erfolgen hat, wenn weitere Voraussetzungen vorliegen, die den Inhalt zu einer mutmaßlich erlaubten Nutzung i.S.d. § 9 Abs. 1, 2, § 5 UrhDaG machen. Diese Voraussetzungen sind hoch: Es muss sich um einen nutzergenerierten Inhalt handeln, der weniger als die Hälfte des Werkes eines Dritten oder mehrerer Werke Dritter enthält, diese Werkteile mit anderem Inhalt kombiniert und geringfügig i.S.d. § 10 UrhDaG ist. Nur wenn diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, begründet dies überhaupt eine Vermutung einer gesetzlich erlaubten Nutzung als Zitat, Parodie, Karikatur, Pastiche oder als einen anderen von einer Schrankenbestimmung gedeckten Inhalt. Die Vermutung ist zudem widerleglich ausgestaltet.

Es handelt sich nach der Gesetzesbegründung um ein prozedurales Instrument, nicht um eine eigenständige Schrankenregelung. Es spricht daher einiges dafür, dass der Regelung des Reg-E, anders als noch der Regelung des Ref-E, tatsächlich der Charakter als Schrankenregelung fehlt und die Vorschrift sogar erforderlich ist, um den Vorgaben der DSM-Richtlinie zu genügen. Denn die DSM-Richtlinie verlangt, das Pflichtenprogramm des Diensteanbieters verhältnismäßig auszugestalten.

§ 10 UrhDaG verringert das ansonsten uferlose Prognoserisiko des Diensteanbieters im Hinblick auf die Prüfung der Rechtswidrigkeit bzw. Rechtmäßigkeit einer Nutzungshandlung, indem die Regelung dem Diensteanbieter erlaubt, zeitlich äußerst begrenzt, nämlich allein bis zur Entscheidung im Beschwerdeverfahren von maximal einer Woche, davon auszugehen, dass eine Nutzung, die die kumulativen Anforderungen von §§ 9 und 10 UrhDaG erfüllt, in der Regel unter eine Schrankenbestimmung des § 5 UrhDaG fällt.

Außerdem dürfen nach Art. 17 Abs. 7 DSM-RL

*„Maßnahmen, die von Plattformen durchgeführt werden, nicht dazu führen dürfen, dass die Verfügbarkeit von Werken, die nicht gegen das Urheberrecht verstoßen, verhindert wird.“*

Ohne eine Verringerung des Prognoserisikos droht ein strategisches automatisiertes Overblocking von Inhalten. Dies geht zulasten der Kommunikationsfreiheiten der Nutzer, die der EuGH bereits mehrfach für betroffen erachtete, wenn Inhalte auf Plattformen automatisiert blockiert werden (s.o.). § 10 UrhDaG ist daher auch Ausprägung der Verpflichtung aus Art. 17 Abs. 7 DSM-RL.<sup>23</sup>

Freilich ist aber auch der Schutz der Rechteinhaber nicht hinten an zu stellen, sondern in die erforderliche Abwägungsentscheidung einzustellen. Sie sind bei gleichzeitiger Gewährleistung des Schutzes von Diensteanbietern und Nutzern vor Rechtsverletzungen so gut wie möglich zu schützen. Dies geschieht durch zwei Mechanismen:

Erstens haben Rechteinhaber die Möglichkeit, die Vermutung nach § 9 Abs. 2 UrhDaG im Wege der Red-Button-Lösung zu widerlegen und ein sofortiges Blockieren der Inhalte herbeizuführen, und zweitens müssen selbst Kleinstnutzungen nach § 10 UrhDaG weiterhin von dem Diensteanbieter lizenziert werden. Dies stellt die Gesetzesbegründung explizit klar:<sup>24</sup>

*„Diese Lizenzierungspflicht besteht unabhängig von zugunsten der Nutzerinnen und Nutzer vorgesehenen gesetzlichen Erlaubnissen (...). Auch*

---

<sup>23</sup> Hoffmann, ZUM 2020, 665, 670.

<sup>24</sup> Gesetzesbegründung, S. 156.

*die Pflicht zur Wiedergabe mutmaßlich erlaubter Nutzungen nach den §§ 9 – 11 UrhDaG entbindet den Diensteanbieter hiervon nicht. Das pflichtwidrige Unterlassen der Lizenzierung von Nutzungen (...) kann daher zu einer Schadensersatzpflicht des Diensteanbieters gegenüber dem Rechtsinhaber führen.“*

■ Damit droht durch § 10 UrhDaG tatsächlich keine merkliche Beeinträchtigung der Verwertung auf dem Primärmarkt.

#### **bb) Ex-post Nutzerbefugnisse nicht ausreichend, um Art. 17 DSM-RL umzusetzen**

■ Im Nichtigkeitsverfahren Polens gegen Art. 17 DSM-RL haben sich sowohl der Rat als auch das Parlament dahingehend eingelassen, dass in Konfliktfällen der Schutz der Grundrechte der Nutzer Vorrang vor den Aufforderungen der Rechteinhaber haben muss, die Verfügbarkeit ihrer Werke zu blockieren. Art. 17 Abs. 4 DSM-RL sei eine „obligation of means“ während Art. 17 Abs. 7 DSM-RL eine „obligation of results“ sei.<sup>25</sup> Ausschließlich ex-post Nutzerrechte vorzusehen, würde den Kommunikationsgrundrechten außerdem nicht ausreichend Rechnung tragen.<sup>26</sup> Für den äußerst begrenzten Zeitraum einer Onlinestellung von Inhalten bis zum Zeitpunkt der Entscheidung im Beschwerdeverfahren ist daher eine differenzierte Regelung erforderlich, die die Rechte von Rechteinhabern, Diensteanbietern und Nutzern gleichermaßen wahrt und die daher Aussagen dazu trifft, wann ein Inhalt sofort zu blockieren ist und wann ein Inhalt bis zur

---

<sup>25</sup> Zitiert nach *Shapiro*, abrufbar unter <<https://www.wiggin.co.uk/insight/poland-v-eu-the-battle-for-the-value-gap/>> (zuletzt abgerufen am 08.04.2021).

<sup>26</sup> *Husovec*, Over-Blocking: When is the EU Legislator Responsible?, 11.02.2021, abrufbar unter <https://ssrn.com/abstract=3784149> (zuletzt abgerufen am 08.04.2021), S. 22; *Specht-Riemenschneider*, Leitlinien zur nationalen Umsetzung des Art. 17 DSM-RL aus Verbrauchersicht, Juni 2020, abrufbar unter <[https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/06/23/2020-06-12-specht-final-art\\_17.pdf](https://www.vzbv.de/sites/default/files/downloads/2020/06/23/2020-06-12-specht-final-art_17.pdf)> (zuletzt abgerufen am 08.04.2021), S. 132 ff.

Entscheidung im Beschwerdeverfahren online zu stellen ist. Eine solche ausgleichende Regelung liegt mit den §§ 7 – 11 UrhDaG vor. Es läge ein Fehlverständnis des Urheberrechts zugrunde, wenn bei der Abwägung der betroffenen Rechte und Interessen von Rechteinhabern und Nutzern ein Abwägungsvorsprung der grundrechtlich geschützten Rechte der Rechtsinhaber angenommen würde, der dazu führte, dass Schrankenbestimmungen stets allein nachgelagert durch ex-post-Befugnisse ausgeübt werden können. Schrankenbestimmungen definieren vielmehr von vornherein die Grenzen des Urheberrechts. Wo eine Schrankenbestimmung eingreift, ist daher kein Grund ersichtlich, weshalb ein Inhalt nicht in Ausübung dieser Schrankenbestimmungen online gestellt werden dürfte, zumal es in den §§ 9 – 11 UrhDaG – wie gesagt – allein um einen sehr kurzen Zeitraum der Onlinestellung bis zur Entscheidung im Beschwerdeverfahren geht und der Rechteinhaber zusätzlich über die Red-Button-Lösung privilegiert werden.

### **c) § 11 UrhDaG**

#### **aa) § 11 UrhDaG als Umsetzung zentraler Forderungen der Urheberrechtswissenschaft**

§ 11 UrhDaG setzt zentrale Forderungen aus der Urheberrechtswissenschaft um, Nutzern das Flagging aus ihrer Sicht erlaubter Nutzungen zu gestatten mit der Folge, dass derart geflaggte Inhalte bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens online zu halten sind (Pre-Flagging and delayed take-down). Dies ist v.a. für zeitkritische Inhalte, wie politische Parodien, die in der Regel auf ein aktuelles politische Ereignis Bezug nehmen, essentiell. Zugleich bleibt § 11 UrhDaG weit hinter der noch im Referentenentwurf vorgesehenen Regelung des § 8 UrhDaG Ref-E zurück, der vorsah, dass es dem Nutzer zu ermöglichen ist, die Nutzung als vertraglich oder gesetzlich erlaubt zu kennzeichnen, mit der Folge, dass

der Inhalt durch den Diensteanbieter öffentlich wiederzugeben und die Sperrung oder Entfernung unzulässig ist, es sei denn, die Kennzeichnung durch den Nutzer ist offensichtlich unzutreffend.

Dieses Zurückbleiben hinter der Vorgängerregelung des § 8 UrhDaG Ref-E drückt sich v.a. darin aus, dass ein Flagging allein nicht mehr ausreicht, um den Diensteanbieter zu verpflichten, die betreffenden Inhalte wiederzugeben, sondern dass eine öffentliche Wiedergabe lediglich dann zu erfolgen hat, wenn weitere Voraussetzungen vorliegen, die den Inhalt zu einer mutmaßlich erlaubten Nutzung i.S.d. § 9 Abs. 1, 2, § 5 UrhDaG machen. Diese Voraussetzungen sind hoch: Es muss sich um einen nutzergenerierten Inhalt handeln, der weniger als die Hälfte des Werkes eines Dritten oder mehrerer Werke Dritter enthält, diese Werkteile mit anderem Inhalt kombiniert und als gesetzlich erlaubt gekennzeichnet ist. Nur wenn diese Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind, begründet dies überhaupt eine Vermutung einer gesetzlich erlaubten Nutzung als Zitat, Parodie, Karikatur, Pastiche oder als einen anderen von einer Schrankenbestimmung gedeckten Inhalt. Die Vermutung ist zudem widerleglich ausgestaltet. Diese erhebliche Kürzung der Nutzerrechte ist ersichtlich darum bemüht, den Interessen der Rechteinhaber entgegen zu kommen.

#### **bb) Ergänzung um Red-Button-Lösung**

Letztlich gänzlich abgesichert sein dürften die Rechteinhaber vor Nutzermissbrauch mit der über § 14 Abs. 4 UrhDaG neu eingefügten „Red-Button-Lösung“ (oder auch „Kill switch“<sup>27</sup>). Danach ist der Diensteanbieter in Abweichung von § 9 Abs. 1 UrhDaG zur sofortigen Blockierung eines Inhaltes bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens verpflichtet, wenn ein vertrauenswürdiger Rechteinha-

---

<sup>27</sup> Metzger/Pravemann, ZUM 2021, 288, 290.

ber nach Prüfung durch eine natürliche Person erklärt, dass die Vermutung eines mutmaßlich zulässigen Inhaltes gem. § 9 Abs. 2 UrhDaG zu entkräften ist und die fortdauernde öffentliche Wiedergabe die wirtschaftliche Verwertung des Werkes beeinträchtigt. Diese dürfte sich gegen Fälle des offensichtlichen Nutzermisbrauchs richten, z.B. gegen Fälle der Verwertung aktueller Kinofilme, die um die Hälfte gekürzt, mit einem eigenen Inhalt verbunden und zu Unrecht als rechtmäßiger Inhalt gekennzeichnet sind, um die Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 zu erfüllen. Derartige Inhalte sind nach der Vorgabe des § 9 Abs. 1 bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens öffentlich zugänglich zu machen, können in dem beschriebenen spezifischen Fall aber die Auswertung des Filmes in der entscheidenden ersten Phase nach Veröffentlichung des Filmes erheblich beeinträchtigen, wenn es zu einem massenhaften Nutzermisbrauch kommt.

- Ein solcher massenhafter Nutzermisbrauch sollte in der Tat durch das Gesetz nicht geschützt werden. Und auch wenn § 18 UrhDaG bereits umfassende Maßnahmen gegen Nutzermisbrauch vorsieht und der Nutzer für Inhalte, die in Folge eines unrechtmäßigen Flagging öffentlich zugänglich gemacht werden, nach § 12 Abs. 3 UrhDaG haftet, erscheint die Red-Button-Lösung als angemessene Lösung, um die Rechteinhaber vor diesen spezifischen Fällen des offensichtlichen Nutzermisbrauchs zu schützen. Durch die Stay-Down-Verpflichtung ist der Diensteanbieter auch nicht nur verpflichtet, den vom Rechteinhaber gemeldeten Inhalt zu blockieren, sondern auch kerngleiche Verletzungshandlungen.<sup>28</sup>

Verlangt der Rechtsinhaber wiederholt fälschlicherweise die sofortige Blockierung, so ist er nach § 18 Abs. 3 UrhDaG zeitweise vom Verfahren nach § 14 Abs. 4 UrhDaG auszuschließen.<sup>29</sup> Darüber hinaus sollten die Anforderungen an einen

---

<sup>28</sup> Statt vieler: BGH GRUR 2013, 1071 – Umsatzangaben.

<sup>29</sup> Gesetzesbegründung, S. 170.

vertrauenswürdigen Rechtsinhaber gesetzlich verankert werden. In der Gesetzesbegründung findet sich bereits eine Aufzählung tauglicher Merkmale, die in den Gesetzestext überführt werden sollten.

### cc) Ergänzung der Flagging-Möglichkeit um anderweitig rechtmäßige Nutzungen erforderlich

■ § 11 Abs. 1 UrhDaG gestattet – anders als seine Vorgängerregelung in § 8 UrhDaG Ref-E – nicht mehr die Kennzeichnung als gemeinfrei oder vertraglich erlaubt. Ist die urheberrechtliche Schutzfrist aber abgelaufen oder wurde eine Lizenz eingeräumt, so ist kein Grund ersichtlich, weshalb der Inhalt nicht öffentlich zugänglich gemacht werden sollte. § 11 Abs. 1 UrhDaG sollte daher in diesem Sinne ergänzt werden.<sup>30</sup> Vorgeschlagen sei, § 11 Abs. 1 UrhDaG wie folgt zu fassen (vorgeschlagene Änderungen in rot):

(1) Soll ein nutzergenerierter Inhalt beim Hochladen automatisiert blockiert werden und handelt es sich nicht um eine geringfügige Nutzung nach § 10, so ist der Diensteanbieter verpflichtet,

1. den Nutzer **unverzüglich** über das Blockierverlangen des Rechtsinhabers zu informieren,

2. den Nutzer zugleich mit der Information nach Nummer 1 auf die **für eine öffentliche Wiedergabe erforderliche Erforderlichkeit einer vertragliche oder gesetzlichen Erlaubnis nach § 5 bzw. den erforderlichen Ablauf der Schutzfrist nach §§ 64 - 66 UrhG für eine öffentliche Wiedergabe** hinzuweisen und

3. es dem Nutzer zu ermöglichen, die Nutzung als nach **§§ 4, 5 dieses Gesetzes sowie den §§ 64 – 66 UrhG** gesetzlich erlaubt zu kennzeichnen.

### dd) Post-Flagging

---

<sup>30</sup> Für die Möglichkeit des Pre-Flaggings in diesen Fällen auch: *ARD/ZDF*, Zum Referentenentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes des BMJV, 02.09.2020, S. 23 f.

§ 11 Abs. 1 UrhDaG gilt nur für den Fall eines automatisierten Sperrverlangens. Für Inhalte, die erst nach dem Hochladen automatisiert blockiert werden sollen, etwa weil die für ein automatisiertes Blockierverlangen erforderlichen Rechteinhaberinformationen erst nachträglich zur Verfügung gestellt werden, hat der Nutzer die Möglichkeit eines Post-Flaggings nach § 11 Abs. 2 UrhDaG. Für diese Inhalte gilt unabhängig von einer Kennzeichnung, dass sie für 48 Stunden als mutmaßlich erlaubt gelten und insofern online zu halten sind, um dem Nutzer ausreichend Gelegenheit zur Reaktion auf das Blockierverlangen zu geben.<sup>31</sup> Prozedural ist der Nutzer jeweils über das Blockierverlangen des Rechteinhabers zu unterrichten – wobei hier das Erfordernis der Unverzüglichkeit ergänzt werden sollte –, er ist zugleich auf die Erforderlichkeit einer gesetzlichen Erlaubnis nach § 5 UrhDaG für die öffentliche Wiedergabe hinzuweisen und es ist ihm zu ermöglichen, die Nutzung nach § 5 UrhDaG als gesetzlich erlaubt zu kennzeichnen – auch hier sollte das Erfordernis der Unverzüglichkeit hinzugefügt werden.

#### **ee) Anreiz für ein strategisches Overblocking aus § 12 UrhDaG überdenken**

Trotz Flagging-Möglichkeit und Option der geringfügigen Nutzung besteht ein erhöhtes Risiko eines strategischen Overblockings aufgrund eines erheblichen Haftungsrisikos des Diensteanbieters im Falle einer Fehlprognose über die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit einer Nutzung. Auch der Diensteanbieter, der alle Vorgaben sorgfältigst erfüllt, die ihm der Gesetzgeber im Hinblick auf Filterpflichten und Beschwerdeverfahren auferlegt, haftet dem Rechteinhaber auf Schadensersatz, wenn die von ihm zu treffende Prognoseentscheidung über die Rechtmäßigkeit bzw. Rechtswidrigkeit eines Inhaltes letztlich von einem Gericht – möglicherweise durch den Instanzenzug Jahre später – anders gesehen wird, eine vom Diensteanbieter für rechtmäßig gehaltene Nutzungshandlung also vom Gericht letztlich als rechtswidrig qualifiziert wird. Aufgrund

---

<sup>31</sup> Gesetzesbegründung, S. 166.

der Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung fällt dieses Haftungsrisiko erheblich höher aus als das Risiko einer Haftung gegenüber dem Nutzer für den Fall, dass der Diensteanbieter einen Inhalt zunächst blockiert und ein Gericht letztlich zu dem Ergebnis gelangt, dieser Inhalt sei rechtmäßig. Daher besteht ein Anreiz zu einem strategischen Overblocking. § 12 Abs. 2 UrhDaG befreit den Diensteanbieter von der Haftung lediglich bis zum Ablauf der Frist zur Entscheidung über die Beschwerde. Der Gesetzgeber sollte überdenken, ob durch das UrhDaG tatsächlich ein solcher Anreiz für ein strategisches Overblocking gegeben werden sollte.

### **3. Direktvergütungsanspruch nach Sinn und Zweck, § 21 UrhDaG nach Wortlautvorgabe begrenzen**

#### **a) Direktvergütungsanspruch begrenzen**

§ 4 Abs. 3 UrhDaG enthält einen Direktvergütungsanspruch, der garantieren soll, dass letztlich

*„die Kreativen fair an den Einnahmen beteiligt werden, die verwertende Unternehmen als derivative Rechtsinhaber mit der Lizenzierung erzielen.“<sup>32</sup>*

§ 4 Abs. 3 UrhDaG bestimmt, dass dem Urheber ein Anspruch auf angemessene Vergütung für Nutzungen von Diensteanbietern auch dann zusteht, wenn er diese Online-Rechte einem Dritten (z.B. einem Produzenten oder einem Label) eingeräumt hat und diese oder ein weiterer Lizenznehmer in der Lizenzkette

---

<sup>32</sup> Gesetzesbegründung, S. 157.

dem Diensteanbieter das Nutzungsrecht nach § 4 Abs. 1 und 2 UrhDaG einräumen.<sup>33</sup> Eine wirtschaftliche Mehrbelastung soll sich daraus für den Diensteanbieter nicht ergeben, weil die an den Urheber geleistete Direktvergütung bei der Bestimmung des Lizenzentgelts im Vertrag mit dem Rechteinhaber gem. § 4 Abs. 3 S. 1 UrhDaG berücksichtigt werden kann.<sup>34</sup> § 21 UrhDaG erstreckt den Direktvergütungsanspruch auf die Inhaber von Leistungsschutzrechten. Eine solche Erstreckung auf sämtliche Leistungsschutzberechtigte ist mit Sinn und Zweck des Direktvergütungsanspruches aber nicht vereinbar. Telos des Direktvergütungsanspruches ist es, Kreative, die in ihrem Vertragsverhältnis zu Verwerter zumeist unterlegen sind und deren vertraglicher Vergütungsanspruch gegenüber den Verwertern daher möglicherweise in der Lizenzkette verwässert, mit einem eigenen Anspruch gegen den Diensteanbieter besser an den Einnahmen des Diensteanbieters zu beteiligen. Ist die Skepsis gegenüber dem Urhebervertragsrecht ist gerechtfertigt,<sup>35</sup> ist der Direktvergütungsanspruch jedenfalls im Grundsatz tauglich, als geeignetes Schutzinstrument zu fungieren. Soll der Direktvergütungsanspruch aber nach Sinn und Zweck eben diese Schutzfunktion strukturell unterlegener Urheber haben, so ist fraglich, weshalb der Gesetzesentwurf ihn auf sämtliche Leistungsschutzberechtigte unabhängig von ihrer Schutzbedürftigkeit erstrecken will. Erstreckt werden sollte er entsprechend seines Telos vielmehr allein auf ausübende Künstler als strukturell gegenüber Verwertern unterlegene Vertragsparteien.

#### **b) Begrenzte Erstreckung auf Leistungsschutzrechte vorsehen**

§ 21 UrhDaG erstreckt den Anwendungsbereich des UrhDaG entgegen dem Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 DSM-RL auf sämtliche Leistungsschutzrechte. Dies ist richtlinienwidrig und daher zu korrigieren. Die Erstreckung des

---

<sup>33</sup> Gesetzesbegründung, S. 157.

<sup>34</sup> Gesetzesbegründung, S. 158.

<sup>35</sup> Metzger/Pravemann, ZUM 2021, 288, 290.

Anwendungsbereiches ist auf die in Artikel 3 Absatz 1 und 2 der Richtlinie 2001/29/EG genannten Rechteinhabern zu beschränken.

#### **4. Keine Vergütungspflicht für Karikaturen, Parodien und Zitate vorsehen**

§ 5 UrhDaG normiert die Zulässigkeit der öffentlichen Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werken und Teilen von Werken durch den Nutzer eines Diensteanbieters zu Zwecken des Zitates, zu Zwecken von Karikaturen, Parodien und Pastiches nach § 51a UrhG sowie für die übrigen gesetzlich erlaubten Fälle der öffentlichen Wiedergabe nach Teil 1 Abschnitt 6 des Urheberrechtsgesetzes. Der Diensteanbieter hat die Nutzer auf diese gesetzlichen Erlaubnistatbestände in seinen Allgemeinen Geschäftsbedingungen hinzuweisen. Die öffentliche Wiedergabe ist allerdings vergütungspflichtig. Dies gilt nicht nur für die Pastiche-Schranke, sondern auch für die Zitatfreiheit sowie für die Nutzung von Werken für Karikaturen und Parodien. Damit riskiert der Gesetzesentwurf einen Dammbruch. Karikaturen, Parodien und Zitate entstehen durch die Ausübung (unions-)grundrechtlich geschützter Befugnisse und sollten aufgrund der ganz erheblichen Bedeutung dieser Kommunikationsgrundrechte für den Meinungsbildungsprozess vergütungsfrei bleiben. Jede Vergütung hemmt die Ausübung dieser grundrechtlich geschützten Befugnisse. Werden die Zitat- und Parodiefreiheit auf Plattformen vergütungspflichtig ausgestaltet, werden schnell Forderungen laut werden, auch von anderen Intermediären (Presse, Film, Rundfunk) im Offline-Bereich eine Vergütung zu fordern – mit unüberschaubaren Risiken für die Presse-, Kunst- und Meinungsfreiheit.<sup>36</sup> Hinzu kommt, dass Schrankenbestimmungen v.a. dann vergütungspflichtig ausgestaltet werden, wenn sie die Auswertung eines Werkes auf dem Primärmarkt beeinträchtigen. Dies ist durch

---

<sup>36</sup> Positionspapier der Urheberrechtswissenschaft, Zitate und Parodien müssen vergütungsfrei bleiben!, abrufbar unter [https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/ZIV014/Positionspapier\\_der\\_Urheberrechtswissenschaft\\_Keine\\_Vergütungspflicht\\_für\\_Zitate\\_und\\_Parodien\\_aktualisiert.pdf](https://www.uni-trier.de/fileadmin/fb5/prof/ZIV014/Positionspapier_der_Urheberrechtswissenschaft_Keine_Vergütungspflicht_für_Zitate_und_Parodien_aktualisiert.pdf) (zuletzt abgerufen am 08.04.2021).

Karikaturen, Parodien und Zitate aber nicht zu befürchten, eine Vergütungspflicht auch aus diesem Grunde nicht gerechtfertigt. Daher haben sich 19 Urheberrechtsprofessoren und Urheberrechtsprofessorinnen nachdrücklich dafür ausgesprochen, jedenfalls Parodien und Zitate weiterhin vergütungsfrei zu stellen. Die Pastiche-Schranke könnte hingegen auch vergütungspflichtig ausgestaltet werden, ist der mit ihr verbundene Eingriff in die Verwertungsrechte der Rechteinhaber doch jedenfalls potentiell höher als in den Fällen von Karikatur, Parodie und Zitat, da durch Pastiche auch der Primärmarkt betroffen werden kann.<sup>37</sup> Die InfoSoc-RL lässt über ErwGr 36 Raum für eine solche Vergütungspflicht, auch wenn Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL eine solche Vergütungspflicht nicht explizit vorsieht.

Soweit angeführt wird, eine Vergütungspflicht für Pastiche, nicht aber für Zitate, Karikaturen und Parodien einzuführen, würde zu erheblichen Abgrenzungsschwierigkeiten führen,<sup>38</sup> muss die Konsequenz nicht sein, alle Schrankenbestimmungen vergütungspflichtig auszugestalten, sondern – im Gegenteil – könnte (und sollte) in diesem Fall von einer generellen Vergütungsfreiheit ausgegangen werden.

## **5. Auskunftsansprüche gem. § 19 Abs. 2 UrhDaG erweitern**

§ 19 UrhDaG sieht vor, dass der Rechtsinhaber von dem Diensteanbieter angemessene Auskunft über die Funktionsweise der Verfahren zur Blockierung unerlaubter Nutzungen seines Repertoires nach den §§ 7 und 8 UrhDaG verlangen kann. Dieser Auskunftsanspruch sollte personell und sachlich erweitert werden:

---

<sup>37</sup> Vgl. hierzu ebenfalls: *Senftleben*, ZUM 2019, 369, 374; *Leistner*, ZGE/IPJ 2020 123, 166 ff.; *Pappi*, ZUM 2020, 11, 17.

<sup>38</sup> *Hilty et al.*, MPI, Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 02.09.2020 abrufbar unter [https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/Stellungnahme\\_UrhDaG\\_Referententwurf\\_MPI.pdf](https://www.ip.mpg.de/fileadmin/ipmpg/content/stellungnahmen/Stellungnahme_UrhDaG_Referententwurf_MPI.pdf) (zuletzt abgerufen am 08.04.2021), S. 10; s. auch die Stellungnahme des GRUR-Fachausschusses, GRUR 2021, 37 (38); darauf Bezug nehmend: *Metzger/Pra-  
vemann*, ZUM 2021, 288, 298.

In personeller Hinsicht ist er auf Verbände nach § 3a UKlaG zu erstrecken, in sachlicher Hinsicht ist er auf eine Verpflichtung zur Beauskunftung von Anzahl und Inhalt unrechtmäßiger Blockierungen zu erstrecken. Denn Verbände nach § 3a UKlaG sind nach § 18 Abs. 6 UrhDaG berechtigt, im Falle einer wiederholten fälschlicherweise erfolgenden Blockierung erlaubter Nutzungen, den Diensteanbieter auf Unterlassung in Anspruch zu nehmen. Um dies tun zu können, müssen sie aber von derartigen Vorgängen Kenntnis nehmen können, was durch einen entsprechenden Auskunftsanspruch sichergestellt würde. Sinnvoll erscheint darüber hinaus auch ein entsprechender Auskunftsanspruch zugunsten nicht kommerzieller Wissenschaft und Forschung.

#### **6. Informationspflicht nach § 7 Abs. 3 UrhDaG erweitern**

Der Nutzer ist nach § 7 Abs. 3 UrhDaG sofort über eine Blockierung nach § 7 UrhDaG und – über den Verweis des § 8 Abs. 2 UrhDaG – auch nach § 8 UrhDaG zu informieren und auf das Recht hinzuweisen, Beschwerde einzulegen. Damit der Nutzer sich aber jedenfalls ein eigenes Bild von der Sachlage machen kann und sich ggf. Rechtsrat einholen kann, sollte auch über den Grund der Sperrung informiert werden, also z.B. darüber, dass der Diensteanbieter eine Nutzerhandlung nicht von einer bestimmten vom Diensteanbieter zu benennenden Schrankenbestimmung gedeckt erachtet.