

Stellungnahme

zum Diskussionsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes (Stand: 24. Juni 2020)

31. Juli 2020

Seite 1

Die VG WORT bedankt sich für die Möglichkeit, zu dem Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) für ein „Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts“ vom 24. Juni 2020 Stellung nehmen zu können.

I. Vorbemerkung

Grundsätzlich enthält der Gesetzentwurf eine Reihe von Regelungsvorschlägen, die aus Sicht der VG WORT zu begrüßen sind. Dessen ungeachtet muss darauf hingewiesen werden, dass der aktuelle – zweite – Diskussionsentwurf vorgelegt wurde, obwohl das Gesetzgebungsverfahren für ein Erstes Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts bereits seit Monaten stockt. Das ist aus hiesiger Sicht sehr bedauerlich. Für die VG WORT und die übrigen betroffenen Verwertungsgesellschaften ist bekanntlich die Regelung zur Umsetzung von Art. 16 DSM-Richtlinie (Verlegerbeteiligung) von zentraler Bedeutung. Nachdem aus guten Gründen der erste Diskussionsentwurf vorrangig betrieben werden sollte, kann der derzeitige Verfahrensstand nur enttäuschen; er gefährdet die gemeinsame Rechtewahrnehmung für Urheber und Verleger innerhalb einer Verwertungsgesellschaft. Es wird deshalb dringend darum gebeten, die Arbeiten am ersten Diskussionsentwurf endlich fortzusetzen, damit dieser Gesetzentwurf noch möglichst in diesem Jahr verabschiedet werden kann.

Im Folgenden wird zunächst auf die vorgeschlagenen Änderungen des Urheberrechtsgesetzes (unter II.) und des Verwertungsgesellschaftengesetzes (unter III.) eingegangen. Die Stellungnahme zum Entwurf eines Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG) folgt anschließend (unter IV.); zuletzt wird noch auf ein weiteres dringendes Anliegen der VG WORT eingegangen (unter V.).

II. Änderungen des Urheberrechtsgesetzes (UrhG)

• §§ 20b, 20c, 20d UrhG-E

Die VG WORT begrüßt die Vorschläge zur Umsetzung der Online-SatCab-Richtlinie. Das gilt insbesondere für die technologie-neutrale Ausgestaltung des § 20b Abs. 1 UrhG sowie die Erstreckung des Vergütungsanspruchs nach § 20b Abs. 2 UrhG auf die neuen Formen der Weitersendung. Zu begrüßen ist auch, dass von der Möglichkeit für eine Regelung zur Direktein speisung nach § 20d UrhG-E Gebrauch gemacht werden soll. Die entsprechende Anwendung von § 20b UrhG – einschließlich des direkten Vergütungsanspruchs – ist aus hiesiger Sicht sachgerecht.

• § 23 UrhG-E

§ 23 UrhG-E begegnet im Grundsatz keinen Bedenken. Allerdings sollte im Gesetzestext – und nicht nur in der Begründung – klargestellt werden, wann ein „hinreichender Abstand zum verwendeten Werk“ gewahrt ist. Das gilt umso mehr, weil die bisherige Rechtsprechung des BGH zum „inneren“ oder „äußeren Abstand“ (vgl. Begründung S. 55) vor dem Hintergrund der EuGH-Rechtsprechung nicht mehr passt. Überprüft werden sollte auch, ob der Wortlaut von § 23 Abs. 1 UrhG-E – wie vorgeschlagen – beibehalten werden kann: Soweit Werkänderungen einen hinreichenden Abstand zum verwendeten Werk wahren, dürfte es sich – jedenfalls nach bisherigem Verständnis – nicht mehr um Bearbeitungen, sondern um unabhängige Werke handeln.

• §§ 32 Abs. 2 bis 41 Abs. 5 UrhG-E

Da die VG WORT Rechte von Urhebern und Verlagen gemeinsam wahnimmt und im Bereich des Urhebervertragsrechts bei den Berufsgruppen teilweise unterschiedliche Auffassungen vertreten werden, wird insoweit im Wesentlichen von einer Stellungnahme abgesehen.

Hingewiesen wird aber darauf, dass es nach Art. 18 Abs. 2 DSM-Richtlinie den Mitgliedsstaaten frei steht, auf verschiedene Mechanismen zurückzugreifen, um den Anspruch auf angemessene Vergütung nach Art. 18 Abs. 1 zu verwirklichen. Hierzu können für den audiovisuellen Bereich auch verwertungsgesellschaftspflichtige Vergütungsansprüche zählen, wie sie in § 27 Abs. 1 UrhG sowie in § 20b Abs. 2 UrhG bereits im geltenden Recht vorgesehen sind. Die europäische Dachorganisation der Verwertungsgesellschaften im audiovisuellen Bereich (SAA) hat sich auf der europäischen Ebene bereits seit langem für einen derartigen Direktvergütungs anspruch gegenüber den Betreibern von VOD-Plattformen eingesetzt. Auch wenn es auf der

europäischen Ebene zu einer solchen Regelung nicht gekommen ist, bietet Art. 18 Abs. 2 DSM-Richtlinie die Möglichkeit, die Einführung eines solchen Anspruchs für den audiovisuellen Bereich auf nationaler Ebene zu prüfen. Hier finden im Übrigen zwischen der VG WORT und Autorenverbänden derzeit noch Gespräche statt; auf das Thema wird deshalb möglicherweise nochmals gesondert zurückzukommen sein. Klar ist jedenfalls, dass der Vergütungsanspruch nach § 27 Abs. 1 UrhG, der sich gegen den Vermieter Bild- oder Tonträgern richtet („Videotheken“), in der Praxis kaum noch Bedeutung hat, weil audiovisuelle Werke nicht mehr als körperliche Werkeexemplare vermietet, sondern online zur Verfügung gestellt werden.

• § 51a UrhG-E

Soweit Formen der Karikatur und der Parodie, die auch bisher nach § 24 UrhG erlaubt waren, in eine neue Schrankenregelung überführt werden sollen, wurde dies durch die Rechtsprechung des EuGH in der Entscheidung „Pelham“ („Metall auf Metall“) vorgegeben. Höchst problematisch ist aber, dass im Bereich des UrhG eine neue „Pastiche-Schranke“ eingeführt werden soll. Außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 17 DSM-Richtlinie ist eine solche Schrankenregelung durch das europäische Recht nicht zwingend vorgegeben. Gegen die freiwillige Einführung der Regelung spricht, dass bisher völlig unklar ist, was genau unter einem Pastiche zu verstehen ist. Das ergibt sich auch nicht aus der Begründung des Diskussionsentwurfs. Deutlich wird nur, dass in ganz erheblichem Umfang Nutzungen von fremden Werken zulässig sein sollen, ohne dass dabei ein genau beschriebener Zweck verfolgt werden muss. Soweit es bereits ausreichend sein soll, für das Original – oder den Urheber – „Wertschätzung“ oder „Ehrerbietung“ zum Ausdruck zu bringen (vgl. Begründung S. 64), wird dadurch praktisch jede Form von Nutzung ermöglicht. Auch die konkret in der Begründung genannten Nutzungen wie Remix, Meme, GIF, Mashup, Fan Art, Fan Fiction, Cover oder Sampling bestätigen diesen Befund. Bisher wurden für derartige Nutzungsarten vielfach vertragliche Lizenzen seitens der Rechteinhaber eingeräumt, die aufgrund der vorgeschlagenen gesetzlichen Erlaubnis nicht mehr erforderlich wären. Gerade in diesem Zusammenhang fällt besonders ins Gewicht, dass keinerlei Vergütung für die gesetzlich erlaubten Nutzungen vorgesehen ist; ein Anspruch auf angemessene Vergütung wäre hier zwingend erforderlich. Im Ergebnis bestehen deshalb ganz erhebliche Zweifel, ob eine derartige Regelung mit dem 3-Stufen-Test und dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Einklang zu bringen ist.

• § 61d UrhG-E

§ 61d UrhG-E setzt die in Art. 8 Abs. 2 DSM-Richtlinie vorgegebene Schrankenregelung in Bezug auf nicht verfügbare Werke um. Die Vorschrift steht in einem engen Zusammenhang mit § 51b VGG-E; auf die diesbezüglichen Ausführungen wird verwiesen.

Sehr zu begrüßen ist, dass § 61d Abs. 5 UrhG-E einen gesetzlichen Vergütungsanspruch für Nutzungen unter der neuen Schrankenregelung vorsieht. Problematisch ist allerdings in diesem Zusammenhang der Verweis auf § 60h Abs. 3 Satz 1 UrhG. Bei der Nutzung von nicht verfügbaren Werken müssen die privilegierten Einrichtungen – jedenfalls vielfach – titelgenaue Angaben für jedes Werk erheben. Denn anders lässt sich regelmäßig nicht feststellen, ob ein Werk tatsächlich nicht verfügbar ist. Es ist deshalb nicht ersichtlich, warum – trotz der zumeist vorhandenen Erhebungsdaten – nach § 60h Abs. 3 Satz 1 UrhG lediglich eine pauschale Vergütung oder eine Vergütung aufgrund einer repräsentativen Stichprobe genügen soll. Das entspricht im Übrigen auch nicht der bisherigen Praxis im Bereich der vergriffenen Werke. Hier wird vielmehr aufgrund des bestehenden Rahmenvertrages zwischen Bund und Ländern sowie VG WORT und VG Bild-Kunst titelgenau eine Vergütung seitens der privilegierten Einrichtungen bezahlt, ohne dass es insoweit zu Schwierigkeiten gekommen wäre.

• **§ 61e UrhG-E**

Grundsätzlich scheint es sachgerecht, einzelne – technische – Punkte in Zusammenhang mit der Schrankennutzung von nicht verfügbaren Werken in einer Rechtsverordnung zu regeln. Gleichwohl wäre es sinnvoll, bestimmte – wichtige – Vorgaben bereits im Gesetz näher zu konkretisieren. Auf die Ausführungen zu § 51e VGG-E wird insoweit verwiesen.

• **§ 61f UrhG-E**

§ 61f UrhG-E begegnet Bedenken, weil eine derartige Schrankenregelung im (abschließenden) Katalog des Art. 5 InfoSoc-Richtlinie nicht vorgesehen ist. Es kommt hinzu, dass im Bereich der kollektiven Lizenzen mit erweiterter Wirkung titelgenaue Informationen keineswegs immer erforderlich sein sollten; auf die Ausführungen zu § 51 VGG-E wird verwiesen.

• **§ 61g UrhG-E**

Die Formulierung des § 61g UrhG-E lässt – erneut (vgl. § 60g Abs. 1 UrhG) – offen, welches Verhältnis zwischen individueller Lizenz und Schrankenregelungen besteht. Das gilt in besonderer Weise für die Frage, ob die gesetzlich vorgesehene angemessene Vergütung auch im Fall einer lizenzierten Nutzung an die zuständige Verwertungsgesellschaft gezahlt werden muss. Es kann nur erneut darum gebeten werden, diesen Streitpunkt aus Anlass des Gesetzesgebungsverfahrens (besser noch im Zusammenhang mit dem ersten Diskussionsentwurf) abschließend zu klären.

• § 68 UrhG-E

Gegenüber § 68 UrhG-E bestehen keine Bedenken. Allerdings sollte im Gesetzentext klar gestellt werden, was genau unter „visuellen Werken“ zu verstehen ist.

III. Änderungen des Verwertungsgesellschaftengesetzes (VGG)

• § 7a VGG-E

Der Diskussionsentwurf führt – im Zusammenhang mit der Vergabe von kollektiven Lizzenzen mit erweiterter Wirkung – den Begriff der „Außenstehenden“ neu ein. Auch wenn nicht unmittelbar ersichtlich ist, was gegen den im Gesetz (vgl. Überschrift zu § 50 VGG) und in der Praxis etablierten Begriff der „Außenseiter“ spricht, bestehen gegen die neue Terminologie im Ergebnis keine Bedenken. Unklar ist allerdings, in welchem Verhältnis Außenstehende zu Berechtigten im Sinne von § 6 VGG stehen. Bisher wurde hier davon ausgegangen, dass es sich jedenfalls bei Außenseitern nach § 50 VGG um Berechtigte im Sinne des § 6 VGG handelt (vgl. die Gesetzesbegründung zu § 6 VGG; BT-Drs. 18/7223, 73). Es spricht viel dafür, dies in Zukunft für alle Außenstehenden vorzusehen. Zwar bestimmen § 51 Abs. 3 Nr. 2 VGG-E sowie § 51b Abs. 3 Nr. 2 VGG-E, dass Außenstehende aufgrund des Vertrages mit dem Nutzer im Verhältnis zur Verwertungsgesellschaft die gleichen Rechte und Pflichten haben sollen, wie Berechtigte. Das dürfte sich aber für die Verwertungsgesellschaft nur umsetzen lassen, wenn diese Vorgabe in § 7a VGG-E unmittelbar übernommen wird. Denn insbesondere Ausschüttungen sind nach § 26 Nr. 1 VGG zwar an Berechtigte – nicht aber an sonstige Rechtsinhaber – zulässig.

• § 51 VGG-E

Die VG WORT begrüßt, dass von der Möglichkeit des Art. 12 DSM-Richtlinie Gebrauch gemacht werden soll und neue Regelungen für die Vergabe von kollektiven Lizzenzen mit erweiterter Wirkung in das deutsche Recht eingeführt werden. Die Formulierung des § 51 Abs. 1 VGG-E wirft allerdings noch Fragen auf. Insbesondere ist aus hiesiger Sicht unklar, was genau darunter zu verstehen ist, dass eine Verwertungsgesellschaft Nutzungsrechte am Werk eines Außenstehenden einräumen „kann“. Bezieht sich dies auf die Freiheit der Verwertungsgesellschaft, zu entscheiden, ob sie kollektive Lizzenzen mit erweiterter Wirkung einräumen will (vgl. Begründung S. 32) oder geht es um das rechtliche „können“? Wie auch immer diese Frage zu beantworten ist, es dürfte in jedem Fall erforderlich sein, unmissverständlich gesetzlich festzulegen, dass die Verwertungsgesellschaften Rechte für Außenstehende wirksam einräumen können. Dafür bietet

Art. 12 Abs. 1 DSM-Richtlinie zwei unterschiedliche Modelle an: Entweder wird eine abgeschlossene Lizenzvereinbarung nach Art. 12 Abs.1 lit. a) DSM-Richtlinie auch auf Rechte von Außenstehenden erstreckt oder es findet eine gesetzliche Fiktions- oder Vermutungsregelung nach Art. 12 Abs. 1 lit. b) DSM-Richtlinie Anwendung. In jedem Fall bedarf es aber hierfür einer gesetzlichen Anordnung. Vorzugswürdig wäre dabei aus hiesiger Sicht, von der Möglichkeit des Art. 12 Abs. 1 lit. a) DSM-Richtlinie Gebrauch zu machen und den Lizenzvertrag auch auf die Rechte von Außenstehenden zu erstrecken. Nur dieses Modell dürfte im Übrigen mit dem – im Diskussionsentwurf verfolgten – Ansatz zu vereinbaren sein, dass es den Verwertungsgesellschaften freigestellt wird, ob sie kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung vergeben. Eine solche Entscheidungsfreiheit ist zumindest bei einer allgemeinen Regelung zur Vergabe von kollektiven Lizenzen auch durchaus sinnvoll, weil so die Verwertungsgesellschaft und ihre Gremien abwägen können, ob sie – mit allen Konsequenzen in Bezug auf die Gleichbehandlung – Rechte für Außenstehende wahrnehmen möchten. Eine gesetzliche Fiktion im Sinne von Art. 12 Abs. 1 lit. b) DSM-Richtlinie dürfte dagegen dazu führen, dass eine Verwertungsgesellschaft dem Abschlusszwang nach § 34 VGG unterliegt. Denn hier werden die Rechte der Außenstehenden der Verwertungsgesellschaft unmittelbar zugeordnet; eine Entscheidungsfreiheit bei der Vergabe von kollektiven Lizenzen würde damit entfallen.

In Bezug auf die Voraussetzungen für die Vergabe von kollektiven Lizenzen mit erweiterter Wirkung nach § 51 Abs. 3 VGG-E erscheint fraglich, ob es erforderlich ist, dass die Einholung der Nutzungserlaubnis von allen betroffenen Außenstehenden durch den Nutzer oder die Verwertungsgesellschaft „unzumutbar“ sein muss (vgl. § 51 Abs. 3 Nr. 4 VGG-E). Nach hiesigem Verständnis wird eine solche Schwelle durch die DSM-Richtlinie nicht vorgegeben. Dort ist vielmehr in Art. 12 Abs. 2 DSM-Richtlinie lediglich vorgesehen, dass eine Einholung der Erlaubnis der Rechtsinhaber „beschwerlich“ und in einem Maße „praxisfern“ sein muss, dass die erforderliche Erteilung der Lizenz „unwahrscheinlich“ wird. Graduell dürfte dies unter der Schwelle der Unzumutbarkeit liegen.

Problematisch ist ferner, dass nach § 51 Abs. 3 Nr. 5 lit. a) VGG-E eine Verpflichtung der Verwertungsgesellschaft besteht, über individuelle Nutzungsdaten zu informieren. Da es bei den einschlägigen Verträgen um Massennutzungen unterschiedlichster Art gehen kann, werden häufig keine konkreten Nutzungsdaten vorliegen, über die informiert werden könnte. Ausreichend sollte es deshalb sein, wenn über den einschlägigen Vertrag sowie über die genutzten Werkkategorien und die betroffenen Rechtsinhabergruppen unterrichtet wird. Dies dürfte auch im Einklang mit Art. 12 Abs. 3 lit. d) DSM-Richtlinie stehen, wo nicht auf konkrete Werkinformationen abgestellt wird, sondern ganz allgemein auf „Werke und sonstige Schutzgegenstände“;

zudem sind ohnehin nur „angemessene Informationsmaßnahmen“ erforderlich. Bei der Nutzung von nicht verfügbaren Werken (vgl. § 51b VGG-E) könnte insoweit etwas anderes gelten, weil dort die konkreten Nutzungsdaten bei den Kulturerbe-Einrichtungen – jedenfalls nach bisheriger Praxis in Deutschland – ohnehin erhoben werden. Auch dürften die Vorgaben des Art. 10 Abs. 1 DSM-Richtlinie insoweit strenger sein, weil es um Informationen „zum Zwecke der Identifizierung“ geht. Im Ergebnis wird deshalb vorgeschlagen, in § 51 Abs. 3 Nr. 5 lit. VGG-E deutlich zu machen, dass titelgenaue Angaben zu erfassten Werken und betroffenen Rechtsinhabern nur erforderlich sind, soweit diese bei der Verwertungsgesellschaft vorhanden sind.

• § 51a VGG-E

§ 51a Abs. 1 VGG-E ist im Grundsatz zu begrüßen. Allerdings bleibt im Gesetzentext unklar, wann „eine erhebliche Anzahl von Berechtigten“ einer Verwertungsgesellschaft Rechte zu Rechtewahrnehmung eingeräumt hat. Es sollte versucht werden, diese – wichtige – Vorgabe im Gesetz und nicht nur in der Rechtsverordnung nach § 51e Abs. 5 VGG-E – näher zu konkretisieren.

In jedem Fall ist es sehr sinnvoll, dass § 51 Abs. 2 VGG-E eine Vermutungsregelung für die Repräsentativität einer Verwertungsgesellschaft vorsieht. Klargestellt werden sollte allerdings, dass diese Regelung nur auf Verwertungsgesellschaften mit Sitz in Deutschland Anwendung findet. Ferner wird darum gebeten, zu prüfen, ob die Vermutungsregelung nicht unwiderleglich ausgestaltet werden kann. Nur dies würde für alle Beteiligten zu einer wirklich rechtssicheren Lösung führen. Andernfalls bestünde stets die Gefahr, dass ein Außenstehender die Vermutung in einem Gerichtsverfahren doch noch widerlegt – mit Wirkung für sämtliche in diesem Bereich abgeschlossenen Lizenzverträge. Gegebenenfalls könnte eine solche unwiderlegliche Vermutung auch an eine entsprechende Zulassung der Aufsichtsbehörde geknüpft werden.

Klargestellt werden sollte in geeigneter Weise, dass eine Verwertungsgesellschaft, die für inländische Rechtsinhaber repräsentativ ist, keine Rechte für ausländisches Repertoire vergeben kann, soweit nicht entsprechende Gegenseitigkeitsverträge bestehen oder die Verwertungsgesellschaft aufgrund von unmittelbaren Wahrnehmungsverträgen mit ausländischen Rechtsinhabern auch insoweit als repräsentativ anzusehen ist. Letzteres dürfte in der bisherigen Praxis allerdings kaum vorkommen. Die Regelung in Bezug auf Lizenzen für nicht verfügbare Werke mit Drittstaatenbezug (vgl. § 51d VGG-E) könnte deshalb aus hiesiger Sicht durchaus verallgemeinert werden: Repräsentativität für ausländisches Repertoire liegt nur vor, wenn eine Verwertungsgesellschaft auch für ausländische Rechtsinhaber – und nicht nur für das Inland – repräsentativ ist.

• § 51b VGG-E

Gegenüber dem Wortlaut des § 51b Abs. 1 VGG-E bestehen dieselben Bedenken wie bei § 51 Abs. 1 VGG-E. Auch hier bedarf es einer klaren gesetzlichen Anordnung, dass die Rechte der Außenstehenden entweder der Verwertungsgesellschaft zugeordnet werden oder aber der Lizenzvertrag diese Rechte mit erfasst.

Unklar ist, wieso die Vermutungsregelung nach § 51a Abs. 2 VGG-E gemäß § 51b Abs. 3 Nr. 1 VGG-E bei nicht verfügbaren Werken keine Anwendung finden soll. Die Frage der Repräsentativität einer Verwertungsgesellschaft steht – anders als in der Begründung (S. 79) ausgeführt – nach hiesigem Verständnis in keinem Zusammenhang mit der Möglichkeit einer Schrankennutzung nach § 61d UrhG-E zu Gunsten der Kulturerbe-Einrichtungen. Vielmehr ist die Vermutungsregelung auch für die Verwertungsgesellschaft selbst und für die von ihr vertretenen Berechtigten von großer Bedeutung, um rechtssichere Lizenzierungen – und Vergütungszahlungen – zu ermöglichen.

Soweit in § 51b Abs. 3 Nr. 4 VGG-E vorgesehen ist, dass die Verwertungsgesellschaft die Information an das Online-Portal des Amtes der Europäischen Union für geistiges Eigentum weitergeben muss, sollte im Übrigen klargestellt werden, dass die erforderlichen Daten von den Kulturerbe-Einrichtungen der Verwertungsgesellschaft zur Verfügung zu stellen sind.

• § 51c VGG-E

In § 51c Abs. 1 VGG-E sollte klargestellt werden, dass nur veröffentlichte Werke erfasst werden. Zwar erwähnt Erwägungsgrund 37 DSM-Richtlinie auch „unveröffentlichte Werke“; diese Formulierung beruht aber möglicherweise – wie bereits bei Art. 1 Abs. 3 Verwaiste-Werke-Richtlinie – auf einem Übersetzungsfehler und es sind „nicht erschienene“ Werke gemeint. Die Regelung des § 61 Abs. 4 UrhG hat diesen Punkt bei der Umsetzung der Verwaiste-Werke-Richtlinie zu Recht korrigiert. Im Ergebnis sollten jedenfalls Werke, die nicht gemäß § 6 Abs. 1 UrhG mit Zustimmung des Berechtigten der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wurden (und deshalb unveröffentlicht sind), aus urheberpersönlichkeitsrechtlichen Gründen von einer Nutzung ausgeschlossen sein. Auch Erwägungsgrund 37 DSM-Richtlinie verweist explizit auf nationale persönlichkeitsrechtliche Regelungen, die unbeschadet bleiben sollen. Das Veröffentlichungsrecht nach § 12 UrhG ist aber bekanntlich eines der zentralen persönlichkeitsrechtlichen Befugnisse des Urhebers.

Nicht unproblematisch ist § 51c Abs. 2 VGG-E, wonach zugunsten der Kulturerbe-Einrichtung unwiderleglich vermutet wird, dass ein Werk nicht verfügbar ist, wenn sie erfolglos einen vertretbaren Aufwand betrieben hat, um die Nichtverfügbarkeit von Werken zu klären. Das gilt jedenfalls dann, wenn – wie bisher – unklar ist, was unter einem vertretbaren Aufwand genau zu verstehen ist. Zwar ermöglicht § 51e Nr. 7 VGG-E insoweit Konkretisierungen in der beabsichtigten Rechtsverordnung. Bei diesem zentralen Punkt – und mit Blick auf die weitgehende unwiderlegliche Vermutung – erscheint es aber erforderlich, eine entsprechende Definition bereits in den Gesetzestext aufzunehmen.

Zu begrüßen ist, dass nach § 51c Abs. 3 VGG-E nunmehr eine Stichtagsregelung für die Nutzung von vergriffenen Werken vorgesehen ist, die – anders als in geltendem Recht – nicht mehr auf einen bestimmten Zeitpunkt fixiert ist. Geprüft werden sollte aber, ob es nicht sinnvoll ist, eine derartige „moving wall“ für sämtliche Schriftwerke, auch soweit es sich um nicht verfügbare Werke im Sinne von § 51c Abs. 1 VGG handelt, einzuführen. Sehr problematisch wäre es jedenfalls, wenn vergriffene Schriftwerke – völlig unabhängig von dem Erscheinungsdatum – unter der Schrankenregelung nach § 61d UrhG i. V. m. § 51c Abs. 1 und Abs. 2 VGG genutzt werden könnten, weil die Verwertungsgesellschaft lediglich Rechte für vergriffene Werke wahrnimmt, die vor 30 Jahren veröffentlicht wurden.

• § 51d VGG-E

Grundsätzlich erscheint es sinnvoll, (technische) Konkretisierungen der gesetzlichen Regelungen im Rahmen einer Verordnung des Bundesministeriums der Justiz und für den Verbraucherschutz vorzunehmen. Allerdings erscheint es vorzugswürdig, bei bestimmten Regelungsbereichen grundsätzliche Fragen – soweit wie möglich – bereits im Gesetzestext zu klären. Das gilt vor allem in Bezug auf § 51e Nr. 1, Nr. 2, Nr. 5 und Nr. 7 VGG-E.

• § 141e VGG-E

Gegenüber der Übergangsregelung für das Register vergriffener Werke bestehen im Grundsatz keine Bedenken. Dabei erscheint es sehr sinnvoll, die in der Gesetzesbegründung (S. 82) angesprochene „Container-Lösung“ in die Praxis umzusetzen.

IV. Entwurf eines Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetzes (UrhDaG-E)

• Zur Konzeption des Diskussionsentwurfs sowie zu § 1 UrhGDaG-E

Der Diskussionsentwurf sieht vor, dass Art. 17 DSM-Richtlinie in einem gesonderten Gesetz umgesetzt wird. Ob dies – regelungstechnisch – ein sinnvoller Ansatz ist, wird noch weiter zu

diskutieren sein. Problematisch ist aber in jedem Fall, dass im Diskussionsentwurf nach § 1 Abs. 1 UrhDaG-E ein neues Recht der öffentlichen Wiedergabe für Diensteanbieter geschaffen werden soll. Auch wenn zuzugeben ist, dass die Regelungen des Art. 17 DSM-Richtlinie diverse Fragen aufwerfen können, so spricht aus hiesiger Sicht sehr viel dafür, dass zwar für Diensteanbieter ein neues Haftungsregime geschaffen werden sollte, nicht aber ein neues Recht der öffentlichen Wiedergabe (vgl. auch *Nordemann/Waiblinger* GRUR 2020, 569, 573). Dieses dürfte sich vielmehr weiterhin aus Art. 3 InfoSoc-Richtlinie ergeben. Folgerichtig spricht Erwägungsgrund 64 DSM-Richtlinie davon, dass „klarzustellen“ ist, dass ein Diensteanbieter eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung vornimmt; lediglich die bestehende Rechtsunsicherheit bei dieser Frage (vgl. Erwägungsgrund 61) sollte demnach beseitigt werden. Dass für die Zukunft ein Nebeneinander zwischen dem Recht der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 3 InfoSoc-Richtlinie und dem Recht der öffentlichen Wiedergabe nach Art. 17 DSM-Richtlinie geschaffen werden sollte, war dagegen – nach hiesiger Einschätzung – nicht beabsichtigt. Diese Überlegungen gelten im Übrigen erst recht für die (nicht gewerblichen) Nutzer der Plattformen. Bisher stand außer Frage, dass es sich bei dem Upload der Nutzer um eine öffentliche Wiedergabe im Sinne von Art. 3 InfoSoc-Richtlinie handelt. Folgt man dem Ansatz im Diskussionsentwurf, so müsste aber konsequenterweise auch bei den Nutzern von einem neuen Recht der öffentlichen Wiedergabe ausgegangen werden; dagegen spricht aber unmittelbar Art. 1 Abs. 2 DSM-Richtlinie, wonach u. a. die Regelungen der InfoSoc-Richtlinie unberührt bleiben sollen und in keiner Weise beeinträchtigt werden.

• § 2 UrhDaG-E

§ 2 Abs. 3 UrhDaG-E führt eine neue Kategorie von „kleinen Diensteanbietern“ ein, die in der DSM-Richtlinie nicht vorgesehen ist. Nach der Begründung (S. 85) handelt es sich insoweit um eine Konkretisierung des in Art. 17 Abs. 5 DSM-Richtlinie vorgesehenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Es erscheint zweifelhaft, ob diese Vorgehensweise europarechtskonform ist, weil Sonderregelungen für bestimmte Diensteanbieter in Art. 17 Abs. 6 DSM-Richtlinie explizit vorgesehen sind. Auch dürfte sich der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Art. 17 Abs. 5 DSM-Richtlinie – jedenfalls aufgrund des Wortlauts – lediglich darauf beziehen, ob ein Diensteanbieter seinen Verpflichtungen nach Art. 17 Abs. 4 DSM-Richtlinie nachgekommen ist, diesen aber nicht vollständig von bestimmten Pflichten ausnehmen.

• § 4 UrhDaG-E

Auch hier dürfte der Entwurf nach hiesiger Einschätzung über das hinausgehen, was in der DSM-Richtlinie geregelt ist. Art. 17 Abs. 4 lit. a) DSM-Richtlinie sieht nicht vor, dass dem Diensteanbieter Nutzungsrechte angeboten werden oder diese über eine im Inland ansässige

Verwertungsgesellschaft oder abhängige Verwertungseinrichtung verfügbar sind. Vielmehr muss er nach dieser Bestimmung alle Anstrengungen unternehmen, um die Erlaubnis zur öffentlichen Wiedergabe einzuholen. Problematisch ist der Vorschlag aber vor allem deshalb, weil individuelle Angebote von Rechteinhabern vielfach vom Diensteanbieter nicht berücksichtigt werden müssen. So sinnvoll es sein kann, dass bestimmte Werke – oder Teile von Werken – kollektiv durch Verwertungsgesellschaften lizenziert werden (ggf. unter Einbeziehung von erweiterten kollektiven Lizenzen), so wichtig ist es auch, individuelle Angebote nicht auszuschließen. Individuelle Rechteinhaber, die ein repräsentatives Repertoire nach § 4 Abs. 2 Nr. 2 UrhDaG-E vertreten, dürften aber eher selten sein. Auch die Vorgabe, dass nach § 4 Abs. 2 Nr. 4 UrhDaG-E die Nutzung zu angemessenen Bedingungen ermöglicht werden muss, passt eher zu Verwertungsgesellschaften (als faktische Monopole, die einem Abschlusszwang unterliegen), nicht aber zu individuellen Rechteinhabern.

• § 5 UrhDaG-E

Die vorgeschlagene Schrankenregelung für Parodien, Karikaturen und Pastiche ist aufgrund von Art. 17 Abs. 7 Unterabsatz 2 lit. b) DSM-Richtlinie zwingend vorgegeben. Dessen ungeachtet ist auch hier das weite Verständnis eines Pastiche – wie oben bereits ausgeführt – sehr problematisch. In jedem Fall sollte aber ein gesetzlicher – verwaltungsgesellschaftspflichtiger – Vergütungsanspruch für derartige Nutzungen vorgesehen werden. Ferner sollte klargestellt werden, dass es sich bei der Regelung des § 5 Nr. 3 UrhDaG-E um eine Rechtsgrundverweisung auf die Schrankenregelungen nach Teil 1 Abschnitt 6 UrhG handelt und im Übrigen die dort vorgesehenen Vergütungsansprüche auch für die einschlägigen Nutzungen i.S.d. § 5 UrhDaG-E gelten.

• § 6 UrhDaG-E

Vor dem Hintergrund der obigen Ausführungen zur Konzeption des UrhDaG begegnet die vorgesehene Schrankenregelung erheblichen europarechtlichen Bedenken (vgl. auch *Stieper* GRUR 2020, 699, 703f.) Wie auch immer man rechtspolitisch zu einer derartigen Schranke stehen mag; europarechtlich dürfte sie aufgrund des abschließenden Charakters des Schrankenkatalogs nach Art. 5 InfoSoc-Richtlinie kaum zulässig sein. Sie lässt sich nach hiesigem Verständnis auch nicht etwa gemäß Art. 17 Abs. 1 Unterabsatz 2 DSM-Richtlinie als (gesetzliche) Erlaubnis der Rechteinhaber umdeuten und kann auch nicht durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Art. 17 Abs. 5 DSM-Richtlinie gerechtfertigt werden. Es bleibt vielmehr dabei, dass es sich – jedenfalls nach der bisherigen Ausgestaltung – um eine Schrankenregelung handelt, die weder in der InfoSoc-Richtlinie noch in der DSM-Richtlinie vorgesehen ist. Das gilt insbesondere auch hier mit Blick auf die Nutzer. Denn durch die Schrankenregelung des § 6

UrhDaG-E werden nicht nur die Nutzungen der Diensteanbieter erlaubt, sondern – aufgrund der Erstreckungswirkung nach § 9 UrhDaG-E – auch der (nicht kommerziellen) Nutzer. Zumindest dies dürfte mit der InfoSoc-Richtlinie kaum in Einklang zu bringen sein. Lediglich „hilfweise“ ist darauf hinzuweisen, dass die Schrankenregelung sehr weit gefasst ist, und Nutzungen erlaubt, die durchaus den Primärmarkt der Rechteinhaber tangieren können. Positiv ist – trotz aller Kritik – zu vermerken, dass die Schrankenregelung nach § 7 Abs. 2 VGG-E vergütungspflichtig ausgestaltet ist.

• **§ 7 UrhDaG-E**

Der in § 7 Abs. 1 UrhDaG-E vorgeschlagene Direktvergütungsanspruch ist – soweit es um die Nutzungen von audiovisuellen Werken geht – zu begrüßen. Um eine Durchsetzung des Direktvergütungsanspruchs in der Praxis zu erleichtern, sollte allerdings der Verweis auf § 20b Abs. 2 Satz 4 UrhG entfallen.

• **§ 8 ff. UrhDaG-E**

Das in § 8 UrhDaG-E vorgeschlagene Verfahren des „Pre-flagging“ erscheint sinnvoll. Problematisch sind allerdings die Rechtsfolgen, die hieran geknüpft werden. So ist nach § 8 Abs. 2 UrhDaG-E die Sperrung oder Entfernung geflagter Inhalte unzulässig, soweit sie nicht offensichtlich unzutreffend ist. Vor allem aber sind unter diesen Voraussetzungen Diensteanbieter nach § 16 UrhDaG-E für eine (rechtswidrige) Nutzung nicht verantwortlich. Gleiches gilt nach § 9 UrhDaG-E für den Nutzer. Die Freistellung soll dabei erst enden, wenn ein Beschwerdeverfahren abgeschlossen oder die Frist zur Entscheidung über die Beschwerde nach § 14 Abs. 4 Nr. 3 UrhDaG-E abgelaufen ist. Wird keine Beschwerde eingelegt, entfällt seitens der Diensteanbieter und der Nutzer dauerhaft jede Verantwortung und in vielen Fällen auch die Vergütungspflicht. Im Ergebnis wird deshalb mit diesem Regelungsmechanismus das Risiko, ob eine schrankenprivilegierte Handlung vorliegt, den Diensteanbieter und Nutzern weitgehend abgenommen. Dieser Ansatz widerspricht dem sonst bei Schrankenregelungen üblichen Verfahren. Hier ist es stets der Nutzer, der entscheiden muss, ob die Voraussetzungen einer Schrankenregelung vorliegen, und er muss das Risiko einer Fehleinschätzung tragen. Es leuchtet nicht ein, wieso dieser Grundsatz bei Diensteanbietern und ihren Nutzern zu Lasten der Rechteinhaber umgedreht werden sollte. Dass es sich um eine „offensichtlich unzutreffende Kennzeichnung“ i. S. d. § 12 UrhDaG-E handelt, wird – trotz der Regelung in § 12 Satz 2 UrhDaG-E - nur selten anzunehmen sein; die Beweislast dürfte im Übrigen auch insoweit bei den Rechteinhabern liegen.

V. Sonstiges

Wie bereits in der Stellungnahme der VG WORT zum ersten Diskussionsentwurf deutlich gemacht, bedarf es dringend einer „technologienutralen“ Ausgestaltung der Betreibervergütung nach § 54c UrhG. Diese Regelung erfasst bekanntlich keinerlei digitale Abspeicherungen, sondern nur Ausdrucke auf Papier. Diese – völlig veraltete – Rechtslage widerspricht den tatsächlichen Vervielfältigungen, die von vielen Großbetreibern vorgenommen werden. Insbesondere Bibliotheken und Hochschulen gehen immer mehr dazu über, in erster Linie Vervielfältigungen auf digitalen Speichern zu ermöglichen. Wenn hier nicht schnell durch den Gesetzgeber Abhilfe geschaffen wird, wird die Betreibervergütung zum „Auslaufmodell“. Das würde dem bisherigen Vergütungssystem im deutschen Recht, das von einem Nebeneinander von Geräte- und Speichermedienvergütung und Betreibervergütung ausgeht, widersprechen. Es würde dazu führen, dass viele gesetzlich erlaubte Vervielfältigungen, gerade im Bildungs- und Wissenschaftsbereich, nicht mehr angemessen vergütet werden. Sollte deshalb das Anliegen nicht bereits im ersten Diskussionsentwurf aufgegriffen werden, so wird dringend darum gebeten, dies im zweiten Diskussionsentwurf zu tun. Ein Abwarten bis zur nächsten Legislaturperiode wäre in keiner Weise ausreichend; hier besteht vielmehr konkreter Handlungsbedarf.

Für Rückfragen stehen wir jederzeit sehr gerne zur Verfügung.

Dr. Robert Staats