

# Stellungnahme zum Entwurf eines Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes\*

## Diskussionsentwurf zum Zweiten Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes

31. Juli 2020

Seite 1

Am 24. Juni 2020 veröffentlichte das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (im Folgenden „BMJV“) einen sogenannten Diskussionsentwurf („Entwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes“), mit dem es den zweiten Teil eines Regelungswerkes vorschlägt, um die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (Richtlinie (EU) 2019/790), im Folgenden „DSM-RL“) und die Online-SatKab-Richtlinie (Richtlinie (EU) 2019/789, im Folgenden „Online-SatKab-RL“) umzusetzen. Ein erster Teil wurde bereits im Januar 2020, ebenfalls als Diskussionsentwurf, vom BMJV veröffentlicht.<sup>1</sup>

Der aktuelle Entwurf enthält Regelungen zur Verantwortlichkeit von Plattformen (Art. 17, ehemals Art. 13 der DSM-RL), zu kollektiven Lizenzen mit erweiterter Wirkung und zu Anpassungen im Urhebervertragsrecht. Zudem beinhaltet er Regelungen zur Umsetzung der Online-SatKab-RL, mit der die Rechteklärung zur Weitersendung technologieneutral ausgestaltet und der grenzüberschreitende Zugang der europäischen Zivilgesellschaft zu Rundfunkinhalten verbessert werden soll. Darüber hinaus werden weitere Änderungen vorgeschlagen; u.a. eine neue gesetzliche Erlaubnis für Karikaturen, Parodien und Pastiches.

Im Folgenden kommentiert Bitkom ausschließlich die Vorschläge zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL, zu finden im Entwurf eines Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes (im Folgenden „UrhDaG-E“). Darüber hinaus verweisen wir auf weitere Stellungnahmen, die Bitkom im Zusammenhang mit diesem Diskussionsentwurf veröffentlicht hat:

- Stellungnahme zu den Regelungsvorschlägen im Urhebervertragsrecht (§§ 32ff UrhG-E)<sup>2</sup>,

\* Die Bitkom-Mitglieder DFL, Netflix und Sky tragen diese Bitkom-Stellungnahme aus übergeordneten Erwägungen nicht mit.

<sup>1</sup> Die Bitkom Stellungnahme zum Diskussionsentwurf, den das BMJV im Januar 2020 als „Teil 1“ vorgestellt hat, ist [hier](#) veröffentlicht.

<sup>2</sup> <https://www.bitkom.org/Themen/Politik-Recht/Urheberrecht/Facts-Figures-zur-EU-Urheberrechtsreform>.

Bitkom  
Bundesverband  
Informationswirtschaft,  
Telekommunikation  
und Neue Medien e.V.

**Judith Steinbrecher, LL.M.**

**Leiterin Recht**

T +49 30 27576-155

[j.steinbrecher@bitkom.org](mailto:j.steinbrecher@bitkom.org)

Albrechtstraße 10  
10117 Berlin

Präsident  
Achim Berg

Hauptgeschäftsführer  
Dr. Bernhard Rohleder

## Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines UrhDaG (Art. 17 DSM-RL)

Seite 2|15

- Stellungnahme zu den Regelungsvorschlägen zur Umsetzung der Online-SatKab-RL (§§ 20b ff und 87 UrhG-E)<sup>3</sup> und
- Stellungnahme zum gesamten Urheberrechtspaket (DSM-Richtlinie und Online-SatKab-RL) aus September 2019<sup>4</sup>.

### Allgemeine Vorbemerkung

Das BMJV setzt Art. 17 der DSM-RL zur Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen für die Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte im Internet als *lex specialis* in einem eigenen Stammgesetz, dem UrhDaG-E um. Bitkom begrüßt diese separate Umsetzung, da sie zum Ausdruck bringt, dass es sich um eine Sonderregelung handelt, nach der der Diensteanbieter einer Haftung für unrechtmäßige öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werken entgehen kann, in dem er bestimmte Sorgfaltspflichten beachtet. Auch ist in diesem neuen Stammgesetz zu erkennen, dass sich das BMJV um eine Ausgewogenheit bemüht, wie sie sie auch immer wieder in dem Eckpunktepapier zum Diskussionsentwurf zum Ausdruck bringt.

Das BMJV verletzt jedoch die Vorgaben aus der DSM-RL, in dem es den Diensteanbietern in § 4 UrhDaG-E einen Kontrahierungszwang auferlegt. Dies stellt eine Pflicht zum Rechteerwerb dar, die sich weder verfassungs- noch wettbewerbsrechtlich rechtfertigen lassen.

Auch die Kennzeichnungspflicht und das daran anknüpfende Prüf- und Beschwerdeverfahren nach §§ 8 und 12 UrhDaG-E widerspricht den Vorgaben der DSM-RL, in dem sie einer allgemeinen Überwachungspflicht gleich kommen. Bestehende Take-down-Prozesse werden ausgebremst, wenn nicht sogar unwirksam gemacht.

Im Folgenden werden die Regelungen in chronologischer Reihenfolge kommentiert, ohne damit eine Priorisierung der aus Sicht des Bitkom notwendigen Änderungen zu verknüpfen.

### § 1 Öffentliche Wiedergabe, Verantwortlichkeit

In § 1 (2) UrhDaG-E wird das best-effort-Prinzip von Art. 17 der DSM-RL festgelegt. Jegliche Pflichten des UrhDaG-E gelten nur in einem verhältnismäßigen Umfang. Auch wenn in

<sup>3</sup> <https://www.bitkom.org/Themen/Politik-Recht/Urheberrecht/Facts-Figures-zur-EU-Urheberrechtsreform>.

<sup>4</sup> <https://www.bitkom.org/Bitkom/Publikationen/Oeffentliche-Konsultation-zur-Umsetzung-der-EU-Richtlinien-im-Urheberrecht>.

## Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines UrhDaG (Art. 17 DSM-RL)

Seite 3|15

§ 1 (2) Nr. 1 bis 4 UrhDaG-E Kriterien genannt werden, nach denen die Verhältnismäßigkeit beurteilt werden kann, sollte hier noch stärker in der Gesetzesbegründung konkretisiert und Regelbeispiele genannt werden.

### § 2 Diensteanbieter, § 3 Nicht erfasste Dienste

Die § 2 und 3 UrhDaG-E definieren, welche Diensteanbieter in den Anwendungsbereich des UrhDaG-E fallen und welche nicht. Damit werden diese zum Kernstück des Gesetzes. Das UrhDaG-E löst derart komplexe und folgenreiche Sorgfaltspflichten aus, dass deutlich sein muss, welche Dienste unter den Anwendungsbereich fallen und welche nicht. Gerade in einem noch sehr jungen und sich stark entwickelnden Marktsegment ist dies von großer Bedeutung.

Wir begrüßen sehr, dass sich das BMJV offensichtlich bemüht, den Anwendungsbereich so eng wie möglich zu halten, und sich dort, wo erforderlich, eng an die Vorgaben der DSM-RL hält. Gleichwohl werfen §§ 2 und 3 UrhDaG-E noch viele Fragen auf, die wir an dieser Stelle adressieren möchten.

§ 2 Abs. 1 UrhDaG-E gibt vier Kriterien vor, die einen Diensteanbieter im Sinne des UrhDaG-E ausmachen:

Nr. 1 stellt darauf ab, dass als Hauptzweck ausschließlich oder zumindest auch verfolgt wird, eine große Menge an von Dritten hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Inhalten zu speichern und öffentlich zugänglich zu machen. Die DSM-RL spricht in diesem Kontext von „Hauptzweck bzw. einer der Hauptzwecke“. Auch in Erwägungsgrund 62 der DSM-RL heißt es „Hauptzweck ausschließlich oder unter anderen“. Die Formulierung im UrhDaG-E „Hauptzweck ausschließlich oder zumindest“ scheint das Gleiche zu meinen, aber losgelöst von der DSM-RL stellt sich die Frage, wie ein *Hauptzweck zumindest auch* einen Zweck verfolgen kann. Hier würden wir zur Vermeidung von Missverständnissen begrüßen, wenn die Formulierung der DSM-RL übernommen wird.

Nr. 2 und Nr. 3 erfordern ein Organisieren von nach dem Urheberrecht geschützten Inhalten im Sinne von Nr. 1 sowie das Bewerben dieser Inhalte zum Zwecke der Gewinnerzielung. Beide Kriterien werden auch von der DSM-RL vorgegeben (Art. 2 Nr. 6 DSM-RL), allerdings muss auch in der deutschen Umsetzung klargestellt werden, dass beides das Ziel haben muss, ein größeres Publikum anzuziehen (Erwägungsgrund 62). Auch muss im Wortlaut von § 2 Nr. 3 UrhDaG-E noch deutlicher werden, dass sich das Bewerben nur auf den konkreten Inhalt beziehen darf.

## Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines UrhDaG (Art. 17 DSM-RL)

Seite 4|15

Nr. 4 greift das Konkurrieren mit Online-Inhaltediensten um dieselben Zielgruppen als weiteres Kriterium auf, wie es auch Erwägungsgrund 62 der DSM-RL als Voraussetzung nennt („sollte sich nur auf Online-Dienste beziehen, die auf dem Markt für Online-Inhalte eine wichtige Rolle spielen, indem sie mit anderen Online-Inhaltediensten, wie Audio- und Video-Streamingdiensten, um dieselben Zielgruppen konkurrieren.“). Dies sollte sich im Gesetzeswortlaut direkt wiederfinden. Wie es auch Erwägungsgrund 1 der DSM-RL zu entnehmen ist, war das Regulierungsanliegen vor allem davon motiviert, Wettbewerbsverzerrungen zu verhindern. Deshalb halten wir es für dringend erforderlich, dieses Kriterium auch explizit in § 2 zu nennen.

Online-Inhaltedienste selbst sind nicht explizit im UrhDaG-E definiert. Wie sich aus der DSM-RL ergibt sind Online-Inhaltedienste Audio- und Videostreamingdienste, die ausschließlich eigens lizenzierte Inhalte anbieten. Dies sollte sich ebenfalls in dem UrhDaG-E wiederfinden. Zudem sollte die Gesetzesbegründung neben einer Definition auch eine – zumindest exemplarische Liste – von Diensten enthalten, die mit „Online-Inhaltediensten“ gemeint sind.

Um deutlich zu machen, dass „Online-Inhaltedienste“ keine Diensteanbieter im Sinne des UrhDaG-E sein können, schlagen wir in § 2 Nr. 4 UrhDaG-E neben dem oben erwähnten Änderungsbedarf folgende Formulierung vor:

**„zwar selbst keine Online-Inhaltedienste sind, aber mit Online-Inhaltediensten um dieselben Zielgruppen konkurrieren.“**

Ob ein Diensteanbieter mit einem Online-Inhaltedienst konkurriert, ließe sich nach dem Nachfragemarktkonzept des Wettbewerbsrechts bestimmen, d.h. danach, ob die Nutzer die Dienste für gegeneinander austauschbar halten.

§ 2 Abs. 2 und 10 Abs. 2 UrhDaG-E setzen die Ausnahmen für Startup-Diensteanbieter aus Art. 17 (6) DSM-RL um. Bitkom hat bereits bei den Verhandlungen in Brüssel und Berlin wiederholt kritisiert, dass die Grenze von 10 Millionen Euro jährlichem Umsatz und 3 Jahren Bestehen nicht ausreichen, um Startups einen wirksamen Schutz zu bieten.

§ 3 UrhDaG-E gibt entsprechend der Vorgaben in Art. 2 Nr. 6 der DSM-RL Regelbeispiele für Dienste, die nicht von dem Anwendungsbereich des Gesetzes erfasst sind. So werden in § 3 Nr. 5 UrhDaG-E auch „Online-Marktplätze“ erwähnt. „Online-Marktplätze“ sind in Erwägungsgrund 62 definiert als digitale Marktplätze, deren wichtigste Tätigkeit der Online-Einzelhandel und nicht die Gewährung von Zugang zu urheberrechtlich geschützten Inhalten ist. Dies entspricht dem klassischen E-Commerce und sollte entsprechend in der Gesetzesbegründung Erwähnung finden.

## Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines UrhDaG (Art. 17 DSM-RL)

Seite 5|15

Über diesen inhaltlichen Erwägungen hinausgehend möchten wir anregen, die §§ 2 und 3 an den Anfang des UrhDaG-E zu stellen, da sie den Anwendungsbereich des Gesetzes definieren und damit zentral für jede weitere Regelung in diesem Gesetz sind.

### § 4, Erwerb von vertraglichen Nutzungsrechten

Unter den erlaubten Nutzungen von Teil 2 des UrhDaG-E werden in § 4 UrhDaG-E zunächst die Nutzungen genannt, zu denen der Diensteanbieter alle Anstrengungen unternommen hat, vertragliche Nutzungsrechte für die öffentliche Wiedergabe und hierfür erforderliche Vervielfältigung zu erwerben.

Positiv hervorzuheben ist, dass sich das BMJV an dem in der DSM-RL verankerten best-effort-Prinzip orientiert, indem sich der Diensteanbieter nicht proaktiv an alle potentiellen Rechteinhaber wenden muss. Er muss lediglich mit denen verhandeln, die (1) als im Inland ansässige Verwertungsgesellschaft oder abhängige Verwertungseinrichtung Rechte treuhänderisch verwalten oder (2) dem Diensteanbieter ein Lizenzangebot unterbreiten. Die Gesetzesbegründung stellt darüber hinaus klar, dass der Diensteanbieter nicht aktiv nach Angeboten forschen muss. Nur so lässt sich diese Pflicht überhaupt erfüllen. Diese passive Rolle des Diensteanbieters jenseits von der Rechtklärung über Verwertungsgesellschaften sollte nicht nur wie bisher in der Gesetzesbegründung, sondern auch im Gesetzestext selbst deutlicher als bisher dargestellt werden.

Besonders kritisch bewerten wir den mit § 4 (1) Satz 2 UrhDaG-E statuierten einseitigen Kontrahierungszwang, mit dem das BMJV deutlich über die DSM-RL hinaus geht und mit dem dem best-effort-Prinzip klar widersprochen wird. Laut § 4 (1) Satz 2 UrhDaG-E sind erst dann alle Anstrengungen unternommen, wenn die Nutzungsrechte von den o.g. erworben werden. Ein solcher Kontrahierungszwang käme einer Pflicht gleich, Inhalte online zu stellen. Die DSM-RL gibt wiederholt vor, dass genau dies nicht Sinn und Zweck der Regelung ist. Vertragsfreiheit ist, wie auch sonst im Urheberrecht, eines der Grundprinzipien. Ein Kontrahierungszwang ließe sich auch verfassungs- und wettbewerbsrechtlich nicht rechtfertigen. Auch medienpolitischen Vorgaben widerspräche ein solcher Ansatz, denn auch dort spricht man sich bewusst dafür aus, dass es dem Dienst überlassen werden muss, zu entscheiden, welche Inhalte er zeigt und welche nicht (vgl. Begründung zu § 94 Medienstaatsvertrag).

Darüber hinaus bleibt in § 4 UrhDaG-E völlig offen, was im Sinne des UrhDaG-E angemessen ist und zu welchen Bedingungen die Nutzungsrechte erworben werden sollen. Auch bleibt unklar, was passiert, wenn sich die Parteien nicht zu angemessenen Bedingungen einigen.

## Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines UrhDaG (Art. 17 DSM-RL)

Seite 6|15

Richtlinienkonform muss es in § 4 (1) Satz 2 UrhDaG-E heißen:

„Der Diensteanbieter erfüllt diese Pflicht, sofern er **alle Anstrengungen unternimmt**, die Nutzungsrechte **zu erwerben erwirbt**, die ihm entweder angeboten werden oder die über eine [...] verfügbar sind.“

Das BMJV orientiert sich im Wortlaut von § 4 (1) UrhDaG-E mit dem Terminus „alle Anstrengungen“ an der offiziellen Übersetzung der DSM-RL. In der englischen Fassung ist von „best effort“ die Rede. Auch wenn das BMJV in der Gesetzesbegründung ausdrücklich darauf hinweist, dass mit „alle Anstrengungen“ nicht mehr zu verstehen ist als mit „best effort“, halten wir den Terminus für falsch. „Best effort“ sind „bestmögliche Anstrengungen“ und nicht „alle“.

Dass gemäß § 4 (2) Nr. 1 UrhDaG-E diese Anstrengungen nur für Werkarten vorgenommen werden sollen, die Nutzer des Diensteanbieters typischerweise hochladen, ist eine Einschränkung, die dringend notwendig ist, um den Aufwand der Diensteanbieter in das richtige Verhältnis zur Wertigkeit der öffentlichen Wiedergabe zu stellen. Es sollte klargestellt werden, was unter „typischerweise“ hochgeladenen Inhalten zu verstehen ist. Hier sollten Kriterien eingeführt werden, die auf objektiv-messbaren Kriterien basieren. Sinnvoll erscheint es auch hier, sich bei der Bewertung des typischen Inhalts an das Nachfragemarktkonzept anzulehnen; d.h. es kommt darauf an, ob ein verständiger Nutzer des Diensteanbieters den hochgeladenen Inhalt als „typisch“ für den jeweiligen Dienst ansehen würde. Das wäre der Fall, wenn er die Plattform gerade deswegen aufsucht, um diese Art von Inhalt zu konsumieren. Nur gelegentlich hochgeladen – als Gegenteil von typischerweise – wären demgegenüber Inhalte, die bei Nutzung des Dienstes auch konsumiert werden, die aber nicht die treibende Kraft sind, weswegen der Nutzer die Plattform aufsucht.

Ebenfalls im Interesse der Verhältnismäßigkeit soll sich der Diensteanbieter nur um Rechte von Rechteinhabern bemühen müssen, die ein repräsentatives Repertoire umfassen (§ 4 (2) Nr. 2 UrhDaG-E). Ein „relevantes Repertoire“ reicht hier nicht aus (vgl. Gesetzesbegründung, S. 86). Fraglich ist jedoch, was genau unter einem „repräsentativen Repertoire“ zu verstehen ist. Das BMJV erwähnt selbst in der Gesetzesbegründung, dass eine klare Grenzziehung unverzichtbar ist. Deshalb sollte sie diesen Terminus auch wenigstens in der Gesetzesbegründung anhand objektiv messbarer Kriterien näher konkretisiert. Denkbare Kriterien wären der übliche Lizenzwert des Repertoires, wie häufig ein Werk lizenziert wird oder andere Kriterien, anhand derer die Bedeutung des Repertoires gemessen werden kann. Vor dem Hintergrund, dass Diensteanbieter unbedingt zu vermeidender unzumutbarer Transaktionskosten nicht gezwungen sein sollten, unzählige einzelne Verträge mit kleinen Rechteinhabern zu schließen, sollte der

## Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines UrhDaG (Art. 17 DSM-RL)

Seite 7|15

Begriff „repräsentativ“ absolut in Bezug auf sämtliche verfügbaren Inhalte eines Genres bestimmt werden und nicht relativ zur Größe des jeweiligen Rechteinhabers und seines jeweiligen Gesamtrepertoires.

### § 6, maschinell überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen

§ 6 UrhDaG-E legt Grenzen fest, nach denen Filme/Laufbilder, Tonspuren, Texte und Lichtbilder oder Grafiken bis zu einem konkreten Umfang zulässig sind. Grundsätzlich begrüßt Bitkom jegliche Form der Ausnahme, mit dem Overblocking und einer Einschränkung der Meinungsfreiheit vorgebeugt wird und die sich maschinell umsetzen lässt. Gleichwohl bringt eine solche Ausnahme nicht nur rechtliche, sondern auch technische Probleme mit sich. Die Länge eines Inhalts, die Anzahl der Zeichen oder auch die Dateigröße sind keine Kennwerte, die alle Diensteanbieter ohne Probleme erkennen können.

In der Gesetzesbegründung wird darauf verwiesen, dass in der Musikwirtschaft 20 Sekunden „Hörproben“ üblich sind. Dies kann Bitkom so nicht bestätigen. 30 Sekunden sind eher üblich. Im Filmbereich ist eine Verfügbarkeit von beliebigen Ausschnitten gleich welcher Länge unüblich; Trailer werden nur in ganz bestimmter dedizierter Auswahl von Ausschnitten bereitgestellt, so dass aus deren Länge kein Rückschluss auf eine generelle Vertretbarkeit der Nutzung von Ausschnitten bestimmter Länge geschlossen werden kann. So dürften bei vielen Arten von Laufbildern, wie beispielsweise im Bereich der Sportrechte, aber auch bei entscheidenden Szenen von fiktionalen Inhalten, bereits wenige Sekunden unüblich sein, und deren Veröffentlichung könnte erheblichen wirtschaftlichen Schaden in der Verwertung bedeuten. Dies zeigt auf, dass sich in den einzelnen Werkarten keine starren Grenzen definieren lassen.

Auch bleibt in § 6 (1) UrhDaG-E und dessen Begründung unklar, was genau unter „nicht kommerzielle Zwecke“ zu verstehen ist und wie es dem Diensteanbieter gelingen soll entsprechendes zu verifizieren. In der Gesetzesbegründung (S. 88) wird angedeutet, dass Uploads von „kommerziellen Uploadern“ ausgeschlossen sind, d.h. kommerzielle Zwecke beim Uploader sind auszunehmen. Auf die kommerziellen Zwecke des Diensteanbieters kann nach Auffassung des Bitkom nicht abgestellt werden, denn dann würde § 6 als Ausnahme nahezu leer laufen. Wenn eine Vergütungspflicht für den Diensteanbieter besteht, wie sie § 7 (2) UrhDaG-E vorschreibt, dann muss auch dem Diensteanbieter zwangsläufig in irgendeiner Form eine Monetarisierung ermöglicht werden, damit diese Funktionalität für den Dienst Sinn macht.

## Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines UrhDaG (Art. 17 DSM-RL)

Seite 8|15

Auch die in § 7 (2) UrhDaG-E statuierte Vergütungspflicht für Nutzungen nach § 6 UrhDaG-E widerspricht, wie bereits oben zu § 4 UrhDaG-E dargelegt, dem Grundgedanken der Vertragsfreiheit und damit auch den Vorgaben aus der DSM-RL.

§ 6 UrhDaG-E stellt eine gesetzlich erlaubte Nutzung dar. Fraglich ist jedoch, wie diese gesetzliche Erlaubnis zu § 10 UrhDaG-E und der Sperrpflicht nicht erlaubter Nutzungen steht. Aus der Gesetzesbegründung (S. 88) geht hervor, dass man nicht davon ausgeht, dass diese Nutzung dem Primärmarkt schadet, so dass sich vermuten lässt, dass auch ein Recht zur Sperrung in diesem Fällen nicht besteht. Auch hierzu bedarf es einer Klarstellung.

### **§ 7 Direktvergütungsanspruch für vertragliche Nutzungen, angemessene Vergütung gesetzlich erlaubter Nutzungen**

§ 7 UrhDaG-E schreibt einen Direktvergütungsanspruch vor, der bei jeglicher Form der Vergütung für Urheber gelten soll, egal ob vertraglich oder gesetzlich begründet. Ein solcher Anspruch wurde zwar in die Verhandlungen zur DSM-RL immer wieder eingebracht, jedoch letztendlich nicht aufgenommen, d.h. das BMJV geht mit seinem Vorschlag über den Rahmen der DSM-RL hinaus.

Bitkom begrüßt es zwar, wenn Urheber kommerziell wie auch in ihren rechtlichen Ansprüchen gestärkt werden – insbesondere gegenüber ihren Vertragspartnern. Denn nur mit starken Urhebern können herausragende und vielfältige Inhalte geschaffen werden. Was jedoch erneut verkannt wird, obwohl diese Diskussion wie oben erwähnt auch schon in Brüssel intensiv geführt wurde, ist die Tatsache, dass ein solcher direkter Vergütungsanspruch bestehende Lizenzstrukturen massiv aufbricht sowie die Komplexität der Rechtklärung schon allein im Bereich Laufbild und Musik derart hochskaliert, dass der Urheber von diesem Anspruch nicht profitieren würde. Auch wird mit einem Direktvergütungsanspruch die Tatsache ignoriert, dass sowohl in der Film- als auch in der Musikwirtschaft viele Rechte nicht mehr national, sondern multiterritorial lizenziert werden. Dem Ziel, Transaktionskosten in der Rechtklärung so gering wie möglich zu halten und die Prozessabläufe in Europa bestmöglich zu harmonisieren, wird mit einem solchen Anspruch stark entgegengewirkt.

Der deutsche Gesetzgeber stellt heute schon durch ein effektives Urhebervertragsrecht einen starken Schutz für die Urheber sicher. Dies sollte Vorrang haben, anstatt hier in die etablierten und bewährten Marktstrukturen einzugreifen. § 32 UrhG gibt dem Urheber in Deutschland und seit der Reform nun auch in allen anderen EU-Mitgliedsstaaten bereits einen Anspruch auf angemessene Vergütung.



## Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines UrhDaG (Art. 17 DSM-RL)

Seite 9|15

Bei der Frage nach einem Direktvergütungsanspruch handelt es sich ausschließlich um eine Verteilungsfrage, die das Vergütungsvolumen drastisch um Transaktionskosten reduziert – mit anderen Worten, nicht nur die Diensteanbieter hätten diese zusätzlichen Transaktionskosten zu tragen, sondern auch die Urheber bzw. die sie vertretenden Verwertungsgesellschaften. Alleinige Profitträger eines solchen Direktvergütungsanspruchs sind die Verwertungsgesellschaften. Die kollektive Rechtswahrnehmung und die Verwertungsgesellschaften würde ein solcher Vergütungsanspruch stärken und ihnen auch Verhandlungsmacht gegenüber den eigenen Mitgliedern geben. Für die Urheber selbst wird sich das Vergütungsaufkommen aber ganz offensichtlich nicht ändern. Im Gegenteil besteht sogar die Gefahr, dass sich das Vergütungsaufkommen angesichts der hohen Transaktionskosten verschlechtert. Vor allem bringt er keinerlei Vorteile für die Urheber mit sich, die einen derartigen Eingriff in die Vertragsfreiheit rechtfertigen könnten. Zudem gibt es sehr erhebliche Unterschiede zwischen verschiedenen Branchen, wie Rechte für den Vertrieb lizenziert und geklärt werden; dies gilt insbesondere im Vergleich von Musikwerken und audiovisuellen Werken, gerade auch in Bezug auf eine kollektive Rechtswahrnehmung durch Verwertungsgesellschaften.

Der Direktvergütungsanspruch ist ein Versuch, den seit eh und je geführten Verteilungskrieg zwischen Verlagen, Labels, Produzenten oder Sendeunternehmen auf der einen und Urhebern auf der anderen Seite nun auf den Schultern der Diensteanbieter nach § 2 UrhDaG-E auszutragen. Es ist jedoch ein Trugschluss, dass diese Verteilungsfrage dort besser gelöst werden kann.

Auch führt ein solcher Direktvergütungsanspruch immer zu Doppelt- oder sogar Mehrfachvergütungen. Dieses Risiko wirkt sich zusätzlich nachteilig auf das Vergütungsvolumen im Ganzen aus, lässt sich aber nicht auflösen, weil die involvierten Rechte komplex sind und die Diensteanbieter nicht über die notwendigen Metadaten verfügen, um eine passende Verteilung vornehmen zu können.

Zudem ist der Verweis auf § 20b (2) UrhG in § 7 (1) UrhDaG-E nicht nachvollziehbar. Der Vergütungsanspruch in der Weitersendung von Fernsehprogrammen ist in der Systematik nicht vergleichbar und die Gründe, warum er dort 1998 eingeführt wurde, ist ein ganz anderer (siehe Begründung Regierungsentwurf BT-Drs. 13/4796 S. 10f.). Auch schließt er explizit Sendungen der Sendeunternehmen vom Vergütungsanspruch aus (§ 20b (1) Satz 2 UrhG).

## Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines UrhDaG (Art. 17 DSM-RL)

Seite 10|15

### § 8, Kennzeichnung erlaubter Nutzungen i.V.m. § 12, Sperrung und Entfernung bei Kennzeichnung als erlaubte Nutzung

Nach § 8 UrhDaG-E soll der Nutzer bei jedem Hochladen von Inhalten auf die gesetzlichen Erlaubnisse nach §§ 5 und 6 UrhDaG-E hingewiesen werden und es dem Nutzer ermöglichen, die Nutzung als vertraglich oder gesetzlich erlaubt zu kennzeichnen. Damit soll der Nutzer in seinen Rechten auf Meinungsäußerung gestärkt werden und ein Overblocking durch Diensteanbieter vermieden werden.

Auf den ersten Blick scheint es begrüßenswert, wenn so der Nutzer stärker in seiner Verantwortung beim Hochladen von Inhalten sensibilisiert wird.

Eine solche Kennzeichnung mit daran anknüpfendem Beschwerdeverfahren überschätzt aber nicht nur den Nutzer, sondern verlangsamt auch bestehende Take-Down-Prozesse immens. Dort wo bereits Kooperationen zwischen Diensteanbieter und Rechteinhaber existieren und Inhalte technisch erkannt und in kürzester Zeit geblockt werden, werden diese Prozesse ausgesetzt, bis das Beschwerdeverfahren nach § 12 UrhDaG-E abgeschlossen ist. Dies würde eine erhebliche Verschlechterung zum Status quo auch aus Perspektive der Rechteinhaber darstellen. Dem Diensteanbieter bürden §§ 8 und 12 UrhDaG-E einen immensen administrativen Aufwand auf, nicht nur um eine solche Kennzeichnung auf der Nutzeroberfläche zu implementieren, sondern vor allem, um die großen Massen an Beschwerdeverfahren zu administrieren. Darüber hinaus kommt die Prüfung der offensichtlichen Unzulässigkeit einer allgemeinen Überwachungspflicht gleich.

Der Diensteanbieter wäre wegen § 12 i.V.m. § 10 UrhDaG-E dazu verpflichtet, die gekennzeichneten Inhalte daraufhin zu überprüfen, ob sie nicht offensichtlich unzutreffend gekennzeichnet wurden. In diesen Fällen wäre das Sperrverbot nach § 8 (2) UrhDaG-E aufgehoben und würde gleichzeitig die Sperrverpflichtung nach § 10 UrhDaG-E greifen. Unter dem Anreiz, dass Inhalte dann (vorerst) nicht von den Diensteanbieter geblockt werden können, ist bereits vorprogrammiert, dass sehr viele Nutzer ihre Inhalte kennzeichnen. Hier wird auch nicht der Sanktionsmechanismus in § 19 (3) UrhDaG-E wirksam gegensteuern können. Damit kommt § 8 (2) UrhDaG-E aus Perspektive des Diensteanbieter dem generellen Überwachen eines Großteils der Uploads gleich – etwas, was auch in Art. 17 der DSM-RL ausdrücklich verboten wird.

Es bleibt auch äußerst unklar, was „offensichtlich unzutreffend“ bedeutet. Als einziges Kriterium wird in § 12 UrhDaG-E eine mindestens 90%-ige Übereinstimmung mit den vom Rechteinhaber zur Verfügung gestellten Informationen genannt. Dieses Kriterium kann vom Diensteanbieter nur dann überprüft werden, wenn er vom Rechteinhaber eine

## Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines UrhDaG (Art. 17 DSM-RL)

Seite 11|15

Referenzdatei erhält. Dies ist aber nur in wenigen Fällen gewährleistet. Deshalb sollte in § 12 UrhDaG-E noch klarer herausgestellt werden, dass die offensichtliche Unzulässigkeit nur dann von dem Diensteanbieter geprüft werden kann, wenn der Rechteinhaber dem Diensteanbieter entsprechende Informationen zur Verfügung stellt. Hier muss die Informationspflicht des Rechteinhabers aus §§ 10 und 11 UrhDaG-E genauso greifen.

Die Erfahrung zeigt, dass durchschnittliche Nutzer sehr schlecht Sachverhalte urheberrechtlich bewerten können, insbesondere wenn es darum geht, ob die Nutzung einer gesetzlichen Erlaubnis unterliegt oder nicht. Dies wird ihnen nun aber mit der Kennzeichnung zugemutet. Dies führt zu einem noch intensiveren Überprüfungsaufwand durch den Diensteanbieter und einem noch größeren Risiko, den Sperrpflichten aus § 10 UrhDaG-E nicht gerecht zu werden. Auch ist davon auszugehen, dass die Kennzeichnung von vielen Nutzern missbraucht wird, um ein Blocken der Inhalte (wenigstens für den Zeitraum von einer Woche) zu verhindern. Deshalb ist dringend erforderlich, die offensichtliche Unzulässigkeit nicht nur durch ein Regelbeispiel in § 12 UrhDaG-E zu umschreiben, sondern klare und hart überprüfbare Kriterien dafür vorzugeben. Anderenfalls wäre auch zu erwarten, dass sich der Streit, ob eine Urheberrechtsverletzung vorliegt oder nicht, nun nur verlagert auf die Frage, ob eine Kennzeichnung offensichtlich unzulässig war oder nicht.

Auch wird im UrhDaG-E nicht klargestellt, was jenseits eines möglichen Beschwerdeverfahrens nach § 14 UrhDaG-E und dem Unterlassungsanspruch nach § 19 (4) UrhDaG-E die Konsequenz gegenüber dem Nutzer ist, wenn der Diensteanbieter eine Kennzeichnung fälschlicherweise als offensichtlich unzulässig bewertet und den Inhalt sperrt, um einem Haftungsrisiko gegenüber dem Rechteinhaber zu entgehen.

Für die Wettbewerbsfähigkeit deutscher Diensteanbieter würde es auch einen Wettbewerbsnachteil darstellen oder aber den deutschen Markt als Markteintrittsland unattraktiv machen, wenn nur in Deutschland eine derartige Nutzeroberfläche zur Kennzeichnung geschaffen werden müsste.

### § 10, Sperrung nicht erlaubter Nutzungen

Wenn ein Werk nicht vertraglich zur Nutzung lizenziert ist, keine gesetzliche Erlaubnis zur Nutzung greift und der Nutzer den Inhalt auch nicht oder offensichtlich unzulässig gekennzeichnet hat, kann der Rechteinhaber von dem Diensteanbieter eine Sperrung des Werkes fordern (§ 10 UrhDaG-E). Dies steht jedoch unter der Bedingung, dass (1) der Rechteinhaber dem Diensteanbieter „die hierfür erforderlichen Informationen zur Verfügung stellt“ (§ 10 (1) UrhDaG-E), (2) dies den Maßgaben hoher branchenüblicher

## Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines UrhDaG (Art. 17 DSM-RL)

Seite 12|15

Standards entspricht (§ 1 (2) UrhDaG-E) und (3) die Sperrung verhältnismäßig ist (§ 1 (2) UrhDaG-E).

Bei kleinen Diensten i.S.d. § 7 (3) UrhDaG-E wird die Unverhältnismäßigkeit widerlegbar vermutet (§ 10 (3) UrhDaG-E). Dies ist zu begrüßen. Es muss im UrhDaG-E aber dringend klargestellt werden, was genau im Kontext der Sperrpflicht unter Verhältnismäßigkeit zu verstehen ist und unter welchen Voraussetzungen eine Sperrung als unverhältnismäßig abgelehnt werden kann. Insbesondere in Bezug auf § 1 Abs. 2 Nr. 4 (Kosten) sollten auch relative Wertmaßstäbe aufgenommen werden, um zu bestimmen unter welchen Voraussetzungen die Kosten der Sperrung noch verhältnismäßig sind. Als Maßstab für die Verhältnismäßigkeit könnte beispielsweise auf das Verhältnis der Kosten der Sperre zum Gesamtumsatz des Diensteanbieters abgestellt werden oder auf das Verhältnis der Kosten der Sperre zu den durchschnittlichen Lizenzgebühren, die mit Werken üblicherweise erzielt werden, die dem gesperrten vergleichbar sind. Begrüßenswert wäre es auch, wenn die Darlegungs- und Beweislast für die Verhältnismäßigkeit von Sperrmaßnahmen im Einklang mit der Rechtsprechung festgelegt würden und ein Anspruchsteller die primäre Darlegungslast sowie die Beweislast trüge (BGH GRUR 2008, 1097 Rn. 19 ff. – Namensklau im Internet).

Auch sollte die Terminologie angepasst werden. Sperren kommt einem Filtern gleich. Blocken entspricht viel eher dem, was auch politisch mit Art. 17 DSM-RL gewollt war, nämlich keine Filtertechnologien gesetzlich zu fordern und keine Überwachungspflichten einzuführen.

Klargestellt werden sollte zudem, welche Informationen genau vom Rechteinhaber bereitgestellt werden müssen, um die Sperre zu ermöglichen. Es könnten Beispiele der am häufigsten vorkommenden Werkarten aufgenommen werden, um zu klären, welche Art von Information geliefert werden muss und in welcher Form der Diensteanbieter die Informationen verlangen kann. Klargestellt werden muss dabei, dass die Information in einer Art zur Verfügung gestellt werden muss, dass eine automatisierte Verarbeitung möglich ist. Dabei sollte es dem Diensteanbieter auch erlaubt werden, bestimmte Formate zu verlangen (soweit sich diese im Rahmen von branchenüblichen Standards bewegen). Ferner sollte auch klargestellt werden, ob es genügt die Sperrung von Videos und Bildern nur aufgrund von Watermarks und Fingerprints vorzunehmen.

### § 11, Entfernung nichterlaubter Nutzungen

§ 11 UrhDaG-E setzt das bereits seit vielen Jahren praktizierte Notice-and-Take-Down-Verfahren um. Auch hier ist das oben zu § 10 UrhDaG-E erwähnte relevant. Die Entfernung muss verhältnismäßig sein und Maßgaben eines hohen branchenüblichen Standards im

## Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines UrhDaG (Art. 17 DSM-RL)

Seite 13|15

Sinne des § 1 (2) UrhDaG-E entsprechen. Diensteanbieter müssen die Flexibilität haben, selbst vorgeben zu können, welche automatisiert verwertbaren Informationen sie für die Umsetzung von § 11 UrhDaG-E benötigt.

### § 14, Internes Beschwerdeverfahren, und § 15, Externe Beschwerdestelle

§ 14 UrhDaG-E sieht ein Beschwerdeverfahren zwischen Nutzer und Rechteinhaber vor, das vom Diensteanbieter durchzuführen ist und in dem der Diensteanbieter innerhalb von 1 Woche entscheiden muss (§ 14 (4) Nr. 3 UrhDaG-E).

Damit werden Diensteanbieter nach § 2 UrhDaG-E zu Entscheidern urheberrechtlicher Streitigkeiten gemacht. Gleichzeitig werden sie für die Entscheidung, die sie treffen, haftbar gemacht (siehe dazu unten zu § 19 UrhDaG-E). Ein solches Haftungsrisiko werden die meisten Diensteanbieter nicht tragen können. Der Diensteanbieter wird in eine Klemme zwischen dem Anspruch der Rechteinhaber auf Sperrung oder Entfernung auf der einen Seite und dem Anspruch auf Unterlassung eines Overblocking auf der anderen Seite gedrängt. Der Diensteanbieter kann sich damit nur rechtmäßig und ohne Haftungsrisiko verhalten, wenn er eine 100% eindeutige, urheberrechtliche Bewertung vornimmt. Dies ist ein Anspruch, den kein Diensteanbieter erfüllen kann. Der Diensteanbieter wird gezwungen, sich entweder in die eine oder in die andere Richtung rechtswidrig zu verhalten.

Zudem ist der administrative Aufwand eines solchen Beschwerdeverfahrens immens hoch, wenn, wie zu erwarten ist, der Anteil an falschen Kennzeichnungen extrem hoch ist.

Es ist auch nicht zulässig, die Entscheidung im Beschwerdeverfahren und die damit anknüpfende Haftung an 7 Tagen bzw. 1 Woche festzumachen. Der Diensteanbieter hat nur zu einem geringfügigen Teil unter Kontrolle, wie schnell in solch einem Beschwerdeverfahren entschieden werden kann. Wenigstens muss der Diensteanbieter dieses Risiko an Nutzer und Rechteinhaber in Form eines Anspruchverzichts abtreten können, wenn diese nicht schnell genug die für eine Entscheidung notwendigen Informationen liefern. Urheberrechtliche Streitigkeiten sind in der Regel komplexe Fragestellungen, die nur unter Mitwirkung der Rechteinhaber entschieden werden können. Auch wenn die Rechteinhaber einen Anreiz haben, dass schnell entschieden wird und der Inhalt gesperrt wird, so ist 1 Woche aus operativer Sicht als Frist völlig unrealistisch.

## Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines UrhDaG (Art. 17 DSM-RL)

Seite 14|15

### § 16, Verantwortlichkeit bei Kennzeichnung als erlaubte Nutzung

§ 16 UrhDaG-E stellt den Diensteanbieter von der Haftung frei, bis (1) das Beschwerdeverfahren nach § 14 UrhDaG-E entschieden ist oder (2) die vorgegebene Frist von 1 Woche (§ 14 (4) Nr. 3 UrhDaG-E) verstrichen ist.

In § 16 sollte klargestellt werden, dass die Verantwortlichkeit nur dann wieder auflebt, wenn das Beschwerdeverfahren abgeschlossen ist *und* als dessen Ergebnis feststeht, dass die Kennzeichnung als erlaubte Nutzung falsch war. Zudem sollte klargestellt werden, dass die Verantwortlichkeit nur für die Zukunft (ab Abschluss des Beschwerdeverfahrens), nicht aber für die Zeit davor gilt.

### § 19, Maßnahmen gegen Missbrauch

§ 19 UrhDaG-E sieht für Rechteinhaber, Diensteanbieter wie Nutzer Sanktionen vor, um einen Missbrauch der im UrhDaG-E statuierten Rechte und Pflichten vorzubeugen.

Nutzer sollen nach § 19 (3) UrhDaG-E von der Möglichkeit der Kennzeichnung ausgeschlossen werden, wenn sie wiederholt fälschlicherweise Inhalte als erlaubt kennzeichnen. Es ist nicht zu erwarten, dass diese Sanktionsandrohung eine präventive Wirkung hat. Hingegen führt dieser Sanktionsmechanismus lediglich zu weiterem administrativem Aufwand beim Diensteanbieter und unnötig zu speichernden Informationen. Denn nur unter Speicherung der entsprechenden Vorgänge und personenbezogener Daten kann der Diensteanbieter auch feststellen, ob der Nutzer wiederholt die Kennzeichnung missbraucht hat.

Mit einem Unterlassungsanspruch für Nutzerverbände (§ 19 (4) UrhDaG-E) setzt der Gesetzgeber deutsche Diensteanbieter in eine Klemme zwischen dem Anspruch der Rechteinhaber auf Sperrung oder Entfernung auf der einen Seite und dem Anspruch auf Unterlassung eines Overblocking auf der anderen Seite. Der Diensteanbieter kann sich damit nur rechtmäßig und ohne Haftungsrisiko verhalten, wenn er eine 100% eindeutige, urheberrechtliche Bewertung vornimmt. Dies ist ein Anspruch, den kein Diensteanbieter erfüllen kann. Der Diensteanbieter wird gezwungen, sich entweder in die eine oder in die andere Richtung rechtswidrig zu verhalten.

Auch ist schon nicht nachvollziehbar, wann ein Unterlassungsanspruch für Nutzerverbände greifen soll (§ 19 (4) UrhDaG-E). Es wird nicht klargestellt, dass die Anforderung an eine Wiederholung nur im Verhältnis zur in Summe gekennzeichneten Inhalten bewertet werden kann.

## Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines UrhDaG (Art. 17 DSM-RL)

Seite 15|15

### § 20, Auskunftsrechte

§ 20 (1) UrhDaG-E sieht ein Auskunftsrecht des Rechteinhabers gegenüber dem Diensteanbieter vor. Lediglich in der Gesetzesbegründung (S. 97) wird darauf hingewiesen, dass das Auskunftsrecht nicht über den Anspruch von Verwertungsgesellschaften gegenüber Nutzern nach § 41 VGG hinausgehen darf. Dies ist nicht ausreichend. Im Gesetzestext bedarf es einer deutlichen Klarstellung, dass es nicht zu einem unangemessen hohen Aufwand kommen darf. Auch sollte eine Auskunft nicht häufiger als halbjährlich erteilt werden müssen. Wenigstens sollte auf branchenübliche Standards verwiesen werden. Darüber hinaus bedarf es einer klaren Abgrenzung zu § 32d UrhG-E, der nicht ein *Auskunftsrecht* (Auskunft nach Aufforderung), sondern eine *Auskunftsspflicht* vorsieht.

Bitkom vertritt mehr als 2.700 Unternehmen der digitalen Wirtschaft, davon gut 2.000 Direktmitglieder. Sie erzielen allein mit IT- und Telekommunikationsleistungen jährlich Umsätze von 190 Milliarden Euro, darunter Exporte in Höhe von 50 Milliarden Euro. Die Bitkom-Mitglieder beschäftigen in Deutschland mehr als 2 Millionen Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter. Zu den Mitgliedern zählen mehr als 1.000 Mittelständler, über 500 Startups und nahezu alle Global Player. Sie bieten Software, IT-Services, Telekommunikations- oder Internetdienste an, stellen Geräte und Bauteile her, sind im Bereich der digitalen Medien tätig oder in anderer Weise Teil der digitalen Wirtschaft. 80 Prozent der Unternehmen haben ihren Hauptsitz in Deutschland, jeweils 8 Prozent kommen aus Europa und den USA, 4 Prozent aus anderen Regionen. Bitkom fördert und treibt die digitale Transformation der deutschen Wirtschaft und setzt sich für eine breite gesellschaftliche Teilhabe an den digitalen Entwicklungen ein. Ziel ist es, Deutschland zu einem weltweit führenden Digitalstandort zu machen.