

# Error 404 – Urheberrechtsaktivist\*innen mit und ohne Mandat

## Stellungnahme zur Konsultation des Bundesjustizministeriums zur Urheberrechtsrichtlinie (EU) 2019/790 (DSM-RL)

6. September 2019

### Inhaltsverzeichnis

<b>Vorbemerkungen</b>	<b>1</b>
Zum Text . . . . .	1
Zu den Autor*innen . . . . .	1
<b>1 Regulierungsbedarf</b>	<b>4</b>
1.1 Einführung . . . . .	4
1.2 Ausgangslage der Urheber . . . . .	4
1.2.1 Erosion des Geschäftsmodells . . . . .	4
1.2.2 Zum Verständnis des Musikmarkts als Urhebermarkt . . . . .	5
1.3 Die Perspektive des EU-Gesetzgebers . . . . .	8
1.4 Fazit . . . . .	10
<b>2 Die Debatte um Artikel 17</b>	<b>12</b>
2.1 Einführung . . . . .	12
2.2 Bedingt die DSM-RL die Einführung sog. Uploadfilter? . . . . .	12
2.3 Wäre eventuelles Overblocking gleichzusetzen mit Zensur? . . . . .	13
2.4 Wie leistungsfähig sind aktuelle Filtertechnologien? . . . . .	15
2.5 Was bedeutet der Begriff „Uploadfilter“ im Diskurs über die DSM-RL? . . . . .	16
2.6 Fazit . . . . .	17
<b>3 Wissenschaftliche Rezeption</b>	<b>18</b>
3.1 Einführung . . . . .	18
3.2 Begriffsbestimmungen und Anwendungsbereich . . . . .	18
3.3 Haftungsverpflichtungen und -ausschlüsse . . . . .	20
3.4 Einordnung . . . . .	23
3.5 Fazit . . . . .	24

<b>4</b>	<b>Anmerkungen zur Umsetzung der DSM-RL</b>	<b>26</b>
4.1	Einführung . . . . .	26
4.2	Artikel 12: Erweiterte kollektive Lizenzvergabe (ECL) . . . . .	26
4.3	Artikel 13: Verhandlungsmechanismus . . . . .	27
4.4	Titel IV: Maßnahmen zur Schaffung eines funktionsfähigen Marktes für den Urheberrechtsschutz . . . . .	28
4.5	Artikel 15 & Art. 2 Nr. 4 / 5: Schutz von Presseveröffentlichungen im Hinblick auf die Online-Nutzung . . . . .	28
4.6	Artikel 16: Ansprüche auf einen gerechten Ausgleich (Verlegerbeteiligung) . . . . .	28
4.7	Artikel 17: Nutzung geschützter Inhalte durch Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten . . . . .	29
4.8	Artikel 18-23: Urhebervertragsrechtliche Regelungen . . . . .	31
4.9	Artikel 19: Transparenzpflicht . . . . .	32
4.10	Artikel 21: Alternative Streitbeilegungsverfahren . . . . .	32
<b>5</b>	<b>Zusammenfassung</b>	<b>33</b>
	<b>Literatur</b>	<b>34</b>
	<b>Unterzeichner</b>	<b>35</b>

# Vorbemerkungen

## Zum Text

Die Konsultation wurde von einem Autor\*innenkollektiv unter folgender Schwerpunktsetzung erarbeitet:

- In Kapitel 1 analysieren wir den Regulierungsbedarf des europäischen und mithin deutschen Urheberrechts zunächst unter Einnahme der Betroffenenperspektive als Urheber\*innen und Rechteinhaber\*innen. Anschließend betrachten wir die Marktsituation und -entwicklung seit Verabschiedung der vorherigen Urheberrechtsrichtlinie von einer allgemeinen Perspektive, so wie sie sich dem europäischen Gesetzgeber dargestellt hat und schließlich zum Harmonisierungs- und Regulierungsbedarf geführt hat.
- Kapitel 2 stellt eine explizite Untersuchung der Positionen der öffentlichen Debatte um die Richtlinie, insbesondere um den Artikel 17 dar. Es untersucht die Inhalte der Protokollnotiz der Bundesregierung vom 15.4.2019<sup>1</sup> auf Konsistenz, und zeigt, dass Fehlannahmen, Verkürzungen und Maximalinterpretationen mit in die Entscheidungsfindung eingeflossen sind.
- Kapitel 3 beinhaltet eine Zusammenschau der wissenschaftlichen Auseinandersetzung mit der Richtlinie nach Verabschiedung. Wir zeigen auf, dass der Tenor in der Wissenschaft die in der öffentlichen und politischen Debatte dominierten Befürchtungen zu Umsetzbarkeit und Folgen nicht mitträgt.
- Kapitel 4 schließlich formuliert unsere Anmerkungen und Forderungen hinsichtlich der Umsetzung der Richtlinie in nationales Recht.

## Zu den Autor\*innen

Wir sind Fotograf\*innen, Übersetzer\*innen, Musikbearbeiter\*innen und -produzent\*innen, Roman- und Drehbuchautor\*innen, Komponist\*innen und Songwriter, professionelle Musiker\*innen aller Art, Filmemacher\*innen, Journalist\*innen, Künstleragenten, Tonmeister, Musikverleger und Labelmacher. Manche von uns haben Mandate und Funktionen, andere haben Jura studiert oder Politikwissenschaft; wir alle betrachten unsere gemeinsame Arbeit als demokratische Teilhabe, denn Demokratie bedeutet Arbeit für Demokraten.

Uns eint ein mit holistischer Perspektive betriebener Urheberrechtsaktivismus, der uns als loser Verbund professioneller Kreativschaffender im Think Tank „Error 404“<sup>2</sup> zusammengebracht hat. Wir sind zum Teil in Verbänden aktiv, sind als Gruppe und insbesondere im Rahmen dieser Konsultation jedoch dezidiert unabhängiger, vollständig selbstfinanzierter Akteur.

Wir sind Graswurzel, nicht Kunstrasen.

Gemeinsam bringen wir seit ca. anderthalb Jahren unterschiedliche Hintergründe, interdisziplinäre Expertise und vor allem auch Praxiserfahrung aus nahezu allen kreativwirtschaftlichen Gewerken in den Diskurs um die Digital Single Market-Richtlinie (DSM-RL) der EU ein und haben diesen teilweise als Sachverständige über Konsultationen und Medienbeiträge auch mitgeprägt.

<sup>1</sup>Rats-Dok. 7986/19ADD 1 REV 2 v. 15.4.2019, S. 2–6; <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1-REV-2/de/pdf>

<sup>2</sup>vgl. <https://www.facebook.com/CreateyourInternet/>

Als unmittelbar Betroffene wollen wir uns nun konsequenterweise auch mit einer eigenen Position in die konkrete Ausgestaltung der Richtlinienumsetzung einbringen. Das soll – unter anderem – diese Stellungnahme als „interessierter Kreis“ leisten.

Wir haben diese Stellungnahme nicht zuletzt aus der Erfahrung heraus verfasst, dass unsere Verbände und mandatierten Interessenvertreter\*innen zwar immer wieder eingeladen und gehört wurden, dass zugleich aber im Prinzip jede/r Andere – auch ohne entsprechenden Background und kaum hinterfragt – gleichermaßen für sich herausnehmen durfte, für die Urheber\*innen und ausübenden Künstler\*innen zu sprechen. Wir erleben seit Jahr und Tag, wie netzpolitische Akteure jeglicher Couleur stellvertretend an unser statt befragt werden. Dabei werden Narrative über unsere Bedürfnisse, Probleme und Lebenswirklichkeiten etabliert, die jeden Bezug zu unseren Realitäten vermissen lassen.

Diese Stellungnahme stammt ausnahmslos von professionellen Akteuren in den Kernmärkten des Urheberrechts, mit einem quantitativen Schwerpunkt in der Musik. Unter uns sind Erwerbsurheber\*innen, professionelle ausübende Künstler\*innen und Verwerter\*innen aus dem Indiebereich. Uns eint die feste Überzeugung, dass die (Mit)Arbeit an der Umsetzung der DSM-RL kein Anlass ist für eine Fortführung des Verteilungskampfs mit anderen Mitteln, auch wenn jeder/m von uns klar ist, dass dieser eher Normalität als zu skandalisierende Ausnahme ist.

Wir haben

- in den anhaltenden Auseinandersetzungen von Autor\*innen, Buchverlagen und Hörbuchmachern mit Audible/Amazon,
- im mitunter verzweifelten Kampf der Komponist\*innen und Textdichter\*innen, die sich gemeinsam mit ihren (Musik)Verlagen und ihrer VG gegen die schiere Übermacht digitaler Plattformen auflehnten,
- in den weitenteils unsachlich-diffamierenden Stellungskriegen der Clubs gegen die GEMA, verbunden mit einer gesamtgesellschaftlichen Delegitimationsstrategie gegen Urheber und ihre berufsständischen Vertretungen oder – nicht zuletzt –
- in den erbitterten Grabenkämpfen infolge der *Vogel / Kramm*-Urteile zur Verlegerbeteiligung im Buch-, Medien- und Musikmarkt

schmerzlich erfahren, dass wir Urheber\*innen und Künstler\*innen uns stets aufs Neue vehement positionieren, politisieren und in unserer Interessenvertretung professionalisieren müssen. An vielfach uns bevormundenden Diskussionen und viel zu oft sehr persönlichen Anfeindungen bis hin zu Drohungen gab es seit Beginn des Jahrtausends wahrhaftig keinen Mangel.

Wir werden in der Regel nicht gefragt, wenn es um uns geht. Wenn wir uns aber selbst zu Wort melden, wird die ansonsten kaum gestellte Legitimationsfrage plötzlich akut.

Doch so sehr interessierte Kreise auch versuchen, die Künstler\*innen zum Schweigen zu bringen, indem sie den Profis Stockholmsyndrom unterstellen [Ein gängiges Argumentationsmuster lautet sinngemäß: „Die Künstler sind so abhängig von den Verwertern, dass sie nicht einmal merken, dass und in welchem Umfang sie von diesen ausgeblutet werden“], eines ist Fakt: Obwohl es innerhalb unseren Branchen selbstverständlich Interessenkonflikte gibt, waren wir uns branchenintern wie -übergreifend noch nie so einig mit unseren Verwertungspartnern, wie in der Zustimmung zur DSM-Richtlinie.

Hier und jetzt geht es um die Rettung des Kuchens und nicht – in erster Linie – um die Größe der Stücke. Wenn nichts mehr zu verteilen ist, erübrigt sich irgendwann der Verteilungskampf; auf diesem Weg haben wir uns viel zu lange bewegt – und das nahezu ungebremst.

Die Erosion unserer Märkte, die nicht etwa auf verringerte Nachfrage zurückzuführen ist, sondern auf unregulierte Marktstrukturen, ist ein gemeinsames Problem der Urheber\*innen und ihrer Verwerter. Das ist für Teile insbesondere linker Politik schwer zu begreifen, die sich gerne in der Rolle des heldenhaften Retters vor dem ausbeuterischen Verwerter sähen und so die eigentliche, zentrale volkswirtschaftliche wie kulturelle Katastrophe schlicht ausblenden.

Eine digitale Wissensgesellschaft auf dem Weg in die Arbeit 4.0, die die Bedingungen digitaler Arbeit nicht gestaltet, eine moderne Demokratie, die die Regulierung digitaler öffentlicher Räume nicht in den Griff kriegt, gibt sich auf.

Das Urheberrecht ist ein Recht unter vielen – auch im digitalen Raum. Doch als Marktrecht in Kultur und Medien ist es so nah am Herzen der Demokratie wie nur möglich. Wer heute noch behauptet, Kunst und Kultur „müsse man sich leisten können“, irrt! Noch nie in der Geschichte dieses Landes war es so offensichtlich, dass man es sich unter gar keinen Umständen leisten kann, auf Kunst und Kultur zu verzichten.

Kunst, Kultur und Medien sind der Motor der Selbstbefragung und -definition, die Organe für die Antikörperproduktion der Demokratie. Das Urheberrecht ist die Lebensader ihrer Schöpfer.

# 1 Regulierungsbedarf

## 1.1 Einführung

Die Digitalisierung verändert nicht nur die Produktion, Rezeption und Verbreitung kultureller Güter, sondern auch deren kulturelle Bedeutung und – notwendigerweise – die Praxen des Umgangs mit ihnen. Der voranschreitende Kultur- und Mentalitätswandel hält jedoch längst nicht mehr Schritt mit der Entwicklung der Technologien. In der Folge gerät immer deutlicher auch die Regulierung ins Hintertreffen.

Vor dem Hintergrund des Wandels und der teils erbitterten Auseinandersetzungen um den regulatorischen Umgang mit ihm und seinen Folgen, legen die Autor\*innen, die sich als Aktivist\*innen über Jahre für eine zeitgemäße Fortschreibung des geltenden Urheberrechts eingesetzt haben, die praxisrelevanten Hintergründe des Regulierungsbedarfs dar. Dabei ordnen sie das Thema Urheberrecht ein in ein Gesamtgefüge regulatorischer Projekte, die insgesamt nicht weniger als die Rückgewinnung demokratischer Geschäftsbedingungen für die digitalen Räume der Gesellschaft adressieren. Es geht um weit mehr als um Vergütung.

## 1.2 Ausgangslage der Urheber

### 1.2.1 Erosion des Geschäftsmodells

Seit Jahren hören Kultur- und Medienschaffende dieselbe Forderung: „Künstler müssen neue Geschäftsmodelle entwickeln, um im Digitalzeitalter überleben zu können!“

Unterstellt wird, das vorhandene Geschäftsmodell sei „alt“ und mithin „überholt“. Doch in vielen Fällen muss bezweifelt werden, dass wer derartiges äußert, weiß, wovon er spricht: Wer eigentlich diese „Künstler“ sind und wie die aktuellen Geschäftsmodelle beschaffen sind. Und: woher eigentlich die Inhalte stammen, die die Basis jedes künstlerischen Geschäftsmodells sind.

Auf die Musik heruntergebrochen: Woher kommt eigentlich der Song, den die Musiker spielen, der Produzent aufnimmt, ein Verlag gemeinsam mit einem Label an den Markt bringt und der anschließend womöglich auf Tonträger, im Rundfunk oder auf der Plattform eines „Diensteanbieters“ für das Teilen von Online-Inhalten“ zu hören ist?

Oder auch: Wer hat das Foto gemacht? Den Roman geschrieben, das Manuskript für das Hörspiel, das Buch für den Film? Den Artikel fürs Blog oder die Verlagsseite?

Uns ist klar, dass wir dem BMJV die Strukturen des Urheberrechts nicht erläutern müssen. Und doch erscheint es nach Jahren nicht enden wollender Debatten, die vielfach durch einen Überschuss an Ideologie und einen eklatanten Mangel an Sachkenntnis gekennzeichnet waren, unverzichtbar, zu Beginn dieser Stellungnahme die Verortung der Akteure im Urheberrecht und mithin in ihrem Marktrecht auch für die interessierte Öffentlichkeit nachvollziehbar aufzubereiten. Nur so wird klar werden, dass es sich bei dem Großprojekt der DSM-RL nicht um ein großverwertergesteuertes Entrechtungs- und Überwachungsprogramm handelt, sondern um das genaue Gegenteil: Die DSM-RL ist der längst überfällige regulatorische Befreiungsschlag, der die Urheber\*innen europaweit schützen, den (insbesondere digitalen) versagenden Markt für kulturelle Güter wiederherstellen und ein „level playing field“ für die Akteure der Inhaltswirtschaft herstellen soll. Diese Anliegen begründen sich u.a. aus den Prinzipien von Kunst- und Meinungsfreiheit<sup>3</sup> sowie der Definition der völkerrechtlich verbindlichen und von der EU wie allen EU-Mitgliedsstaaten ratifizierten UNESCO-Konvention zur kulturellen Vielfalt<sup>4</sup>, der zufolge Kulturgüter immer gleichzeitig Güter der Kultur an sich wie auch Güter eines Marktes sind.

<sup>3</sup>Vgl. *di Fabio, Udo*: Urheberrecht und Kunstfreiheit unter digitalen Verwertungsbedingungen. C.H. Beck 2018

<sup>4</sup><https://www.unesco.de/kultur-und-natur/kulturelle-vielfalt/kulturelle-vielfalt-weltweit/u40-netzwerk-kulturelle-vielfalt>

Dass damit aus europäischer Sicht gleichermaßen Aspekte von Beschäftigung und wirtschaftlicher Produktivkraft wie auch Fragen der (kulturellen und medialen) Vielfaltssicherung verbunden sind, versteht sich vor diesem Hintergrund fast von alleine.

Was sich hingegen nicht von alleine erklärt, das sind die Prinzipien des Markts für kulturelle und mediale Inhalte – und damit der beiden wesentliche Bereiche, in denen das Urheberrecht wesentliches Marktrecht ist. Wir wollen Struktur und Mechanismen kurz stellvertretend anhand der Musik skizzieren.

### 1.2.2 Zum Verständnis des Musikmarkts als Urhebermarkt

Die Welt der Musik zeichnet sich durch eine extrem ausdifferenzierte Rollenvielfalt aus, durch Arbeitsteiligkeit, Professionalisierung und Spezialisierung. Konkret unterscheiden wir etwa folgende grundsätzliche Rollen:

Songwriter / Komponist / Textdichter	Urheber
Interpreten (ausübende Künstler*innen / Recording Artists / Performing Artists)	Leistungsschutzrechteinhaber
Musikproduzent im künstlerischen oder wirtschaftlichen Sinne	Zwei unterschiedlich begründete Leistungsschutzrechte (UrhG § 73ff vs § 85f.): - Künstlerische Leiter sind Inhaber eines inhaltlich begründeten Rechts und gehören damit zur Gruppe der ausübenden Künstler*innen; - Produzenten im wirtschaftlichen Sinne sind als „Aufnahmehersteller“ Eigentümer der Aufnahmemedien; auch Labels oder Filmhersteller können zu dieser Gruppe gehören. Ihnen entsteht ein wirtschaftlich begründetes Leistungsschutzrecht.

Urheber\*innen haben keinen gesetzlichen Anspruch auf unmittelbare Arbeitsvergütung; sie erhalten als Freiberufliche Künstler i. d. R. Werkverträge mit einer pauschalen Lizenzsumme für die im Umfang verhandelbare Übertragung der Nutzungsrechte an den Lizenznehmer. Ihnen sind aus wettbewerbsrechtlichen Gründen Gebührenordnungen vorenthalten – mit (nicht unumstrittener) Ausnahme der Architekten, deren Besonderheit sich aus ihrer Kammerpflicht ergibt.

Sämtliche Vergütungsansprüche für URHEBER\*INNEN und die meisten für LEISTUNGSSCHUTZBERECHTIGTE resultieren einzig und alleine aus dem Urheberrecht.

Laut der Musikwirtschaftsstudie von 2015<sup>5</sup> stammten in 2014 etwa 58% der Gesamterträge für musikalische Urheber\*innen in Deutschland von der GEMA als einziger am Markt agierender VG, während rund 22% aus Honoraren erwirtschaftet werden. Nun erhalten allerdings die mit Abstand meisten Musikautoren keinerlei Honorare – von wem sollten diese auch kommen, wenn wir etwa von Songwritern sprechen?! Honorare (bei denen es sich laut Vertrag um Lizenzzahlungen handelt) erhalten lediglich im Auftrag arbeitende Urheber\*innen wie etwa Filmkomponisten oder Opernlibrettistinnen.

Damit sind die mit Abstand meisten Musikautoren in erheblichem Umfang existenziell auf die rein urheberrechtlich bedingten Tantiemenausschüttungen der GEMA angewiesen, welche zugleich auch

<sup>5</sup><http://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/wirtschaft-in-zahlen/grafik-des-tages-wie-komponisten-und-musiker-geld-verdienen-13823102.html>

als einziges berufsständisches Instrument agiert. Für Urheber\*innen in der Musik gibt es im Prinzip nur ein Geschäftsmodell: Lizenzen und Nutzungserlöse – und mithin ein praktisch angewendetes und durchsetzbares Urheberrecht.

Komponisten haben keine Möglichkeit, ein Publikum direkt zu erreichen – solange dieses nicht mit Begeisterung und Genuss Partituren liest. Zunächst bedarf es einer Manifestation des musikalischen Werks; dafür bedarf es eines oder mehrerer Musiker\*innen. Deren leistungsschutzrechtlich geschützte Interpretation kann auf einer Bühne stattfinden oder in einem Tonstudio. Im Falle einer Aufnahme stehen dem wirtschaftlichen Produzenten die Rechte daran zu – wiederum ein Leistungsschutzrecht, allerdings nicht künstlerisch begründet, sondern wirtschaftlich. Als Aufnahmehersteller kann auch ein Label agieren; in aller Regel landen die sog. Masterrechte an der Aufnahme früher oder später bei einem Label, einem Aggregator o.ä., welcher sich um die Veröffentlichung bzw. den Vertrieb kümmert. Musikverlage helfen bei der Suche dieser Partner, bringen Musiken in Filmen, Serien und Games unter, und übernehmen wesentliche Teile der nötigen Administration und damit der Bürokratie.

Mit jedem einzelnen dieser Partner stehen die Autoren und Interpreten in einem direkten oder mittelbaren Vertragsverhältnis; bei jeder Weitergabe der Aufnahme eines Werkes innerhalb der Verwertungskette entstehen neue (teils unterschiedliche) Vergütungspflichten; die Pflichten werden ebenso wie die Informationen über die Beteiligten mit der Aufnahme weitergegeben. So kann auch für einen „kleinen“ Musikautor ein in eine nachhaltige Verwertungssituation geratenes Werk ein auskömmliches Auskommen erwirtschaften, wenn es etwa regelmäßig im (lizenzpflichtigen) Rundfunk läuft, in Medien synchronisiert wird oder von erfolgreichen Interpreten umfänglich live aufgeführt wird – und das über Jahre, denn der Vergütungsanspruch erlischt erst lange nach dem Tod der Beteiligten. Und dieses Auskommen stellt nur einen Bruchteil der Wertschöpfung dar, die Dritte mit der Nutzung des Werkes erzielen.

Diese Ausgangssituation legt die EU-Kommission ihrer „Strategie für einen digitalen Binnenmarkt in Europa“ vom 6.5.2015 zugrunde: *„Das Urheberrecht ist die Grundlage für Europas Kulturindustrie und Kreativität“* stellt sie fest, woraus sich der Regulierungsansatz ergibt, *„Maßnahmen zur Sicherung einer gerechten Vergütung für Urheber zu ergreifen“*.

Die Erwägungsgründe 3 und 72 spezifizieren: *„Urheber und ausübende Künstler haben in der Regel die schwächere Verhandlungsposition bei der Lizenzvergabe oder der Übertragung ihrer Rechte für die entgeltliche Verwertung, auch wenn sie über ihre eigenen Unternehmen erfolgt, und diese natürlichen Personen benötigen den in dieser Richtlinie vorgesehenen Schutz, um die nach Unionsrecht harmonisierten Rechte umfassend wahrnehmen zu können.“*

In der Protokollerklärung der Bundesregierung („Statement by Germany“ – 7986/19 ADD 1 REV 2) vom 15.4.2019 heißt es: *„Im Mittelpunkt unserer Bemühungen stehen die Künstlerinnen und Künstler, die Urheberinnen und Urheber\*, letztlich alle Kreative“*; daher bekenne man sich zur *„Durchsetzung der angemessenen Vergütung der Urheber und ausübenden Künstler, deren Werke und Leistungen im Netz genutzt werden.“*

So weit, so gut.

Damit ist jedoch zunächst einmal lediglich ein funktionierender, regelhafter, durch wechselseitige Verträge strukturierter Markt adressiert, der nicht zuletzt auf der Ausschließbarkeit der Güter basiert. Die Richtlinie tangiert jedoch eine zentrale, kulturell wie auch volkswirtschaftlich bedeutende Frage, die den Horizont erweitert: Was geschieht, wenn es zu nennenswerten Verwertungshandlungen ohne Vertragsgrundlage kommt? Wenn Wertschöpfung aufgrund von Werknutzungen stattfindet, ohne aber den Werkschöpfern und den übrigen Beteiligten und Rechteinhabern eine (angemessene) Beteiligung am geschöpften Wert zu gewährleisten?

In diesen Fällen reißt die Erlöskette ab und das Geschäftsmodell kollabiert – ohne aber dass es zu der oftmals unterstellten Situation kommt, dass die Leistungen und Werke der Autoren oder der



Interpreten nicht mehr nachgefragt wären. Ganz im Gegenteil: Auf Plattformen wie YouTube sind seit Jahren Rekordnutzungsumfänge zu verzeichnen.

Hier haben wir es nun tatsächlich mit einer Entrechtung und Enteignung der Beteiligten zu tun, denen das einzige aus ihrer Tätigkeit zu erwirtschaftende Einkommen vorenthalten wird: der VALUE GAP.

Damit ist eine unverkennbare Bestandsgefährdung des Musikmarkts zu konstatieren, denn die Partnerunternehmen der Autor\*innen und Musiker\*innen sind vielfach ebenso vom auf der Plattform erwirtschafteten Ertrag abgetrennt. Hinzu kommt, dass sie mit ihren Leistungen auf einem lizenz- und vergütungspflichtigen Markt gegen einen Wettbewerber mit faktisch unbegrenztem Repertoire und kaum erwähnenswerten Grenzkosten antreten müssen. Eine Situation, die in einem Rechtsstaat aus vielen Gründen nicht hingenommen werden kann.

Der VUT, der Verband unabhängiger Musikunternehmen, schreibt dazu<sup>6</sup>:

*„Aufgrund der geltenden Rechtslage, haben Musiker\*innen, Label, Musikverlage und ihre Verwertungsgesellschaften praktisch keine Möglichkeit, ihre Rechte gegenüber Nutzer\*innen der ‚Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten‘ durchzusetzen. Diese können es sich erlauben, Musiker\*innen, Label, Musikverlage und Verwertungsgesellschaften, nicht oder nur unangemessen an ihren Werbeeinnahmen zu beteiligen. Das Problem ist im Kern seit ca. 25 Jahren bekannt und in letzter Zeit unter dem Stichwort ‚Value Gap‘ verhandelt worden. Aus diesem Grund hat der VUT für die Annahme von Art. 17 mit großer Anstrengung gekämpft und setzt sich für eine unverwässerte Umsetzung von Art. 17 DSM-RL ein.“*

Spätestens hier befinden wir uns in einer viel größeren Debatte, nämlich in der erbittert geführten Auseinandersetzung um demokratische Regeln für die digitale Welt. Die Durchsetzungsschwäche des Urheberrechts basiert auf Logikfehlern einer aus der Zeit gefallenen e-Commerce-Richtlinie; sie ist Ertrag einer insgesamt fehlerhaften Haftungslogik im digitalen Raum.

Im digitalen Raum verschwimmen nationale Grenzen ebenso wie die zwischen Anbietern und Nutzern kultureller Güter und zwischen „Plattformen“ und „Medien“. Freiheitsansprüche kollidieren mit Kontrollbestrebungen, vermeintliche Kostenfreiheit konkurriert mit Vergütungspflichten, und immer wieder heißt es, bestimmte Rechte ließen sich im digitalen Raum prinzipiell nicht durchsetzen. Doch wenn das für ein Recht gilt, gilt es dann nicht für alle? Und überhaupt: Definiert sich nicht Gesellschaft, Kultur (auch digitale!) erst durch gemeinsame Werte und Regeln? Die Debatte um das Urheberrecht ist somit im Kern eine Debatte um divergierende Zielvorstellungen bei der Regulation des digitalen Raumes. Sie ist eine Facette einer viel größeren Debatte um Diffusion oder Zuweisung von Verantwortung.

Auf der Suche nach nachhaltigen, d. h. bestandsfähigen Regeln müssen Ansprüche, Rechtsgebiete, Zielvorstellungen neu ausgelotet und ihre Interdependenzen neu diskutiert und ermittelt werden. Die für Kulturschaffende existenziellen Themen werden derweil schon längst nicht mehr ausschließlich im Urheberrecht verhandelt, sondern sind komplex mit dem Medien- und Kartellrecht und zwangsläufig auch mit Datenschutz und Informationeller Selbstbestimmung verwoben.

So ist etwa die in Urheberrechtsdebatten stets angeführte „nicht-kommerzielle“ Nutzung mit deutschem Urheberrecht kaum zu greifen, weil darin weder abgebildet noch vorgesehen. Hingegen gibt es im deutschen Urheberrecht nur die Fundamentalunterscheidung von „privat“ und „öffentlich“.

---

<sup>6</sup>Stellungnahme des Verbands unabhängiger Musikunternehmen VUT e. V. Vom 26.08.2019. Schriftliche Anhörung des Innen- und Rechtsausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtags zu den Anträgen: Uploadfilter verbieten - Verträge mit Verwertungsgesellschaften schließen Antrag der Abgeordneten des SSW - Drucksache 19/1403 / EU-Urheberrechtsrichtlinie ohne Uploadfilter umsetzen Alternativantrag der Fraktionen von CDU, BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN und FDP - Drucksache 19/1477

Erstaunlich für Laien: So werden dieselben sozialen Parameter für gänzlich unterschiedliche Bereiche des Lebens bedeutsam.

Ob wir über Datenschutz reden oder über Medien- und Plattformregulierung, ob wir Anliegen der Verbraucher adressieren oder solche der Urheber und Rechteinhaber, ob wir im Uber-Kapitalismus unsere Vorstellungen von Arbeits- und Sozialrecht angegriffen sehen oder in der Sharing Economy ein Heilsversprechen: Immer geht es um Verantwortung. Um deren Übernahme, Zuweisung, Durchsetzung.

Doch Facebook-Kläger Max Schrems stellt fest: „Wer sich an die Gesetze hält, verliert.“<sup>7</sup> Damit beschreibt er eine unübersehbare Tendenz: Internationale kapitalstarke Konzerne machen ihr eigenes Recht, indem sie sich geschickt den nationalen Gesetzen und vor allem deren Durchsetzung entziehen. Sie werden vom Marktteilnehmer zum Marktanbieter.<sup>8</sup> Ein unüberwindlicher Wettbewerbsnachteil für die, die versuchen, die Dinge richtig zu machen und nachhaltig zu agieren.

Es geht also keineswegs um Partikularinteressen von Minderheiten. Es geht nicht um Besitzstandswahrung und die Sicherung von Pfründen. Es geht um nicht weniger als alles!

Vieles deutet darauf hin, dass es längst an der Zeit ist, das Digitale viel mehr als Ganzes zu denken, nicht zuletzt um gemeinsame Strategien ersinnen und Kräfte bündeln zu können. Was, wenn der eigentliche Feind digitaler Freiheit und Offenheit gar nicht eine Minderheit wäre, die verzweifelt versucht, ihre Existenzgrundlage und die Möglichkeit professioneller kultureller Arbeit zu verteidigen, sondern die Armada derjenigen, die bestrebt sind, alles Private öffentlich zu machen, um daran zu verdienen? Und die damit tatsächlich den Menschen ihre Freiheit zu rauben drohen?

Wir sind der festen Überzeugung, dass die DSM-RL nur eine Zwiebelschale von diesem umfassenden Thema abträgt, neben DSGVO, Netz-DG, Medienregulierung & Plattformhaftung und der anstehenden und überfälligen Überarbeitung der e-Commerce-RL. „Duty of Care“, Jugendmedienschutz, Schutz der Menschenwürde, Hate Speech, Fake News ... Es geht um die Regulierung der zentralen digitalen öffentlichen Räume – und damit um den Bestand, die Funktionalität und die Handlungsfähigkeit einer wehrhaften Demokratie.

In diesem Sinne betrachtet, ist die DSM-RL ein unverzichtbarer Schritt in Richtung Sicherung der kulturellen und medialen Vielfalt im Netz und der (Wieder-)Herstellung des Markts.

### 1.3 Die Perspektive des EU-Gesetzgebers

Die Richtlinie soll das europäische Urheberrecht in einer Weise harmonisieren, die den Markt (oder genauer: die Märkte) für Werknutzungslizenzen auf einem Niveau stabilisiert, das allen Marktteilnehmern einen gleichwertigen Zugang ermöglicht. Eine strukturelle Besonderheit des Marktes liegt im Gegenstand des Handelsgutes: Lizenziert werden Werke (und deren Manifestationen), die einerseits einen durch Kunstfreiheit, Urheberpersönlichkeitsrecht und ggf. Meinungsfreiheit mehrfach legitimierten hohen individuellen Schutz genießen, die andererseits als Gesamtheit das öffentliche Gut der Kultur mitbegründen.

Eine weitere Besonderheit ist nicht immanent, sondern der technischen Entwicklung des Internets und dem Zaudern der Politik geschuldet, diese rechtzeitig unter bestehendes Recht zu subsumieren: Mit dem zunehmenden Ausbau von Breitbandverbindungen konnten sich Dienstleister im Internet

<sup>7</sup><https://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/facebook-klaeger-max-schrems-wer-sich-an-die-gesetze-haelt-verliert/11607808.html>

<sup>8</sup>vgl. *Pasquale: Digitaler Kapitalismus - Wie zähmen wir die Tech-Giganten?* Friedrich-Ebert-Stiftung: WISO direkt 05/2018, <http://library.fes.de/pdf-files/wiso/14443.pdf>, abgerufen am 15.12.2018

etablieren, deren Geschäftsmodell die öffentliche Wiedergabe kuratierter, durch Verbraucher hochgeladene Inhalte (sogenannter User-Generated Content, hiernach UGC) ist. Das Problematische daran: Anders als andere Inhalteanbieter, die ihre genutzten Werke per Lizenz bei den Rechteinhabern erwerben, haben diese UGC-Plattformen sich auf das Haftungsprivileg nach Artikel 14 Abs. 1 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr<sup>9</sup> berufen und die Lizenzlast – nicht nur für die Herstellungsrechte, sondern auch die Wiedergaberechte – als vollständig bei den Verbrauchern liegend angesehen, die als Uploader den Dienst in Anspruch nehmen.

Die unmittelbare Folge ist eine effektive, den Markt in Schräglage bringende Lizenzlücke, da mit dem in Anspruch genommenen Haftungsprivileg auch die Verpflichtung entfällt, Uploader zum Zwecke der Rechtsdurchsetzung identifizierbar zu machen, womit als Ergebnis ein ganzes Marktsegment nicht mehr über die Lizenzketten erreicht wird. Für die Rechteinhaber bedeutet das einen Ausfall an Lizenzerträgen sowie den Verlust der Urheberpersönlichkeitsrechte, die bereits einen Wert an sich darstellen, aber auch marktwirtschaftliche Funktion erfüllen, nämlich als Grundlage einer möglichen Verknappung. Kurzum: umfassende Enteignung.

Für die Mitbewerber auf dem Markt der Inhalteanbieter bedeutet es einen systematischen Wettbewerbsnachteil gegenüber den Plattformen, die jegliche (auch knappe) Inhalte sowohl unentgeltlich als auch transaktionskostenlos „erwerben“ können. Auch dies wirkt sich rückkoppelnd auf die Lizenzerträge der Rechteinhaber aus:

- Bei pauschaler Lizenzvergabe (etwa durch Verwertungsgesellschaften) ist die Billigkeit und Angemessenheit der Lizenzvergütungen regelmäßig an die über die gesamte Lizenzkette erwirtschafteten Erlöse gekoppelt.
- Auch bei freier Preisaushandlung schränkt der Wettbewerbsdruck durch nichtlizenzierende Plattformen die Spielräume für Investitionen in Inhalte ein.
- Wenn der Inhalt auf den Plattformen bereits für den Endverbraucher frei zugänglich ist, büßt die Exklusivität der Lizenz an Wert ein.

Schlussendlich stehen die frei verfügbaren Inhalte auch in Konkurrenz zu anderen Vertriebswegen, was die Situation der Rechteinhaber nochmals verschärft, wie wir im anschließenden Teil der Stellungnahme noch vertieft analysieren werden.

Kurz: Wenn es eigentlich lizenzpflichtige Inhalte auf YouTube gratis gibt, ist das zusätzlich ein unzulässiger Wettbewerbsnachteil für alle korrekt abrechnende Dienste von Netflix über Spotify und Deezer bis Amazon, die für denselben Content bezahlen müssen – dieser Wettbewerbsnachteil schlägt sich am Ende natürlich in der Abrechnung der beteiligten Autor\*innen und Künstler\*innen nieder.

Die Marktsituation lässt sich damit zusammenfassen, dass die Werkschaffenden im Moment der Veröffentlichung ihrer Werke die Plattformen durch unentgeltliche Bereitstellung der vorbestehenden Inhalte für UGC subventionieren.<sup>10</sup> Dies ist allerdings nicht Absicht des europäischen Gesetzgebers gewesen, wie ein genauer Blick in die e-Commerce-Richtlinie und ihrer Erwägungsgründe zeigt. Nicht nur steht das Haftungsprivileg des Artikel 14 unter dem Vorbehalt einer gegenteiligen gerichtlichen oder behördlichen Anordnung, die Erwägungsgründe 42 bis 48 präzisieren den Anwendungsfall in einer Weise, die geradezu weitsichtig das auf laufende, billigend in Kauf genommene Rechtsverletzungen basierende Geschäftsmodell der damals noch gar nicht existenten Plattformen beschreibt.

<sup>9</sup>2000/31/EG, sogenannte „E-Commerce-Richtlinie“

<sup>10</sup>vgl. <http://authorsocieties.eu/uploads/GESAC%20views%20on%20ToV.pdf>, <https://www.gema.de/aktuelles/value-gap/>

Vor diesem Hintergrund ist die DSM-Richtlinie nicht als Paradigmenwechsel zu verstehen, sondern als überfällige Präzisierung des Haftungsprivilegs auf EU-Ebene. Überfällig, weil es die nationalen Gesetzgeber bislang versäumt haben, konform zur e-Commerce-Richtlinie den Plattformen eine Lizenzierungsverantwortung aufzuerlegen. Diese Aufgabe übernehmen nun zunehmend Gerichte. Die Werkschaffenden und ihre Geschäftspartner leiden hierbei an überlangen Verfahrensdauern.

Die Konkretisierung des Haftungsregimes in Artikel 17 der DSM-Richtlinie ist darüber hinaus insbesondere für die Start-Ups unter den Plattformen nicht als Wegfall eines bestehenden Privilegs, sondern im Gegenteil als Einführung einer bislang nicht für Plattformen vorgesehenen Haftungserleichterung zu verstehen.

Bevor wir näher auf die bislang nur angerissenen Folgen für die Urheber eingehen, also die Perspektive der Betroffenen wieder einnehmen, möchten wir auf die Bedeutung der ebenfalls mit Artikel 17 eingeführten UGC-Schranke für Plattformnutzungen hinweisen. Dass die Richtlinie nicht nur die öffentliche Wiedergabe, sondern auch die Herstellung von UGC unter Verwendung vorbestehender Werke in den Standardfall der pauschalen Lizenzierung einbezieht, ist das eigentlich Neue. Hier werden den Verbraucher\*innen (aka Privatnutzer\*innen) Privilegien eingeräumt, die sie bisher nicht hatten, was der öffentliche Diskurs bisher flächendeckend ignoriert hat.

Der Europäische Gesetzgeber hat hier einer Entwicklung Rechnung getragen, die im eingangs erwähnten Spannungsfeld zwischen individuellen Rechten und allgemeinem öffentlichen Gut zunehmend für Verwerfungen gesorgt hat: In dem Maße, in dem Verbraucher durch die Verschiebung der Sphären des Öffentlichen und Privaten von Werkkonsumenten zu Werknutzern wurden, wurde aus dem eigentlich als B2B-Recht konzipierten Urheberrecht teilweise ein B2C-Recht. Das Phänomen des sogenannten „Prosumenten“ hat Menschen im Internet zu Adressaten eines Rechts gemacht, das sie nicht vollständig kennen und oft auch nicht intuitiv erfassen können. Die hohen Transaktionskosten des Lizenzmarkts sind für UGC in der Regel unverhältnismäßig. Daher bedarf es einer Regulierung, die die Haftung der Verbraucher wieder einschränkt, ohne die Grundsätze des Lizenzvorbehalts und Vergütungsanspruchs zu gefährden. Die Richtlinie leistet das über die Einführung besagter Plattformschranke des Herstellungsrechts für UGC. Diese Schranke entlastet mithin auch die Plattformen, da sie sich für diese faktisch als Sendeprivileg darstellt, wie wir es vom Rundfunk kennen.

#### 1.4 Fazit

Der aus der urheberischen bzw. künstlerischen Praxis abgeleitete Blick auf das europäische Regulierungsprojekt eines Digital Single Markets (auch) für kulturelle Güter offenbart die enorme und vielfach unterschätzte Bedeutung des Urheberrechts als Marktrecht in Kultur und Medien.

Dass sich diese Bedeutung neben der Sicherung grundrechtlicher Ansprüche wie etwa der Kunstfreiheit auch auf Aspekte wie Beschäftigungs- und Umsatzstärke eines der größten Teilmärkte der EU erstreckt, liegt auf der Hand.

Die aktuelle Situation der Urheber\*innen und ausübenden Künstler\*innen ist dadurch gekennzeichnet, dass ihre Leistungen und Produkte in erheblichem Umfang nachgefragt sind, während die ihnen für die Nutzung ihrer Leistungen und Produkte zustehenden Vergütungen marginalisiert werden – sofern sie ihnen nicht vollständig vorenthalten werden.

Zugleich leiden die ihnen symbiotisch verbundenen verwertenden Partner unter einer Wettbewerbssituation, die durch ein Bekenntnis zur Lizenzierungs- und Vergütungspflicht gekennzeichnet ist, der eine nahezu vollständige Verantwortungsdiffusion auf Plattformseite entgegensteht. Anders gesagt: Was die einen bezahlen müssen, verbreiten die anderen unlizenziiert und unvergütet.

Daher ist die DSM-RL ein längst überfälliger Schritt in die richtige Richtung: Es geht um

- die Vergütung stattfindender Nutzungen,
- die Stärkung und Durchsetzbarkeit urheberpersönlichkeitsrechtlicher Ansprüche und um
- die Wiederherstellung des Markts – und damit
- um den Schutz des Wettbewerbs (Markt) und der Vielfalt (Kultur und Medien).

## 2 Die Debatte um Artikel 17

### 2.1 Einführung

Die Abstimmung über die Richtlinie war insbesondere in den letzten drei Monaten vor Ihrer Abstimmung Gegenstand intensiver gesellschaftlicher Auseinandersetzung. Es wurde jedoch schon lange vorher versucht, auch von IT-nahen Interessensgruppen, gesellschaftlichen Widerstand gegen die Richtlinie zu erzeugen. Lange Zeit ließ sich ein breiter gesellschaftlicher Widerstand jedoch nicht herstellen. Die ersten Demonstrationen zur Richtlinie im September 2018 ließen eine breite Unterstützung in der Bevölkerung vermissen. Vielfach wurden durch missbräuchliche E-Mail-Eingaben Büros der EU-Parlamentarier in ihrer Arbeit behindert, vorgefertigte Massenmails von wenigen Absendern sollten einen breiten gesellschaftlichen Widerstand simulieren. Erst als Fehlinformationen, Hysterie und Entrüstung zusammenkamen, weil bisherige Aktivisten angeblich als Bots deklariert wurden, bekam der Protest eine wesentliche gesellschaftliche Traktion.

Die Debatte war über einen langen Zeitraum von Verkürzungen und Fehlinformationen geprägt, die die Auswirkungen der Richtlinie in die öffentliche Meinung erheblich verzerrten, und schließlich auch in die Entscheidungsfindung deutscher Bundespolitik einfließen. Exemplarisch dafür ist Protokollerklärung der Bundesregierung vom 15.04. Dossier 2016/0280 (COD).<sup>11</sup>

Dieser Teil der Konsultation will sich insbesondere mit den Argumenten auseinandersetzen, die bei genauerer Betrachtung der Sachlage in die Entscheidungsfindung der Bundesrepublik in der Protokollerklärung eingeflossen sind.

### 2.2 Bedingt die DSM-RL die Einführung sog. Uploadfilter?

Die Richtlinie lässt den betroffenen Plattformen große Flexibilität bei der Ausgestaltung ihrer Schutzmaßnahmen, um Urheberrechtsverletzungen zu vermeiden. Uploadfilter stehen weder wörtlich noch im übertragenen Sinne im Richtlinien text. Trotzdem könnte eine *de facto*-Verpflichtung zu einer elektronischen Kontrolle von Plattformen mit einem hohen Aufkommen an nutzergenerierten Inhalten konstatiert werden. Diese elektronische Filterung findet aber bereits jetzt auf den großen Plattformen statt, sowohl um Urheberrechtsverletzungen zu verhindern, als auch zum Beispiel um extremistische oder pornographische Inhalte automatisch zu erkennen. Sog. „Uploadfilter“ sind also bereits plattformseitig in Betrieb, jedoch ohne dass es verpflichtende allgemein zugängliche Beschwerdeoptionen für unrechtmäßige Filterungen („False Positives“) für die Bereitsteller des Contents, als auch für unrechtmäßig nicht erkannte Inhalte gibt („False Negatives“). Auch wenn es dabei wiederholt in Einzelfällen zu kuriosen Fehlentscheidungen kommt<sup>12</sup>, werden die Filteralgorithmen immer besser, insbesondere, wenn automatische und menschliche Kontrolle sinnvoll miteinander kombiniert werden, räumt selbst Google-CEO Sundar Pichai ein:

*„We’ve gotten much better at using a combination of machines and humans. So it’s one of those things, let’s say we’re getting it right 99% of the time, you’ll still be able to find examples. Our goal is to take that to a very, very small percentage well below 1%. Think about credit card systems, there’s some fraud in that. ... Anything when you run at that scale, you have to think about percentages.“<sup>13</sup>*

<sup>11</sup>Dokument verfügbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1-REV-2/de/pdf>, Erklärung Deutschlands S. 2–6.

<sup>12</sup>Exemplarisch zu sehen an fälschlich eingeordneten Videos von Robotern: <https://futurezone.at/digital-life/youtube-loescht-kampfroter-videos-wegen-tierquaelerei/400582811>

<sup>13</sup>Google Watchblog: Kontrolle verloren: Laut Google-CEO Sundar Pichai wird ‚YouTube niemals vollständig kontrollierbar sein‘. <https://www.googlewatchblog.de/2019/06/kontrolle-laut-google-ceo/>

Im Zusammenhang mit der Argumentation, dass die Verwendung automatischer Filter zu Zensur und der Einschränkung freier Meinungsäußerung führe, stellt sich die Frage, warum solche Zensurstrukturen und strukturellen Einschränkungen freier Meinungsäußerung nicht bereits auf anderen Ebenen eingetreten sind, wenn vollautomatische Uploadfilter bereits jetzt gängige Praxis aller großen Plattformen sind. Ebenfalls stellt sich die Frage, warum bei einem Inkrafttreten der Richtlinie in Kombination mit einem durch Menschen durchzuführenden, zeitnah zu erfolgenden Beschwerdeverfahren automatische Filterungen im urheberrechtlichen Bereich nun zu Zensur und zur Einschränkung freier Meinungsäußerung bis hin zum vielzitierten „*Ende des Internets, wie wir es kennen*“<sup>14</sup> führen sollten.

Gerade durch die Kombination menschlicher und automatischer Kontrollinstanzen wird sich die Trefferquote von richtigen Filterergebnissen kontinuierlich erhöhen. Warum gerade das Urheberrecht von der Möglichkeit durch diese Kombination aus automatischer Blockierung und menschlicher Kontrolle/Beschwerde nicht profitieren sollte, erschließt sich den Verfassern nicht. Es zeigt vielmehr, wie die Protokollerklärung der Bundesregierung unter dem Einfluss hysterisierter und unzutreffender Faktenverknüpfung entstanden ist.

### 2.3 Wäre eventuelles Overblocking gleichzusetzen mit Zensur?

Auch dieses Argument hat nicht nur die Protokollerklärung beeinflusst, sondern ebenfalls Eingaben auf Landtagsebene erzeugt, mit denen sich die Länderparlamente von Niedersachsen<sup>15</sup> und Schleswig-Holstein<sup>16</sup> auseinandergesetzt haben. Jedoch überrascht der Schluss, dass sog. „Overblocking“, also fälschliches Blockieren von Nutzeruploads automatisch Zensur bzw. eine strukturelle Einschränkung der freien Meinungsäußerung darstellen soll.

Wie alle Rechtsgüter hat auch die freie Meinungsäußerung ihre Schranken, zum Beispiel in den spezifischen Äußerungen, die in das Persönlichkeitsrecht des von der Kommunikation Betroffenen eingreifen, im Jugendmedienschutz, etc. Es gibt also kein grenzenloses Recht zur Meinungsäußerung. Auch urheberrechtliche Verstöße können eine Schranke der Meinungsäußerung darstellen.<sup>3</sup> Diese Schranken haben jedoch wiederum Ausnahmeregelungen im Zitatrecht oder in der Satirefreiheit, um die berechtigten Interessen zwischen Meinungsäußerndem und Urheber in einen Ausgleich zu stellen.

Zensur oder eine strukturelle Einschränkung der Meinungsfreiheit sind jedoch anders gelagert. Unter Zensur im Sinne der Urteile des BVerfG wird insbesondere die staatliche verordnete Vorzensur von Werken mit spezifischem Inhaltsbezug verstanden, die bei einem eventuellen Overblocking aus gleich mehreren Gründen nicht vorliegt:

1. Konstitutives Merkmal von Zensur ist eine staatlich angeordnete oder durchgeführte Unterdrückung von Informationen mit einem spezifischen Inhaltsbezug. Die Repression von Kommunikationsvorgängen muss also eine semantische Ebene besitzen, einen Themenkreis von Inhalten über den nicht berichtet werden darf. Automatisches Overblocking hat aber keinen solchen Themenbezug, und kann diesen auch nicht effizient herstellen. Es kann also keine Vereitelung von Informationsverbreitung über gewisse Themen mittels automatischer Filtermechanismen geben, weil gar nicht effizient nach „Themen“, Meinungen und Inhaltsbezügen gefiltert wird, sondern vielmehr nach Mustern akustischer und visueller Ton- und Bilddokumente, sowie ggf. Volltexten. Interessanterweise haben die bereits in Funktion befindlichen

<sup>14</sup>Gleich mehrere Kampagnen gegen die Urheberrechtsrichtlinie trugen Namen wie „Save Our Net“ und „Save Your Net“ und trugen damit erfolgreich zur öffentlichen Hysterisierung der Meinungsbildung bei.

<sup>15</sup>Antrag der Fraktionen Bündnis 90/GRÜNE und FDP: „Upload-Filter sind ein Risiko für die Meinungs- und Informationsfreiheit“. <https://www.fraktion.gruene-niedersachsen.de/landtag/plenarinitiativen/artikel/antrag-upload-filter-sind-ein-risiko-fuer-die-meinungs-und-informationsfreiheit.html>

<sup>16</sup>Schleswig-Holsteinischer Landtag: Einhelliges Plädoyer gegen Upload-Filter. [http://www.landtag.ltsh.de/nachrichten/19\\_03\\_1\\_upload-filter\\_eu/](http://www.landtag.ltsh.de/nachrichten/19_03_1_upload-filter_eu/)

Filtermechanismen, die gewaltverherrlichende, volksverhetzende oder jugendgefährdende Inhalte ohne Abgleich mit bestehenden Datenbanken blockieren, viel eher das Potential, zu Einschränkungen der Meinungsfreiheit zu führen. Trotzdem sind auch im Rahmen der bereits erfolgenden Filterungen diese Effekte nicht oder nur marginal eingetreten. Eine irgendwie geartete Zensur mit einem leistungsfähigen Inhaltebezug hat bisher nicht stattgefunden.

2. Für eine strukturelle Unterdrückung von Meinungsäußerungen müssten nicht nur spezifische Ton-, Bild- und Textdokumente mit Datenbanken abgeglichen werden, denn es besteht selbst im Falle einer initialen Blockierung von Uploads immer die Gelegenheit, Tondokumente nachzuspielen, Texte zu paraphrasieren und Bildelemente nachzustellen. Ein eventuelles Overblocking stellt also lediglich den Block aufgrund eines bestehenden Bezuges zu einem bereits bestehenden, nichtlizenzierten Werk her. Da jedoch der geblockte Inhalt immer auch in einen Meinungsbezug gestellt werden kann, ohne das Werk selbst großteilig zu verwenden, hat ein möglicherweise erfolgreiches strukturelles Overblocking nicht das Potential, Meinungsfreiheit selbst zu behindern bzw. gar Zensurinfrastrukturen zu implementieren.
3. In Verbindung mit der eigentlichen Intention der DSM-RL, Anreiz für Lizenzierungen zu schaffen und zugleich die Lizenzierungspflicht vom Nutzer auf die Online Content Sharing Provider zu übertragen, dürfte sich sogar ein gegenteiliger Effekt einstellen. Für lizenzierte Inhalte wächst die Möglichkeit der Nutzer, bereits bestehende Werke Dritter online zu verwenden und in andere Bezüge zu stellen. Dies dürfte sich vielmehr in erweiterten Möglichkeiten der individuellen Kommunikation niederschlagen. Bei einer erfolgreich implementierten Richtlinie wächst somit die Möglichkeit des einzelnen Nutzers zur Individualkommunikation mit der Einbeziehung bereits bestehender Werke.
4. In Artikel 17 Abs. 9 wird eine effiziente Beschwerde- und Mediationsstruktur von den Online-Content Sharing-Providern verlangt, um eventuellem Overblocking entgegenzutreten. Die DSM-RL wäre somit das erste „Zensurgesetz“, das seine eigene Beschwerdestelle gleich mit installiert.
5. In der Wissenschaftsliteratur fehlt bisher jeglicher Beitrag, der in der Richtlinie eine Verpflichtung zu Zensurstrukturen und Einschränkungen der Meinungsfreiheit über ein partielles „Overblocking“ hinaus konstatiert. Vielmehr haben die Plattformen genug Flexibilität in der Ausgestaltung und dem Bemühen um rechtssichere Kontrolle über die angewandten Maßnahmen, siehe dazu auch den Wissenschaftsüberblick im kommenden Artikel.

Abschließend lässt sich konstatieren, dass die Befürchtungen, der Artikel 17 der DSM-RL könne zu Zensur und strukturellen Einschränkungen der Meinungsfreiheit führen, nicht substantiiert sind. Dass partiell ungerechtfertigte Overblockings von Inhalten durch die Implementation noch zu optimierender elektronischer Filtermaßnahmen auftreten werden, ist hierbei nicht auszuschließen. Jedoch dürften heute, vor dem Hintergrund der stets drohenden gerichtlichen oder behördlichen Haftungsanordnung nach Artikel 14 e-Commerce-Richtlinie, bestehende Filtersysteme im Zweifel Richtung „False Positives“ irren, was sie mit dem durch die DSM-Richtlinie erstmals eingeführten Rechtsanspruch auf Freischaltung verstoßfreier Inhalte künftig nicht mehr dürfen. Insofern ist auf den etablierten großen Plattformen eher von einer Abnahme des Phänomens aufgrund höherer Sorgfalt und geänderter Prioritätensetzung der Filter auszugehen.

In jedem Fall ist Overblocking von Inhalten nicht geeignet, Zensurinfrastrukturen oder eine strukturelle Einschränkung der Meinungsfreiheit zu leisten. Folgte man vielmehr dem Zensurargument, indem man Overblocking zur Grundrechtsverletzung einer Zensur erklärte, würde man damit vielmehr die Reichweite des Zensurbegriffs über die bisherige Definition des Begriffes der verschiedenen Urteile des BVerfG hinaus ausdehnen und großflächig für Internetuploads etablieren. Das hätte Sprengkraft, denn nach der Logik *Overblocking* = *Zensur* könnten dann auch automatisierte



Filterungen für Internetuploads zur Vermeidung von jugendgefährdenden, gewaltverherrlichenden oder volksverhetzenden Inhalten generell dieser neuen Zensurdefinition unterworfen werden und müssten folgerichtig zurückgefahren werden.

## 2.4 Wie leistungsfähig sind aktuelle Filtertechnologien?

Die Debatte geht regelmäßig von durch die Plattformen selbst zu erbringenden technischen Lösungen aus und unterschlägt die Möglichkeit der Inanspruchnahme von Dienstleistungen. Dies schlägt sich insbesondere in zwei Befürchtungen nieder: Insbesondere kleinere Plattformen könnten sich die Entwicklung der Technologie nicht leisten und der vermeintliche Marktführer in Sachen Filtertechnologie YouTube werde gestärkt, da dessen System *Content-ID* das Monopol darstelle und er als einziger Akteur auf den notwendigen Einsatz von Filtertechnologie vorbereitet sei.

Was oberflächlich einleuchtend klingt – immerhin ist YouTubes *Content-ID* den Meisten weitgehend bekannt – ist für Branchenkenner eher eine abwegige Vorstellung. YouTubes Erkennungssystem wird bislang nach eigenem Gutdünken der Plattform eingesetzt. Die Qualität des Instruments ist unbekannt, wird aber oft als unzureichend beschrieben. Angesichts dessen, dass die Plattform aktuell nicht zu akkuraten Ergebnissen gezwungen ist, kann man davon ausgehen, dass es eher nicht zum State-of-the-Art gehört.

Tatsächlich aber besteht bereits heute ein hinreichend großer Markt für unabhängige Monitoringdienstleister<sup>17</sup>, die bspw. für Rechteinhaber Rundfunkprogramme nach Werknutzungen absuchen. Diese Dienstleister müssen eine hohe Erkennungsgenauigkeit garantieren, damit die Monitoringergebnisse von Verwertungsgesellschaften als Abrechnungsgrundlage anerkannt werden. Entsprechend sind diese Firmen als die eigentlichen Experten zu betrachten.

Die Dienstleistungen sind für einzelne Rechteinhaber erschwinglich, also mit Sicherheit auch für auf dem Markt etablierte Plattformen, zumal auch nicht ersichtlich ist, warum bei entsprechender Nachfrage nicht noch mehr Firmen mit Knowhow auf den Markt drängen sollten. Es ist insbesondere aus zwei Gründen nicht zu erwarten, dass diese Dienstleistung für die neue Zielgruppe der Plattformbetreiber teurer wird als für die bestehende Zielgruppe der Rechteinhaber: Erstens besteht ein Wettbewerb zwischen den verschiedenen Anbietern, der sich wegen der hohen Genauigkeitsansprüche vor allem in der Preisgestaltung und den Skalierungsmöglichkeiten niederschlägt. Zweitens wird die Zielgruppe der Plattformen davon profitieren, dass die Zielgruppe der Rechteinhaber insbesondere denjenigen Dienstleister für Monitoring beauftragen wird, der neben internationalem Rundfunkangebot auch möglichst viele Plattformen im Portfolio hat.

Eine Befreiung von der Stay-Down-Obligation ist genau wie ein generelles Uploadfilterverbot vor diesem Hintergrund im Übrigen also auch als ein unverhältnismäßiger Eingriff in den Markt für Monitoringdienstleistungen zu bewerten. Wir haben in der Debatte mit Unverständnis registriert, dass ausgerechnet Wirtschaftsverbände, wie etwa der Verband deutscher StartUps, dieses Marktpotential nicht gesehen und sich gegen die Richtlinie positioniert haben.

Die Existenz eines realen Marktes für Monitoring führt ein weiteres Argument gegen die Richtlinie ad absurdum: Technische Lösungen könnten nicht rechtssicher die erforderlichen Sorgfaltspflichten erfüllen. Würde dies stimmen, wären die Dienstleister obsolet. Ihre Trackingtools sind aber so genau, dass sie von Verwertungsgesellschaften als Abrechnungsbasis anerkannt werden. Genauer kann es auch der Gesetzgeber nicht verlangen. Statt des hypothetischen „Standards“ der Perfektion, den der

<sup>17</sup>vgl. hierzu allein durch die EU-Kommission zusammengestellte Marktübersicht, SWD(2016) 301 final vom 14.9.2016, Annex 12 A ([https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e065cd0d-7a57-11e6-b076-01aa75ed71a1.0001.02/DOC\\_3&format=PDF](https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:e065cd0d-7a57-11e6-b076-01aa75ed71a1.0001.02/DOC_3&format=PDF))

europäische Gesetzgeber in Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgebotes gar nicht verlangt, haben wir bereits im Bereich der Musik einen tatsächlichen, vom Markt selbstständig hervorgebrachten Standard, hinter den freilich nicht zurückgefallen werden kann, der aber auch nicht überboten werden muss. Es gibt keinen Anlass, diese Entwicklung für andere Teilbranchen nicht ebenfalls zu erwarten.

Fazit: Mit der Einführung von Filtermechanismen wird es unbestritten zu False Positives (Overblockings) kommen, sowie zu False Negatives (nicht erkannte Rechtsverletzungen). Es liegt hierbei sowohl im Interesse von Rechteinhabern, Nutzern, als auch den Plattformen die Fehlerrate der Filterungen von Inhalten so niedrig wie möglich zu halten, denn jeder erkannte Fehler wird menschliche Korrektur nach sich ziehen müssen, die wiederum vor allem bei den Plattformen Kosten auslöst. Die wirkliche Zielsetzung ist also – nicht nur im Rahmen der DSM-Richtlinie – kein nur hypothetisch zu erreichender perfekter Filtermechanismus, sondern einer, der die Zahl von False Positives und False Negatives effizient minimiert.

## 2.5 Was bedeutet der Begriff „Uploadfilter“ im Diskurs über die DSM-RL?

Der Koalitionsvertrag zwischen CDU und SPD vom 12. März 2018 beinhaltet in den Zeilen 2212 bis 2214 den Satz: *„eine Verpflichtung von Plattformen zum Einsatz von Upload-Filtern, um von Nutzern hochgeladene Inhalte nach urheberrechtsverletzenden Inhalten zu filtern, lehnen wir als unverhältnismäßig ab.“*

In der Folge wurde der Begriff des „Uploadfilters“ als Kampfbegriff gegen die Urheberrechtsrichtlinie insgesamt verwendet, da große Plattformen *de facto* im Rahmen des Artikel 17 zu einer solchen Verwendung verpflichtet würden. Ebenfalls würde eine Zustimmung von Bundespolitikern zur Binnenmarktrichtlinie gleichzeitig automatisch einen Bruch des Koalitionsvertrages darstellen, so die Gegner.

Dabei ist der Begriff des Uploadfilters selbst aufgrund seiner vollkommen unklaren Definition problematisch. So wäre auch ein Programmalgorithmus, der lediglich prüft, ob ein gewisser auf einer Plattform hochgeladener Inhalt lizenzierte oder unlizenzierte Werke enthält und diese entsprechend in zwei Lager aufteilt, bereits ein „Uploadfilter“, da die Kriterien für Upload und Filterung gegeben sind. So ein Algorithmus wäre aber für große Plattformen für das Funktionieren der Binnenmarktrichtlinie unabdinglich, da im Endeffekt ja die Lizenzierung von Werken durch Plattformen ermöglicht werden soll, und dazu gehört auch die Zuteilung von Lizenzen.

Der Begriff des „Uploadfilters“ ist also zu weit gefasst, und sollte vielmehr durch den Begriff des „vollautomatischen Upload-Blockers“ ersetzt werden, den der Koalitionsvertrag semantisch viel mehr bezeichnen wollte, wenn man der Deutung der Richtliniengegner folgt. Hierdurch erhält man auch eine genauere Definition der zu verhindernden Maßnahme: Es gilt vielmehr die *Verpflichtung* zum Einsatz eines Algorithmus zu verhindern, der *vollautomatisch* Inhalte aufgrund einer vermeintlichen Werkverletzung blockt.

Zu diesem Schluss kommt indirekt auch Dreier, der Alternativen aufzeigt, um das Dilemma des vollautomatischen Overblockings zu reduzieren:

*„Denn bei Zitaten, Kritik und Rezensionen wie auch bei Karikaturen, Parodien und Pastiche geht es um semantische Fragen und gewichtende Wertungen, die sich nur schwer anhand quantitativer Parameter programmieren lassen. Dass es insoweit nicht zu einem ‚Zensur‘-Effekt kommt, hängt entscheidend von der Wirksamkeit der nach Art. 17 IX UAbs. 1 einzurichtenden ‚wirksamen und zügigen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren‘ ab. Das könnten etwa pre-flagging-Verfahren sein, die dazu führen könnten, dass die vom Nutzer ausgeflaggt Drittinhalte bei einer Beschwerde*

*des Rechtsinhabers nicht sofort gesperrt werden müssen, sondern erst einmal online verfügbar bleiben können.“<sup>18</sup>*

Dieses Beispiel, zeigt, dass die Plattformen selbst erheblichen Einfluss auf die Invasivität ihrer Filtermaßnahmen haben, auch durch die Möglichkeit der Nutzer, Inhalte vor dem Upload zu kategorisieren, auf mögliches schmückendes Beiwerk hinzuweisen, etc. Aufgrund der sinnvollen Skalierung der Sorgfaltspflichten, die Artikel 17 Abs. 5 den Plattformen mit auf den Weg gibt, kann somit von einer staatlichen Verpflichtung zu vollautomatischer Filterung, die befürchtete Zensur und Meinungsäußerungseinschnitte auslöst, nicht die Rede sein.

Abschließend lässt sich konstatieren, dass im Rahmen der Debatte um die Auswirkungen der Binnenmarktrichtlinie, insb. des Artikel 17, neben den vielen Fehlinformationen, die den öffentlichen Diskurs bestimmten („Zensurgesetz“, „Meme-Killer“, „Linksteuern“, etc.) auch die Bedenken, die in die Protokollnotiz der Bundesregierung vom 15.04.2019 eingeflossen sind, weitgehend nicht substantiiert werden können. Sowohl die Befürchtung einer Verpflichtung zu vollautomatisierten Upload-Blockern als auch die Befürchtung von zensurähnlichen Einschnitten in die Meinungsäußerung durch solche Filteralgorithmen stellen vielmehr eher die Kombination von Maximalauslegungen der Novelle dar. In der Tat könnten durch Plattformen falsch aufgesetzte Filteralgorithmen zwar zu Einschränkungen von Nutzeruploads auf Plattformen von Online Content Sharing Providern führen. Eine staatliche Verpflichtung dazu gibt die Richtlinie jedoch nicht her.

Dass diese Position der kombinierten Maximalauslegungen auch im Wissenschaftsüberblick skeptisch gesehen wird, zeigt darüber hinaus das folgende Kapitel.

## **2.6 Fazit**

Kapitel 3 analysiert widerstreitende Positionen in der öffentlichen Debatte um die DSM-RL. Im Zentrum steht dabei die Auseinandersetzung um Artikel 17.

In diesem Zusammenhang werden die Inhalte der Protokollnotiz der Bundesregierung vom 15.04.2019 auf Konsistenz überprüft – mit dem Ergebnis, dass Fehlannahmen, Verkürzungen und Maximalinterpretationen mit in die Entscheidungsfindung zur Protokollnotiz eingeflossen sind.

---

<sup>18</sup>Dreier, GRUR 2019, 777

## 3 Wissenschaftliche Rezeption

### 3.1 Einführung

Im vorliegenden Kapitel soll insbesondere auf die kontroversen Bestandteile der DSM-Richtlinie hinsichtlich ihrer kritischen Würdigung durch die Rechtswissenschaften *ex post* Bezug genommen werden. Fernab des z. T. mit erheblicher Schärfe geführten öffentlichen Meinungskampfes im Vorfeld der Entscheidung des EU-Parlaments darf bereits eines als sicher gelten: Der Ausgleich der Interessen der Nutzer, Plattformen und Rechteinhaber stellt im Informationszeitalter nach wie vor eine der schwierigsten Herausforderungen dar.<sup>19</sup> Bereits die Unterscheidung zwischen Nutzern und Konsumenten scheint nicht allen Diskussionsteilnehmern einsichtig. Ebenso ist es keineswegs das erste Mal, dass ein das geistige Eigentum betreffendes Gesetzgebungsverfahren für Straßenproteste sorgt, so geschehen etwa beim Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) oder den geplanten US-Gesetzesentwürfen SOPA oder PIPA. Anders als in den genannten Fällen gelang es den Kampagnen diesmal jedoch nicht, die Verabschiedung entsprechender Richtlinien zu verhindern.<sup>20</sup>

Über die Notwendigkeit einer Anpassung des Urheberrechts auf europäischer Ebene bestand weitestgehende Einigkeit.<sup>21</sup> Ebenso wird aus gutem Grund darauf verwiesen, dass die Wahrung von Eigentumsrechten im öffentlichen Interesse liegt. Es bedarf keineswegs der oft herangezogenen Figur des „brotlosen Künstlers“ um dies zu begründen, vielmehr konstituieren sich aus der künstlerischen oder publizistischen Tätigkeit – etwa des investigativen Journalismus –, die nur durch angemessene Vergütung ihrer Aufwendungen sichergestellt werden können, wichtige Säulen des öffentlichen Diskurses, der Information und damit auch gerade der Mündigkeit einer freiheitlich-demokratischen Gesellschaft.<sup>22</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint höchst befremdlich, dass die Verfechter des „freien Internets“ gerade die Freiheit der Kunst und der Meinungsäußerung durch die Reform gefährdet sehen. Eine Verdeutlichung der tatsächlich entscheidenden Zusammenhänge ist daher, insbesondere auch um der mit einer erhitzten Diskussion zwangsläufig einhergehenden Verwirrung oder gar gezielter Desinformation entgegenzuwirken, dringend angezeigt.

### 3.2 Begriffsbestimmungen und Anwendungsbereich

Erhebliche Unsicherheiten bestanden bzgl. der Begriffsbestimmungen und Definitionen, etwa eines *Diensteanbieters für das Teilen von Online-Inhalten*, die den Geltungsbereich der Richtlinie abgrenzten. Für den Gesetzgeber auf Mitgliedstaatenbene stehen nun zwei Handlungsoptionen zur Wahl. Die erste besteht darin, die genannten unbestimmten Begriffe in das nationale Recht zu übernehmen und damit die Auslegung dieser den Gerichten zu überlassen. Die zweite besteht darin, diese im nationalen Recht näher zu konkretisieren, was jedoch zumindest teilweise um den Preis der Harmonisierung, die ja Ziel der Richtlinie gewesen ist, geschehen würde und zugleich das Risiko birgt, dass derartige Konkretisierungen vor dem EuGH im Ernstfall keinen Bestand haben könnten. Für manche Begriffe wie „gewerblich“, „gewinnorientiert“ etc. könnte an bestehende Rechtsprechung angeknüpft werden. Für die ebenfalls in Erwgr. 62 genannte „große Menge“ an Inhalten bietet sich an, einen Zahlenwert im Gesetz festzulegen. Dieser müsste unterhalb der in Art. 17 VI zugunsten der Start-ups genannten Grenzwerte liegen, und könnte sich etwa an § 1 II NetzDG orientieren, wo Diensteanbieter mit weniger als zwei Millionen registrierten Nutzern privilegiert werden. Dass dabei die Zahl der Nutzer anstatt – wie von der DSM-RL gefordert – die Anzahl hochgeladener Werke entscheidend sein soll,

<sup>19</sup> *Kaesling* JZ 2019, 587

<sup>20</sup> *Dreier*, GRUR 2019, 771

<sup>21</sup> *Kaesling* JZ 2019, 586; *Spindler*, CR 2019, 277

<sup>22</sup> vgl. *Hofmann*, ZUM 2019, 617

lässt sich damit begründen, dass die Zahl der Nutzer zumindest einen (statistischen) Anhaltspunkt für die Zahl der hochgeladenen Inhalte liefert.<sup>23</sup>

**Aufhebung des Haftungsprivilegs für Host-Provider.** Die wohl entscheidendste Änderung durch Artikel 17 der DSM-Richtlinie besteht darin, dass das sog Haftungsprivileg für Host-Provider aus Art. 14 I der e-Commerce-RL bezüglich der Diensteanbieter für unanwendbar erklärt wurde.<sup>24</sup> Dieses gilt folglich nur noch für Host-Provider, die zugleich keine Diensteanbieter im Sinne der DSM-RL sind; im Richtlinienentwurf wird dies näher durch eine kasuistische Negativabgrenzung sowie das abstrakter formulierte Kriterium eines anderen Hauptzwecks als desjenigen, „Nutzern das Hochladen und Weiterleiten einer großen Menge von urheberrechtlich geschützten Inhalten zu ermöglichen, um aus dieser Tätigkeit Gewinne zu ziehen“, zum Ausdruck gebracht.<sup>25</sup> Der Anwendungsbereich des Privilegs erfährt hierdurch eine erhebliche Eingrenzung.

**Anwendbarkeit der DSM-Richtlinie auf Internetforen.** Ein mobilisierungstarker Bestandteil der Massenproteste konstituierte sich abseits der Kampagnen *#savethelink* und *#saveyourinternet* unter dem Leitsatz „Foren gegen Upload-Filter“.<sup>26</sup> Die Initiatoren formulierten Befürchtungen einer Verpflichtung zu umfassender präventiver Kontrolle von Inhalten, die bei Nichterfüllung drastische Strafen nach sich ziehen würde.

Nach derzeitigem Kenntnisstand sind diese nicht substantiiert. Internetforen werden durch das einschlägige Schrifttum quasi nicht thematisiert, wo eine Erwähnung dieser stattfindet<sup>27</sup> wird eine Anwendung der Richtlinie auf diese verneint. Auch bei ausführlicherer Prüfung des Sachverhalts lässt sich im allgemeinen Fall ausschließen, dass Internetforen unter den Regelungsbereich der Richtlinie fallen. Begründet wird dies mit einer – sofern überhaupt vorhanden – bestenfalls geringfügigen Gewinnerzielungsabsicht, dem weitestgehenden Fehlen einer Bewerbung urheberrechtlich geschützter Inhalte, sowie der nicht eindeutig zu beantwortenden Frage einer „öffentlichen“ Übertragung, da die Inhalte eines Forums keineswegs öffentlich zugänglich sein müssen.<sup>28</sup>

Zusätzlich sollte noch auf die Risikoverteilung der Akteure Rücksicht genommen werden: Der Betreiber eines Forums, müsste, um nach Artikel 17 tatsächlich Haftungsrisiken ausgesetzt zu sein, ja zusätzlich zum Erfordernis der Bemühung um Lizenzierung auch vom Rechteinhaber positiv aufgefordert gewesen sein, einen Text oder einen anderen Inhalt nicht zum Upload zuzulassen. Gerade an diesem Kriterium dürfte es in den allermeisten Fällen fehlen. Ein grundsätzlicher urheberrechtlicher Schutz für Forenbeiträge wurde zudem durch die deutsche Rechtsprechung<sup>29</sup> verneint, da diese keine persönliche geistige Schöpfung i. S. d. § 2 UrHG darstellen.

Von Bedeutung jedoch ist dabei das Kriterium des *gewinnorientiert arbeitenden* Anbieters; die Frage der konkreten Ausgestaltung von, sollte dieses im Einzelfall bejaht werden, technisch i. S. d. Anwendung des Kriteriums der Verhältnismäßigkeit des Art. 17 Abs. 5 einfacheren Lösungen zur *ex ante*-Überprüfung von Inhalten (etwa „händisch“ durch Moderation, oder als einfachste automatisierte Lösung mittels Prüfsummenabgleich) lässt sich allein aus dem Richtlinienentwurf jedenfalls nicht beantworten.<sup>30</sup> Eine vollumfängliche Anwendbarkeit der Richtlinie ist allenfalls theoretisch denkbar für den Fall eines gewinnorientiert arbeitenden Anbieters eines Internetforums, dessen Funktionalität so stark erweitert ist (etwa durch Installation von PlugIns / Zusatzmodulen zur algorithmusbasierten Aufbereitung, Sortierung und Organisation von Inhalten, etc.), dass ein solches „Forum“ mit wesentlichen Kriterien des Begriffs eines DTO in Übereinstimmung zu bringen wäre, und – jedenfalls bei der Auslegung durch Gerichte zu berücksichtigen – zudem lt. Erwgr.

<sup>23</sup>vgl. Dreier, GRUR 2019, 776

<sup>24</sup>Art. 17 III UAbs. 1 DSM-RL

<sup>25</sup>vgl. Hofmann, ZUM 2019, 618f.

<sup>26</sup><https://foren-gegen-uploadfilter.eu>

<sup>27</sup>Gerpott, MMR 2019, 421

<sup>28</sup>Pravemann, GRUR 2019, 784f.

<sup>29</sup>vgl. hierzu Urt. d. AG Ratingen, 29.06.2011 – 8 C 486/10

<sup>30</sup>Gerpott MMR 2019, 424

62 DSM-RL eine „erhebliche Marktbedeutung“ erreicht.<sup>31</sup> Für einen solchen Fall wäre zeitgleich jedoch festzustellen, dass dieser a) mit einem Internetforum im eigentlichen Sinne nicht mehr allzu viel zu tun hat, und weiterhin b) durch entsprechende Einnahmen sowie c) zwangsläufig damit einhergehenden technischen Aufwand, der sich ohne entsprechende Kenntnisse nicht bewältigen lässt, durchaus in der Lage ist, seinen Verpflichtungen nachzukommen.

Durch die DSM-Richtlinie ändert sich weiterhin nichts daran, dass für den Fall von Internetforen, deren primärer Zweck der Austausch von rechtswidrig hochgeladenen Inhalten ist (etwa: Foren mit Linksammlungen zu Cloud-Anbietern oder vergleichbaren Dateihostern, die für illegales Filesharing genutzt werden) keinerlei Haftungsfreistellung erfolgt.<sup>32</sup> Eine entsprechende Klarstellung scheint bei der Umsetzung in nationales Recht jedoch dringend angebracht.

### 3.3 Haftungsverpflichtungen und -ausschlüsse

**Haftungsausschluss durch „Upload-Filter“ (Abs. 4).** Der in Art. 17 Abs. 4 beschriebene Haftungsausschlussbestand war mutmaßlich der am erbittertesten diskutierte Teil des gesamten Richtlinienentwurfs. Er sieht vor, dass ein Diensteanbieter für Übertragungsvorgänge nichtlizenzierter Inhalte nicht haften, wenn er:

- (a) *alle Anstrengungen unternommen hat, um die Erlaubnis einzuholen; und*
- (b) *nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen hat, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind; und in jedem Fall*
- (c) *nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises von den Rechteinhabern unverzüglich gehandelt hat, um den Zugang zu den entsprechenden Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu sperren bzw. die entsprechenden Werke oder sonstigen Schutzgegenstände von seinen Internetseiten zu entfernen, und alle Anstrengungen unternommen hat, um gemäß Buchstabe b das künftige Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern.*

Durch die in Buchstabe b) und c) formulierten Anforderungen wurde eine de facto-Verpflichtung zur Überprüfung von Inhalten *ex ante* postuliert. Die durch Art. 3 der e-Commerce-RL bislang beschriebene Dogmatik erfährt dabei keinerlei Antastung. Es gilt: Eine Plattform darf nicht Inhalte Dritter ohne deren Einverständnis nutzen. Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 DSM-RL stellt diese Selbstverständlichkeit ausdrücklich klar.<sup>33</sup>

Bereits hier sind differenzierte Betrachtungen unumgänglich. So lässt sich zwar argumentieren<sup>34</sup>, dass Upload-Filter zur Zeit zu den „hohen branchenüblichen Standards“ gehören, welche denen in Abs. 4 vermerkt sind. Dies jedoch lässt 1. außer Acht, dass für das Argument von der Voraussetzung einer Datenmenge ausgegangen wird, die ohne Zuhilfenahme algorithmusbasierter Lösungen nicht mehr verarbeitet werden kann, eine *de facto*-Verpflichtung ließe sich mithin nur für große Plattformen feststellen; sowie 2., dass bei der Bemessung der tatsächlichen Haftungsverpflichtungen gemäß Art. 17 Abs. 5 „die Verfügbarkeit geeigneter und wirksamer Mittel und die Kosten“ Berücksichtigung finden müssen. Zwar ist nicht abschließend geklärt, ob es auf die Kosten für die Diensteanbieter allgemein mit dem Ziel eines gleichbleibenden Schutzniveaus oder ob es auf den Diensteanbieter

<sup>31</sup>vgl. auch Spindler, CR 2019, 284

<sup>32</sup>vgl. Pravemann, GRUR 2019, 785 / Erwgr. 62 Uabs. 2 DSM-Richtlinie

<sup>33</sup>vgl. Hofmann, ZUM 2019, 620

<sup>34</sup>Kaesling, JZ 2019, 588

im konkreten Fall ankommen soll<sup>35</sup>, eine Verpflichtung aller Anbieter zum Einhalten desselben Schutzniveaus unabhängig von dessen Kosten würde dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (der auch durch andere EU-Rechtsakte wie die Enforcement-Richtlinie geboten ist) zuwiderlaufen.<sup>36</sup>

**Umsetzung ohne Upload-Filter.** Übereinstimmend wird im vorliegenden Schrifttum festgestellt, dass eine Umsetzung gänzlich ohne „Upload-Filter“, wie von der Bundesregierung in Ihrer Protokollerklärung<sup>37</sup> formuliert, weder möglich noch angezeigt ist.<sup>38</sup> Zu einer solchen besteht im Übrigen auch keinerlei Notwendigkeit. An der bestehenden Situation ändert sich nämlich wenig. Inhaltserkennungsalgorithmen sind bereits lange im Einsatz, um Kinder- und Jugendschutzziele zu erreichen, sowie um die Verbreitung terroristischer oder bspw. suizidale Inhalte einzudämmen.

Durch die Richtlinie werden diese somit keineswegs *eingeführt*, sondern, wo sie eingesetzt werden, klaren Regularien in ihrer Handhabung unterworfen, von denen eine der interessantesten sicherlich in der Transparenzverpflichtung des Art. 17 Abs. 8 besteht. Die Tragweite dieser Verpflichtung ist allerdings keinerlei unbegrenzte, sondern betrifft lediglich die Funktionsweise, nicht jedoch Offenlegung von Quellcodes oder anderweitigen Geschäftsgeheimnissen.<sup>39</sup>

**Die „Quadratur des Kreises“ (Abs. 8, Abs. 4 und 5).** Für Verwirrung sorgt die zunächst in sich widersprüchlich erscheinende Vorgabe des Ausschlusses einer „allgemeinen Überwachungspflicht“, bei gleichzeitiger umfassender Haftungsverpflichtung für jeden Übermittlungsvorgang nichtlizenzierter Inhalte.<sup>40</sup> In diesem Kontext wird auf die Rechtsprechung<sup>41</sup> des EuGH verwiesen, die festlegt: *„Maßnahmen, die vom Anbieter des betreffenden Onlinedienstes verlangt werden, [können] nicht darin bestehen [...], aktiv alle Angaben eines jeden seiner Kunden zu überwachen, um jeder künftigen Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums über die Seite dieses Anbieters vorzubeugen.“* Auf den ersten Blick scheint ein Filtersystem zur vollständigen Erfassung von Urheberrechtsverletzungen mit dieser Norm unvereinbar, tatsächlich liegt genau im Detail einer *vollständigen Erfassung*. Eine solche wird durch Art. 17 Abs. 4 nämlich nicht normiert. Eine Prüfpflicht, die auch das „künftige Hochladen“ betreffender Inhalte mit einschließt, ergibt sich gemäß Abs. 4 c) erst bei Bekanntwerden eines Verstoßes sowie dem Zurverfügungstellen entsprechender Metadaten durch die Rechteinhaber. Nach Werken, die i. S. dieses Absatzes bislang unbekannt sind, muss die Plattform wegen des Verbots aus Art. 17 Abs. 8 DSM-RL trotz Art. 17 Abs. 1 DSM-RL – im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung – nicht aktiv durch ein lückenloses Filtersystem forschen, zumal sie gar nicht erkennen kann, ob eine Zustimmung des Rechteinhabers vorliegt.<sup>42</sup>

Der Einwand einer bereits in sich widersprüchlichen Regelung verfängt zunächst auch allein deshalb nicht, weil eine „allgemeine Überwachungspflicht“ neben einer Überprüfung auf urheberrechtliche Verstöße auch bzgl. beliebiger anderer gesetzlicher Bestimmungen anzuwenden wäre. Bestimmte derartige Verpflichtungen bestehen zwar grundsätzlich und sind unstreitig auch geboten, resultieren jedoch nicht aus der Richtlinie und stellen ebenfalls, da es sich nur um spezifische Handlungsfelder von Plattformnutzern handelt, keine allgemeine Überwachung dar und sind somit mit Art. 15 Abs. 1 e-Commerce-Richtlinie vereinbar.<sup>43</sup>

In der Diskussion wird weiterhin übersehen, dass es nach der Rechtsprechung in Deutschland schon heute die Verpflichtung zu proaktivem Handeln gibt. Diensteanbieter sind verpflichtet, nach einer Verletzung von Rechten Dritter dafür Sorge zu tragen, dass weitere gleichartigen Verletzungen nicht

<sup>35</sup>Weidert / Uhlenhut / von Lintig, GRUR-Prax 2019, 295

<sup>36</sup>vgl. Hofmann, ZUM 2019, 625

<sup>37</sup>Rats-Dok. 7986/19ADD 1 REV 2 v. 15.4.2019, 3., a. a. O.

<sup>38</sup>vgl. Dreier, GRUR 2019, 776; Gerpott, MMR 2019, 426; Kaesling, HZ 2019, 590; Volkman, CR 2019, 384; Spindler, CR 2019, 284

<sup>39</sup>Spindler, CR 2019, 289

<sup>40</sup>Spindler, CR 2019, 287

<sup>41</sup>EuGH GRUR 2011, 1025 Rn. 139 – L’Oréal/eBay; ZUM 2012, 307 Rn. 34 – SABAM/Netlog

<sup>42</sup>Hofmann, ZUM 2019, 625; Weidert / Uhlenhut / von Lintig, GRUR-Prax 2019, 296

<sup>43</sup>Gerpott MMR 2019, 424f.

auftreten<sup>44</sup> Für alle Maßnahmen, zu denen ein Diensteanbieter effektiv verpflichtet ist, wird jedoch auch hier bereits das Kriterium des *technisch und wirtschaftlich Zumutbaren* festgehalten.

In der Gesamtschau zielen Artikel 17 Abs. 4 und 5 nicht darauf ab, die Vorgabe einer grundsätzlichen Lizenzierungspflicht hinsichtlich des Aufkommens nichtlizenzierter Inhalte tatsächlich zu *erfüllen*, sondern dieser nur soweit technisch, finanziell und anderweitig in der Sache erheblich zumutbar *nahe zu kommen*. Ein grundsätzlicher Paradigmenwechsel insbesondere im Abgleich mit deutscher Judikatur lässt sich dabei nicht feststellen.<sup>45</sup>

**„Overblocking“.** Eine zweite und nicht weniger verwirrende „Quadratur des Kreises“ findet sich im vorgebrachten Argument, dass durch unzulängliches Funktionieren von Inhaltserkennungs- algorithmen falschpositive Ergebnisse automatisiert blockiert werden könnten. Dies scheint bei näherem Hinsehen jedoch befremdlich: Entweder steht eine solche funktionierende Technologie zur Verfügung, in diesem Fall wäre es unsinnig auf ihren Einsatz zu verzichten<sup>46</sup>; oder aber die vorhandenen Technologien sind hinsichtlich ihrer Funktion defizitär, und dann lässt sich auch keinerlei Verpflichtung zu ihrem Einsatz aus der DSM-Richtlinie ableiten. Art. 5 hält explizit für die Bemessung der Haftungsverpflichtung die „Verfügbarkeit geeigneter und wirksamer Mittel“ fest. Sind Upload-Filter in ihrer Wirkung unzuverlässig, so sind sie weder geeignet noch wirksam.

Die tatsächliche Fragestellung geht jedoch über diesen Aspekt hinaus. Tatsächlich wird etwa der Inhaltserkennungstechnologie *Content ID*, die für das Portal YouTube im Einsatz ist, die Funktionsfähigkeit nicht abgesprochen.<sup>47</sup> Auch hochentwickelte Inhaltserkennungssysteme werden allerdings niemals zu 100% fehlerfrei arbeiten, zumal offensichtlich erhebliche Unterschiede abhängig von Beschaffenheit und Art der zu untersuchenden Inhalte (Audio / Video / Text) bestehen.<sup>48</sup> Vielmehr entscheidend ist jedoch noch, ob eine solche Technologie auch in der Lage ist, den Kontext lizenzierungspflichtiger Inhalte zu erkennen, der für die letztendliche Einordnung eines Uploads als veröffentlichbar entscheidend ist.

Deutlich wird hier: Eine Verengung auf den Begriff des „Upload-Filters“ ist wenig zielführend. Denn eines ist ebenso deutlich – Filter sind „blind“.<sup>49</sup> Den Unterschied zwischen legitimer Nutzung i. S. d. Schranken (Satire, Kritik, Review etc.) werden diese nicht automatisiert erkennen können. All dies legt den Schluss nahe, dass eine effektive Prüfung von Verstößen sowohl gegen das Urheberrecht sowie andere gesetzliche Bestimmungen wohl nur mit der Kombination aus menschlicher wie maschineller Kontrolle erreicht werden kann. Entscheidend ist dabei jedoch, wie der Gesetzgeber diese ausgestaltet, (s. Folgeabsatz).

**„Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren“ (Abs. 9).** Mit diesem Absatz wird darauf hingewirkt, dass die zunächst naheliegenden rein algorithmusbasierenden Entscheidungen zur Trennung zulässiger und unzulässiger Inhalte durch Mitarbeiter hinterfragt werden. Im Vergleich zur bestehenden Situation wird dies als Fortschritt für die Nutzer eingestuft, da die Einrichtung derartiger Überprüfungsmechanismen bislang auf allein freiwilliger Basis erfolgte.<sup>50</sup> Hinsichtlich der befürchteten Effekte einer maschinellen „Zensur“ kommt der Ausgestaltung des Art. 17 Abs. 9 („wirksame und zügige Rechtsbehelfsverfahren“) durch den Gesetzgeber auf Mitgliedsstaatenebene entscheidende Bedeutung zu.

Einzelne Vorschläge, die eine mögliche solche ins Auge fassen, liegen bereits vor.<sup>51</sup> Als erfolgversprechend angesehen wird hierbei das sog. *Pre-Flagging*, bei dem Nutzer\*innen im Moment

<sup>44</sup>vgl. BGH NJW 2004, 3102 [3105] – Internet-Versteigerung; BGH, Urt. v. 12. Juli 2012 – AZ I ZR 18/11, BGHZ 194, 339

<sup>45</sup>Hofmann, ZUM 2019, 626

<sup>46</sup>Weidert, Uhlenhut, von Lintig, GRUR-Prax 2019, 297

<sup>47</sup>Nolte, ZUM 2017, 308 f.

<sup>48</sup>Spindler CR 2019, 286

<sup>49</sup>Nolte, ZUM 2017, 310

<sup>50</sup>Gerpott, MMR 2019, 425

<sup>51</sup>vgl. Dreier, GRUR 2019, 771, 777



des Hochladens bereits angeben können, dass der Beitrag möglicherweise lizenzierungspflichtiges Material enthält. Ein so „geflaggter“ Beitrag würde zunächst von einer Sperrung ausgenommen und baldmöglichst einer plattformseitigen menschlichen Inaugenscheinnahme zugeführt wird.<sup>52</sup> Entsprechende Verfahren sind auf die Sicherung grundrechtlicher Positionen auszurichten.<sup>53</sup> Eine Einschränkung von Freiheitsrechten scheint indes bei rein betriebswirtschaftlicher Betrachtung äußerst unwahrscheinlich.<sup>54</sup>

### 3.4 Einordnung

**Primärziel Lizenzierung.** Artikel 17 der DSM-Richtlinie zielt mit der Veränderung der Haftungsverpflichtung von Diensteanbietern darauf ab, Plattformen zur Vereinbarung von Lizenzen mit Rechteinhabern zu motivieren.<sup>55</sup> Die von der Richtlinie vorgegebene Systematik eines Verbots mit Erlaubnisvorbehalt wird so letztlich zu einer Lizenzlösung. Hierbei zu implementierende Gegenmaßnahmen („Uploadfilter“) nehmen in der Diskussion einen Raum ein, der ihrer Bedeutung nicht einmal annähernd zukommt. In der Reflexion über die Einflussnahme auf selbige seitens einschlägiger Akteure sollte Berücksichtigung finden, ob die mit einer solchen Eskalation einsetzende Verdrängungswirkung möglicherweise durchaus beabsichtigt war.<sup>56</sup>

Trotz alledem: Unter Berücksichtigung der – grundsätzlich berechtigterweise vorgetragenen – Kritik im Vorfeld der Richtlinie<sup>57</sup> erhärtet sich keine der Verdächtigungen, denen Art. 17 im Vorfeld der Entscheidung des EU-Parlaments ausgesetzt war. Einer wesentliche Einschränkung von Freiheitsrechten im digitalen Raum durch die Bestimmungen des Art. 17 durch dessen Schrankenregelungen vorgebeugt<sup>58</sup>, wenngleich die Kritik infolge grundsätzlich bestehender Risiken verbleibt<sup>59</sup>. Eine umfassende grundrechtliche Bewertung bedarf zunächst einer Betrachtung der prozessualen Absicherung der Schrankenbestimmungen.<sup>60</sup> Der Vorwurf einer Pflicht zur Implementierung flächendeckender Upload-Filterssysteme oder gar der „Internetzensur“ wird der Komplexität des neuen Haftungssystems nicht gerecht; notwendig ist gerade für solche Maßnahmen ein Zusammenwirken der Rechteinhaber, die dabei Informationspflichten zu erfüllen haben, mit den Diensteanbietern.<sup>61</sup> Bei genauerer Betrachtung lässt Art. 17 DSM-RL vielmehr an vielen Stellen „das Bemühen des Gesetzgebers erkennen, zu einer praxisnahen und ausgewogenen Regelung zu gelangen, die nicht einseitig den Interessen einer Gruppe Rechnung trägt.“<sup>62</sup> Ebenso findet gerade im Abgleich mit dem bestehenden deutschen Urheberrecht keineswegs ein epochaler Bruch statt. Um so wunderlicher muss vor diesem Hintergrund erscheinen, dass die öffentlichen Proteste mit kursierenden Teilnehmerangaben im sechsstelligen Bereich nahezu ausschließlich im deutschen Sprachraum stattfanden.

---

<sup>52</sup>Spindler, CR 2019, 290

<sup>53</sup>Kaesling, JZ 2019, 590

<sup>54</sup>Gerpott, MMR 2019, 422

<sup>55</sup>übereinst. Gerpott, MMR 2019, 425; Weidert / Uhlenhut / von Lintig, GRUR-Prax 2019, 296, Wandtke / Hauck, ZUM 2019, 636; Volkmann, CR 2019, 383

<sup>56</sup>vgl. Dörr, Gutachten: Die regulatorische Relevanz der Organisation massenhafter Individualkommunikation, unter besonderer Berücksichtigung der Sicherung der Meinungsvielfalt, S. 37 f. Kampagnenfähigkeit der Intermediäre, [https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user\\_upload/die\\_medienanstalten/Themen/Intermediaere/2019\\_06\\_04\\_Gutachten\\_Relevanz\\_Organisation\\_massenhafte\\_Individualkommunikation.pdf](https://www.die-medienanstalten.de/fileadmin/user_upload/die_medienanstalten/Themen/Intermediaere/2019_06_04_Gutachten_Relevanz_Organisation_massenhafte_Individualkommunikation.pdf); Steinkirchner: Die Diskussion ums Urheberrecht war ein Warnschuss. Interview mit dem Leiter der Landesmedienanstalt NRW, Tobias Schmidt, <https://www.wiwo.de/my/unternehmen/it/youtubes-meinungsmacht-die-diskussion-ums-urheberrecht-war-ein-warnschuss/24154898.html>; Fischer: Die Debatte ums Urheberrecht demonstriert die Unbeherrschbarkeit des Internets. Handelsblatt online, 15.04.2019, <https://www.handelsblatt.com/meinung/kommentare/kommentar-die-debatte-ums-urheberrecht-demonstriert-die-unbeherrschbarkeit-des-internets/24219020.html>

<sup>57</sup>Suwelack, MMR 2018, 582; Nolte, ZUM 2017, 304

<sup>58</sup>Gerpott, MMR 2019, 426

<sup>59</sup>Kaesling, JZ 2019, 590

<sup>60</sup>Volkmann, CR 2019, 382

<sup>61</sup>Wandtke / Hauck, ZUM 2019, 636

<sup>62</sup>Weidert / Uhlenhut / von Lintig, GRUR-Prax 2019, 296

Eine gute Zusammenfassung, wie weit die Narrative der öffentlichen Empörung von der tatsächlichen Sachlage abweichen, gibt *Hoffmann*:

*„Dem Recht wird oft nachgesagt, der gesellschaftlichen Entwicklung hinterherzuhinken. Im Fall der Diskussion um ‚Uploadfilter‘ hat man bisweilen den Eindruck, dass umgekehrt die öffentliche Debatte nicht ganz auf der Höhe der Zeit ist.<sup>63</sup> Jedenfalls sind die in der Richtlinie eingeführten Instrumente weitgehend wohlbekannt. Schon vor der Reform gab es aus rechtlichen Gründen faktisch ‚Uploadfilter‘. Intermediäre mussten bereits nach alter Rechtslage im Falle von Immaterialgüterrechtsverletzungen Maßnahmen ergreifen, „die nicht nur zur Beendigung der von Benutzern [eines] Marktplatzes hervorgerufenen Verletzungen, sondern auch zur Vorbeugung gegen erneute derartige Verletzungen beitragen.“ Über die Unionsgrundrechte mussten schon bisher und müssen auch zukünftig rechtlich geschützte Interessen der Plattformnutzer wie die Meinungs-, Kunst- oder Informationsfreiheit berücksichtigt werden. Die Urheberrechtsrichtlinie bringt für die Plattformnutzer nun womöglich sogar Verbesserungen: Nutzerrechte sind nicht nur explizit anerkannt, sondern werden auch verfahrensrechtlich gestärkt.“<sup>64</sup>*

Dem ist wenig hinzuzufügen. Ein unverhältnismäßiger Eingriff in Grundrechte des Art. 8, 11 und 16 EU-Grundrechtecharta, der im Vorfeld befürchtet wurde<sup>65</sup>, liegt bei aller berechtigten Kritik am gewählten Haftungsmechanismus auch nach vorliegenden Einschätzungen nicht vor.<sup>66</sup> Vielmehr wird der Richtlinie Potential als „Motor für die Forschung und Entwicklung“ zugesprochen.<sup>67</sup> In den weniger umstrittenen Bestandteilen wie bspw. Text- und Data-Mining werden nur geringe Anpassungen bestehender gesetzlicher Bestimmungen erforderlich sein.<sup>68</sup>

Ein weiterer nennenswerter Aspekt in der Entwicklung des Urheberrechts besteht darin, dass dieses vom Nutzer als Adressaten abbrückt. Eine direkte Berührung mit diesem sowie der Eigenhaftung wird für Nutzer nach Umsetzung der DSM-RL lediglich noch hinsichtlich der von den Plattformen, oder von ihnen selbst für ihre eigenen Server nicht lizenzierten Werke und Leistungen erfolgen.<sup>69</sup> Dies ist insbesondere im Hinblick auf die mit der Marktgröße und dem Einfluss der Digitalkonzerne einhergehende Verantwortung, zu deren Übernahme diese bisher nicht oder nur sehr unzulänglich verpflichtet waren, eine logische Konsequenz. Auf die i. E. bestehende Ineffektivität (Stichwort „Value Gap“) bisheriger gesetzlicher Bestimmungen sowie wird weiter verwiesen.

### 3.5 Fazit

Im Ergebnis lässt sich im einschlägigen Schrifttum ein stetig klarer werdender wissenschaftlicher Konsens ausmachen, der die DSM-Richtlinie als angemessenen Ausgleich der Interessen von Urhebern, Nutzern wie auch Plattformbetreibern ausweist. Für die seitens der Kampagnen vorgetragene Befürchtungen lassen sich bei näherer Betrachtung keinerlei stichhaltigen Anhaltspunkte finden. Insbesondere sollte dies Anlass geben, die fortdauernde Darstellung, wesentliche Teile der wissenschaftlichen Öffentlichkeit stünden auf Seiten der Opposition gegen die Richtlinie, kritisch zu hinterfragen.

Zwar verbleiben Teilaspekte, deren Klärung bis zur Umsetzung durch den Gesetzgeber auf Mitgliedsstaatenebene andauern wird. Ebenso dürften Zweifel an der Effektivität einzelner Maßnahmen bis zu ihrer tatsächlichen Implementierung und empirischen Überprüfung nicht vollständig ausgeräumt

<sup>63</sup> vgl. A. Nordemann, IIC 2019, 275, 276 („political framing“)

<sup>64</sup> Hoffmann, ZUM 2019, 627

<sup>65</sup> Senftleben, ZUM 2019, 372

<sup>66</sup> Völkmann, CR 2019, 383; Hoffmann, ZUM 2019, 626

<sup>67</sup> Kaesling, JZ 2019, 588

<sup>68</sup> Spindler, CR 2019, 291

<sup>69</sup> vgl. Dreier, GRUR 2019, 777

werden. Wesentlich schwerer wiegen dagegen die Einwände hinsichtlich möglicher Auswirkungen auf das Nutzerverhalten.<sup>70</sup> Der Gesetzgeber ist gehalten, durch die Einrichtung effektiver Dokumentations- und Beobachtungsmechanismen unter Anwendung der Transparenzverpflichtungen der Richtlinie den – grundsätzlich berechtigterweise – befürchteten Entwicklungen präventiv entgegenzuwirken, auch wenn bisher in anderen Anwendungsbereichen ähnlicher Technologien (etwa: Erkennung von Spam-E-Mails) eine solche nicht aufgetreten ist.

In der Gesamtschau zeichnet sich eine Bewertung der Richtlinie speziell durch die Rechtswissenschaft ab, die den Beschluss des EU-Parlaments – soweit derzeit möglich und absehbar – als tragfähigen Kompromiss einstuft. Dessen schlussendliche Umsetzung jedoch bedarf weiterer Anstrengungen, die dem Gesetzgeber auf Mitgliedsstaatenebene auch nicht abgenommen werden können.

---

<sup>70</sup>Becker, ZUM 2019, 636

## 4 Anmerkungen zur Umsetzung der DSM-RL

### 4.1 Einführung

Obgleich weitgehend harmonisiert, lässt die DSM-RL den europäischen Mitgliedsstaaten in einigen Bereichen erheblichen Entscheidungs- und Gestaltungsspielraum für die Umsetzung in nationales Recht. Um diese Bereiche und um die aus Branchen- bzw. Betroffenensicht wünschenswerten, wenn nicht zwingend nötigen Weichenstellungen für eine nachhaltige, wettbewerbs- und vielfaltssichernde Ausgestaltung des harmonisierten Urheberrechts auf deutscher Ebene geht es in diesem Kapitel.

### 4.2 Artikel 12: Erweiterte kollektive Lizenzvergabe (ECL)

Die Unterzeichner dieser Stellungnahmen schließen sich im Wissen um die erprobte Praxis des Extended Collective Licensing (ECL) in den nordischen Ländern entsprechenden Positionierungen der Initiative Urheberrecht, der Verwertungsgesellschaften und des Deutschen Kulturrats an und befürworten die Umsetzung von Artikel 12 in deutsches Recht nachdrücklich.

- Einerseits, um weniger institutionell gebundenen Originärrechteinhabern die Instrumente der (kollektiven) Lizenzierung und Vergütung zugänglich zu machen, was nebenher Teile der Indieszene professionalisieren könnte und zugleich den Gesamtmarkt stabilisieren würde.
- Andererseits, um nichtkommerziellen bzw. Privat-Nutzern (Privat-Uploadern) auf Plattformen von „Dienstanbietern für das Teilen von Online-Inhalten“ die avisierte Rechtssicherheit beim Upload von und Umgang mit urheberrechtlicher geschütztem Repertoire Dritter zu gewährleisten.
- Im Übrigen ist der Initiative Urheberrecht zuzustimmen, wenn sie in ihrer Stellungnahme darauf hinweist, dass „für die geordnete Entwicklung der Lizenzerteilung in der digitalen Informationsgesellschaft [...] die Erleichterung der Lizenzvergabe, vorzugsweise unter Einschaltung der bewährten Verwertungsgesellschaften[,] sogar dringend erforderlich“ ist. Die größte Gefahr für die Machbarkeit einer effizienten umfassenden Lizenzierung liegt neben hohen Komplexitäten und daraus resultierenden Transaktionskosten in der voranschreitenden Fragmentierung der Repertoires. Aus dieser Perspektive könnte das ECL zu einer erheblichen Erleichterung von Lizenzierungsprozessen führen und so die Akzeptanz der in der RL durch Anreizregulierung vorgesehenen Lizenzierung befördern.

Wir weisen darauf hin, dass die Urheber\*innen und Leistungsschutzberechtigten durch das DSM-RL-Paket in erhebliche persönliche Vorleistung bzw. ins kaufmännische Risiko gehen, geben sie doch mit der Übertragung ihrer Onlinerechte in die kollektive Rechtewahrnehmung einer VG ihr Exklusivrecht und damit das wirtschaftlich u. U. sehr attraktive Potenzial einer individuellen und ggf. aufgrund eines entsprechenden Marktwerts ertragreicheren individuellen Lizenzierung auf. Das gilt umso mehr für die nicht-VG-gebundenen Urheber\*innen unter der Bedingung der Erweiterten kollektiven Lizenzvergabe. Umso wichtiger wird es sein, auf das Sorgfältigste zu prüfen und damit zu gewährleisten, dass für jeden denkbaren Fall, d. h. sowohl für nicht durch VGs vertretene Urheber wie auch für alle Fälle von Verstößen gegen das Urheberpersönlichkeitsrecht OPT OUT-Mechanismen vorgehalten werden, die auch ohne Heranziehung eines Anwalts schnell, einfach und effizient anzustoßen und zu nutzen sind. Im Sinne der beabsichtigten Besserstellung der Urheber\*innen sollte die Etablierung und Kontrolle dieses Mechanismus nicht den freien Marktkräften überlassen werden.

Unter keinen Umständen darf Art. 12 zu einer Art Generallizenz zur bedingungslosen Nutzung gesamter Repertoires werden. Konkret benannte und beschränkte Anwendungsbereiche sind ebenso

zwingend in die Umsetzung zu integrieren wie der bereits erwähnte Opt-Out-Mechanismus, der über die Möglichkeit hinaus gehen sollte, sich, wie Art. 12 Abs. 3 c) der Richtlinie dies vorsieht, gar keiner Verwertungsgesellschaft anzuschließen, sondern zusätzlich auch den Mitgliedern einer Verwertungsgesellschaft die Möglichkeit bieten sollte einzelne oder alle Werke so von der kollektiven Lizenzierung auszunehmen. Es würde nämlich sonst ein Widerspruch zwischen der Möglichkeit, gemäß Art. 17 Abs. 4 b) die Sperrung eines Uploads zu verlangen und der gleichzeitigen Lizenzerteilung durch kollektive Wahrnehmung entstehen. Hierauf ist bei Umsetzung des Artikel 12 – insbesondere dessen Abs. 3 – zu achten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass es stets um die Lizenzierung einer vorhandenen Manifestation eines Werkes geht, an der aufgrund der künstlerischen Arbeitsteilung die verschiedensten Beteiligten Urheber- wie Leistungsschutzrechte innehaben, die alle gleichzeitig lizenziert werden müssen. Auch sind Konstellationen denkbar, in denen die einen Rechteinhaber für ihre Manifestation des Werkes der anderen eine Lizenz bereits durch eine VG erhalten (wie dies im Falle neuer Aufnahmen bereits veröffentlichter Musikwerke regelmäßig der Fall ist) aber selbst eine Verwertungskette planen, die die pauschale Wahrnehmung der Rechte für die Erstausswertung durch Verwertungsgesellschaften nicht sinnvoll erscheinen lässt. Auch in diesem Bereich zeigt sich die Unschärfe der Argumentation von netzpolitischer Seite: Die Unterscheidung von Erstausswertung und Zweitausswertung wird nicht mehr vorgenommen. Da Artikel 17 Abs. 7 überdies auch neue Schrankenregelungen enthält, ist eine kollektive Wahrnehmung für die hieraus resultierenden gesetzlichen Vergütungsansprüche schließlich auch für die Rechteinhaber zwingend, die von ihrem Recht Gebrauch machen, nach Art. 17 Abs. 4 b) den Upload über den Rahmen der Schrankennutzung hinaus zu unterbinden.

### 4.3 Artikel 13: Verhandlungsmechanismus

Die DSM-RL lässt sich in vielen Aspekten als Anreizregulierung für Lizenzierungen verstehen – das begrüßen wir. Die Regelungen aus Art. 13 stellen sich, wie unschwer zu erkennen ist, in den Dienst dieses Regulierungszwecks. Gleichwohl macht uns die bemerkenswerte Unschärfe der Regelung skeptisch: Welche genauen Kompetenzen soll die geforderte „unparteiische Instanz“ bzw. der (oder die?) Mediator (oder Mediatoren?) haben? Auf welche Ressourcen zugreifen? Wie sich finanzieren? Vor allem aber: aus welchem Kreis berufen werden?

Eine Instanz ohne Urheberbeteiligung können wir nicht akzeptieren. Schon aus pragmatischen Gründen gilt das auch für die administrativen Partner der Künstler\*innen (Verwerter). Zweifellos sind die Verwertungsgesellschaften in die Berufung / Besetzung aktiv einzubeziehen – die Aufgabe der zu begründenden Instanz entspricht ihrem Auftrag. Sollte für die Umsetzung des Art. 13 die Berufung von Mediator\*innen priorisiert werden, gäbe es folgendes zu berücksichtigen:

- Einer/m Mediator\*in / den Mediator\*innen ist ein Beirat aus Branchenvertreter\*innen als Aufsichtsgremium an die Seite zu stellen, welches sich der Zusammensetzung und Struktur nach an den staatsfernen Aufsichtsgremien des privaten wie öffentlich-rechtlichen Rundfunks orientieren sollte. Darin müssen zwingend die oben benannten Gruppen vertreten sein: Urheber\*innen / Leistungsschutzberechtigte Künstler\*innen / Verwerter unter Einbezug der Indies / Verwertungsgesellschaften, sowie darüberhinaus Vertreter großer wie kleinerer Lizenznehmer und Repräsentanten.
- Die Teilnahme (bzw. Entsendung) muss für die Angerufenen verbindlich sein; es darf nicht passieren, dass eine Interessengruppe Sitzungstermine oder das grundsätzliche Zustandekommen der Instanz (o.ä.) behindern oder verzögern kann. Die Erfahrungen mit den GVR-Verhandlungen insbesondere im öffentlich-rechtlichen Rundfunk sprechen da eine deutliche Sprache: Freiwilligkeit behindert Effizienz und klare Ergebnisse.

- Die Initiative Urheberrecht verbindet mit Art. 13 die „Errichtung eines gerichtlichen oder gerichtsähnlichen Rechtszugs mit Instanzen, der für die Klärung aller Fragen im Zusammenhang mit der Wahrnehmung von Rechten zuständig sein soll, letztlich eines ‚Gerichts des Geistigen Eigentums‘“. Die Einrichtung einer solchen Institution würden wir begrüßen – wenn auch wiederum nur unter Einbezug der Betroffenen, einschließlich der Urheber\*innen und Leistungsschutzrechteinhaber\*innen. Zu klären, zu verhandeln, zu mediiere wird es genug geben, zumal in der absehbar langen und intensiven Phase des Richterrechts nach Geltung der DSM-RL. Die entsprechenden besonnenen Hinweise der Initiative Urheberrecht unterstützen wir.

#### **4.4 Titel IV: Maßnahmen zur Schaffung eines funktionsfähigen Marktes für den Urheberrechtsschutz**

Das Anliegen dieses Titels begrüßen und unterstützen wir nach Kräften. Tatsächlich ist die Wiederherstellung des Marktes für kulturelle und mediale Güter eine Nachhaltigkeits- und Vielfaltsfrage – und insofern ein demokratisches Zukunftsprojekt.

Diese Interessen teilen insbesondere die kleinen Akteure im existierenden Markt, also die Urheber\*innen und Leistungsschutzberechtigten, die Indieunternehmen der Musik und die kleinen Buchverlage. Wir alle leiden unter der massiven Asymmetrie im Markt; das Prinzip „The Winner takes it all“ behindert auskömmliches und faires Wirtschaften in einem volkswirtschaftlich kaum mehr zu rechtfertigendem Ausmaß. Von der Gefährdung der kulturellen und medialen Vielfalt ganz zu schweigen.

#### **4.5 Artikel 15 & Art. 2 Nr. 4 / 5: Schutz von Presseveröffentlichungen im Hinblick auf die Online-Nutzung**

Wir unterstützen die Forderung aus Art. 15 DSM-RL Urheber\*innen im Pressebereich an den Einnahmen auf Basis des Presse-LSR in angemessenem Umfang zu beteiligen. Wir befürworten nachdrücklich eine VG-pflichtige Umsetzung dieser Vorgabe, aus pragmatischen Gründen (Effizienz/Ergonomie), aber auch, um den Urheber\*innen die Verhandlungsmacht eines Kollektivs zugutekommen zu lassen.

#### **4.6 Artikel 16: Ansprüche auf einen gerechten Ausgleich (Verlegerbeteiligung)**

Die Urheber sind auf starke VGs existenziell angewiesen. Ohne die Beteiligung der Verleger an den ges. Vergütungen ist der Bestand einiger für die Urheber\*innen unverzichtbarer VGs gefährdet. Daraus ergibt sich die Notwendigkeit einer nüchternen Kosten-Nutzungen-Rechnung.

Obwohl eine Verleger-Beteiligung an ges. Vergütungen aus Urhebersicht keineswegs unumstritten ist, überwiegen bei sorgfältiger Abwägung klar die Vorteile des Bestandsschutzes für die existierenden VGs. Bildlich gesprochen: Es geht um

1. die Rettung und
2. die Größe der zu verteilenden Torte; erst wenn diese gerettet ist, kann um die Größe ihrer Stücke sinnvoll gestritten werden.

Sollte ein Beteiligungsanspruch für Verleger geschaffen werden, würden wir diesen Schritt nur unter der Bedingung unterstützen, dass dieser Beteiligungsanspruch allein durch eine VG wahrgenommen werden kann, in welcher Urheber und Verleger gemeinsam repräsentiert sind.

Ferner möchten wir darauf hinweisen, dass sich die Teilbranchen stark unterscheiden. So sind bspw. die Musikverlage tendenziell weniger auf gesetzliche Vergütungsansprüche angewiesen als Buchverlage. Ebenso unterscheiden sich die Aufgaben der Verlage in der Arbeitsteilung zwischen Verlag und Urheber sowohl zwischen den Teilbranchen als auch innerhalb stark. Aus unserer Sicht ist es wichtig, Urheber im Vertragsrecht zu stärken, etwa gegen Zwangsinverlagnahme (d. h. Auftragsvergabe nur gegen Verlagsbeteiligung), nicht jedoch die für die Mehrzahl der Urheber wichtige Infrastruktur der Verlage oder gar Verwertungsgesellschaften zu schwächen.

Weiterhin schlagen wir eine sachdienliche Differenzierung des Verwertungsgesellschaftengesetzes VGG vor. Die bestehende deutsche Rechtslage (§ 27a VGG), dass Verlage an gesetzlichen Vergütungsansprüchen verteilungsplanwirksam erst beteiligt werden können, wenn das Werk veröffentlicht oder bei der Verwertungsgesellschaft registriert wurde, ist für Verwertungsgesellschaften, die überwiegend die Zweitrechte wahrnimmt wie bspw. die VG Wort relativ unproblematisch. Für andere Verwertungsgesellschaften, die überwiegend Erstrechte, aber auch in signifikantem Umfang Zweitrechte wahrnehmen, wie bspw. die GEMA oder die VG Bildkunst ist die Rechtslage hingegen unnötig bürokratisch und praxisuntauglich.

Eine der zentralen Verlagsaufgaben im Musikbereich ist bspw. die Werkanmeldung bei der GEMA, diese ist jedoch nunmehr erst nach Rechteübertragung möglich. Folglich müssen über nichtveröffentlichte Werke zwischen Urheber und Verlag zwei zeitlich getrennte Vereinbarungen geschlossen werden und auch die Registrierung bei den Verwertungsgesellschaften in mehreren Schritten erfolgen bzw. durch ein aufwendiges Bestätigungsverfahren begleitet werden, wenn die betroffenen Verwertungsgesellschaften ihren Verteilungsplan anwenden wollen. Eine Registrierung erst nach mechanischer Werkveröffentlichung ist keine Alternative, da sie wiederum die Gefahr von Ausfällen von Tantiemen aus vorgelagerten Nutzungshandlungen (Erstrechtevergabe) birgt.

Wir fordern im Sinne des Artikels 16 der DSM-Richtlinie eine Änderung des § 27a VGG dahingehend, dass gegenüber Verwertungsgesellschaften mit signifikantem Wahrnehmungsmandat für Erstrechtevergabe die Zustimmung des Urhebers zur Verlegerbeteiligung an gesetzlichen Vergütungsansprüchen bereits mit der Rechteübertragung an den Verlag erfolgen darf.

#### **4.7 Artikel 17: Nutzung geschützter Inhalte durch Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten**

Die Urheberrechtsaktivisten unserer Gruppe haben seit spätestens 2012 für ein Konzept geworben, nach dem UGC-/UUC-Plattformen nach der Art des Rundfunks verpflichtend pauschal und umfassend lizenzieren sollen, womit nicht nur eine nutzungsbasierte angemessene Vergütung der Rechteinhaber gewährleistet würde, sondern auch eine weitgehende Rechtssicherheit für die (Privat-)Nutzer bzw. (Privat-)Uploader der Plattform. Die Idee dahinter: Lizenzierung / Vergütung pflichtig machen; das Recht um die Nutzer herumführen, um Friktionen zu vermeiden und die Folgen von Überforderung zu minimieren und so die fraglichen Plattformen zu legalen öffentlichen Räumen voller Möglichkeiten (Kultur, Teilhabe, Meinungsäußerung etc.) zu machen. So würde gleichzeitig der Markt für digitale kulturelle und Mediengüter wiederhergestellt bzw. die Voraussetzung dafür geschaffen; derzeit müssen alle rechtskonform lizenzierenden Unternehmen im Inholdmarkt gegen marktbeherrschende Anbieter mit annähernd null Grenzkosten antreten, die sich zudem unter Bezugnahme auf die Providerprivilegierung der e-Commerce-RL jeder verbindlichen Verantwortungsübernahme entziehen – ein Wettbewerb, der nicht zu gewinnen ist. „Wer sich an die Regeln hält, verliert.“<sup>71</sup>

Art. 17 wirkt in seiner Mischung aus Lizenzierungs-Anreiz und Stärkung der (Privat-)User wie eine Ausarbeitung unserer Überlegungen; es darf angesichts der überaus erregten und vielfach hinsichtlich der Grundlagen und Prinzipien des urheberrechtlichen Lizenzmarkts uninformatierten

<sup>71</sup> Schrems, <http://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/facebook-klaeger-max-schrems-wer-sich-an-die-gesetze-haelt-verliert/11607808.html>

Debatte nicht aus dem Blick geraten, dass die vorgesehene Lizenzierung das zentrale Instrument jedes Lösungsansatzes zum Umgang mit dem VALUE GAP ist. Wir begrüßen und unterstützen ausdrücklich jeden Umsetzungsansatz, der in diesem Sinne kulturell und gesellschaftlich nachhaltig und vielfaltsfördernd konzipiert ist. Wir wünschen uns eine Umsetzung der RL, die umsichtig, klug, beherrscht und selbstbewusst gestaltend die Interessen aller Beteiligten im Blick behält, ohne dabei die existenzielle Notwendigkeit eines starken Urheberrechts für die Urheber\*innen und ihre symbiotischen Partner aus dem Blick zu verlieren. Selbstverständlich lehnen wir als Künstler\*innen und Kulturschaffende Einschränkungen der Meinungsfreiheit ab, sehen diese allerdings durch die DSM-RL nicht gefährdet.

Unser dringender Appell geht dahin, den unverzichtbaren Diskurs über die Instrumente der Umsetzung nicht anhand angstinduzierender und inhaltlich verkürzender #Kampfbegriffe zu führen, sondern ernsthaft, dialogisch und auf Basis einer gemeinsamen Zukunftsorientierung, in der Digitales und Kultur, Bürgerrechte und Urheberpersönlichkeitsrechte usw. nicht als unvereinbare Sphären gedacht werden.

Mit Lippenbekenntnissen zur „fairen Vergütung“ von Künstler\*innen könnten wir ganze Stadtteile tapezieren. Sie werden kein Problem lösen, solange sie nicht mit einer Haltung verbunden sind, die die vermeintlich solitären Existenznöte von Kultur und Medien in größere Zusammenhänge einordnet und welche Entscheidungen, Eingriffe, Veränderungen grundsätzlich ermöglicht und deren nachhaltige und vielfaltssichernde Gestaltung befördert.

In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass Art. 17 nicht nur Overblocking, die Identifikation einzelner Nutzer, die Erhebung personenbezogener Daten sowie eine generelle Überwachung untersagt, sondern auch den (Privat-)Usern erstmals eine einklagbare Rechtsposition gegenüber den Plattformen einräumt – wohlgermerkt als Teil einer urheberrechtlichen Regelung. Dass technologische Mittel der Inheldetektion auf inhalteverwertenden Plattformen jeder Art unverzichtbar sein werden, ergibt sich dabei gar nicht aus Art. 17, sondern aus den Vorgaben der RL zur angemessenen Vergütung (Art. 18) und zur Transparenzpflicht von Verwertern (Art. 19), denn es steht die entscheidende Frage im Raum, wie die von den Plattformen pauschal entrichteten Lizenz- und Nutzungsvergütungen nutzungs basiert den Berechtigten zugeordnet werden sollen, wenn nicht auf Basis einer Beobachtung von Art & Umfang der Nutzung. Dass das nicht das Mindeste mit Überwachung oder gar einer Einschränkung der Meinungsfreiheit zu tun hat, liegt auf der Hand.

Da sich aber durch umfassende Lizenzierung die Filterungsnotwendigkeiten auf exakt das Niveau begrenzen lassen, das zur Zeit bereits existiert (Notice and Take/Stay Down; Haftung ab Kenntnis), sollte die Lizenzierung bei allen Umsetzungsplänen priorisiert werden.

Dabei ist im Sinne der mit der DSM-RL verbundenen Absichten zu gewährleisten, dass Urheber\*innen und ausübende Künstler\*innen

1. in jedem Fall und
2. unmittelbar, d. h. in Form von Direktvergütungsansprüchen an den Umsätzen der Plattformbetreiber zu beteiligen sind (vgl. Initiative Urheberrecht).

Auf die Notwendigkeit der Anpassung einzelner im dt. Recht bestehender und überholter Regelungen (etwa die Übertragungsvermutungen der § 89 Abs. 1 und 2, sowie § 92 Abs. 1 und 2 UrhG) weist die Initiative Urheberrecht in ihrer Stellungnahme hin – diesen Forderungen schließen wir uns an.

Darüber hinaus wünschen wir, dass die Haftung auf Schadensersatz für die von Art. 17 betroffenen Plattformen dem Erfordernis eines Verschuldens, wie derzeit in § 97 Abs. 2 UrhG geregelt,



entzogen wird. Anders als von *Wandtke / Hauck*<sup>72</sup> vorgeschlagen, sollte hier eher ein Modell einer verschuldensunabhängigen Gefährdungshaftung mit Exkulpationsmöglichkeit gewählt werden. Denn im Gegensatz zum Verkehrsrecht, wo dieses System einst zu Haftungslücken geführt hatte, wäre hier die Unabwendbarkeit des Uploads (und damit des möglichen Schadenseintritts) trotz „best Effort“ ein der Richtlinie entsprechender Befreiungstatbestand. Bedenkt man, dass bei der Berechnung der Schadenshöhe über eine Lizenzanalogie hinaus der Geschädigte die volle Beweislast trägt, ist auch nicht zu erkennen, wieso ein solches Modell nicht interessengerecht sein sollte. Die verschuldensunabhängige Gefährdungshaftung würde dogmatische Fragen, wie von *Wandtke / Hauck* mit einer „Verschuldensvermutung“ oder „fingierter Kenntnis“ adressiert, überhaupt nicht aufwerfen. Die von *Wandtke / Hauck*<sup>73</sup>) als Pflichten gegen sich selbst bezeichneten Maßnahmen, sind rechtlich gesehen Obliegenheiten der Plattformbetreiber, die dem Haftungsprivileg dienen.

An allen durch die DSM-RL vorgesehenen oder sich aus ihrer nationalen Umsetzung ergebenden Gremien, an sämtlichen Beteiligungs- und Mitwirkungsformaten und -institutionen sind die Urheber\*innen sowie ihre Partner neben den VGs verbindlich und vollumfänglich zu beteiligen. Dies gilt gleichermaßen für etwaige Schiedsstellen o.ä. im Rahmen der vorgesehenen Beschwerdemechanismen wie auch für Gremien für die Selbstregulierung o.ä.

Im Falle der Einrichtung von Gremien zur Umsetzung eines Beschwerdemechanismus müssen die Urheber\*innen vertreten sein.

Eine Einbindung der Urheber\*innen und Leistungsschutzberechtigten ist schon deshalb unerlässlich, weil nur sie Aspekte des Urheberpersönlichkeitsrechts vollumfänglich handhaben können; ein Aspekt, der in der Debatte gerne vollständig ausgeklammert wird. Da es sich bei den fraglichen Plattformen um Videoplattformen handelt, gibt es dort keinen Ton Musik und kein einziges Wort ohne Bild – laut geltendem dt. Urheberrecht aber ist die Verbindung von Musik oder Wort mit Bildern eine genehmigungspflichtige Bearbeitung („Filmherstellungsrecht“). In jedem einzelnen dieser Fälle sind also persönliche Interessen der Betroffenen tangiert, die jenseits eines Vergütungsanspruchs liegen.

Schlussendlich sei darauf hingewiesen, dass Artikel 17 Abs. 3 Uabs. 1 eine binnendifferenzierte Betrachtung der regulierten Dienstleistungen erforderlich macht. Dienstleister, die hybride Dienstleistungen anbieten, die in Teilen die Kriterien erfüllen, um unter die Richtlinie zu fallen, müssen auch nur bezüglich dieses Teils der Dienstleistung entsprechend der Richtlinie behandelt werden, dies aber zwingend. Vor diesem Hintergrund fordern wir eine gesetzliche Klarstellung, dass der Betrieb von reinen Diskussionsforen nicht von den Regulierungen der Richtlinie erfasst wird, jedoch sehr wohl Social-Media-Angebote wie Facebook etc., deren Geschäftsmodell auf Kommunikation der User einschließlich der Verbreitung von UGC abstellt, auch wenn diese in Teilen ähnlich wie Diskussionsforen konzipiert sind. Die Umsetzung der Richtlinie darf keine neuen Regelungslücken schaffen, die es Dienstleistern erneut ermöglichen, Inhalte unlizenziiert zu nutzen, indem systematisch die User als lizenzpflichtig vorgeschoben werden.

#### 4.8 Artikel 18–23: Urhebervertragsrechtliche Regelungen

Wir sind begeistert davon, dass mit Geltung der RL ein Anspruch auf angemessene Vergütung europaweite Geltung haben wird. Das wird nach unserer Überzeugung aktuell um sich greifende „Cherry Picking“-Praktiken ausbremsen, wenn nicht verunmöglichen. Für viele unserer europäischen Kolleg\*innen bedeutet Artikel 18 einen fundamentalen Paradigmenwechsel: heraus aus im Kern feudalistischen Verhältnissen.

---

<sup>72</sup>ZUM 2019, 627

<sup>73</sup>a. a. O. Rnr. 68

Neue Schrankenregelungen, welche im Zuge der RL-Umsetzung in Betracht gezogen werden könnten, lehnen wir ab, nicht ohne auf folgenden Grundsatz zu pochen: Keine Schranke ohne Vergütung! Vergütungsfreie Schrankenregelungen widersprechen dem Anliegen der RL und gefährden im Übrigen die für Europa bedeutsamen Ertrags- und Beschäftigungspotenziale der Kultur wie der Kultur- und Kreativwirtschaft.

Grundsätzlich plädieren wir dafür, die RL weitestgehend harmonisiert umzusetzen. Silos behindern den Lizenzmarkt, Einzellösungen die Harmonisierungsabsicht. Gleichwohl sehen wir in einigen Punkten Klärungsbedarf und in anderen Luft nach oben ...

#### **4.9 Artikel 19: Transparenzpflicht**

Wir begrüßen nachdrücklich, dass das in Deutschland bereits etablierte und erprobte Prinzip einer verwerterischen Auskunftspflicht durch die RL europaweit festgeschrieben wird. Da Urheber\*innen mangels eines Anspruchs auf Arbeitsvergütung alleine und damit existenziell auf Lizenz- und Nutzungsvergütungen angewiesen sind, sind Informationen über Nutzungsarten und -umfänge für sie kein optionaler Firlefanz, sondern Geschäftsgrundlage. Der Anspruch auf Auskunft sollte so klar und verbindlich wie möglich gefasst werden. Und er sollte vom bürokratischen Aufwand her in beiderseitigem Interesse einfach und unaufwändig zu handhaben sein. Grenzziehungen wie Bemessungsgrenzen aufgrund mangelnden Nutzungsumfangs erkennen wir als pragmatische Entscheidungen an; in solchen Fällen wäre allerdings eine Mindestauskunft zum Status Quo, welches das Erreichen der Grenze belegt, notwendig. Jede solche Entscheidung muss gerichtlich – oder durch ein zu berufendes Gremium unter Beteiligung der Urheber\*innen – überprüfbar sein.

#### **4.10 Artikel 21: Alternative Streitbeilegungsverfahren**

Wir begrüßen den Ansatz, gerichtliche Auseinandersetzungen durch brancheninterne Vermittlung zu vermeiden. Entsprechende Regelungen können nicht ohne Beteiligung der Urheber\*innen etabliert werden; die Möglichkeit zum Anstoß von Verfahren reicht nicht aus.

## 5 Zusammenfassung

Die Auseinandersetzung um eine europäische urheberrechtliche Regulierung für das 21. Jahrhundert trägt zu Teilen recht offensichtlich die Wesenszüge eines Glaubenskrieges. Wo aber inständig geglaubt wird, könnte man meinen, man müsse nicht mehr sorgfältig argumentieren – und einander schon gar nicht länger zuhören.

Diese Stellungnahme ist der Versuch, sich in diesem diskursiven Feld so zu positionieren, dass dabei ein klares Bekenntnis zum Urheberrecht, zu dessen Schutz und Fortschreibung mit einer ernsthaften Betrachtung der Sorgen und Ängste viele Gegner der DSM-RL verbunden wird.

Die Autor\*innen dieser Stellungnahme kommen zu folgender Schlussbetrachtung:

- Eine regulatorische Anpassung bzw. Aktualisierung und Fortschreibung des Urheberrechts auf europäischer Ebene ist aus kulturellen wie wirtschaftlichen Gründen überfällig und dringend notwendig.
- Die damit verbundene Harmonisierung wird viele Medien- und Kulturschaffende in Europa erstmals mit einer Rechtsposition versehen, die ihnen die Durchsetzung verbindlicher Ansprüche ermöglicht.
- Zudem begünstigt sie die Entstehung bzw. Verstetigung eines europäischen Lizenzmarkts für kulturelle und mediale Güter.
- Durch die urheberrechtliche Plattformregulierung, konkreter durch die Definition der Plattformen als Verwerter wird
  - die lang anhaltende und folgenreiche Haftungsdiffusion im Lizenzmarkt beendet und so
  - der Markt für angemessen vergütete Lizenzen in Kultur und Medien wiederhergestellt.
- Der am intensivsten umkämpfte Artikel der DSM-RL, Artikel 17, ist als Anreizregulierung für Lizenzierungen zu verstehen; alle Schritte in Richtung Umsetzung der Richtlinie sollten diesen Aspekt klar priorisieren.
- Eine genauer Blick auf die aktuelle Lizenzierungs-Praxis wie auch eine sorgfältige Sichtung der juristischen Fachliteratur lässt keinerlei drastische Umbrüche infolge des Umsetzung von Artikel 17 absehen; insbesondere für Nutzer\*innen ist mit einer rechtlichen Besserstellung bei gleichzeitiger Aufrechterhaltung des faktischen aktuellen Status Quo auszugehen.
- Die Urheberrechtsrichtlinie sollte sinnvollerweise als ein konstitutives Element eines größeren Gesamtvorhabens zur Regulierung des Digitalen betrachtet werden. In ihr vermischen sich Aspekte der Kultur und des Markts, von Vergütung und Persönlichkeitsrecht – so wie sich in einer Gesamtschau Schutz, Ausbau und ggf. auch Begrenzung von Freiheiten, Zugangs- und Nutzungsrechten etc. als zu balancierende individuelle oder kollektive Ansprüche entgegenstehen. So gesehen ist das Urheberrecht ein idealer Ausgangspunkt für die Gestaltung des Digitalen, ist es doch dem Wesen nach ein Ausgleichsrecht mit individuellen wie kollektiven Geltungsbereichen.

## Literatur

- Becker*: Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können. „Upload-Filter“ und technische Rechtsdurchsetzung. ZUM 2019, 636
- Dreier*: Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission. GRUR 2019, 771.
- Di Fabio*: Urheberrecht und Kunstfreiheit unter digitalen Verwertungsbedingungen. München, C. H. Beck Verlag, 2018.
- Gerpott*: Artikel 17 der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie: Fluch oder Segen? Einordnung des Streits um Upload-Filter auf Online-Sharing-Plattformen. MMR 2019, 420
- Hofmann*: Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – „Much Ado About Nothing“? ZUM 2019, 617
- Kaesling*: Die EU-Urheberrechtsnovelle – der Untergang des Internets? JZ 2019, 586
- Nolte*: Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. „Value-Gap“-Debatte). ZUM 2017, 304
- Pravemann*: Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt. Eine Analyse der neuen europäischen Haftungsregelung für Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten. GRUR 2019, 783
- Senftleben*: Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur? ZUM 2019, 369
- Spindler*: Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere „Upload-Filter“ – Bittersweet? Analyse der Änderungen beim Text- und Datamining, Leistungsschutz für Presseerzeugnisse und Pflichtenkreis für Hostprovider. CR 2019, 277
- Suwelack*: Suwelack: Leistungsschutzrecht und Upload-Filter aus ökonomischer Perspektive. Werden die Reform-Vorschläge der EU-Kommission ihrem eigenen Legitimationsmodell gerecht? MMR 2018, 582
- Volkmann*: Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter: verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet? Zugleich ein konkreter Lösungsvorschlag zur „Quadratur des Kreises“ bei der nationalen Umsetzung von Art. 17 Urh-RL. CR 2019, 376
- Wandtke / Hauck*: Art. 17 DSM-Richtlinie – Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht. ZUM 2019, 627
- Weidert / Uhlenhut / von Lintig*: Kampf gegen Upload-Filter – Teil 2: Die neue Urheberrechtsrichtlinie. GRUR-Prax 2019, 295

## Unterzeichner\*innen

1. **Markus Hassold** (ass. jur.), Musiker, Musikproduzent, freischaffender Dozent (in beliebiger Reihenfolge)
2. **Matthias Hornschuh**, Komponist für Film/TV/Radio, Vorsitzender mediamusic e. V. berufsverband medienmusik, Mitglied im Aufsichtsrat der GEMA u. a. m.
3. **Winfried Hyronimus**, Tonmeister
4. **Stefan Herwig**, Artist & Repertoire Manager in der Musikwirtschaft, Autor, Netzpolitik-Experte
5. **Markus Rennhack**, Komponist, Textdichter, Musiker (Unloved), Diplom-Politologe
6. **Alexander Dommisch**, Komponist, Gitarrist, Labelinhaber, GEMA-Delegierter, VUT Regionalrat Ost
7. **Andrew Noah Cap**, Komponist mit Schwerpunkt Sinfonik und sinfonisches Blasorchester,
8. **Krischan Jan-Eric Wesenberg**, freier Musikproduzent & Komponist.
9. **Prof. Stefan Behrisch**, Komponist/Arrangeur und Professor für Komposition
10. **Tina Pepper**, Komponistin und Musikproduzentin
11. **Florian C. Scholz**, Hochschullehrer, Tonmeister (VdT), Labelinhaber, Musikproduzent, Komponist, Journalist/Autor
12. **Ulf J. Froitzheim**, freier Wirtschaftsjournalist, ehem. Verwaltungsratsmitglied VG Wort
13. **Lukas Hainer**, Songwriter/Textdichter sowie Autor von Kinder- und Jugendbüchern
14. **Ingo Andreas Bruns**, Vagabond Village, Künstlermanager, Konzertagent, Verleger
15. **Jasmin Adgezalov**, Komponistin, Textdichterin, Musikerin (Unloved)
16. **Emely Hedel**, Komponistin, Textdichterin, Musikerin (Dörte)
17. **Rajk Barthel**, Verlagsinhaber (Kick The Flame), ehemaliger Komponist und Musiker (Disillusion)
18. **Martin Haas**, Komponist und Musikproduzent
19. **Steve van Velvet**, Texter, Komponist, Produzent
20. **Louis Baccarolle**, Musiker, Hamburg
21. **Heike Rost**, Fotografin, Journalistin, Trainerin für Visuelle Kultur
22. **Micki Meuser**, Komponist, Produzent
23. **Korinna König**, Komponistin, Textdichterin, Sängerin (Canterra)
24. **Martin Gerke**, Komponist, Musikproduzent, Textdichter
25. **Thomas Elbel**, Schriftsteller, Professor für öffentliches Recht
26. **Derek von Krogh**, Komponist, Produzent. Musical Director
27. **Patricia Appleton**, Sängerin, Textdichterin, Komponistin
28. **Anselm Kreuzer**, Komponist und Label-Betreiber
29. **Lukas Schneider**, Musiker, Komponist, Podcaster
30. **Michelle Leonard**, Singer & Songwriter, Dozentin, Verlegerin
31. **Rolf Silber**, Autor / Regisseur
32. **Pauline Kingsbury**, Sound Designer
33. **Anne Kahnwald**, Autorin und Chefredaktion Cinema Musica
34. **Michel Birbæk**, Schriftsteller, Drehbuchautor, Kolumnist, Komponist, Speaker.
35. **Stephan Römer**, Komponist, Musikproduzent, Dipl.-Ing.
36. **Till Valentin Völger**, Synchronschauspieler, Jurist, Vorstandsmitglied im Bundesverband Schauspiel e.V. (BFFS)

## Ansprechpartner

Matthias Hornschuh  
mediamusic e.V. | berufsverband medienmusik  
Orrer Weg 22a, 50767 Köln  
Tel. +49-221-4203834  
E-Mail [matthias.hornschuh@mediamusic-ev.de](mailto:matthias.hornschuh@mediamusic-ev.de)

Winfried Hyronimus  
Neustadt 16, 32756 Detmold  
Tel. +49-5231-9439419  
E-Mail [winfried.hyronimus@c404.de](mailto:winfried.hyronimus@c404.de)