

Aschendorff Medien . 48135 Münster

Deutscher Bundestag
Ausschuss Recht und Verbraucherschutz
Herr MdB Prof. Dr. Heribert Hirte
Platz der Republik 1
11011 Berlin

An der Hansalinie 1 . 48163 Münster
www.aschendorff.de

Telefon 0251.690-0

Stellungnahme zum Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes vom 24. Januar 2021

08.04.2021

Sehr geehrter Herr MdB Prof. Dr. Hirte,

Geschäftsleitung

Dr. Eduard Hüffer

für die öffentliche Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestages am 12. April 2021 zu vorgenanntem Regierungsentwurf bin ich als Sachverständiger geladen worden. Wunschgemäß übermittele ich Ihnen hiermit meine schriftliche Stellungnahme zu dem Regierungsentwurf zur Vorbereitung der Anhörung.

Telefon 0251-690-900103

Telefax 0251-690-800105

geschaeftsleitung@aschendorff.de

Der vorliegende Gesetzentwurf zur Umsetzung der EU-Urheberrechtsrichtlinie ändert gleichermaßen Vorschriften des Urheberrechtsgesetzes (insoweit im Folgenden „UrhG-E“) und führt gleichzeitig, in Umsetzung des Artikel 17 der Richtlinie, ein neues Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (im Folgenden „UrhDaG-E“) ein. Ihm direkt vorangegangen ist ein Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums aus September 2020, der zuletzt November 2020 modifiziert wurde. An die von VDZ und BDZV abgegebene Stellungnahme vom 6. November 2020 möchten wir hier ausdrücklich anknüpfen.

Die Vorgänge in Australien rund um die umfangreiche Stärkung der lokalen Presse gegenüber marktdominanten digitalen Plattformen zeigt, wie virulent und auch überfällig eine neue Ausgestaltung des digitalen Urheberrechts ist. Die australische Regierung hat das Missverhältnis erkannt, mit dem die Erlöse des digitalen Journalismus den mächtigen Gatekeepern, anstatt den Unternehmen zugefallen sind, die die hochwertigen Inhalte erstellt haben. Auch mit der EU-Urheberrechtslinie wird das Ziel verfolgt, die Kreativen und die Rechteinhaber, zu denen besonders auch die Zeitungsverleger zählen, in der digitalen Welt zu stärken. Dazu gehört es auch, bisherige Missstände und Ungleichgewichte zu korrigieren. Wir

Commerzbank Münster
IBAN DE40 4004 0028 0391 2151 00
Sparkasse Münsterland Ost
IBAN DE50 4005 0150 0000 2500 01
BIC WELAED33MST
Postbank Essen
IBAN DE75 3601 0043 0059 8334 30
UST-IdNr. DE 815 378 891

Aschendorff Medien GmbH & Co. KG
AG Münster . HRA 9424
PhG A & F Beteiligungsgesellschaft mbH
AG Münster . HRB 6226
Geschäftsführer
Dr. Benedikt Hüffer . Dr. Eduard Hüffer
Marc Zahlmann-Janzen . Dennis Hagen

glauben, dass mit einem starken Leistungsschutzrecht, einer wirksamen Plattformhaftung und weiteren Regelungen genau dies europaweit erreicht werden kann.

Umso kritischer sehen wir, dass der nun vorliegende Regierungsentwurf weiter hin einen eigenen, nicht durchweg europarechtskonformen Weg geht. Anstatt sich konsequent zu einer dringend notwendigen Stärkung der Kreativwirtschaft durchzuringen, sehen wir – trotz einiger Fortschritte gegenüber dem vorangegangenen Referentenentwurf – ein spürbares Nachgeben gegenüber wirtschaftlichen Interessen von Megaplattformen. Bedauerlich ist auch, dass echte oder vermeintliche Nutzerinteressen, in der Sache oftmals nicht nachvollziehbar, gegen die Journalisten, Verleger und die gesamte Kreativwirtschaft in Stellung gebracht werden sollen.

Im Bereich des Presseverleger-Leistungsschutzrechts und des Text und Data Mining enthält der Regierungsentwurf gegenüber seinen Vorgängern gewisse Anpassungen im Gesetzestext und in der Begründung. Diese halten wir in der Summe für einen richtigen Schritt in Richtung einer europarechtskonformen Ausgestaltung (siehe unten 1. und 2.) Im Bereich des Entwurfs eines Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes wurden unter dem Eindruck massiver Kritik der Europarechtswidrigkeit ebenfalls Anpassungen vorgenommen, die wir jedoch im Kern weiterhin für verfehlt und für nicht mit der Richtlinie konform halten (siehe dazu 3.) Daneben sind weiterhin Änderungen im Bereich des Urhebervertragsrecht (hierzu 4.) sowie zu „nicht verfügbaren“ Werken (hierzu 5.) erforderlich. Im Einzelnen:

1. Presseverleger-Leistungsschutzrecht (§§ 87f ff. UrhG-E)

Um die massenhafte Ausbeutung von Presseerzeugnissen durch kommerzielle Dritte im Internet zu beenden, ist die konsequente Umsetzung von Artikel 15 DSM-Richtlinie zentral. Es kann nicht oft genug auf die immer noch bestehende Schutzlücke gegen die systematische und kommerzielle Nutzung von Ausschnitten aus oder von ganzen Presseerzeugnissen im Internet hingewiesen werden. Das Leistungsschutzrecht aus der Richtlinie erfasst die wirtschaftliche Investition des Presseverlegers, die er gegen unbefugte Verwendung umfangreich verteidigen und für die im Internet typischen Nutzungen lizenzieren kann.

Insofern ist es zu begrüßen, dass sich der Regierungsentwurf nun maßgeblich am Wortlaut des Artikel 15 der DSM-Richtlinie orientiert. Damit erübrigen sich auch die unionsrechtlich nicht vertretbaren Forderungen nach einer Ausweitung der Ausnahme für einzelne Wörter oder sehr kurze Auszüge, die einer Erosion des Schutzrechts gleichgekommen wären. Auch sehr kurze Ausschnitte aus

journalistischen Produkten stellen einen wirtschaftlichen Wert dar und müssen für den digitalen Journalismus refinanzierbar sein.

Abzulehnen ist vor diesem Hintergrund weiterhin, dass jedenfalls nach der Begründung Video-, Audio und Bildausschnitte unter die Ausnahme des Leistungsschutzrechts fallen sollen. Die Ausnahme für „einzelne Wörter oder sehr kurze Auszüge“ ist so auszulegen, dass die Wirksamkeit der Rechte des Presseverlegers nicht beeinträchtigt wird. Dieser Grundsatz ist von zentraler Bedeutung für die künftige Anwendung des Leistungsschutzrechts. Aus der Legaldefinition der Presseveröffentlichung (Artikel 2 Nr. 4 DSM-RL) und dem Wortlaut von Artikel 15 Abs. 1 UAbs. 4 DSM-RL ergibt sich, dass sich die Begriffe „einzelne Wörter“ und „sehr kurze Auszüge“ als inhaltliche Synonyme auf die in einer Presseveröffentlichung enthaltenen Texte beziehen. Dass durch die kumulative Nutzung dazu noch Auszüge entstehen können, die im Umkehrschluss zusammen nicht mehr „sehr kurz“ sein müssen, widerspricht erst recht den Vorgaben der Richtlinie und der zwingenden Auslegungsregel des Erwägungsgrundes 58 zur Wirksamkeit des Presseverleger-Leistungsschutzrechts. Die Erweiterung würde also insgesamt das Ziel des Leistungsschutzrechts vereiteln, nämlich den Herstellern von Presseerzeugnissen die Kontrolle über sämtliche Verwertungsformen zu verschaffen, zu denen auch die Nutzung von reichhaltigen Ausschnitten z.B. in Presseportalen gehören. Zu begrüßen ist, dass die in Absatz 1 in Vorentwürfen vorgesehene Akzessorietät des Vervielfältigungsrechts gestrichen wurde. Nicht nachvollziehbar ist die in der Begründung vertretene Auffassung, wonach interne Vorgänge bei Suchmaschinen sowie andere Vervielfältigungshandlungen nicht vom Vervielfältigungsrecht erfasst sein sollen. Der Entwurf macht sich hiermit eine unzulässig enge Auslegung der „Online-Nutzung“ von Presseveröffentlichungen zu Eigen, und damit die Vorstellung, mit „Online-Nutzung“ seien lediglich die offenkundige Verwertung zum Zwecke der öffentlichen Zugänglichmachung gemeint. Die Urheberrechtsnovelle dient der Stärkung der Rechteinhaber in den Verwertungsverhältnissen des Internets. Es ist kein durchgreifender Grund erkennbar, wieso nicht sämtliche Vervielfältigungen, die ganz offensichtlich einen kommerziellen Gegenwert und damit ein Lizenzierungspotenzial haben, dem Ausschließlichkeitsrecht des Presseverlegers zugeordnet wären. Der entsprechende Passus der Begründung ist somit zu streichen.

2. Kommerzielles Text und Data Mining (§ 44b UrhG-E)

Text und Data Mining soll nach den Vorstellungen des Unionsgesetzgebers zum Zwecke des technologischen Fortschritts vermehrt auch kommerziellen Anbietern zur Verfügung stehen. Damit erkennt die Richtlinie an, dass die ungezählten Inhalte der Kreativen und Rechteinhaber mit zum Rückgrat der modernen Wissensgesellschaft gehören. So unbegrenzt die Möglichkeiten von erweiterten informationstechnologischen Prozessen und KI-Anwendungen zu sein scheinen, so sehr

sind diese auch auf bestehendes Wissen und bestehende geistige und organisatorisch-finanzielle Vorleistungen angewiesen. Zu diesen gehören auch die hochwertigen Inhalte der Zeitschriften und Zeitungen.

In Text und Data Mining kann folgerichtig auch ein empfindlicher Zugriff auf die schützenswerten Interessen der Rechteinhaber liegen. Dies tariert die Richtlinie aus, indem sie die Möglichkeit eines umfassenden Vorbehalts gegen Vorgänge des Text und Data Mining vorsieht. Dieser Vorbehalt muss dem Rechteinhaber rechtlich wie praktisch möglich bleiben. Insoweit begrüßen wir zunächst die richtliniengebotene Klarstellung in der Begründung, dass dieser auch im Impressum und in allgemeinen Geschäftsbedingungen erklärt werden kann. Sodann begrüßen wir, dass nach der Begründung aus dem ausgeübten Vorbehalt keine anderweitigen Nachteile für den Erklärenden erwachsen dürfen, er mithin nicht dafür diskriminiert werden darf. Das in der Begründung zitierte Beispiel des Suchmaschinenergebnisses liegt hierbei auf der Hand.

Gleichwohl halten wir eine Klarstellung für erforderlich, wonach das Kriterium der Maschinenlesbarkeit des Vorbehalts nicht zu einer richtlinienwidrigen Einschränkung des Vorbehaltserklärenden führen darf. An seine Erklärung dürfen nämlich generell keine hohen Anforderungen gestellt werden. Insbesondere darf der Rechteinhaber nicht auf bestimmte Programmiersprachen, bestimmte Codes oder bestimmte Alles-oder-nichts-Entscheidungen durch Anbieter von Diensten der Informationsgesellschaft festgelegt werden. Aus der Richtlinie ergibt sich, dass sämtliche online erklärten Vorbehalte prinzipiell als maschinenlesbar zu erachten sind, unabhängig davon, in welcher (programmier-)sprachlichen Form sie vorliegen oder ob sie dem hergebrachten Rechtemanagement des Diensteanbieters entsprechen. Der Rechtevorbehalt hat, auch vor dem Hintergrund der Ziele der Richtlinie, in erster Linie dem Schutz der Rechteinhaber zu dienen und nicht nach den Vorstellungen derer geformt zu werden, die an der Nutzung fremder Inhalte zum eigenen Vorteil interessiert sind.

§ 44b UrhG-E schafft keine Ausnahme zugunsten der inhaltlichen Auswertung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen durch die Entnahme von Inhalten zur Schaffung digitaler Archive, für sog. „Information Retrieval“ oder für die bloße Durchsuchung von Pressearchiven und anderen Sammlungen (Crawling). Kein Text und Data Mining ist deshalb die Recherche in Datenbanken, wie z.B. Pressearchiven. In der Gesetzesbegründung muss deshalb zuletzt klargestellt werden, dass die Auswertung von Inhalten im Internet durch Suchmaschinen kein Text und Data Mining im Sinne von § 44b UrhG-E ist. Dies stünde im Einklang mit Erwägungsgrund 8 der Richtlinie und diene insbesondere auch dazu, eine Umgehung des Presseverleger-Leistungsschutzrechts zu verhindern. Faktisch könnten sonst Diensteanbieter, die Presseveröffentlichung informationstechnisch verarbeiten

wollen, unter ausufernder Berufung auf die Text-und-Data-Mining-Schranke eine Lizenzierung des Rechts aus § 87g UrhG-E vermeiden.

3. Haftung von Online-Diensteanbietern (§§ 1 ff. UrhDaG-E)

a) Allgemeines

Die neu einzuführende urheberrechtliche Haftung für die Anbieter von Upload-Plattformen aus Artikel 17 der DSM-Richtlinie ist mittlerweile in den Fokus der juristischen und politischen Auseinandersetzung um die Urheberrechtsnovelle gerückt.

Dabei scheinen jedoch, schwerlich nachvollziehbar, auch die Grundvorgaben der Plattformhaftung der Richtlinie in die Diskussion geraten zu sein. So öffnet die Bundesregierung einen bereits umfangreich geschlossenen Kompromiss und ändert augenscheinlich gewisse Wertungen der Richtlinie, eigenen Wertungen über deren Implikationen und deren Vor- und Nachteilen folgend. Wir halten dies für unsachgemäß und nicht europarechtskonform.

Das erklärte Ziel der Plattformhaftung ist es, die dahinterstehenden Anbieter haftbar zu machen und sie zum Abschluss von Lizenzen zu bewegen. Es geht also im Großen und Ganzen nur durchgangsweise oder in Einzelfällen darum, dass Rechteinhaber ihr Verbotsrecht faktisch durchsetzen und Inhalte von Upload-Plattformen gelöscht werden. Würden die Anbieter dieser Dienste ihren mit der Richtlinie begründeten Pflichten wirklich nachkommen, wäre eine Diskussion über blockierte Inhalte und die vorgebliche Einschränkung der Nutzer hinfällig.

Nichtsdestotrotz wurde und wird die Debatte, insbesondere durch einen Teil der sogenannten Netzcommunity, mit einer starken und sachwidrigen Hinleitung auf den Blockierungsaspekt der Haftung der Plattformen verfremdet. Abgesehen von der Operation mit dem vielfach ungenauen Begriff „Upload-Filter“ wurden hierbei vielfach die eigentlichen Ziele und Auswirkungen der Urheberrechtsnovelle verschleiert.

b) Regelungsansatz

Der Regierungsentwurf hält unverändert daran fest, dass Artikel 17 DSM-RL ein „modifiziertes Konzept der öffentlichen Wiedergabe“ enthält. Artikel 17 DSM-RL bezieht sich aber ausdrücklich auf Artikel 3 der Richtlinie 2001/29/EG und schafft für die von dieser Vorschrift erfassten Dienste ein besonderes Haftungs- und Verantwortungsregime. Diese Bestimmungen knüpfen aber nicht an Handlungen sui generis an, die außerhalb der Richtlinie 2001/29/EG liegen, sondern ergänzen den durch die Richtlinie 2001/29/EG begründeten Schutz der Verwertungsrechte. Somit läge eine Umsetzung im Urheberrechtsgesetz selbst nahe.

c) Lizenzierungspflicht der Plattformen

Kern der Plattformhaftung sind weiterhin die Vorschriften zu vertraglichen Nutzungsvereinbarungen, wie sie in §§ 4 ff. UrhDaG-E Niederschlag finden. Ziel der Richtlinie ist es ausdrücklich, nicht nur die Plattformen für urheberrechtlich verantwortlich zu erklären (siehe § 1 ff. UrhDaG-E), sondern auch, dass diese Lizenzen für die von ihnen wiedergegebenen Werke abschließen, sich mithin enthaften sollen (siehe § 4 Abs. 1 S. 1 UrhDaG-E). Der Regierungsentwurf würde jedoch diesen in der Richtlinie angelegten Mechanismus zulasten der Rechteinhaber umkehren.

Artikel 17 Abs. 1 UAbs. 2 DSM-RL lautet: „Ein Diensteanbieter [...] muss deshalb die Erlaubnis von den [...] Rechteinhabern einholen.“ Und Artikel 17 Abs. 4 Buchst. a) DSM-RL sieht vor, dass der Diensteanbieter nur von seiner Verantwortung frei wird, wenn er „alle Anstrengungen unternommen hat, um die Erlaubnis einzuholen“.

Die Richtlinie verpflichtet den Diensteanbieter also ausdrücklich zu einem aktiven Handeln – er muss die Erlaubnis „einholen“; das heißt er muss von sich aus tätig werden. Und er kann sich von seiner Verantwortung nur befreien, wenn er selbst nachweist, dass er die Erlaubnis trotz aller Anstrengungen nicht einholen konnte. Bis zu diesem Beweis bleibt es bei der gesetzlichen Verpflichtung. Mit dem Regelungsansatz, dass der Diensteanbieter Lizenzangebote der Rechteinhaber nicht von sich aus ermitteln muss, widerspricht der Regierungsentwurf dieser klaren unionsrechtlichen Vorgabe. Es mag sein, dass in bestimmten Fällen Lizenzangebote nicht oder nur mit großem Aufwand ermittelt werden können. Für diese Fälle schafft Artikel 17 Abs. 4 Buchst. a) DSM-RL in Verbindung mit Artikel 17 Abs. 5 DSM-RL (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) die Grundlage für eine interessengerechte, aber einzelfallbezogene Enthftung.

Den Rechteinhabern aber abzuverlangen, dass sie von vornherein aktiv auf die Diensteanbieter zugehen müssen, widerspricht nicht nur den allgemeinen Grundsätzen des Urheberrechts, sondern auch der DSM-RL. Denn die Richtlinie gibt keinen Spielraum für eine solche Generalausnahme. Und in jedem Fall muss der Diensteanbieter, der sich darauf beruft, er habe alle Anstrengungen unternommen, darlegen und beweisen, dass das tatsächlich der Fall ist. Auch insoweit kommt § 4 Abs. 1 Satz 2 UrhDaG-E den Diensteanbietern in einer Weise entgegen, die mit den Vorgaben des Artikel 17 DSM-RL nicht in Einklang stehen.

Fortwährend falsch ist die Argumentation des Entwurfs, wonach aufgrund der „definitionsmäßig großen Mengen“ des verarbeiteten urheberrechtlich relevanten Materials ein aktives Vorgehen der Plattformen letztlich nicht einzufordern wäre. Diese pragmatisch klingende Vorstellung gibt die von der Richtlinie

vorgegebene Plattformhaftung, die konsequent zur Stärkung der Rechteinhaber und zu einem tatsächlichen Ausgleich führen würde, gleich zu Beginn auf. Er ist verfehlt, wenn der Diensteanbieter von der Pflicht zum aktiven Lizenzerwerb befreit wird, weil er urheberrechtlich geschützte Inhalte auf besonders intensive Weise nutzt. Wer ein (häufig hochprofitables) Geschäft betreibt, das ganz wesentlich auf der Nutzung fremder Inhalte beruht, muss die rechtlichen Voraussetzungen dafür schaffen.

Die dazukommenden Anforderungen an die von den Rechteinhabern vorzuhaltenden Lizenzangebote (Angemessenheit, Repräsentativität usw.) sind ein weiteres Entgegenkommen gegenüber den Plattformen, das nicht auf die Richtlinie gestützt werden kann und letztlich auch ihre Grundgedanken verdreht. Gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 2 UrhDaG-E müssen Nutzungsrechte, die dem Diensteanbieter angeboten bzw. eingeräumt werden, „ein erhebliches Repertoire umfassen“. Diese weitere Einschränkung zu Lasten der Rechteinhaber entspricht ebenfalls nicht den Vorgaben der Richtlinie.

Während der Regierungsentwurf Regelungen zum Nachteil der Rechteinhaber an anderer Stelle mit angeblich fehlender Rechtssicherheit begründet, schafft der Entwurf mit dieser Regelung in § 4 Abs. 2 Nr. 2 UrhDaG-E genau solche Rechtsunsicherheit zum Nachteil der Rechteinhaber. Denn es bleibt unklar, wann ein Repertoire erheblich im Sinne dieser Vorschrift ist und wie der Maßstab für die Prüfung der Repräsentativität zu bilden ist. Artikel 17 DSM-RL dient dazu, den wirtschaftlichen Wert urheberrechtlich geschützter Inhalte zu sichern. Auch ein Rechteinhaber, der über nur ein kleines Repertoire verfügt, das nicht im Sinne dieser Vorschrift erheblich ist, wird durch die unautorisierte Nutzung seiner Inhalte auf Online-Plattformen geschädigt. Diese Regelung würde insbesondere kleine und mittlere Rechteinhaber benachteiligen.

Mit dem Erfordernis, der Rechteinhaber habe seine Lizenzen zu „angemessenen Bedingungen“ zur Verfügung zu stellen, wird das für das Urheberrecht zentrale Prinzip der angemessenen Vergütung auf den Kopf gestellt und eine weitere Hürde zu Lasten der Rechteinhaber geschaffen, die mit den unionsrechtlichen Vorgaben nicht zu vereinbaren ist.

Zuletzt sollte eine Klarstellung in die Begründung eingefügt werden, dass von Plattformen erworbene Lizenzen grundsätzlich auch gesetzlich erlaubte Nutzungen abdecken, um mögliche Unklarheiten bei der Verwertung von Ansprüchen aus der Plattformhaftung zu Ungunsten der Rechteinhaber zu vermeiden.

d) „Mutmaßlich erlaubte Nutzungen“

Die Maßgabe, dass die Plattformen für urheberrechtliche Inhalte in User Uploaded Content Lizenzen abschließen sollen, setzt der Entwurf zunächst im Grundsatz um,

indem er mit § 4 Abs. 1 S. 1 UrhDaG-E einen Kontrahierungszwang für die Plattformen implementiert (zur sonstigen Kritik an der Umsetzung siehe oben). Würde diese Pflicht konsequent erfüllt, wäre das vermeintliche Problem des Overblockings also in der Praxis irrelevant.

Anstatt dies zur Voraussetzung zu machen, führen die §§ 9, 10 UrhDaG-E eine Pflicht für Plattformanbieter ein, sogenannte „mutmaßlich erlaubte Nutzungen“, vulgo nutzerhochgeladene Inhalte eines gewissen Umfangs oder durch den Nutzer als erlaubt markiert, jedenfalls anzuzeigen. Der Upload muss gemäß § 9 Abs. 2 UrhDaG-E eine Kombination mit einem anderen Werk darstellen, höchstens die Hälfte des Originals verwenden und sich an die in § 10 UrhDaG genannten Obergrenzen halten bzw. im Sinne von § 11 UrhDaG gekennzeichnet werden. Ansonsten werden diese Inhalte unterschiedslos aus der Haftung der Plattform ausgeklammert.

Der Gedanke hierbei scheint vorseilend zu sein, dass die Plattformen für von Ihnen angezeigte und so zu ihren Gewinnen beitragende Inhalte den Abschluss von Lizenzen verweigern. Statt Regeln aufzustellen, die die Pflicht zum Abschluss von Lizenzen (siehe b)) stärken, wird daher eine Ausnahme eingeführt, von der im Wesentlichen die großen Plattformen profitieren würden.

Soweit im Gegensatz zum vorherigen Referentenentwurf nun eine neue, fiktive Kategorie von Uploads geschaffen werden soll, will die Bundesregierung der Kritik Rechnung tragen, dass der ursprüngliche Entwurf neue Schranken vom ausschließlichen Recht der öffentlichen Wiedergabe schuf und deshalb unionsrechtswidrig war. In der Sache hält der Regierungsentwurf mit den Vorschriften über „mutmaßlich erlaubte Nutzungen“ aber am ursprünglichen Regelungskonzept fest.

Im Ergebnis ist diese Regelung für den Journalismus und die Presseverleger weiterhin äußerst problematisch und nicht mit dem Europarecht vereinbar. Vor allem aber verfehlt sie das durch die DSM-RL verbindlich vorgegebene Ziel einer umfassenden Stärkung der Rechteinhaber durch eine Überdehnung von Ausnahmeregelungen, die sog. Nutzergenerierte Inhalte (UGC) unabhängig davon, ob solche Inhalte tatsächlich unter die urheberrechtlichen Ausnahmebestimmungen fallen, zu Lasten der Rechteinhaber umfassend freistellen.

Grund für das Festhalten an einer Ausnahme von der Lizenzierungsverpflichtung ist die Befürchtung, dass die Plattformen andernfalls privat geteilte Inhalte unterdrücken und die „Meme“-Alltagskultur im Netz einschränken würden. Eine solche Ausnahme sei ebenfalls durch die Richtlinie selbst geboten, weil es jedenfalls nicht zu einer systematischen Sperrung von erlaubten Nutzungen wie Zitaten, Karikaturen usw. kommen solle.

Zunächst ist festzustellen, dass die Plattformhaftung – entgegen vielfacher Behauptung oder auch absichtsvoller Vereinfachung in der öffentlichen Debatte – die urheberrechtlichen Schranken der Nutzer nicht antastet. Insbesondere bleiben diese auch vergütungsfrei. Dies ist nicht zu verwechseln mit der angemessenen Vergütung, die der Plattformanbieter dem Rechteinhaber für die Darstellung von solchen unter eine Schranke fallenden Inhalte zu zahlen hat, vgl. § 5 Abs. 2 UrhDaG-E. Soweit auf einer Plattform Inhalte unter einer – aus Sicht der Nutzer greifenden – gesetzlichen Ausnahme angezeigt werden, so ist dies aus Sicht des Anbieters gleichwohl eine kommerzielle Nutzung, die ihn nach der Richtlinie zu einem Ausgleich verpflichtet. Auch hier darf der Gesetzgeber nicht dem Fehler unterliegen, die mangelnde Zahlungswilligkeit der großen Plattformbetreiber zur Kondition seiner regulatorischen Überlegungen zu machen. Unzutreffend sind demnach auch Überlegungen, wonach die Freistellung bestimmter Nutzungen ein zwingendes Gebot der Meinungsfreiheit sei. Auch dies macht sich die Vorstellung zu eigen, dass die Verwendung urheberrechtlich geschützten Materials auf gewinnorientierten Plattformen eine reinförmige Ausübung der Meinungsfreiheit darstellt. Es bewahrheitet sich jedoch nur, dass gewinnorientierte Unternehmen offenbar gewisse Kosten vermeiden würden, wenn sie für die Nutzung von Inhalten auf ihren Plattformen entstünden. Dies rechtfertigt jedoch nicht das Vorgehen, gewisse Inhalte auf Kosten der Rechteinhaber freizugeben, weil deren Nutzung, auch in Form von nutzerseitig erlaubter, geistiger Auseinandersetzung, sonst nicht stattfinden würde.

Das Konzept der „mutmaßlichen erlaubten Nutzung“ gibt also vor, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu dienen. Tatsächlich würden diese Regelungen in unverhältnismäßiger Weise das Geschäftsmodell großer Online-Plattformen, das im Kern auf der Monetarisierung unlizenzierter fremder Inhalte basiert, absichern. Die vorgeschlagenen Regelungen würden deshalb das Gegenteil dessen bewirken, was der Unionsgesetzgeber mit der DSM-RL erreichen möchte. Sie wären ein schwerer Schlag für die Medien- und Kulturwirtschaft in Deutschland.

Entgegen der Darstellung im Referentenentwurf ist § 9 UrhDaG-E nicht lediglich eine Vermutungsregel, sondern die Vorschrift schafft durch eine Überdehnung des Anwendungsbereichs der urheberrechtlichen Schranken (insb. der Zitatschranke und der Parodieschranke) im Widerspruch zum europäischen Recht neue Ausnahmeregelungen.

Nutzungen, die die in § 9 UrhDaG-E definierten Kriterien einer „mutmaßlichen Nutzung“ erfüllen, können nur dann nach den Schranken, auf die § 5 UrhDaG-E Bezug nimmt, zulässig sein, wenn zugleich auch die besonderen Tatbestandsmerkmale dieser Schranken erfüllt sind. Dabei handelt es sich um qualitative Merkmale (beim Zitat: der Zitatzweck, bei Karikaturen, Parodien usw.: die kritisch-schöpferische Auseinandersetzung mit einem vorbestehenden Werk). Darauf

weist der Referentenentwurf in seiner Begründung selbst zutreffend und ausdrücklich hin. Diese Kriterien werden bei den in § 9 UrhDaG-E beschriebenen Nutzungen aber nicht zwangsläufig erfüllt. Im Gegenteil dürften sie häufig nicht erfüllt sein. Denn die bloße Entnahme von Werkteilen und deren Kombination mit „anderem Inhalt“ sind für sich genommen weder ein Zitat noch eine Parodie oder Karikatur. Im Rahmen der Vermutungsregel werden die unionsrechtlich vorgegebenen Tatbestandsmerkmale der Schrankenbestimmungen also ausgeblendet und durch neue Merkmale ersetzt. Denn die Vermutungswirkung wird bereits begründet, wenn die in § 9 UrhDaG-E definierten Kriterien erfüllt sind. Auch Nutzungen, die offensichtlich weder Zitat noch Parodie usw. sind, sind mutmaßlich erlaubte Nutzungen, wenn sie die in § 9 UrhDaG-E geregelten Voraussetzungen erfüllen.

Nach dem aktuellen § 10 Nr. 3 UrhDaG-E sollen bis zu 160 Zeichen aus Texten frei und ungehindert hochgeladen werden können. Dies ist für die Kurzform Journalismus höchst problematisch. Zudem lassen sich diese Auszüge auf Plattformen gemäß § 10 Nr. 4 UrhDaG-E mit bis zu 125 Kilobyte eines Bildes bzw. einer Fotografie kombinieren. Mit dieser Datenmenge lassen sich Bilder online in ausreichender Größe vollständig darstellen. Dabei handelt es sich gerade nicht um marginale Nutzungen, sondern vielfach um hochwertige, qualitativ anspruchsvolle Inhalte. Gerade Graphiken und Fotografien können Dies alles führt zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Verwertung von aktuellen, aufwendig hergestellten und zum Teil auch exklusiven Presseerzeugnissen.

Als gesetzlich erlaubt können neben Zitaten nach § 51 des Urheberrechtsgesetzes und Karikaturen, Parodien und Pastiches nach § 51a des Urheberrechtsgesetzes gemäß § 5 Abs. 1 Nr. 3 UrhDaG auch alle anderen gesetzlich erlaubten Fälle der öffentlichen Wiedergabe nach Teil 1 Abschnitt 6 des Urheberrechtsgesetzes angeführt werden. Dies umfasst eine große Anzahl möglicher Ausnahmetatbestände. Dabei reicht es aus, dass der Nutzer sich auf die jeweilige Ausnahme beruft. Ob diese tatsächlich erfüllt ist, muss nicht bewiesen werden.

Bei allen urheberrechtlichen Schranken gilt der Grundsatz, dass derjenige, der sich auf sie beruft, nachweisen muss, dass ihre Voraussetzungen erfüllt sind. Das ist ein zentrales Prinzip des Urheberrechts. Dieses Prinzip wird durch § 9 UrhDaG-E in sein Gegenteil verkehrt. Der Rechteinhaber muss darlegen und nachweisen, dass eine Nutzung nicht die Voraussetzungen für die gesetzliche Erlaubnis erfüllt. Eine Beschwerde gegen solche Nutzungen muss der Rechteinhaber begründen. Das sieht die Vorschrift über das Beschwerdeverfahren ausdrücklich vor.

Im Rahmen des Verfahrens, das der Rechtsinhaber führen muss, um die Vermutung zu widerlegen, muss innerhalb von einer Woche entschieden werden. Das ist nur scheinbar zügig. Tatsächlich kommt eine Entscheidung nach einer Woche

für Presseverlage viel zu spät. Sobald ein Werk online zur Verfügung steht, kann es ohne Weiteres nicht nur genutzt, sondern auch weiterverbreitet werden. Es liegt in der Natur des Geschäftsmodell der Presse, dass illegale Nutzungen umgehend unterbunden werden müssen. Dass eine Woche bei Online-Nutzungen im Pressebereich eine Ewigkeit sind, bedarf keiner Erläuterung.

Zwar sieht die Regelung über das Beschwerdeverfahren jetzt vor, dass der Diensteanbieter bis zum Abschluss des Beschwerdeverfahrens unter bestimmten Voraussetzungen zu einer sofortigen Blockierung verpflichtet ist („roter Knopf“). Aber diese Voraussetzungen sind so unklar und so eng, dass der „rote Knopf“ jedenfalls für Presseverleger keine Verbesserung der Rechtslage ist. Es handelt sich hierbei um eine Scheinlösung, die ebenfalls die Plattformbetreiber auf Kosten der Rechteinhaber stärkt und die Erlösmodelle für digitalen Journalismus gefährdet. Das Erfordernis, dass die Überprüfung der in Rede stehenden Werke durch eine natürliche Person erfolgen muss, verkennt die Realitäten der Online-Nutzung von Presseerzeugnissen. Tatsächlich ist es praktisch nicht oder nur mit erheblichem Aufwand möglich, die große Vielzahl der Nutzungen quasi manuell überprüfen zu lassen.

Der Regierungsentwurf bürdet mit der hier vorgeschlagenen Regelung Kosten, die durch den Betrieb der Plattform entstehen und deshalb vom Plattformbetreiber zu tragen sind, den Rechteinhabern auf. Die Regelungen über mutmaßlich erlaubte Nutzungen, die vorgeblich der Wahrung der Verhältnismäßigkeit dienen, würden auch durch diese Umverteilung zu einer ungerechtfertigten Stärkung der (US-amerikanischen) Plattformen zu Lasten der (europäischen) Rechteinhaber führen.

Darüber hinaus muss der Rechteinhaber ausweislich § 14 Abs. 4 nachweisen, dass die fortdauernde öffentliche Wiedergabe die wirtschaftliche Verwertung des Werkes *erheblich beeinträchtigt*. Das Urheberrecht ist jedoch ein Zuordnungsrecht, dass dem Urheber erlaubt, über die Verwertung seines Werkes zu entscheiden – unabhängig davon, ob durch die Verwertung ein Schaden entsteht oder nicht. Durch das Erfordernis der „erheblichen Beeinträchtigung“ wird die Rechtsposition der Urheber übergebührllich eingeschränkt.

Die gesetzliche Vergütung für die Anzeige von „mutmaßlich erlaubten“ Inhalten ist vor dem Hintergrund einer massiven wirtschaftlichen Beeinträchtigung keine ausreichende Kompensation. Dem werbefinanzierten Geschäftsmodell wie dem der Plattformen wird eine nach urheberrechtlicher Angemessenheit bestimmte Vergütung nicht gerecht werden können. Der eigentliche, aber indirekte Vorteil der Werknutzung liegt vorrangig in einem attraktiven Werbeumfeld und lässt sich nicht an einer bestimmten Nutzungshandlung anknüpfen.

Konsequenterweise sollte also die Ausnahme für „mutmaßlich erlaubte Nutzungen“ gestrichen werden. Jedenfalls bedarf es aber einer Ausnahme für Presseinhalte, die deren besonderer Verwertungssituation gerecht wird. Auch eine spürbare Reduktion der freien Zeichen- bzw. Datenmenge käme ersatzweise in Betracht. Keinesfalls darf jedoch die Grenze der Schranke angehoben werden.

4. Urhebervertragsrecht

Weiterhin wird vorgesehen, dass der Vertragspartner gegenüber dem Urheber nach § 32d UrhG-E unaufgefordert Auskunft über die Nutzung des Werkes zu erteilen. Der noch geltende Anspruch auf Auskunft würde also nun in eine Pflicht zur Unterrichtung umgewandelt. Die Umsetzung einer Unterrichtungspflicht ist im Pressebereich nur mit unverhältnismäßigem Aufwand umsetzbar, wenn nicht faktisch unmöglich, und erfordert bürokratische Maßnahmen, die in keinem Verhältnis zum Nutzen stehen. Sie werden vielmehr das eigentliche Ziel der fairen Vergütung des Urhebers konterkarieren, weil sie finanzielle Mittel unnötig im Auskunftsprozess binden. Wir sprechen uns daher für die Streichung dieser Änderung aus.

5. Nicht verfügbare Werke, §§ 61d, e UrhG-E

Nach dem Regierungsentwurf sollen weiterhin urheberrechtliche Werke, die nicht mehr auf dem „üblichen Vertriebsweg“ verfügbar sind, als sogenannte „nicht verfügbare Werke“ eingestuft werden und von gewissen Gedächtnisinstitutionen wie Bibliotheken und Museen verfügbar gemacht werden können, vgl. § 61d UrhG-E. Damit sollen diese Vorschriften die zutreffender bezeichneten Vorgaben zu „vergriffenen“ Werken als urheberrechtliche Schrankenregelung ablösen.

Entgegen der schon früher durch die Verleger geäußerten Kritik verzichtet auch der Regierungsentwurf darauf, die für Presseerzeugnisse nachteilige Gestaltung der Regelung klarzustellen. Presseverlage kuratieren und bewahren ihre Inhalte der Vergangenheit und bieten sie zu angemessenen Konditionen in online verfügbaren Archiven an. Mit der Vorgabe, dass Werke schon dann nicht verfügbar sein könnten, wenn sie nicht auf dem „üblichen Vertriebsweg“ und in vollständiger Form zu erhalten sind, würde dieses für die Zeitungen und Zeitschriften wichtige Vertriebsmodell unterlaufen werden. Viele wichtige Maßgaben der Gesetzesanwendung werden nach dem Regierungsentwurf weiterhin einer folgenden Verordnung überantwortet (vgl. § 61e UrhG-E), was angesichts des drohenden massiven Eingriffs in die Eigentumsrechte der Presseverlage nicht angemessen ist.

Ich hoffe, dass diese Stellungnahme dem Rechtsausschuss bei seiner Bewertung des Regierungsentwurfs weiterhilft. Für eine Berücksichtigung der von mir unterbreiteten Änderungsvorschläge wäre ich dankbar. Es geht, wie glaube ich allen Beteiligten bewusst ist, um eine fundamental wichtige Zukunftsfrage unserer freiheitlich demokratischen Gesellschaft. Die freie Presse in Deutschland braucht dringend ein robustes Urheberrecht zum Schutz der Urheber und Verlage.

Mit freundlichen Grüßen
Aschendorff Medien GmbH & Co. KG

(Dr. Eduard Hüffer)