



## Gesetz über die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz – UrhDaG)

### Stellungnahme zum Referentenentwurf vom 2. September 2020

Reto M. Hilty\*, Ansgar Kaiser\*\*, Valentina Moscon\*\*\*,  
Heiko Richter\*\*\*, Aaron Stumpf\*\*, Moritz Sutterer\*\*

Das **Max-Planck-Institut für Innovation und Wettbewerb** ist ein Forschungsinstitut der Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften. Im Mittelpunkt der Forschung am Institut stehen die Erforschung von Innovations- und Wettbewerbsprozessen sowie die Erarbeitung von Vorschlägen für die Gestaltung der Rahmenbedingungen für diese Prozesse. Die Forschungsfragen werden in einer rechtswissenschaftlichen und einer wirtschaftswissenschaftlichen Abteilung untersucht.

Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat mit Schreiben vom 13. Oktober 2020 darum gebeten, **zum Referentenentwurf für ein Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes** (Stand: 2. September 2020) Stellung zu nehmen. Der Referentenentwurf setzt die Richtlinie (EU) 2019/790 über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL) sowie die Online-SatCab-Richtlinie (EU) 2019/789 um.

Die Stellungnahme konzentriert sich auf die Vorschläge zum **Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG-E)**. Dieses soll Art. 17 DSM-RL in deutsches Recht umsetzen und regelt die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Diensteanbietern (Upload-Plattformen). Soweit diese Stellungnahme die Reform von § 63a UrhG anspricht, geschieht dies im Kontext der Vergütungspflicht für gesetzlich erlaubte Nutzungen nach § 7 UrhDaG-E, ohne dass hier auf § 63a UrhG im Einzelnen eingegangen werden kann.

#### A. Zusammenfassung der Position

1. Die Umsetzung der Vorgaben des Art. 17 DSM-RL in einem **eigenständigen Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG)** ist **zu begrüßen**. Sie erlaubt es, auf die komplexen und unterschiedlichen Interessen bei einer täterrechtlichen Haftung von Diensteanbietern angemessen einzugehen.

---

\* Prof. Dr. Dr. h.c., Direktor am MPI für Innovation und Wettbewerb, München.

\*\* Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am MPI für Innovation und Wettbewerb, München.

\*\*\* Dr., wissenschaftliche(r) Referent(in) am MPI für Innovation und Wettbewerb, München.

2. Dabei beschreitet der Referentenentwurf mit innovativen Vorschlägen einen Weg, der grundsätzlich geeignet ist, den notwendigen **urheberrechtlichen Interessenausgleich** bei der Verbreitung urheberrechtlicher Inhalte über Diensteanbieter herzustellen. Von besonderer Bedeutung sind hierbei der **Lizenzmechanismus in § 4 UrhDaG-E**, die **Vergütungspflicht von Pastiche** in § 5 UrhDaG-E sowie die **Zulässigkeit von geringfügigen Nutzungen in § 6 UrhDaG-E**.
3. **§ 4 UrhDaG-E** gestaltet die Handlungsanforderungen an Diensteanbieter und Rechteinhaber bei der Lizenzierung im Prinzip sinnvoll aus. Er kann sich somit positiv auf den Lizenzmarkt auswirken. Allerdings führt § 4 Abs. 2 UrhDaG-E im Falle der Lizenzierung von individuellen Rechteinhabern zu Unsicherheiten und sollte daher mindestens in der Gesetzesbegründung präzisiert werden. Entscheidend ist, wer das Risiko der Unsicherheit über die Erfüllung der in § 4 Abs. 2 UrhDaG-E genannten Voraussetzungen an die Nutzungsrechte trägt. Zudem sollte das Kriterium der „Erheblichkeit“ gemäß § 4 Abs. 2 Nr. 2 UrhDaG-E näher konkretisiert werden. Schließlich sollten Kriterien zur Bestimmung der „Angemessenheit“ nach § 4 Abs. 2 Nr. 4 UrhDaG-E geklärt werden.
4. Es ist zu begrüßen, dass der Referentenentwurf mit **§ 5 UrhDaG-E** die Anwendbarkeit der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen für den Regelungsbereich des UrhDaG vorsieht. Bedenken bestehen allerdings bei drei Regelungaspekten:

Erstens sollte vor dem Hintergrund einer missverständlichen Bezugnahme auf die maschinelle Überprüfbarkeit der Nutzungen im Titel von deren Erwähnung abgesehen werden. Zweitens bestehen Bedenken hinsichtlich der Vergütungsregelungen. Zwar ist es begrüßenswert, dass der Referentenentwurf durch gesetzliche Vergütungsregeln einen angemessenen Ausgleich zwischen Rechteinhabern und Diensteanbietern anstrebt. Allerdings beziehen sich diese lediglich auf den Pastiche. Angesichts der Funktionslogik des UrhDaG-E und der besonderen Interessenlage zwischen Diensteanbietern, Rechteinhabern und Nutzern sowie zu erwartender Abgrenzungsprobleme sprechen gute Gründe für die Vergütung sämtlicher Nutzungen nach § 5 UrhDaG-E durch den Diensteanbieter. Drittens wäre es im Sinne der Rechtsklarheit sinnvoll, in § 7 Abs. 2 UrhDaG-E ausdrücklich auf die Anwendbarkeit von § 63a UrhGE – in modifizierter Fassung – zu verweisen, um sicherzustellen, dass auch Verleger an der Vergütung beteiligt werden.

5. Die Berücksichtigung von geringfügigen Nutzungen in **§ 6 UrhDaG-E** dient der Umsetzung mehrerer in Art. 17 DSM-RL verankerter Prinzipien. Das betrifft namentlich den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Art. 17 Abs. 5 DSM-RL, das Verbot des Overblockings in Art. 17 Abs. 7 UA 1 DSM-RL sowie das Verbot der allgemeinen Überwachung in Art. 17 Abs. 8 DSM-RL. Die Zielsetzung, geringfügige Nutzungen im Haftungsregime zu privilegieren, ist

daher zu begrüßen. Aufgrund bestehender Zweifel an der Unionsrechtskonformität der Ausgestaltung als De-minimis-Schranke, sollte eine gesetzliche Regelung dieses Ziel jedoch auf andere Weise umsetzen. Konkret bietet sich eine Anknüpfung an die Pflichten zur Lizenzierung (§ 4 UrhDaG-E), zur Sperrung (§ 10 UrhDaG-E) und zur Entfernung (§ 11 UrhDaG-E) an. § 4 UrhDaG-E berücksichtigt geringfügige Nutzungen schon in hinreichendem Maße. Sinnvoll wäre es aber, das Kriterium der „Erheblichkeit“ in § 4 Abs. 2 Nr. 2 UrhDaG-E nicht ausschließlich nach der Anzahl von Werken und Rechteinhabern zu bestimmen. Noch nicht hinreichend berücksichtigt ist die Bedeutung der Nutzung jedoch bei den Sperr- und Entfernungspflichten (§§ 10 und 11 UrhDaG-E). Geringfügige Nutzungen könnten hier am effektivsten in eine Verfahrenslösung, ähnlich dem § 8 UrhDaG-E, eingebunden und so bis zur Klärung ihrer Rechtmäßigkeit im Beschwerdeverfahren von der Sperr- und Entfernungspflicht ausgenommen werden. Eine so gestaltete Umsetzung würde nicht nur der Verhältnismäßigkeit und dem Verbot des Overblockings entsprechen, sondern auch eine mit sonstigen urheberrechtlichen Regelungen des Unionsrechts konforme Lösung bieten.

## **B. Zum Referentenentwurf des UrhDaG im Einzelnen**

### **I. Zu § 4 UrhDaG-E (Vertragliche Nutzungsrechte)**

#### **1. Regelungsinhalt**

6. § 4 UrhDaG-E setzt Art. 17 Abs. 1 UA 2, Abs. 4 lit. a DSM-RL um, der verlangt, dass der Diensteanbieter „alle Anstrengungen unternommen hat, um die Erlaubnis einzuholen“. Der Referentenentwurf nimmt richtigerweise nunmehr auf „bestmögliche Anstrengungen“ Bezug und vermeidet die insofern missverständliche Terminologie der deutschen Fassung der DSM-RL („alle Anstrengungen“). Damit ist die vertraglich erlaubte Nutzung und somit die **Vertragsautonomie Ausgangspunkt der Enthaltung**.
7. Im Gesamtsystem des Art. 17 DSM-RL ist zu berücksichtigen, dass dieser die **Förderung des Markts für die Vergabe von Lizenzen zwischen Rechteinhabern und Diensteanbietern** bezweckt (ErwGr 61). Der deutsche Referentenentwurf normiert gewisse Verhaltensanforderungen, die an die „bestmöglichen Anstrengungen“ gestellt werden, welche letztlich zu einer Enthaltung nach § 1 Abs. 2 UrhDaG-E führen können. Hierzu konkretisiert § 4 UrhDaG-E das Lizenzierungsverfahren, indem er das Tätigwerden ausgestaltet (Aktionslast) und materielle Anforderungen an die betroffenen Nutzungsrechte stellt.

#### **2. Würdigung**

8. Im Ausgangspunkt ist **zu begrüßen**, dass der Referentenentwurf die Handlungsanforderungen an Rechteinhaber und Diensteanbieter ausbalanciert und

konkretisiert, um den Haftungsmaßstab zu justieren. Dies ist notwendig, um Rechtssicherheit zu schaffen und die Erreichung der gesetzgeberischen Ziele sicherzustellen. Insbesondere bemüht sich der Entwurf, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen (§ 1 Abs. 2 UrhDaG-E), so besonders in Gestalt der Minimierung von Transaktionskosten und der behutsamen Einschränkungen der Vertragsfreiheit bzw. der Einführung eines entsprechenden Ausgleichs.

9. § 4 UrhDaG-E unterscheidet zwischen der Lizenzierung durch einzelne Rechteinhaber einerseits und der Lizenzierung über Verwertungsgesellschaften andererseits. Einzelne Rechteinhaber müssen auf die Diensteanbieter zugehen und ihnen den Vorgaben des § 4 Abs. 2 UrhDaG-E entsprechende Lizenzen anbieten, während Diensteanbieter auf Verwertungsgesellschaften zugehen und Nutzungsrechte erwerben müssen, die über diese verfügbar sind. Die Lizenzierung über Verwertungsgesellschaften ist gesetzlich detailliert geregelt und in der Praxis erprobt. Hingegen erscheint die individuelle Lizenzierung noch als Unbekannte. Das spiegelt sich im Entwurf wider, der sich am Leitbild der Lizenzierung über Verwertungsgesellschaften orientiert und für die individuelle Lizenzierung verschiedene Fragen aufwirft und Leerstellen lässt. Hierauf konzentrieren sich die folgenden Ausführungen.

### 3. Offene Fragen zur Lizenzierung durch individuelle Rechteinhaber

#### a) Überblick

10. Nach § 4 UrhDaG-E führen in Bezug auf individuelle Rechteinhaber „**bestmögliche Anstrengungen**“ von den Diensteanbietern nur dann zu ihrer Entlastung, wenn die individuellen Rechteinhaber auf die Diensteanbieter zugehen und ein Lizenzangebot unterbreiten. Sofern die angebotenen Nutzungsrechte den materiellen Anforderungen des § 4 Abs. 2 UrhDaG-E entsprechen, müssen Diensteanbieter diese erwerben, um der Haftung zu entgehen.
11. Diese Haftungsregel statuiert somit zumindest **faktisch einen einseitigen Kontrahierungszwang für Diensteanbieter**. Dieser Eingriff in die Vertragsautonomie ist nicht unerheblich, aber er wird durch jene in § 4 Abs. 2 UrhDaG-E gestellten materiellen Anforderungen an das Lizenzangebot ausgeglichen, die im Interesse der Diensteanbieter liegen. Auch ist Diensteanbietern letztlich unbenommen, sich auf bestimmte Inhalte und Genres zu spezialisieren (s. auch Begr. S. 141), sodass es in der Hand jedes Diensteanbieters selbst liegt, welche Lizenzen er tatsächlich erwerben muss. Insbesondere bleibt es ihm überlassen, genauer zu definieren, welche Inhalte auf seine Plattform hochgeladen werden dürfen. Die inhaltliche Ausrichtung des Dienstes lässt sich z.B. durch AGB bzw. Nutzungsbedingungen absichern.

b) *Unsicherheit über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 UrhDaG-E*

12. Nichtsdestotrotz offenbart der in § 4 UrhDaG-E vorgesehene Mechanismus gewisse Unklarheiten und Schwächen. Es bleibt unklar, **zu wessen Lasten die Unsicherheit** über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 UrhDaG-E geht, für den Fall, dass sich Rechteinhaber und Diensteanbieter nicht einigen können und es somit nicht zur Lizenzierung kommt. Hier ist beides denkbar: entweder haben die vom Rechteinhaber angebotenen Nutzungsrechte die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 UrhDaG-E erfüllt (dann gelingt dem Diensteanbieter keine Enthaltung von der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit) oder nicht (dann haftet der Diensteanbieter nur nach Maßgabe der §§ 10 und 11 i.V.m. § 1 Abs. 2 UrhDaG-E). Ob die Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 UrhDaG-E erfüllt sind, dürfte allerdings oft unklar sein. Das betrifft insbesondere die Angemessenheit der angebotenen Bedingungen (§ 4 Abs. 2 Nr. 4 UrhDaG-E) sowie die Frage, inwiefern ein individueller Rechteinhaber überhaupt über ein hinreichend relevantes Repertoireportfolio verfügt. Der Referentenentwurf adressiert das Problem des Verlaufs dieser „unteren Schwelle“ auch selbst (s. Begr. S. 143).
13. Diese Unklarheit setzt Diensteanbieter dem Risiko aus, ihre „bestmöglichen Anstrengungen“ nach § 4 Abs. 1 UrhDaG-E nicht zu erfüllen und somit nach § 1 Abs. 2 UrhDaG-E für jede Urheberrechtsverletzung zu haften. Kann ein Diensteanbieter nicht rechtlich verbindlich klären, ob das Lizenzangebot den Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 UrhDaG-E entspricht, könnte er dazu neigen, Inhalte vorbeugend zu sperren, um dadurch Haftungsrisiken abzuwenden. Die Rechteinhaber haben ohnehin die Möglichkeit, einen Vermerk zur Sperrung der Inhalte zu übermitteln. Somit setzt die Unsicherheit darüber, ob die angebotenen Nutzungsrechte mit den Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 UrhDaG-E in Einklang stehen, **Anreize für beide Parteien, eine vorbeugende Sperrung zu initiieren**. Dies läuft den Zielen der DSM-RL entgegen, die Lizenzvergabe zu fördern und ein „Overblocking“ zu vermeiden.
14. Dabei **unterscheidet sich diese Situation der individuellen Lizenzierung grundlegend von der Lizenzierung über eine Verwertungsgesellschaft**. Denn jene unterliegt einem Abschlusszwang (§ 34 VGG, der ein Angemessenheitskriterium enthält) und einer Tarifaufstellungspflicht (§ 38 VGG). Die Beweislast für die Angemessenheit liegt zunächst bei der Verwertungsgesellschaft. Außerdem adressieren ein Streitschlichtungsmechanismus und ein Recht zur Zahlung unter Vorbehalt oder zur Hinterlegung die Zeit der Unsicherheit (§ 37 VGG). Diese Zahlung unter Vorbehalt ist nur deswegen möglich, weil das VGG einen echten Abschlusszwang statuiert. Im Gegensatz dazu können im Rahmen der individuellen Lizenzierung nach § 4 UrhDaG-E beide Parteien von einer Lizenzierung absehen, wenn sie sich nicht über die Bedingungen einigen.

15. Angesichts der Rechtsunsicherheit und ihrer etwaigen erheblichen negativen Folgen sollte Abhilfe geschaffen werden. Zunächst legen die allgemeinen Regeln der Beweislastverteilung nahe, dass die Darlegungs- und Beweislast über das Vorliegen der in § 4 Abs. 2 UrhDaG-E genannten Voraussetzungen grundsätzlich auf Seiten des Rechteinhabers liegt. Dies ist interessengerecht und wichtig.

Das UrhDaG sollte die Beweislastverteilung zumindest in der Begründung klarstellen.

16. Darüber hinaus ist zu klären, zu wessen Lasten die Unsicherheit über das Vorliegen der Voraussetzungen des § 4 Abs. 2 UrhDaG-E geht, wenn Lizenzangebote nicht angenommen werden. In der Sache stellt die einseitige Kontrahierungspflicht einen erheblichen Eingriff in die Vertragsautonomie dar. Dies rechtfertigt, dass begründete Zweifel über die Angemessenheit nicht zu Lasten des Diensteanbieters als Lizenznehmer gehen sollten. Um insoweit langwierige Zivilprozesse zu vermeiden, könnten **geeignete Verfahren** zielführend sein und die Effektivität der Regelung erhöhen. Vorlage für ein solches Verfahren könnte der Streitschlichtungsmechanismus aus dem VGG sein. Dabei sind allerdings die Besonderheiten des UrhDaG-E zu berücksichtigen, insbesondere der fehlende Abschlusszwang der Rechteinhaber.

Das UrhDaG sollte einen Mechanismus bereitstellen, der es Rechteinhabern und Diensteanbietern ermöglicht (oder sie sogar dazu verpflichtet), Streitigkeiten über das Vorliegen der Voraussetzungen von § 4 Abs. 2 UrhDaG-E klären zu lassen.

*c) Präzisierung der Tatbestände des § 4 Abs. 2 UrhDaG-E*

17. Die Tatbestände des § 4 Abs. 2 UrhDaG-E sollten auch teilweise **präzisiert** werden, um gerade für die individuelle Lizenzierung mehr **Rechtssicherheit** zu gewährleisten.
18. § 4 Abs. 2 Nr. 2 UrhDaG-E stellt eine Verbesserung gegenüber dem Diskussionsentwurf dar. Statt von einem „repräsentativen“ Repertoire spricht der Tatbestand nun von einem „in Bezug auf Werke und Rechteinhaber [...] erhebliche[n] Repertoire“. Damit ist er richtigerweise von dem Kriterium der Repräsentanz, das dem Verwertungsgesellschaftsrecht entstammt, entkoppelt und eigenständig. Nichtsdestotrotz verbleibt Unsicherheit darüber, was der **Maßstab für die Erheblichkeit** sein soll. Abgestellt wird auf die Sicht des jeweiligen Diensteanbieters. Die Begründung des Referentenentwurfs sieht den Maßstab der Erheblichkeit in der Anzahl der Werke und Rechteinhaber (S. 143). Unklar bleibt allerdings, inwiefern unterschiedliche Werke und Werkarten für die Erheblichkeit eines Repertoires auch unterschiedlich ins Gewicht fallen.

19. Soll die Erheblichkeit in § 4 Abs. 2 Nr. 2 UrhDaG-E nicht allein anhand der Anzahl von Werken und Rechteinhabern beurteilt werden, sondern sind auch Werkart und Umfang der Werke sowie die Bedeutung für den Diensteanbieter zu berücksichtigen (s.u. Rn. 55), muss dies in geeigneter Weise klargestellt werden. Unter anderem kann es nicht darum gehen, dass sich Rechteinhaber stets zusammenschließen müssten, um die **Erheblichkeitsschwelle** von § 4 Abs. 2 Nr. 2 UrhDaG-E zu **erreichen**, was die Begründung des Referententwurfs auf S. 143 suggeriert. Entscheidend ist die tatsächliche Repertoirebedeutung für den jeweiligen Diensteanbieter. Auch ein einzelner Rechteinhaber, z.B. ein größerer Verlag, kann die Erheblichkeitsschwelle erreichen.

Zumindest in der Begründung zu § 4 UrhDaG sollte das Kriterium der Erheblichkeit konkretisiert werden.

20. Auch § 4 Abs. 2 Nr. 4 UrhDaG-E birgt in Bezug auf die individuelle Lizenzierung erhebliche Rechtsunsicherheit, solange nicht klar ist, was Referenzpunkt für die **Bewertung der Angemessenheit** sein soll. Im Grunde genommen wird hier für die individuelle Lizenzierung eine Art FRAND-Mechanismus etabliert, wofür sich erst dann handhabbare Maßstäbe ergeben, wenn eine ausreichend repräsentative Fallpraxis vorliegt. Gelten für die Verwertungsgesellschaften demgegenüber die besonderen Bestimmungen des VGG, fragt sich, ob daran angelehnt Entscheidungskriterien entwickelt werden könnten, um für die beteiligten Parteien die Transaktionskosten zu reduzieren. Inspiration könnte aber auch Art. 3 Abs. 2 SatCab-Online bieten („Mitgliedstaaten tragen dafür Sorge, dass die Parteien bei der Festsetzung der Vergütung für die Rechte, für die das in Abs. 1 genannte Ursprungslandprinzip gilt, alle Aspekte des ergänzenden Online-Dienstes, wie die Eigenschaften des Dienstes, einschließlich des Zeitraums, in dem die im Rahmen des Dienstes bereitgestellten Programme online verfügbar sind, das Publikum und die bereitgestellten Sprachfassungen berücksichtigen“), wobei hier freilich Kriterien definiert werden sollten, die dem Markt und der Tätigkeit der Diensteanbieter entsprechen.

Das UrhDaG sollte gerade mit Blick auf die Angemessenheit individueller Lizenzen jedenfalls in der Begründung präzisieren, wonach sich die Angemessenheit richtet.

## II. Zu § 5 UrhDaG-E (Maschinell nicht überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen)

### 1. Regelungsinhalt

21. Gemäß § 5 UrhDaG-E ist die öffentliche Wiedergabe von urheberrechtlich geschützten Werken und Teilen von Werken für gewisse Zwecke zulässig.

Dies gilt für Zitate nach § 51 UrhG (Nr. 1), für Karikaturen, Parodien und Pastiches nach § 51a UrhG-E (Nr. 2) sowie für sonstige gesetzlich erlaubte Fälle der öffentlichen Wiedergabe nach Teil 1 Abschnitt 6 UrhG (Nr. 3).

22. § 7 Abs. 2 UrhDaG-E sieht vor, dass Diensteanbieter für Nutzungen zum Zweck des Pastiches (und somit *nur* für diesen) den Urhebern eine angemessene Vergütung zahlen müssen. Aus dem Verweis auf § 60h Abs. 3 S. 1 und Abs. 4 UrhG ergibt sich, dass eine „pauschale Vergütung oder eine repräsentative Stichprobe der Nutzung für die nutzungsabhängige Berechnung der angemessenen Vergütung genügt“. Der Vergütungsanspruch kann nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

## 2. Würdigung

23. Grundsätzlich ist zu **begrüßen**, dass der Referentenentwurf mit § 5 UrhDaG-E ausdrücklich auf sämtliche existierende und neu in das UrhG aufzunehmende Schrankentatbestände verweist, indem er klarstellt, dass die öffentliche Wiedergabe zu diesen Zwecken schlechthin zulässig ist. Dadurch wird Nutzerinteressen, aber auch dem öffentlichen Interesse an diesen Nutzungen Rechnung getragen. Es ist zudem wichtig, dass § 23 UrhDaG-E untersagt, diese Regelungen durch Vertrag außer Kraft zu setzen.
24. **Bedenken bestehen** im Hinblick auf **den Normtitel**, das **Herausgreifen allein des Pastiches** für eine Vergütungspflicht sowie **die Verteilung** der Vergütung zwischen Urhebern und Verlagen. Im Folgenden werden hierzu Verbesserungen angeregt.

## 3. Normtitel

25. Der Titel der Norm „Maschinell nicht überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen“ ist verwirrend und daher abzulehnen (wie auch in § 6 UrhDaG-E). Er kann nicht normativ gemeint sein, denn ein Titel kann **keine Rechtsfolgen** auslösen und somit weder eine maschinelle Überprüfung verbieten noch zu ihr verpflichten. Sollte der Titel hingegen nur den Stand der Technik abbilden (s. Begr. S. 44), erschließt sich dessen Zielsetzung nicht. Denn **was maschinell überprüfbar ist, kann sich fortwährend** ändern und sollte nicht im Titel den Schein eines Abgrenzungskriteriums erwecken, das sich in der Norm selbst nicht wiederfindet.

Im Titel von § 5 UrhDaG sollte von der Bezugnahme auf die maschinelle Überprüfbarkeit der Nutzungen abgesehen werden. § 5 UrhDaG sollte folglich nur die Überschrift „Gesetzlich erlaubte Nutzungen“ tragen.

#### 4. Vergütungsregelung

##### a) Vergütungspflicht für gesetzlich erlaubte Nutzungen

26. § 7 Abs. 2 i.V.m. § 5 UrhDaG-E führt im konkreten Anwendungsbereich des UrhDaG-E ein **System angemessener Vergütung** für gesetzlich erlaubte Nutzungen zu Zwecken des Pastiches ein. Diese Vergütung ist von den Diensteanbietern zu bezahlen.
27. Im Grundsatz ist zu begrüßen, dass der Referentenentwurf auf das Konzept des Pastiches i.S.v. Art. 17 Abs. 7 DSM-RL (s. auch ErwGr 70 DSM-RL) zurückgreift und dieses weit zu verstehen scheint, um der Bedeutung des Pastiches für das Social Web Rechnung zu tragen und möglichst viele Formen des *user-generated content* zu erfassen (s. Begr. S. 144). Zu beachten ist aber, dass der Pastiche als erlaubte Nutzung nach Art. 5 Abs. 3 lit. k der InfoSoc-RL unionsrechtlich einheitlich auszulegen ist, wobei die Reichweite des Pastichebegriffs und seine Abgrenzung zu anderen Schrankentatbeständen im Fachdiskurs umstritten sind. Eine Klärung des Pastichebegriffs durch den EuGH – und somit auch der Frage, inwiefern die hier vom deutschen Referentenentwurf in der Begründung vertretene Auffassung haltbar ist – steht noch aus.
28. Allerdings überzeugt der Vorschlag nicht, die Diensteanbieter **lediglich für den Pastiche** einer Vergütungspflicht zu unterziehen. Vielmehr sollte die Nutzung zu allen nach § 5 UrhDaG-E privilegierten Zwecken für Diensteanbieter vergütungspflichtig sein. Die Frage der Vergütungspflicht auf Plattformebene ist dabei klar von einer allgemeinen Vergütungspflicht zulasten der durch Urheberrechtsschranken Berechtigten zu trennen. Die nachfolgenden Ausführungen zur Vergütung sind daher nicht auf die allgemeinen Prinzipien zur Vergütungspflicht für gesetzliche erlaubte Nutzungen übertragbar, sondern gelten allein im Kontext des UrhDaG und mit Bezug auf die Vergütungspflicht der Diensteanbieter.
29. Diensteanbieter nehmen gemäß Art. 17 Abs. 1 DSM-RL eine eigene öffentliche Wiedergabe vor, wenn sie Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken ermöglichen. Dabei verpflichtet Art. 17 Abs. 7 DSM-RL die Mitgliedstaaten zwar zur Anwendung der dort genannten Schranken für die jeweiligen Nutzer. Diensteanbieter selbst hingegen werden durch die Richtlinie nicht direkt privilegiert. Erlaubt der Referentenentwurf dennoch, dass Inhalte, die gestützt auf die in § 5 UrhDaG-E genannten Schranken entstanden sind, vom Diensteanbieter öffentlich wiedergegeben werden dürfen, dient dies der Wahrnehmung der Kommunikationsrechte der Nutzer nach Art. 17 Abs. 7 UA 2 DSM-RL. Verwirklicht werden damit die Ziele der DSM-RL, wobei die Interessen der Rechteinhaber nicht aus dem Blick zu verlieren sind. Aus deren Perspektive **profitiert** der Diensteanbieter von der Möglichkeit, Inhalte, die

gestützt auf § 5 UrhDaG-E entstanden sind, auch **zu kommerziellen Zwecken** öffentlich zugänglich machen zu dürfen (z.B. durch Erzielen von Werbeeinnahmen). Dies rechtfertigt es, die Handlung des Diensteanbieters einer Vergütungspflicht zu unterwerfen.

30. Die Vergütungspflicht allein für den Pastiche vorzusehen, führt überdies zu kaum lösbaren **Abgrenzungsproblemen**. Überschneidungen zwischen einem Pastiche, einer Karikatur und einer Parodie liegen auf der Hand. Selbst die Abgrenzung zum Zitat kann Probleme bereiten, wenn es künstlerische Ziele verfolgt (wie etwa beim Musikzitat). Damit droht diese Binnendifferenzierung hinsichtlich der Vergütungspflicht auch zu **Fehlanreizen** bei den Akteuren zu führen. Rechteinhaber etwa könnten in **Zweifelsfällen ein Beschwerdeverfahren** einleiten, um die Einordnung einer Nutzung als Pastiche zu erreichen oder alternativ als Urheberrechtsverletzung feststellen zu lassen.
31. Vor allem aber beeinträchtigt die Beschränkung der Vergütungspflicht auf den Pastiche die Funktionsfähigkeit des Enthaltungsregimes für Diensteanbieter. Das UrhDaG-E sieht für Diensteanbieter eine Doppelrolle vor: Zum einen sind sie selbst Verwerter der Werke, die über ihre Plattformen zugänglich sind. Zum anderen fungieren sie als Beschwerdestelle, die über die Rechtmäßigkeit von Nutzungen zu entscheiden hat. Wenn in einem Beschwerdeverfahren (§ 14 UrhDaG-E) geklärt werden soll, inwiefern eine öffentliche Wiedergabe von einer Schranke gedeckt wird, geraten Diensteanbieter mithin in einen **Interessenkonflikt** und laufen Gefahr, ihre eigentlich erforderliche **Neutralität aufzugeben** (siehe § 14 Abs. 1 und 3 UrhDaG-E). Denn Diensteanbieter haben in einem solchen Fall ein konkretes Eigeninteresse daran, dass die öffentliche Wiedergabe gerade *nicht* unter die Pastiche-Schranke fällt, sondern unter eine der vergütungsfreien Schranken.
32. Dieser Interessenkonflikt kann schon in einem früheren Stadium des Enthaltungsmechanismus negativ ins Gewicht fallen. So müssen Diensteanbieter Inhalte bereits beim Upload als vergütungspflichtig oder nicht identifizieren, um im Falle des Pastiches eine Vergütung abzuführen. Schon hier mögen Diensteanbieter geneigt sein, in Grenzfällen zu ihren Gunsten zu entscheiden. Diese Entscheidung kann zwar angefochten werden; dies würde das Beschwerdesystem jedoch unnötig belasten und setzt im Übrigen stets ein Tätigwerden der anderen Akteure voraus.
33. Insgesamt ist daraus zu folgern, dass der vorgesehene Vergütungsmechanismus für alle gesetzlich erlaubten Nutzungen greifen sollte, was dazu führen dürfte, dass Rechtsinhaber hochgeladene **Inhalte im Zweifel auf den Plattformen belassen**, weil sie dafür eine Bezahlung erhalten; dies würde auch den Nutzerinteressen entgegenkommen.

Die besondere Funktionslogik der Schranken sowie des Enthaltungsregimes des UrhDaG-E sprechen dafür, sämtliche von § 5 UrhDaG-E erfassten gesetzlich erlaubten Nutzungen einer angemessenen Vergütung zu unterziehen. Vergütungsschuldner sollten dabei wie vorgesehen die Diensteanbieter sein.

*b) Verteilung der angemessenen Vergütung*

34. § 7 Abs. 2 UrhDaG-E sieht die Zahlung einer angemessenen Vergütung an den „Urheber“ vor. Dass die Regel insoweit nicht explizit den Begriff „Rechteinhaber“ verwendet, ist nicht neu; auch das UrhG benennt stets die Urheber als Begünstigte einer angemessenen Vergütung. Unklar ist allerdings, ob § 63a UrhG-E Abs. 1 und 3 anwendbar ist, wonach Verleger grundsätzlich an Vergütungsansprüchen zu beteiligen sind. Da § 7 Abs. 2 UrhDaG-E für die Erhebung und Verteilung der angemessenen Vergütung sowie für die Berechnungskriterien nur auf § 60h Abs. 3 und 4 UrhG-E verweist, könnte *e contra* davon ausgegangen werden, dass § 63a UrhG-E nicht anwendbar ist.
35. Im vorliegenden Kontext ist zwar nicht näher auszuführen, wieso die Pflicht zur gemeinsamen Rechtswahrnehmung nach § 63a Abs. 2 UrhG-E, welche in die Organisationsform von Verwertungsgesellschaften eingreift, erheblichen Zweifeln ausgesetzt ist. Selbst wenn jener Absatz überflüssig ist, ändert dies nichts daran, dass die Beteiligung der Verleger am Vergütungsanspruch aus § 7 Abs. 2 UrhDaG-E aus zwei Gründen wichtig erscheint. Erstens würde die erlaubnisfreie Nutzung die Vergütungsinteressen von Urhebern und Verlegern in vergleichbarem Maße beeinträchtigen. Es erscheint daher grundsätzlich gerechtfertigt, dass auch Verlage einen Anteil an der Vergütung als Entschädigung dafür erhalten, dass die von ihnen verlegten Werke in Anwendung von § 5 UrhDaG-E genutzt werden. Zweitens kann ein Vergütungsanspruch nur dann, wenn auch die Verlage von den Vergütungsansprüchen nach § 7 Abs. 2 i.V.m. § 5 UrhDaG-E profitieren, Anreize dazu setzen, nicht jede potentielle Rechtsverletzung im Beschwerde- und evtl. Klageverfahren zu verfolgen.

Im Sinne der Rechtsklarheit ist es sinnvoll, in § 7 Abs. 2 UrhDaG-E ausdrücklich die Anwendbarkeit des § 63a Abs. 1 und 3 UrhG-E zu statuieren.

### **III. Zu § 6 UrhDaG-E (Maschinell überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen)**

#### **1. Regelungsinhalt**

36. § 6 UrhDaG-E bewirkt als gesetzliche Erlaubnis eine Zulässigkeit der öffentlichen Wiedergabe bei geringfügigen Nutzungen. So gestattet er die öffentliche Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Inhalte bis zu einer bestimmten quantitativen Grenze durch den Nutzer, wenn sie nicht kommerziellen Zwecken oder der Erzielung nicht erheblicher Einnahmen dient. Nach § 7 Abs. 2

UrhDaG-E müssen die Diensteanbieter im Gegenzug eine angemessene Vergütung an die Urheber zahlen.

## 2. Würdigung

37. Die Regelungsabsicht von § 6 UrhDaG-E ist zu begrüßen. Die Erleichterung geringfügiger Nutzungen über Plattformen dient in praxisorientierter Weise dem komplexen Interessenausgleich im Urheberrecht und ist grundsätzlich ein geeignetes Mittel, die Gratwanderung des Art. 17 DSM-RL zwischen Plattformhaftung und Overblocking zu bewerkstelligen. Allerdings führt die pauschale Freistellung geringfügiger Nutzungen zu Härtefällen, wenn sie sich allein an starren Grenzwerten orientiert, die dem Einzelfall nicht gerecht werden können. Schließlich bestehen Zweifel an der Unionsrechtskonformität einer De-minimis-Schranke, die vor dem Hintergrund der Bedeutung der Umsetzung von § 17 DSM-RL vermieden werden sollten.
38. Während die Verhältnismäßigkeit der Einholung von Lizenzen in Bezug auf geringfügige Nutzungen bereits in § 4 UrhDaG-E umgesetzt werden kann, verlangt insbesondere das Verbot von Overblocking eine Berücksichtigung bei den Verpflichtungen des Diensteanbieters zur Sperrung und Entfernung von Inhalten (§§ 10 und 11 UrhDaG-E). Dies lässt sich dadurch umsetzen, dass Nutzungen, die typischerweise in den Bereich einer Schranke fallen und die normale Auswertung der Rechte regelmäßig nicht wesentlich beeinträchtigen, einem besonderen Verfahren zugeführt werden, in welchem zunächst von der Rechtmäßigkeit der Nutzung ausgegangen wird. Eine Überprüfung des Einzelfalls bleibt dabei möglich, die Neuausrichtung der Aktionslast bewirkt aber eine praktische Verfügbarkeit eines Großteils jener Nutzungen, die als geringfügig anzusehen sind und häufig von einer Schranke erfasst werden.
39. Schließlich sollte das UrhDaG im Titel auf den Begriff „maschinelle Überprüfbarkeit“ verzichten. Der Tatbestand sollte starre Grenzen für die geringfügige Nutzung ohne Überprüfbarkeit vermeiden.

## 3. Regelungsziel

40. Der in § 6 UrhDaG-E enthaltene Rechtsgedanke lässt sich auf die **Vorgaben der DSM-RL** zurückführen. Zwar enthält Art. 17 DSM-RL keine ausdrückliche Vorgabe zur Erleichterung geringfügiger Nutzungen, sie lässt sich jedoch aus mehreren in Art. 17 DSM-RL enthaltenen Grundsätzen herleiten:
  - **Verbot des Overblockings:** Die Zusammenarbeit von Rechteinhabern und Diensteanbietern darf nach Art. 17 Abs. 7 UA 1 DSM-RL nicht zu einem Overblocking führen. Von Nutzern rechtmäßig hochgeladene Inhalte müssen also auch verfügbar sein.

- **Verbot einer Pflicht zur allgemeinen Überwachung:** Demnach darf die Anwendung von Art. 17 Abs. 8 UA 1 DSM-RL nicht zu einer „Pflicht zur allgemeinen Überwachung“ führen.
- **Verhältnismäßigkeit:** Die Pflicht der Diensteanbieter, alle Anstrengungen zu unternehmen, eine vertragliche Erlaubnis einzuholen und auf Verlangen eines Rechteinhabers Inhalte zu sperren und zu entfernen, muss gemäß Art. 17 Abs. 5 DSM-RL explizit nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beurteilt werden (siehe auch § 1 Abs. 2 UrhDaG-E). Unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit müssen bei der Frage, ob ein Diensteanbieter seinen Lizenzierungs-, Sperr- und Entfernungsbemühungen nachgekommen ist, daher *unter anderem* folgende Faktoren berücksichtigt werden: die Art, das Publikum und der Umfang der Dienste sowie die Art der hochgeladenen Inhalte, zudem die Verfügbarkeit von Mittel und Kosten, die dem Diensteanbieter bei der Ausübung der normierten Pflicht entstehen.

41. Aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit sollte die Ausgestaltung dieser nicht immer einfach zu bewertenden Prinzipien allerdings nicht allein der Rechtsprechung überlassen werden, sondern durch den Gesetzgeber konkretisiert werden. Das greift § 6 UrhDaG-E in der Tat auf, setzt diese Zielsetzung aber unzureichend um.

#### 4. Kritik

##### a) Titel

42. Beim Titel „Maschinell überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen“ besteht das gleiche Problem wie bei § 5 UrhDaG-E (siehe hierzu oben unter § 5 UrhDaG-E, Rn. 25).

§ 6 UrhDaG sollte nicht den Titel „Maschinell überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen“ tragen.

##### b) Starre quantitative Grenzen

43. § 6 UrhDaG-E erfasst als gesetzliche Erlaubnis geringfügige Nutzungen bis zu einer Grenze, die jeweils genau definiert ist. Bei Filmen, Laufbildern und Tonspuren kommt es auf die Dauer (20 Sekunden) an, bei Texten auf die Zeichen (1000) und bei Lichtbildwerken, Lichtbildern und Grafiken auf das Datenvolumen (250 Kilobyte). Durch diese starren quantitativen Grenzen für die zulässige Wiedergabe schafft die Regelung eine gewisse Rechtssicherheit.

44. Allerdings wird die Norm **nicht dem Einzelfall gerecht**. Sie **unterscheidet nicht zwischen verschiedenen Werken**. Da das Verhältnis zwischen erlaubtem Ausschnitt und Gesamtwerk je nach Art und Länge des Gesamtwerks

große Unterschiede aufweisen kann, können sich Ungleichbehandlungen ergeben, die einer materiellen Rechtfertigung entbehren. So können etwa kleine Film- oder Musikwerke durchaus eine Gesamtlänge von unter 20 Sekunden aufweisen. Hier würde der Upload des gesamten Werks ermöglicht. § 6 UrhDaG-E behandelt solche Werke nicht anders als einen 120-minütigen Spielfilm, bei dem die Wiedergabe eines 20-sekündigen Ausschnitts zur Gesamtgröße des Werkes in einem anderen Verhältnis steht.

45. § 6 UrhDaG-E **berücksichtigt in diesem Zusammenhang auch kaum den Teileschutz**, insbesondere in Bezug auf den Werkbegriff. Eine persönliche geistige Schöpfung (§ 2 Abs. 2 UrhG) kann etwa in kurzen Abschnitten, musikalischer, schriftlicher oder filmischer Art aus einem größeren Gesamtwerk liegen. Auch der vom EuGH verwendete Werkbegriff kann solche kurzen Abschnitte erfassen. Insofern erfüllen selbst einzelne Werkteile den urheberrechtlichen Werkbegriff. Die Übernahme von 20 Sekunden lässt sich je nach Anteil des übernommenen Schutzgegenstands ganz unterschiedlich qualifizieren: von der urheberrechtlich irrelevanten Entnahme nicht individueller Teile bis hin zu Abschnitten, die selbst als urheberrechtliches Werk aufgefasst werden können.
46. Starre Grenzen bieten außerdem ein **großes Missbrauchspotential**: Führt ihre Einhaltung zu einem Automatismus dahingehend, dass die Nutzung erlaubt wird, besteht in der Praxis die Gefahr, dass offensichtlich missbräuchliche Stückelungen von Werken frei verfügbar sind. Kleine Sequenzen können so in einzelnen Uploads frei verfügbar gemacht werden und in ihrer Gesamtheit größere Werke wiedergeben. Es muss daher dem Upload solcher Sequenzen entgegengewirkt werden, die lediglich aus fremden urheberrechtlichen Schutzgegenständen bestehen und allein dem Zweck dienen, anderen Nutzern fremdes geschütztes Material zugänglich zu machen.

Falls an § 6 UrhDaG-E festgehalten wird, sollte von der Einführung starrer Grenzen bei der Privilegierung geringfügiger Nutzungen abgesehen werden. Vielmehr sollten typisierte geringfügige Nutzungen als Regelbeispiele aufgenommen werden. Dadurch verbleibt den Gerichten ein gewisser und notwendiger Spielraum, um den Einzelfall interessengerecht beurteilen zu können.

*c) Unionsrechtskonformität der Ausgestaltung als gesetzliche Erlaubnis*

47. Die Frage der Unionsrechtskonformität von § 6 UrhDaG-E wurde in den Stellungnahmen zum Diskussionsentwurf unter den Stichworten „*lex specialis*“ oder „*Regime sui generis*“ von mehreren Seiten aufgeworfen. Auch die Entwurfsbegründung (S. 44) hebt richtigerweise hervor, dass die Beurteilung der Unionsrechtskonformität des § 6 UrhDaG-E vom **systematischen Verhältnis zwischen Art. 17 DSM-RL und der InfoSoc-RL** abhängt. Entscheidend ist hierbei, ob Art. 17 DSM-RL an die Vorschriften der InfoSoc-RL anknüpft

und diese erweitert oder ob Art. 17 DSM-RL davon losgelöst ein eigenständiges Regelungsregime bildet und insoweit auch nicht an den abschließenden Schrankenatalog der InfoSoc-RL gebunden wäre.

48. Über die Natur des Verhältnisses zwischen beiden Richtlinien und die damit einhergehende Frage der Unionsrechtskonformität einer neuen De-minimis-Schranke auf Plattformebene kann letztendlich nur der EuGH entscheiden. Die vorgetragene Kritik gegen die Einführung einer „neuen“ Schranke ist nicht ohne Weiteres von der Hand zu weisen. Unabhängig davon, ob man sich ihr in der Sache anschließen mag, kann der deutsche Gesetzgeber die Zweifel an der Unionsrechtskonformität von § 6 UrhDaG-E nicht einfach übergehen. Kaum zu überblicken sind die negativen Folgen, wenn der EuGH eine so zentrale Regelung wie § 6 UrhDaG-E mit großer zeitlicher Verzögerung als unionsrechtswidrig ansähe. Der Gesetzgeber würde durch den Erlass einer solchen Regelung sehenden Auges Rechtsunsicherheit schaffen und diese auf dem Rücken der Diensteanbieter, Rechteinhaber und Nutzer austragen.

Um die Rechtsunsicherheit über die EU-Rechtmäßigkeit des § 6 UrhDaG-E zu vermeiden, sollte das UrhDaG die begrüßenswerte Zielsetzung des § 6 UrhDaG-E vorzugsweise durch eine andere gesetzestechnische Lösung umsetzen und in modifizierter Form aufrechterhalten.

## 5. Lösungsansatz

### a) *Parameter für die gesetzliche Ausgestaltung*

49. Um Zweifel an einer Unionsrechtskonformität auszuräumen, muss eine Erleichterung geringfügiger Nutzungen insbesondere auch mit der InfoSoc-RL in Einklang stehen. Entscheidend für das Zusammenspiel von Art. 17 DSM-RL und der InfoSoc-RL ist, dass Art. 17 DSM-RL *jedenfalls* in seinem speziellen Regelungsbereich Vorrang hat.
50. Dadurch sind dem nationalen Gesetzgeber **Spielräume zur Ausgestaltung eröffnet**, die er innerhalb der nach Art. 17 DSM-RL statuierten Pflichten der Diensteanbieter zur Lizenzeinholung, zum Sperren und zur Entfernung nutzen kann, um die Ziele des § 6 UrhDaG-E weitestgehend zu verwirklichen. Diese im Referentenentwurf in §§ 4, 10 und 11 UrhDaG-E umgesetzten Pflichten der Diensteanbieter stehen nämlich explizit unter dem in Art. 17 Abs. 5 DSM-RL/§ 1 Abs. 2 UrhDaG-E normierten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Zudem eignen sich diese Pflichten (bzw. deren Einschränkung) besonders, um den Grundsatz der Vermeidung von Overblocking in Art. 17 Abs. 7 UA 1 DSM-RL umzusetzen.
51. Auf dieser Grundlage lässt sich die **Pflicht der Diensteanbieter**, sich um Lizenzen zu bemühen und auf Verlangen der Rechteinhaber, Inhalte zu sperren

bzw. zu entfernen, **bei geringfügigen Nutzungen einschränken**. Im Folgenden werden daher die einzelnen Pflichten der Diensteanbieter daraufhin untersucht, ob sie in Bezug auf geringfügige Nutzungen eingeschränkt werden sollten, um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Verbot des Overblockings gerecht zu werden. Anschließend wird eine gesetzliche Ausgestaltung angeregt.

*b) Berücksichtigung der geringfügigen Nutzungen bei der Pflicht zur Lizenzierung, § 1 Abs. 2, § 4 UrhDaG-E*

52. Der **Verhältnismäßigkeitsgrundsatz** aus Art. 17 Abs. 5 DSM-RL lockert die Pflicht der Diensteanbieter, sich um Lizenzen zu bemühen, und bezieht sich nach lit. a ausdrücklich auch auf die „Art der von den Nutzern des Dienstes hochgeladenen Werke“. Er eröffnet so einen Spielraum zur Differenzierung zwischen Inhalten, bei denen eine Lizenzierung verhältnismäßig ist einerseits und Inhalten, bei denen dies nicht der Fall ist andererseits. Die **Geringfügigkeit von Nutzungen** kann dabei einen **Anhaltspunkt** für eine Unverhältnismäßigkeit der Lizenzierung bilden. Um dies zu beurteilen, ist in erster Linie der Lizenzierungsaufwand der Diensteanbieter zu dem Vergütungs- und Verbotensinteresse der Rechteinhaber ins Verhältnis zu setzen.
53. Soweit geringfügige Nutzungen nicht von einer Pauschallizenzierung über Verwertungsgesellschaften umfasst werden, sind Diensteanbieter mit einer kaum zu überblickenden Anzahl an Rechteinhabern konfrontiert. Gleichzeitig beeinträchtigen geringfügige Nutzungen die normale Auswertung der Urheber- und verwandten Schutzrechte in der Regel nicht wesentlich. Damit verliert das individuelle Lizenz- und Verbotensinteresse der Rechteinhaber deutlich an Gewicht.
54. Allerdings berücksichtigt der Mechanismus des § 4 UrhDaG-E bereits die Verhältnismäßigkeit der Pflicht der Diensteanbieter, Lizenzen für geringfügige Nutzungen einholen zu müssen. Denn § 4 Abs. 2 Nr. 2 UrhDaG-E macht die Lizenzierungspflicht insbesondere gegenüber individuellen Rechteinhabern davon abhängig, dass die angebotenen Nutzungsrechte ein „erhebliches Repertoire“ umfassen. Das entfaltet auch Relevanz für **geringfügige Nutzungen**, denn auch sie müssen in Folge von Diensteanbietern **nur lizenziert werden, wenn sie zuvor als Werke eines erheblichen Repertoires angeboten wurden**. Um den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 17 Abs. 5 DSM RL umzusetzen, ist es daher nicht notwendig, geringfügige Nutzungen *per se* von der Lizenzierungspflicht auszunehmen.
55. Bei wesentlicher wirtschaftlicher Relevanz von geringfügigen Nutzungen kann eine entsprechende Lizenzierungspflicht hingegen durchaus verhältnismäßig sein. Allerdings kommt dies im Kriterium der „Erheblichkeit“ in § 4 Abs. 2 Nr. 2 UrhDaG-E noch nicht ausreichend zum Ausdruck. Ausweislich

der Entwurfsbegründung (S. 143) bestimmt sich das Kriterium der Erheblichkeit eigentlich rein quantitativ nach der Anzahl der Werke und Rechteinhaber. Es ist jedoch erforderlich, auch die jeweilige Werkart und den Umfang der enthaltenen Werke sowie die Bedeutung der angebotenen Repertoires für den jeweiligen Diensteanbieter nicht unberücksichtigt zu lassen. Maßgeblich sind hierfür letztlich Kosten-Nutzen-Erwägungen. So verstanden sind geringfügige Nutzungen nicht schlechthin von einer Lizenzierungspflicht ausgeschlossen, solange ein Angebot, das nur diese umfasst, aus Sicht des Diensteanbieters „erheblich“ ist. Liest man § 4 Abs. 2 Nr. 2 UrhDaG-E („erhebliches Repertoire in Bezug auf Werke“) nicht schon auf diese Weise, sollte dies in der Begründung klargestellt werden. Dadurch wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz des Art. 17 Abs. 5 lit. a DSM-RL hinreichend umgesetzt.

Der Mechanismus über vertragliche Nutzungsrechte nach § 4 UrhDaG-E berücksichtigt bereits geringfügige Nutzungen. Das UrhDaG sollte jedoch in der Begründung klarstellen, dass die Erheblichkeit in § 4 Abs. 2 Nr. 2 UrhDaG-E nicht allein nach der Anzahl von Werken und Rechteinhabern beurteilt werden kann, sondern auch Werkart und Umfang der Werke sowie die Bedeutung für den Diensteanbieter berücksichtigen muss.

*c) Berücksichtigung geringfügiger Nutzungen bei der Pflicht zur Sperrung und Entfernung, § 10 und 11 UrhDaG-E*

56. Die Geringfügigkeit von Nutzungen lässt sich bei den Pflichten der Diensteanbieter zur Sperrung und Entfernung von Inhalten nach §§ 10 und 11 UrhDaG-E besonders berücksichtigen. Selbst wenn geringfügige Nutzungen nach dem System des § 4 UrhDaG-E nicht zwingend zu lizenzieren sind (s.o. Rn. 17-19), müssen Diensteanbieter diese auf der Grundlage von Sperrlisten blockieren (§ 10 UrhDaG-E) oder individuell entfernen (§ 11 UrhDaG-E). Hierfür gilt gemäß Art. 17 Abs. 5 i.V.m. Art. 17 Abs. 4 lit. b und c DSM-RL auch der **Grundsatz der Verhältnismäßigkeit**. Dabei ist gemäß Art. 17 Abs. 5 lit. b DSM-RL konkret zu berücksichtigen, ob geeignete und wirksame Mittel zur Überprüfung der Inhalte zur Verfügung stehen. Relevant für die Beurteilung der Pflichten sind überdies allgemeine Kosten-Nutzen-Erwägungen.

57. Gleichzeitig spielen im Kontext von Sperr- und Entfernungsverlangen durch die Rechteinhaber das **Verbot von Overblocking** nach Art. 17 Abs. 7 UA 1 DSM-RL und das **Verbot zur Einführung allgemeiner Überwachungs-pflichten** nach Art. 17 Abs. 8 DSM-RL eine besonders große Rolle.

*d) Verhältnismäßigkeit zwischen Diensteanbieter und Rechteinhaber*

58. Die Frage, ob die Erfüllung der Pflichten für Diensteanbieter verhältnismäßig ist, ist bei der Prüfung konkreter Sperrlisten oder individueller Entfernungsverlangen grundsätzlich anders zu beurteilen, als bei der Pflicht, Lizenzen

einzuholen. Denn in den erstgenannten Fällen wird der Überprüfungsgegenstand klar benannt, und jedenfalls im Falle des Entfernenverlangens erfolgt die Überprüfung anlassbezogen.

59. Genau wie für die Lizenzierung gilt grundsätzlich auch für die Verhältnismäßigkeitsabwägung bei der Sperrung und Entfernung, dass das **Interesse der Rechteinhaber** an der Ausübung ihres Verbotsrechts umso geringer ist, je geringfügiger die jeweilige Nutzung ausfällt. Insofern ist die Festsetzung pauschaler Schwellenwerte grundsätzlich ein geeignetes Mittel, um eine Grenze zu definieren, innerhalb derer das Interesse des Rechteinhabers *typischerweise* zurückstehen kann. Für die Verhältnismäßigkeit zwischen Diensteanbieter und Rechteinhaber ist auch der pauschale **finanzielle Ausgleich für die Rechteinhaber** zu berücksichtigen. Er lässt nicht nur ein weiteres Vergütungsinteresse in vielen Fällen entfallen, sondern kann auch einen **Anreiz** bilden, von Sperrverlangen und der Einleitung von Beschwerdeverfahren Abstand zu nehmen.
60. Nutzungen in geringfügigem Umfang belasten jedoch in aller Regel nicht nur die Rechteinhaber kaum, sondern sie kommen auch in besonders **großer Zahl** vor, womit eine Prüfungspflicht die Diensteanbieter umso mehr belasten würde. Dabei ist die **Beurteilung**, ob die öffentliche Wiedergabe im Einzelfall eine Urheberrechtsverletzung begründet, **keinesfalls einfach**. Denn geringfügige Nutzungen werden häufig nicht vom urheberrechtlichen Verbotserfasst – sei es, weil das Material z.B. verarbeitet wird (Parodie, Pastiche, Karikatur), weil es angeführt wird (Zitat, Rezension, Kritik) oder weil es nur beiläufig enthalten ist (beiläufige Einbeziehung). Diese Grenzfälle zu **beurteilen, ist auf technischem Wege schwer möglich** und verursacht daher erhebliche Kosten individueller Prüfung der jeweiligen potentiellen Urheberrechtsverletzung oder geht mit der Gefahr von Overblocking einher.
61. Typischerweise stehen also in Bezug auf geringfügige Nutzungen die **Überprüfungskosten der Diensteanbieter nicht im Verhältnis zum Nutzen**, den die Rechteinhaber an der Überwachung haben.

Das UrhDaG sollte geringfügige Nutzungen bei der Prüfungspflicht der Diensteanbieter zur Sperrung und Entfernung (§§ 10, 11 UrhDaG-E) berücksichtigen. Schon nach dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz aus Art. 17 Abs. 5 DSM RL sollten diese Pflichten bei geringfügigen Nutzungen nicht starr gelten (zu Anregungen für eine gesetzliche Ausgestaltung sogleich).

*e) Verhinderung von Overblocking – Schutz der Nutzerinteressen*

62. Spezielle Probleme bei den Sperr- und Entfernungspflichten der Diensteanbieter ergeben sich **im Hinblick auf Nutzerinteressen**, gerade wenn der Upload eines Nutzers legal sein könnte. Grundsätzlich kann der Nutzer diese Inhalte nach § 8 Abs. 2 Nr. 3 UrhDaG-E als vertraglich oder gesetzlich erlaubt

kennzeichnen. Dann wäre eine Sperrung oder Entfernung gemäß §§ 10, 11 UrhDaG-E nach § 8 Abs. 2 UrhDaG-E unzulässig. Dies setzt allerdings voraus, dass der Nutzer sowohl die **nötige rechtliche Kenntnis** besitzt, um seinen Inhalt als gesetzlich erlaubt einzustufen (was z.B. bei nutzergenerierten Inhalten selbst urheberrechtlichen Fachleuten nicht leicht fällt) als auch **tatsächlich eine Kennzeichnung vornimmt**. Es ist gut möglich, dass Nutzer aus Vorsicht oder mangelnden urheberrechtlichen Spezialkenntnissen keine Kennzeichnung ihrer Inhalte vornehmen. In dieser Situation kann es auf Verlangen des Rechteinhabers zur Sperrung oder Entfernung eigentlich legaler Inhalte kommen. Insbesondere wenn ein Diensteanbieter entweder selbst unsicher über die Rechtmäßigkeit ist oder den Aufwand für eine Überprüfung der Rechtmäßigkeit möglichst gering halten möchte, um seinen Pflichten aus §§ 10 und 11 UrhDaG-E nachzukommen, besteht die Gefahr des **Overblockings eigentlich legaler Inhalte**.

63. Gerade bei der Gefahr von Overblocking kommt den Nutzerinteressen eine tragende Rolle zu. Dies betrifft zunächst die **aktiven Nutzer** mit ihrem Interesse an Kommunikation und kreativem Ausdruck. Doch auch den Interessen der **passiven Nutzer** an Zugang zu Inhalten ist Rechnung zu tragen. Beide werden von Overblocking negativ betroffen. Dabei erhalten aber nur die aktiven Nutzer das Recht, Inhalte als erlaubt zu kennzeichnen und einer unrechtmäßigen Sperrung somit vorzubeugen. Eine Möglichkeit der Einflussnahme passiver Nutzer besteht nicht. Als individuelles Recht lässt sie sich auch nicht umsetzen, sodass es umso wichtiger ist, ihre **Interessen systemisch** zu berücksichtigen.
64. Auch das Verbot des **Overblockings** aus Art. 17 Abs. 7 UA 1 DSM RL führt dazu, dass das UrhDaG geringfügige Nutzungen bei der Prüfungspflicht der Diensteanbieter zur Sperrung und Entfernung (§§ 10, 11 UrhDaG-E) berücksichtigen sollte. Diese Pflichten sollten bei geringfügigen Nutzungen nicht starr gelten (zu Anregungen für eine gesetzliche Ausgestaltung sogleich).

*f) Abschließender Vorschlag*

Im Ergebnis wird deutlich: Die einzelnen Pflichten der Diensteanbieter in Bezug auf geringfügige Nutzungen sollten durchaus eingeschränkt werden, um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Verbot des Overblockings gerecht zu werden. Für die Frage, inwiefern der Gesetzgeber hier tätig werden sollte, ist zu unterscheiden zwischen den Pflichten nach § 4 UrhDaG-E einerseits und den Pflichten nach §§ 10, 11 UrhDaG-E andererseits.

In Bezug auf die **Lizenzierungspflichten** der Diensteanbieter lässt sich die Bedeutung der Werknutzung innerhalb des Lizenzsystems von § 4 UrhDaG-E berücksichtigen. Grundsätzlich ist eine Lizenzierung wünschenswert, sie hilft Spannungen im Zusammenhang mit den Prüfpflichten zu vermeiden. Um dies abzusichern, sollte klargestellt werden, dass die Erheblichkeit in § 4 Abs.

2 Nr. 2 UrhDaG-E nicht allein nach der Anzahl von Werken und Rechteinhabern beurteilt werden kann, sondern auch Werkart und Umfang der Werke sowie die Bedeutung für den Diensteanbieter berücksichtigt werden müssen.

Was hingegen die Pflichten nach §§ 10, 11 UrhDaG-E betrifft, sollte das UrhDaG die Zielsetzung von § 6 UrhDaG-E berücksichtigen – jedoch nicht durch die Einführung einer De-minimis-Schranke. Umsetzen lässt sich dies mit einer **Vermutung der Rechtmäßigkeit und einer verfahrensmäßigen Neuausrichtung der Aktionslast**. Solche Lösungen sind dem Gesetz zwar nicht fremd. So verteilt § 8 UrhDaG-E bereits die Aktionslast mit Hilfe eines Verfahrens; allerdings wurde bereits auf die konzeptionellen Schwächen dieses Verfahrens hingewiesen: Es ist von Kenntnissen und Verhalten des Nutzers abhängig (s.o. Rn. 62, 63). Eine Neuausrichtung der Aktionslast für die Sperrung und Entfernung von Inhalten sollte diese Schwächen vermeiden, indem es ein ähnliches Verfahren vorsieht, das jedoch unabhängig vom Nutzerverhalten funktioniert.

Konkret könnte das UrhDaG dieses Verfahren an die **Geringfügigkeit von Nutzungen** anknüpfen. Denn die **Geringfügigkeit** ist ein geeigneter Tatbestand, um Verhältnismäßigkeitserwägungen und die Vorgaben an einen Schutz vor Overblocking zu wahren. Gesetzgebungstechnisch operationalisieren ließe sich die Geringfügigkeit durch eine Typisierung, die im Ergebnis die Verfügbarkeit zumindest eines Großteils derjenigen Inhalte sicherstellt, von deren Rechtmäßigkeit – auch unter Berücksichtigung der Verbotsinteressen der Rechteinhaber – ausgegangen werden kann. Hierfür ist Folgendes zu berücksichtigen:

An den Tatbestand der geringfügigen Nutzungen würde das Gesetz die Rechtsfolge knüpfen, dass diese **von einem pauschalen Sperrverlangen ausgenommen** werden. Das gilt zumindest vorläufig, sodass es dann dem Rechteinhaber obliegt, ein Beschwerdeverfahren einzuleiten. Bis zum Abschluss des Verfahrens **bleiben die Inhalte zugänglich** und die Diensteanbieter haftet grundsätzlich nicht für erfolgte Urheberrechtsverletzungen. Somit wird den Diensteanbietern das einseitige Prognoserisiko darüber genommen, ob eine Urheberrechtsverletzung vorliegt oder nicht.

Zu diesem Zweck kann der Gesetzgeber **Schwellenwerte als Vermutungswerte normieren**. Er mag hierfür die in § 6 UrhDaG-E verankerten Werte als Ausgangspunkt nehmen und unter Berücksichtigung der Funktion der geringfügigen Nutzungen als Einschränkung der Prüfpflichten des Diensteanbieters modifizieren bzw. ergänzen. Für die Dauer der öffentlichen Wiedergabe sollte der Rechteinhaber jedoch **vergütet werden**. Dabei dient diese Vergütung sowohl als Ausgleich für die öffentliche Wiedergabe als auch als Anreiz, nicht gegen die öffentliche Wiedergabe vorzugehen.