

TH Köln · Gustav-Heinemann-Ufer 54 · 50968 Köln
Deutscher Bundestag
Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Stellungnahme

von

Professor Dr. Christian-Henner Hentsch

im Rahmen der öffentlichen Anhörung
des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz
des Deutschen Bundestages

zum

**Entwurf eines Gesetzes
Zur Anpassung des Urheberrechts
an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes
(BT-Drucksache 19/27426)**

Berlin, 12. April 2021

**Kölner Forschungsstelle
für Medienrecht**

**Technology
Arts Sciences
TH Köln**

Prof. Dr. Christian-Henner Hentsch
Kölner Forschungsstelle für Medienrecht
+49 221-8275-3813
christian-henner.hentsch@th-koeln.de
www.medienrecht.th-koeln.de
Claudiusstraße 1
50678 Köln

Technische Hochschule Köln

Postanschrift:
Gustav-Heinemann-Ufer 54
50968 Köln

Sitz des Präsidiums:
Claudiusstraße 1
50678 Köln

www.th-koeln.de

Kölner Forschungsstelle
für Medienrecht

Leitung:
Prof. Dr. Rolf Schwartmann

Steuer-Nr.: 214/5805/0184
USt-IdNr.: DE 122653679

Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Zusammenfassung	3
Teil 2: Stellungnahme zum Änderungsentwurf des Urheberrechts im Einzelnen	5
I. UrhDaG-E	5
1) Pflicht zum Erwerb vertraglicher Nutzungsrechte nach § 4 Abs. 1	5
2) Direktvergütungsanspruch nach § 4 Abs. 3.....	6
3) Vergütung für gesetzlich erlaubte Nutzungen nach § 5 Abs. 2.....	7
4) Mutmaßlich erlaubte Nutzungen und geringfügige Nutzungen nach §§ 9, 10...	8
5) Berechtigte Interessen der Rechtsinhaber § 14 Abs. 4.....	9
6) Verantwortlichkeit für nicht erlaubte Nutzungen nach § 12 Abs. 2, 3	10
II. UrhG-E	11
1) Angemessene Vergütung nach §§ 32, 32a	11
2) Auskunftspflicht nach §§ 32d, e.....	12

Teil 1: Zusammenfassung

- **Stufenkonzept gegen Overblocking**

Der Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes (BT-Drucksache 19/27426) ist zwar ein deutscher Sonderweg, der teils weit über die umzusetzende Richtlinie 2019/790 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt hinausgeht. Aber im Ergebnis ist er weitgehend gelungen, auch weil er erkennbar um einen fairen Interessenausgleich bemüht ist. In der Konzeption entspricht er dem ersten konkreten Vorschlag der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht zur Umsetzung von Art. 17 DSM-Richtlinie aus dem März 2020, der bereits ein Stufenkonzept gegen Overblocking vorsieht.¹ Im Detail gibt es insbesondere bei den Regelungen zum Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG) Überarbeitungs- und Anpassungsbedarf, aber auch bei der Auskunftspflicht im Urhebervertragsrecht ist eine Klarstellung erforderlich.

- **Lizenzvorrang und Vertragsfreiheit wahren**

Richtigerweise verpflichtet der Gesetzentwurf entsprechend den Vorgaben der Richtlinie Diensteanbieter zum Erwerb vertraglicher Nutzungsrechte (§ 4 UrhDaG). Auch das Stufenkonzept hat daher Anreize für den Abschluss von Lizenzverträgen und auch die kollektiven Lizenzen mit erweiterter Wirkung vorgesehen. Nach § 6 werden die den Diensteanbietern eingeräumten Nutzungsrechte auch auf Nutzer erstreckt, die dadurch maßgebliche Profiteure dieser Gesetzesänderungen sind. Auch Urheber sollen an diesen Lizenzzahlungen (mittelbar) partizipieren. Ein Direktvergütungsanspruch (§ 4 Abs. 3 UrhDaG) ist jedoch weder in der umzusetzenden Richtlinie vorgesehen noch ist er mit Blick auf die unterschiedlichen Lizenzmodelle, bestehende Vereinbarungen und verschiedensten Interessenlagen erforderlich oder mit Blick auf die Vertragsfreiheit verhältnismäßig, auch und gerade weil das Urhebervertragsrecht bereits eine angemessene Vergütung garantiert.

- **Gesetzlich erlaubte und mutmaßlich erlaubte Nutzungen verhältnismäßig ausgestalten**

Gesetzliche Erlaubnisse (Urheberrechtsschranken) können ergänzend zu den Lizenzvereinbarungen dazu beitragen, übliche Kommunikations- und Ausdrucksformen auf sozialen Plattformen (Memes) rechtssicher zu ermöglichen. Eine Meme-Schranke wurde daher auch im Stufenkonzept gegen Overblocking vorgeschlagen. Nach dem so genannten Drei-Stufen-Test dürfen nach internationalem² und europäischem³ Recht allerdings funktionierende Auswertungsmodelle nicht ersetzt werden. Sofern den Rechteinhabern durch

¹ *Schwartmann/Hentsch* Stufenkonzept gegen Overblocking durch Uploadfilter – Vorschlag der Kölner Forschungsstelle für Medienrecht der TH Köln zur Umsetzung von Art. 17 der DSM-RL, abrufbar unter <https://idw-online.de/de/attachment79571> (zuletzt abgerufen: 07.04.2021); *dies.* MMR 2020, 207.

² Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS; Art. 10 Abs. 1 WCT; Art. 16 Abs. 2 WPPT.

³ Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG.

die gesetzlichen Erlaubnisse ein Schaden entsteht, ist in der Regel eine Vergütung als gerechter Ausgleich zwingend. Für bislang vergütungsfreie Urheberrechtschranken wie die Zitatschranke ist die vorgesehene Vergütungspflicht (§ 5 Abs. 2 UrhDaG) zu weitgehend und sollte entsprechend eingeschränkt werden. Die kommerzielle Nutzung von Memes sollte in § 51a UrhG aber vergütungspflichtig ausgestaltet werden. Bei den mutmaßlich erlaubten Nutzungen (§§ 9, 10 UrhDaG) handelt es sich faktisch um Schrankenbestimmungen im Sinn des Art. 14 Abs. 2 GG, die im enumerativen Schranken katalog des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie nicht aufgeführt sind. Die festen Schwellenwerte für geringfügige Nutzungen sind dem Urheberrecht fremd und ermöglichen keinen einzelfallbezogenen Interessenausgleich. Zudem stellt die Widerlegung einer mutmaßlich erlaubten Nutzung (§ 14 Abs. 3 UrhDaG) lediglich auf die wirtschaftliche Verwertung ab und lässt die Urheberpersönlichkeitsrechte gänzlich außer Acht.

- **Maßnahmen gegen Overblocking nutzersicher formulieren**

Die Vermutungsregel für nutzergenerierte Inhalte soll dazu beitragen, dass urheberrechtlich geschützte Inhalte, die von Nutzern berechtigt öffentlich zugänglich gemacht werden, nicht fälschlicherweise blockiert werden (Overblocking). Sofern Rechteinhaber widersprechen, können Nutzer ihren Upload als gesetzlich erlaubt kennzeichnen (§ 11 Abs. 1 UrhDaG). Dieses „flagging“ ist richtig und wurde auch im Stufenkonzept gegen Overblocking vorgeschlagen, weil es Overblocking weiter minimieren kann. Durch diese Kennzeichnung übernimmt der Nutzer allerdings auch wieder die urheberrechtliche Verantwortlichkeit für seinen nutzergenerierten Inhalt, soweit es sich nicht um geringfügige Nutzungen handelt. Dieses Haftungsrisiko sollte in § 12 Abs. 2 zum Schutz der Nutzer noch deutlicher formuliert werden. Es könnte auch durch die Beschränkung des flagging auf „trusted flagger“, also vertrauenswürdige Dritte, reduziert werden.

- **Öffnungsklauseln im Urhebervertragsrecht nutzen**

Der Gesetzentwurf sieht eine jährliche Auskunftspflicht des Erstverwerters gegenüber allen Urhebern vor (§ 32d UrhG). Diese Pflicht ist nur durch gemeinsame Vergütungsregeln und Tarifverträge abdingbar (Abs. 3). Damit entsteht diese Berichtspflicht nicht nur für prekäre Beschäftigungsverhältnisse beispielsweise im Film oder im Journalismus, sondern auch für außertariflich beschäftigte angestellte und verbeamtete Urheber in Abgeordnetenbüros, Ministerien, Anwaltskanzleien, Verbänden, Agenturen, Marketingabteilungen von Unternehmen bis hin zum Einzelhandel, in denen regelmäßig urheberrechtlich geschützte Werke mit Schöpfungshöhe entstehen, wobei die so genannte „kleine Münze“ gilt. Entsprechend sollte von der in der Richtlinie vorgesehenen Öffnungsklausel Gebrauch gemacht werden und die Berichtspflicht auf kurzzeitig angestellte Urheber beschränkt werden, wobei allen anderen Urhebern der Auskunftsanspruch verbleiben sollte.

Teil 2: Stellungnahme zum Änderungsentwurf des Urheberrechts im Einzelnen

Das Urheberrecht soll einen Interessensausgleich zwischen der Informations- und Meinungsfreiheit sowie dem Urheberpersönlichkeitsrecht und dem Recht auf Eigentum gewährleisten. Dem Urheber kommt dabei als Schöpfer eine zentrale Rolle zu, weil nur mit den richtigen gesetzlichen Rahmenbedingungen die nötigen Anreize für kreatives und professionelles Werkschaffen gesetzt werden, von dem die Gesellschaft wiederum profitieren kann. Verwerter und auch Plattformen sind hier wichtige Partner, um die Werke zu veredeln, nachhaltig zu bewirtschaften und sie für die Gesellschaft verfügbar zu machen. Das Urheberrecht und die Leistungsschutzrechte bilden die anteiligen Leistungen am Werkschaffen ab und sichern eine angemessene finanzielle Beteiligung aller Beteiligten an den Erlösen. Mit einer angemessenen Vergütung für ihre Nutzungen ermöglichen Verbraucher, dass auch weiterhin kostenintensive Produktionen möglich sind, die neue kreative und auch technische Innovationen finanzieren können, um damit Menschen in ihren Bann zu ziehen, sie zu informieren und zu unterhalten.

I. UrhDaG-E

Gerade die Plattformökonomie, in der Nutzer Werke nicht nur konsumieren, sondern auch bearbeiten und öffentlich zugänglich machen, macht einen neuen Ausgleich erforderlich, den dieses Gesetz nun schafft. Dabei ist jeder neuen Regelung immanent, dass sie unbestimmte Rechtsbegriffe nutzt, die ausgelegt werden müssen. Daher sind gewisse anfängliche Rechtsunsicherheiten hinzunehmen und auch Grenzfälle, Overblocking und auch Uploadfilter wird es bei gesetzgeberischen Kompromissen immer geben. Es muss allerdings darum gehen, diese weitgehend zu vermeiden. Dazu macht diese Stellungnahme folgende Vorschläge:

1) Pflicht zum Erwerb vertraglicher Nutzungsrechte nach § 4 Abs. 1

Der Gesetzentwurf verpflichtet entsprechend Art. 17 Abs. 1 DSM-Richtlinie Diensteanbieter zum Erwerb vertraglicher Nutzungsrechte für die öffentliche Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke (§ 4 Abs. 1 UrhDaG). Diese Pflicht wird jedoch beschränkt auf Rechte, die angeboten werden oder über repräsentative Rechtsinhaber und Verwertungsgesellschaften verfügbar sind. Damit wird für einen ganz erheblichen Teil der fraglichen Nutzungsrechte faktisch das in der Richtlinie vorgesehene Regel-Ausnahme-Verhältnis verkehrt, so dass die Lizenzpflicht erst greift, wenn der Rechteinhaber eine Lizenz anbietet. Dies zwingt Einzelurheber oder Rechteinhaber kleinerer Portfolios, die ihre Rechte nicht aktiv anbieten können oder wollen, in größere Strukturen und forciert insbesondere Verwertungsgesellschaften, die zusätzlich noch über kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung auch „Außenseiter“ vertreten können (§ 51 VGG). Mit Blick auf eine erleichterte Lizenzierung ist ein solcher gesetzgeberischer Druck zur kollektiven Rechtewahrnehmung nachvollziehbar und aufgrund der Opt-Out-Möglichkeiten trotz des erheblichen Eingriffs in die Funktionsweise des Ausschließlichkeitsrechts und der negativen Koalitionsfreiheit wohl vertretbar. Allerdings ist vor diesem Hintergrund eine besondere Sensibilität für die Lizenzketten und die Auswirkungen der zugrundeliegenden Rechtseinräumungen geboten.

2) Direktvergütungsanspruch nach § 4 Abs. 3

Erklärtes Ziel der Richtlinie ist es, dass bislang lizenzierte Nutzungen auf Social-Media-Plattformen vergütet werden und Rechtsinhaber daran partizipieren.⁴ Ein Direktvergütungsanspruch (§ 4 Abs. 3 UrhDaG), wonach Urheber und Leistungsschutzberechtigte (wegen § 21) von Diensteanbietern zusätzlich zur Lizenzzahlung an deren Lizenzpartner zwingend eine Vergütung erhalten sollen, ist jedoch in der umzusetzenden Richtlinie nicht vorgesehen. Die Beteiligung der Urheber erfolgt bislang über die Verwertungskette im Innenverhältnis zwischen Urhebern und Verwertern. Die Höhe der Vergütung ist dabei anhängig von der jeweiligen Branche, dem Marktwert des Werkes und letztendlich auch der Verhandlungsposition und dem Verhandlungsgeschick der Vertragsparteien. Um die Augenhöhe und damit auch die angemessene Vergütung zu gewährleisten, gelten die zwingenden Bestimmungen des Urhebervertragsrechts zur angemessenen Vergütung. Insoweit ist ein Direktvergütungsanspruch weder erforderlich noch angemessen. Zudem werden in der Praxis Verwerter künftig in den Verträgen mit den Urhebern die Direktvergütung berücksichtigen. Dies wird vor dem Hintergrund der Verteilungsmechanismen und der Verwaltungskosten in der kollektiven Rechtswahrnehmung auch nicht durch die Ausschüttungen von Verwertungsgesellschaften kompensiert werden können. Dies wird vor allem bei wirtschaftlich attraktiven Werken zu deutlich geringeren, weil pauschalen Vergütungen führen, die gerade dem professionellen und qualitativ hochwertigen Werkschaffen die Grundlage entziehen. Gerade wegen der oben festgestellten forcierten kollektiven Rechtswahrnehmung und dem daraus resultierenden Druck auf die Lizenzketten ist der Direktvergütungsanspruch höchst bedenklich. Zumindest muss berücksichtigt werden, wenn die Rechtseinräumung durch den Urheber nicht pauschal vergütet wurde und der Urheber somit an den zusätzlichen Einnahmen des Verwerter anteilig profitiert. In solchen Fällen ist eine zusätzliche Doppelvergütung nicht zu rechtfertigen. Für Leistungsschutzberechtigte sind die Direktvergütungsansprüche über § 21 UrhDaG grundsätzlich zwar auch anwendbar, dies kann allerdings nur ein Redaktionsversehen sein, weil der Beteiligungsanspruch nach der monistischen Theorie nur für Urheber⁵ gelten kann. Entsprechend gelten auch die Regelungen zum Urhebervertragsrecht nach Art. 18ff. der DSM-Richtlinie nur für Urheber und ausübende Künstler, nicht aber für andere Leistungsschutzberechtigte.

Vorschlag:

1. *In § 4 Abs. 3 Satz 1 könnten nach den Worten „einem Dritten“ folgende Worte ergänzt werden: „gegen eine pauschale Vergütung“.*
2. *In § 4 Abs. 3 Satz 3 könnten einer neuer Satz 3 ergänzt werden: „§ 21 findet nur auf ausübende Künstler Anwendung.“*

⁴ Vgl. Erwägungsgrund 61.

⁵ Und ausübende Künstler, die durch § 75 UrhG weitgehend gleichgestellt sind.

3) Vergütung für gesetzlich erlaubte Nutzungen nach § 5 Abs. 2

Neben dem Direktvergütungsanspruch im Rahmen der Lizenzvereinbarungen sollen Urheber und Leistungsschutzberechtigte auch für die öffentliche Wiedergabe nach § 5 Abs. 1 eine angemessene Vergütung erhalten. Dabei wird jedoch keine Unterscheidung zwischen den vergütungspflichtigen und vergütungsfreien Schranken des UrhG vorgenommen. Gerade weil es sich bei den Schranken um einen bewährten Ausgleich von öffentlichem Interesse und vermögensrechtlichen Positionen handelt, ist diese pauschale Vergütungspflicht überschießend, auch wenn das Ziel einer Vergütung von Rechtsinhabern grundsätzlich zu begrüßen ist. Auch wenn es sich beim UrhDaG um ein eigenes Gesetz handelt und damit die Anwendbarkeit der Schranken des UrhG angeordnet werden muss und auch eine abweichende Vergütungspflicht grundsätzlich möglich ist, sollte hier doch weiterhin zwischen vergütungspflichtigen und vergütungsfreien Erlaubnissen differenziert werden, auch um Wertungswidersprüche zwischen beiden Gesetzen zu verhindern.⁶ Hintergrund dieser undifferenzierten Vergütungspflicht ist wohl das Ziel, die Nutzung von Memes auf Plattformen vergütet werden soll. Dabei ist festzuhalten, dass die Pastiche-Schranke in § 51a UrhG-E richtigerweise⁷ als eine Art Auffangtatbestand für transformative Nutzungen jenseits von Parodie und Karikatur fungiert. Auch wenn diese Ausdrucksform für die öffentliche Kommunikation wichtig ist und sie daher gesetzlich erlaubt wird, besteht daran kein so überragendes öffentliches Interesse als dass sie auch vergütungsfrei erlaubt werden sollte. Dies bringt auch der Gesetzentwurf in § 5 Abs. 2 zu Ausdruck. Insofern sollte in § 51a UrhG eine entsprechende Vergütungspflicht vorgesehen werden.

Vorschlag:

1. *Dazu könnte § 5 Abs. 2 Satz 2 am Ende um folgenden Halbsatz ergänzt werden: „soweit es sich um vergütungspflichtige Schranken handelt.“*
2. *In § 51a könnte ein neuer Satz 3 hinzugefügt werden: „Für die kommerzielle Vervielfältigung, Verbreitung oder Wiedergabe eines Werkes zum Zwecke des Pastiches ist dem Urheber eine angemessene Vergütung zu bezahlen.“*

⁶ In diese Richtung geht auch ein unveröffentlichtes „Positionspapier der Urheberrechtswissenschaft“, das vom Ausschusssekretariat an die Ausschussmitglieder versendet wurde.

⁷ Eine vergleichbare Schranke wurde auch im Stufenkonzept gegen Overblocking in § 51a UrhG-E vorgeschlagen.

4) **Mutmaßlich erlaubte Nutzungen und geringfügige Nutzungen nach §§ 9, 10**

Gesetzliche Erlaubnisse (Urheberrechtsschranken) können ergänzend zu den Lizenzvereinbarungen dazu beitragen, übliche Kommunikations- und Ausdrucksformen auf sozialen Plattformen (Memes) rechtssicher zu ermöglichen. Der Gesetzentwurf sieht vor, dass nutzergenerierte Inhalte unter bestimmten Voraussetzungen mutmaßlich erlaubt sind, bis die Vermutung widerlegt ist. Ziel ist offensichtlich die Privilegierung nutzergenerierter Inhalte wie Memes und Mash-ups sowie kurze Videos mit und ohne Musik sowie Textausschnitte und Schnappschüsse oder Screenshots. Der Wortlaut nach handelt es sich also um eine Vermutungsregel. Faktisch handelt es sich jedoch um Schrankenbestimmungen im Sinn des Art. 14 Abs. 2 GG⁸, die im enumerativen Schrankenkatalog des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie nicht aufgeführt sind. Sofern Diensteanbieter umfassende Rechte lizenziert haben, ist diese Regelung nicht erforderlich und soweit die gesetzliche Vermutungsregel der Lizenzierungspflicht vorgeht widerspricht sie sogar dem so genannten Drei-Stufen-Test nach internationalem⁹ und europäischem¹⁰ Recht, wonach funktionierende Auswertungsmodelle nicht ersetzt werden dürfen. Wenn aber der Vorrang vertraglicher Vereinbarung gewährleistet wird, wäre eine „Auffang-Schranke“ wohl verhältnismäßig und europa- und verfassungsrechtlich vertretbar.

Vorschlag:

Entsprechend sollte in § 9 Abs. 2 eine weitere Ziffer 4 ergänzt werden: „4. nicht aufgrund einer Erstreckung nach § 6 Abs. 1 erlaubt ist,“

⁸ Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen von Urheberrechtsschranken *Schwartmann/Hentsch*, ZUM 2012, 759ff.

⁹ Art. 9 Abs. 2 RBÜ, Art. 13 TRIPS; Art. 10 Abs. 1 WCT; Art. 16 Abs. 2 WPPT.

¹⁰ Art. 5 Abs. 5 RL 2001/29/EG.

5) Berechtigte Interessen der Rechtsinhaber § 14 Abs. 4

Soweit die mutmaßlich erlaubte Nutzung eines nutzergenerierten Inhalts nach § 9 durch einen vertrauenswürdigen Rechtsinhaber nach Prüfung durch eine natürliche Person im Wege eines Beschwerdeverfahrens nach § 14 widerlegt wird, muss das entsprechende Werk sofort vom Diensteanbieter blockiert werden. Dies gilt allerdings nur bei einer erheblichen Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Verwertung des Werkes. Urheberpersönlichkeitsrechte wie das Erstveröffentlichungsrecht oder das Recht gegen Entstellung bleiben dabei gänzlich außer Acht. Dies gilt beispielsweise auch für politische Vereinnahmungen eines Künstlers durch Verwendung seines Werkes in nutzergenerierten Videos ohne Gewinnerzielungsabsicht aber mit klarer politischer Zielrichtung.¹¹

Vorschlag:

Zum Schutz der Urheberpersönlichkeitsrechte sollten in § 14 Abs. 4 die Worte „wirtschaftliche Verwertung des Werkes“ durch die Worte „berechtigten Interessen des Rechtsinhabers“ ersetzt werden.

¹¹ Ausführlich mit einem konkreten Beispiel politischer Vereinnahmung *Hentsch* im Blog der Forschungsstelle vom 10.2.2021: <https://www.medienrecht.th-koeln.de/2021/02/01/blog-der-forschungsstelle/>.

6) Verantwortlichkeit für nicht erlaubte Nutzungen nach § 12 Abs. 2, 3

Sofern Rechteinhaber dem Upload eines nutzergenerierten Inhalts nach § 7 widersprechen, können Nutzer ihren Upload als gesetzlich erlaubt kennzeichnen (§ 11 Abs. 1 UrhDaG).¹² Dieses „flagging“ soll sicherstellen, dass urheberrechtlich geschützte Inhalte, die von Nutzern berechtigt öffentlich zugänglich gemacht werden, nicht fälschlicherweise blockiert werden (Overblocking). Hält der Rechteinhaber an dem Blockierverlangen fest, schließt sich ein Beschwerdeverfahren an. Für die Dauer des Beschwerdeverfahrens ist der Diensteanbieter für den gekennzeichneten Inhalt richtigerweise urheberrechtlich nicht verantwortlich (§ 12 Abs. 2).¹³ Auch geringfügige Nutzungen lassen wegen der Fiktion der gesetzlichen Erlaubnis nach § 5 eine Verantwortlichkeit der Nutzer für die Dauer des Beschwerdeverfahrens konsequenterweise entfallen. Für nutzergenerierte Inhalte, die zwar mutmaßlich erlaubt, aber nicht geringfügig sind, übernimmt allerdings der Nutzer mit seiner Kennzeichnung die urheberrechtliche Verantwortlichkeit (§ 12 Abs. 3 mit entsprechender Erläuterung in der Gesetzesbegründung). Dies ist auch billig, weil der Nutzer vom Rechtsinhaber auf einen möglichen Urheberrechtsverstoß hingewiesen wurde und dieser nun entscheiden kann, ob er das Risiko einer Rechtsverletzung in Kauf nehmen möchte oder er sich vorher absichern möchte. Eigentlich wären für die Nutzung während des Beschwerdeverfahrens auch die Nutzer Adressat der Vergütung nach § 12 Abs. 1. Zusammen mit den Maßnahmen gegen Missbrauch in § 18 Abs. 5 ist dies ein wichtiger Schutzmechanismus gegen einen Missbrauch des flagging. Um dieses Haftungsrisiko Nutzern sichtbarer zu machen, sollte dies auch hinreichend klar formuliert werden. Darüber hinaus könnte das Haftungsrisiko für Nutzer aber auch dadurch reduziert werden, dass ausschließlich „trusted flagger“¹⁴, also Dritte als vertrauenswürdige Hinweisgeber, eine Kennzeichnung vornehmen können. Dies würde auch zu einem größeren Gleichlauf mit der anstehenden allgemeinen Plattformhaftung führen.

Vorschlag:

1. *Entsprechend könnte in § 12 Abs. 3 in einem neuen Satz 2 klargestellt werden: „Eine urheberrechtliche Verantwortlichkeit des Nutzers für gekennzeichnete nutzergenerierte Inhalte, die keine geringfügige Nutzung sind, bleibt unberührt.“*
2. *Zudem könnten in § 11 Abs. 1 Nr. 3 nach dem ersten Halbsatz folgende Worte eingefügt werden: „über einen vertrauenswürdigen Hinweisgeber“.*

¹² Offen ist auch nach der Gesetzesbegründung, ob es sich hierbei um Nutzer in Deutschland handeln muss, was mit Blick auf die Territorialität des Urheberrechts und der Anwendbarkeit seiner Normen auf deutsche Sachverhalte dogmatisch richtig wäre und gegebenenfalls klargestellt werden könnte.

¹³ Problematisch ist eine Haftung nach Abschluss des Beschwerdeverfahrens, weil hier die Haftung eigentlich von der Plattform allein auf den Nutzer übergehen muss, wenn dieser an einer Wiedergabe festhält, beispielsweise bis zu einer gerichtlichen Klärung. Andernfalls müsste die Plattform für etwaige Schadensersatzansprüche im Innenverhältnis den Nutzer in Regress nehmen.

¹⁴ Das Modell des „trusted flagger“ wird gerade im Zusammenhang mit der geplanten EU-Verordnung zum Gesetz über Digitale Dienste (DSA) in Art. 19 Abs. 2 DSA-E diskutiert: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52020PC0825&from=de>.

II. UrhG

Das Urhebervertragsrecht ist eine sozialpolitische Korrektur der Vertragsfreiheit mit dem Ziel, dem Urheber für die Nutzung seines Werkes eine angemessene Vergütung nach § 11 zu sichern. Zur Beseitigung von Ungleichgewichten steht dem Gesetzgeber dabei ein großer Spielraum zu, wobei neben der Berufsfreiheit der Verwerter die Vertragsfreiheit der Urheber und deren Recht auf Verwertung ihrer vermögensrechtlichen Positionen nach Art. 14 Abs. 1 in Einklang gebracht werden müssen.¹⁵ Je stärker also die Verhandlungsmacht und vermögensrechtliche Position des Urhebers ist, desto weniger sind zwingende gesetzliche Vorgaben verhältnismäßig. Mit Blick auf die prekäre Situation von Urhebern sind in Deutschland 2002 und 2017 zwei umfassende Reformen des Urhebervertragsrechts auf den Weg gebracht worden, die letztendlich für die Richtlinie Pate standen. Im Sinne der angestrebten Harmonisierung des Urhebervertragsrechts durch die Richtlinie sind daher überschießende Regelungen kontraproduktiv.

1) Angemessene Vergütung nach §§ 32a

Die bestehende Regelung zur Bestseller-Vergütung in § 32a UrhG soll durch den Gesetzentwurf zum einen im Wortlaut angepasst werden, so dass künftig nicht mehr um ein „auffälliges Missverhältnis“ zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werkes geht, sondern die Vergütung „unverhältnismäßig niedrig“ sein muss. Laut Gesetzesbegründung soll diese Formulierung nicht wesentlich über § 32a UrhG a.F. hinausgehen. Weil aber diese Norm nun harmonisiert ist, entscheidet künftig der EuGH über die Auslegung der Norm. Damit ist die Änderung eigentlich überflüssig, sorgt gegebenenfalls eher für zusätzliche Rechtsunsicherheit und kann entfallen.

Vorschlag:

Die Änderungen in § 32a UrhG können ersatzlos gestrichen werden.

¹⁵ Vgl. BVerfG GRUR 2014, 169, Rn. 72f. – Übersetzerhonorare.

2) Auskunftspflicht nach §§ 32d

Der Gesetzentwurf führt in § 32d eine jährliche Auskunftspflicht für Erstverwerter von entgeltlich erworbenen Nutzungsrechten ein. Es soll auf Grundlage vorliegender Informationen Auskunft über den Umfang der Werknutzung und die hieraus gezogenen Erträge gegeben werden. Diese Pflicht gilt grundsätzlich für alle Werke unabhängig davon, ob sie in Kreativbranchen wie beispielsweise bei Filmproduktionen¹⁶ geschaffen werden oder auch bei Pressemitteilungen und Redeentwürfen in Abgeordnetenbüros, Vorlagen in Bundesministerien (soweit sie keine amtlichen Werke sind), Schriftsätze in Anwaltskanzleien, Vorlesungsskripten von Hochschullehrern und auch Entwürfe in Ingenieurbüros oder technischen Entwicklungsabteilungen von Automobilherstellern, Bauzeichnungen in Architektenbüros oder auch Werbetexte in Marketingabteilungen von Unternehmen. Es kommt lediglich darauf an, dass sie Schöpfungshöhe haben (es gilt die „kleine Münze“)¹⁷ und es sich nicht nach Abs. 2 um einen nachrangigen Beitrag zu einem Werk handelt. Das Urhebervertragsrecht findet nach § 43 auch auf Arbeits-, Dienst- und damit auch Beamtenverhältnisse Anwendung. Lohn und Gehalt werden hier auch als Entgelt für die Einräumung der Nutzungsrechte geleistet. Zwar kann von der jährlichen Berichtspflicht nach Abs. 3 abgewichen werden, aber in den oben geschilderten Beispielen handelt es sich zumeist um übertariflich und deswegen auch außertariflich bezahlte Jobs und auch für Beamte gibt es keinen Tarifvertrag. Eine solche weitreichende Berichtspflicht über die teilweise prekären Beschäftigungsverhältnisse in den Kreativbranchen hinaus war von der Richtlinie sicherlich nicht intendiert und deswegen gibt es hier auch eine Öffnungsklausel. Gerade mit Blick auf die vielen gut bezahlten und meist unbefristeten Beschäftigungsverhältnisse ist eine Beschränkung der Vertragsfreiheit sogar unverhältnismäßig. Nach Erwägungsgrund 72 der DSM-Richtlinie entfällt das Schutzbedürfnis des Urhebers insbesondere in Arbeitsverträgen. Es empfiehlt sich daher, von der Öffnungsklausel in der Richtlinie Gebrauch zu machen und langfristige oder zumindest unbefristete Arbeitsverhältnisse von der Berichtspflicht auszunehmen. In diesen Fällen verbleibt den Urhebern natürlich weiterhin ein Auskunftsanspruch.

Vorschlag:

Entsprechend sollte in § 32d Abs. 2 eine weitere Ziffer 3 ergänzt werden: „3. die Nutzungsrechte im Rahmen eines unbefristeten Beschäftigungsverhältnisses eingeräumt werden.“

¹⁶ Zuletzt BGH vom 1. April 2021 – I ZR 9/18 – Das Boot.

¹⁷ BGH MMR 2014, 333 – Geburtstagszug.