verbraucherzentrale
Bundesverband

Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider

LEITLINIEN ZUR NATIONALEN UMSETZUNG DES ART. 17 DSM-RL AUS VERBRAUCHERSICHT

Juni 2020

Gefördert durch:

Bundesministerium
der Justiz und
für Verbraucherschutz

aufgrund eines Beschlusses
des Deutschen Bundestages

Impressum

Verbraucherzentrale
Bundesverband e.V.

Team
Team Digitales und Medien

Rudi-Dutschke-Straße 17
10969 Berlin

digitales@vzbv.de

Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände

Verbraucherzentrale Bundesverband e.V.

INHALT

I. Einleitung ... 6
II. Gang der Untersuchung ... 10
III. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse in Thesen ... 11
IV. Executive Summary ... 16
V. Hauptteil ... 21
1. Richtliniengenese im Überblick ... 21
2. Genese des Art. 17 DSM-RL im Überblick ... 24
3. Einbettung in die Strategie für den digitalen Binnenmarkt ... 28
4. Umsetzungsprozess ... 30
a) Diskussionsentwurf des BMJV ohne Bezug zu Art. 17 DSM-RL ... 30
b) Stakeholderdialog ... 31
c) Mitgliedstaatlicher Umsetzungsprozess außerhalb Deutschlands ... 32
aa) Frankreich ... 32
bb) Niederlande ... 33
5. Ziele und Mittel von Art. 17 DSM-RL ... 34
a) Ziele ... 34
aa) Rechteinhaberseitige Zielbestimmungen 34
(1) Stärkung von Kontrollmöglichkeit und Verhandlungsposition ... 34
(2) Reduzierung der Rechtsverfolgungskosten ... 35
bb) Diensteanbieterseitige Zielbestimmung 36
cc) Nutzerseitige Zielbestimmung 36
b) Mittel ... 37
6. Unionsgrundrechtskonformität von Art. 17 DSM-RL ... 39
a) Betroffene Grundrechte und Grundfreiheiten ... 39
aa) Art. 16 GrCh 39
bb) Art. 11 GrCh 40
cc) Art. 8 GrCh 40
b) Eingriffsgesetz ... 41
c) Legitimer Zweck ... 41
d) Erforderlichkeit ... 42
e) Angemessenheit ... 43
aa) Angemessenheit des Eingriffs in Art. 8 GrCh 43
bb) Angemessenheit des Eingriffs in Art. 16 GrCh 43
(1) SABAM/Netlog, Scarlet Extended ... 44

(2) UPC Telekabel 45

cc) Angemessenheit des Eingriffs in Art. 11 GrCh 46

(1) Nachteil Aktionslastumkehr 48

(2) Aktionslastumkehr gem. §§ 95a ff. UrhG 49

(3)Kompensation durch subjektive Nutzerrechte, technische Verpflichtungen und Verfahrenslösungen 49

dd) Ergebnis 50

7. Rechtliche Grundlagen der Plattformbetreiberhaftung 52

a) Rechtslage de lege lata 52

b) Rechtslage de lege ferenda 54

aa) Art. 17 Abs. 1 DSM-RL 55

(1) Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten 55

(2) Dienst der Informationsgesellschaft, Art. 2 Nr. 6 DSM-RL 56

(a) Tätigkeitserfordernis des Diensteanbieters 57

(aa) Hauptzweck 57

(bb) Gewinnerzielungsabsicht 58

(cc) Große Menge urheberrechtlich relevanter Inhalte 59

(dd) Speichern und der Öffentlichkeit Zugang verschaffen 60

(b) Nicht-abschließende Aufzählung ausgeschlossener Diensteanbieter, Art. 2 Nr. 6 UAbs. 2 DSM-RL 61

(3) Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung 61

(a) Aufgreifen der bisherigen EuGH-Rechtsprechung 61

(b) Öffentliche Zugänglichmachung als Teilbereich der öffentlichen Wiedergabe 63

(4) für die Zwecke der DSM-RL 64

(5) Haftungsumfang und -maßstab 64

bb) Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 DSM-RL 65

cc) Art. 17 Abs. 2 DSM-RL 66

(1) Wirkungserstreckung der Nutzungsberechtigung auf Nutzer 66

(a) Keine gewerbliche Tätigkeit der Nutzer 66

(b) Täterschaftliche Haftung bei fehlender Nutzungsrechtseinräumung 67

(2) Wirkungserstreckung einer Nutzungsberechtigung auf Diensteanbieter 67

dd) Art. 17 Abs. 3 DSM-RL 68

ee) Art. 17 Abs. 4 und 5 DSM-RL 68

(1) Verhandlungselement 70

(a) Aktivitäts- und Risikomanagement ausreichend? 70
(b) Pflicht zur Lizenzierungsbemühung 72
(c) Kein Kontrahierungszwang des Diensteanbieters 73
(d) Umfang der erforderlichen Anstrengungen 73
(e) Angemessene Vergütung 75
(f) Umgang mit Inhalten während der Dauer der Verhandlungen 76
(2) Präventives Aktionselement 76
(a) „Nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen“ 76
(b) Gefahr des Overblockings 78
(c) Uploadfilter für sämtliche Rechteinhaber? 80
(d) Menschliche statt maschinelle Prüfung 81
(3) Notice-and-stay-down-Element 82
ff) Art. 17 Abs. 6 DSM-RL 83
gg) Art. 17 Abs. 7 DSM-RL 84
hh) Art. 17 Abs. 8 DSM-RL 85
ii) Art. 17 Abs. 9 DSM-RL 86
(1) Subjektives Nutzerrecht auf Schrankendurchsetzung (beschränkter Restore-Anspruch) ... 88
(2) Präventiv- und verfahrensrechtliche Absicherung 890
(a) Pre-flagging und delayed takedown 90
(b) Nutzerfreundliche Technikregulierung 91
(c) Nachträgliche Verfahrensgewährleistungen 93
(aa) Blogeintragverfahren 93
(bb) Überprüfung durch eine Schlichtungsstelle 95
(cc) Gerichtliche Rechtsbehelfsmöglichkeit 96
(dd) Ausweitung der Verbandsklagebefugnis und Transparenzpflichten 96
(ee) Konkurrenz zu weiteren Ansprüche 96
(ff) Informationen über Nutzerrechte in AGB 96
jj) Art. 17 Abs. 10 DSM-RL 97
c) Ausgestaltung der nationalen Umsetzung 99
aa) Übergreifende Fragestellungen 99
(1) Zusammenspiel von Art. 17 DSM-RL und Art. 12 DSM-RL 99
(2) Die Rolle der Rechteinhaber 99
(3) UGC-Schranke 100
(a) Schrankenregelung für spezifische Nutzerbeiträge 100
(b) Grundlage Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL 101

(c) Vergütungspflicht 102

(d) Aufhebung des § 24 UrhG und Zusammenführung von Pastiche-, Parodie- und Karikaturschranke 103

(4) Vorbildregelung TERREG? 104

(5) Vorbildregelung NetzDG? 106

(6) Auswirkungen des DSA 108

(7) Datenschutzrechtliche Implikationen 109

bb) Konkrete Umsetzung 113

I. EINLEITUNG

Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (DSM-RL) enthält mit Art. 17 DSM-RL eine Regelung zur „Nutzung geschützter Inhalte durch Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“. Im Fokus stehen insbesondere Video-Sharing-Plattformen, während nicht-kommerzielle Diensteanbieter von der Regelung ausgenommen sind. Sie unterliegen auch weiterhin den bislang geltenden Haftungsgrundsätzen, wobei zu erwarten steht, dass die für das deutsche Recht entwickelte Haftungstrias aus Täterhaftung, Teilnehmerhaftung und Störerhaftung durch den EuGH verworfen und die Haftungsregelungen daher auch für die übrigen Diensteanbieter neuen Grundsätzen unterworfen werden.

Neben der täterschaftlichen Verantwortlichkeit der von Art. 17 DSM-RL betroffenen Diensteanbieter enthält Art. 17 DSM-RL vor allem Vorgaben zur Haftungsbefreiung (Abs. 4) sowie Befugnisse und Verfahrensregelungen zugunsten von Nutzern[1] (Abs. 7 und 9), durch welche die durch die Rechtsfolgen der täterschaftlichen Haftung der Diensteanbieter die für die Nutzer herbeigeführten Benachteiligungen kompensiert werden sollen.

Warum aber hat eine täterschaftliche Haftung Auswirkung auf die Nutzer der Diensteanbieter? Die in Art. 17 DSM-RL vorgesehene Haftungsregelung zwingt nach einem weit verbreiteten Verständnis in der Literatur zum anlasslosen Verhandeln der Diensteanbieter mit den Rechteinhabern über die Einräumung von Nutzungsbefugnissen sowie zum Einsatz automatisierter Filtertechniken, die Inhalte bereits vor ihrer erstmaligen öffentlichen Wiedergabe auf mögliche Urheberrechtsverletzungen prüfen und ggf. für eine öffentliche Wiedergabe sperren. Diese Filtertechniken sind heute jedoch noch nicht in der Lage, Inhalte zu erkennen, die in Ausübung einer urheberrechtlichen Ausnahme und Beschränkung, z.B. der Zitatfreiheit, zur öffentlichen Wiedergabe an die Plattform übermittelt werden. Der verpflichtende Einsatz von Uploadfiltern birgt damit die Gefahr eines Overenforcements bzw. Overblockings, d.h. der Durchsetzung nicht bestehender urheberrechtlicher Befugnisse.

[1] Die im weiteren Text gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf Personen aller Geschlechter. Ich bitte um Verständnis für den weitgehenden Verzicht auf Mehrfachbezeichnungen zugunsten einer besseren Lesbarkeit des Textes.

Art. 17 DSM-RL reicht aber noch weiter: Er führt dazu, dass die Nutzer sich um die Durchsetzung der ihnen zustehenden urheberrechtlichen Ausnahmen und Beschränkungen bemühen müssen, wozu ihnen de lege lata weder subjektive Nutzerrechte, noch außergerichtliche oder gar gerichtliche Rechtsbehelfe zustehen. Dies darf man durchaus als Paradigmenwechsel bezeichnen, selbst wenn der Einsatz von Filtertechniken bereits bislang für einige Werkkategorien und einige Rechteinhaber auf freiwilliger Basis möglich war. Denn Rechteinhaber sind zukünftig nicht mehr darauf verwiesen, Rechtsverletzungen zu erkennen und zu melden, bevor diese abgestellt werden, sondern können ihre Werke nun bereits präventiv dem Diensteinhaber zur Kenntnis bringen, sodass der sie treffende Rechtsdurchsetzungsaufwand erheblich geringer ausfallen dürfte, während eine elementare Gefährdung von Nutzerinteressen droht, sofern diese im Umsetzungsprozess nicht ausreichend berücksichtigt werden.

Die Stärkung der Rechteinhaberposition mag man in Anbetracht der Vielzahl von Rechtsverletzungen, die als über die Plattformen von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten als begangen beklagt werden, begrüßen, das Urheberrecht ist aber nicht als einseitiges Schutzrecht zugunsten der Rechteinhaber ausgestaltet, sondern erfährt seine Rechtfertigung erst durch seine Ausnahmen und Beschränkungen, die nicht selten Ausprägungen grundrechtlich geschützter Freiheiten sind. Eine Stärkung der Position der Rechteinhaber muss daher stets einhergehen mit einer Stärkung der Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts. Eine erwünschte „Symmetrie zwischen Rechtsdurchsetzung einerseits und Abwehr ungerechtfertigter Rechtsdurchsetzung andererseits“[2] wird insofern allenfalls dann hergestellt werden können, wenn der durch Art. 17 DSM-RL herbeigeführte Nachteil der Nutzer durch entsprechende subjektive Nutzerrechte, Verfahrensvorgaben und Begleitmaßnahmen kompensiert wird.

Die Rolle der Nutzer ist dabei sowohl konsumierender als auch produzierender Natur. Sie können damit selbst Rechteinhaber sein. Man spricht vom „Prosumer“.[3] Daraus folgt, dass der Nutzer nicht allein ein Interesse an einem ungehinderten Zugang zu einer möglichst großen

[2] *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1220.

[3] Zum Begriff vgl. v.a. *Blättel-Mink*, in: *Kenning/Lamla*, Entgrenzungen des Konsums, S. 17 ff. sowie Enkel, in: Kenning/Lamla, Entgrenzungen des Konsums, S. 33 ff.

Inhaltsvielfalt hat,[4] sondern auch an einem möglichst ungehinderten Onlinestellen der von ihm produzierten Inhalte. Dabei ist das Konsumieren der Inhalte Voraussetzung kreativen Werkschaffens, das nicht selten auf den konsumierten Inhalten aufbaut. Dieses auf bestehenden Werken aufbauende Werkschaffen (z.B. als Parodie, durch entsprechende Zitate etc.) soll durch die urheberrechtlichen Ausnahmen und Beschränkungen gesichert werden.

Der Konflikt verläuft also nicht nur zwischen Rechteinhabern, Diensteanbietern und konsumierenden Nutzern, sondern er verläuft auch und gerade zwischen Rechteinhabern, Diensteanbietern und prosumierenden Nutzern, die urheberrechtlich geschützte Inhalte aufgreifen und verwenden, um hieraus neue Inhalte herzustellen und über den Diensteanbieter öffentlich wiederzugeben.

Jede der beteiligten Parteien kann sich dabei auf (unions-)grundrechtlich geschützte Positionen berufen. Der nationale Gesetzgeber hat daher bei Umsetzung des Art. 17 DSM-RL mindestens einen tripolaren Interessenausgleich vorzunehmen, wobei der Gerichtshof der Europäischen Union bereits mehrfach ausreichende Nutzerbefugnisse für ein Kernelement der unionsrechtlichen Vereinbarkeit von Filterpflichten erachtet hat.[5]

Die Umsetzung des Art. 17 DSM-RL wird auch zu beachten haben, dass die Richtlinie im Grundsatz eine Vollharmonisierung intendiert und keine Öffnungsklauseln enthält. Immerhin bestehen aber Konkretisierungsmöglichkeiten ihrer teils lediglich sehr generell gehaltenen Regelungsinhalte,[6] was insbesondere mit Blick auf Art. 17 Abs. 9 DSM-RL gilt.[7] Aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs geht insoweit hervor, dass der Umfang des Spielraums, über den die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung einer Richtlinienvorgabe verfügen, im Einzelfall insbesondere nach Maßgabe des Wortlauts der jeweiligen Bestimmung zu beurteilen ist.[8]

---

[4] Vgl. auch: *Pappi*, ZUM 2020, 11, 12 f.

[5] EuGH, Urt. v. 27.03.2014 – C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 = GRUR 2014, 468 – *UPC Telekabel*; EuGH, Urt. v. 16.02.2012 – C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 = ZUM 2012, 307 Tz. 49 – *SABAM/Netlog*; EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 = GRUR 2012, 265 Tz. 51 – *Scarlet Extended*.

[6] *Spindler*, CR 2020, 50 Tz. 2; *Kaesling*, JZ 2019, 586, 590; *Peters/Schmidt*, GRUR Int. 2019, 1006, 1011.

[7] Holznagel, ZUM 2020, 1, 5.

[8] EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 = GRUR 2019, 940 Tz. 25 – *Spiegel Online*; in diesem Sinne auch: EuGH, Urt. v. 21.10.2010 – C-467/08, ECLI:EU:C:2010:620 = MMR 2010, 828 Tz. 36 – *Padawan*; EuGH, Urt. v. 03.09.2014 – C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 = GRUR 2014, 972 Tz. 16 – *Deckmyn*; EuGH, Urt. v. 22.09.2016 – C-110/15, ECLI:EU:C:2016:717 =

Der Umsetzungsgesetzgeber steht aber trotz dieser Konkretisierungsmöglichkeiten vor der Wahl, den Richtlinientext unverändert in das nationale Recht zu übernehmen, einzelne Vorgaben möglicherweise in der Gesetzesbegründung nicht abschließend zu erläutern, ihre Auslegung aber im Wesentlichen den Gerichten zu überlassen, oder aber die Vorgaben näher zu konkretisieren, wenn auch auf die Gefahr hin, dass der *EuGH* derartige Konkretisierungen im Nachhinein für nicht mit der Richtlinie vereinbar erklärt.[9] Art. 17 DSM-RL ist dabei freilich unionsrechtlich autonom auszulegen, weshalb sich an nationalen Begriffsverständnissen nicht orientiert werden kann.

Vor diesem Hintergrund wird das vorliegende Gutachten die Umsetzungsspielräume des Art. 17 DSM-RL untersuchen und dabei konkrete Handlungsempfehlungen und Regelungsvorschläge entwickeln, die die Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung beachten und die durch Art. 17 DSM-RL bewirkte Stärkung der Rechteinhaberstellung durch eine Stärkung der Nutzerbefugnisse kompensiert.

GRUR 2017, 155 Tz. 27 – *Microsoft Mobile Sales International*; EuGH, Gutachten v. 14.02.2017 – 3/15, ECLI:EU:C:2017:114 Tz. 116 – *Vertrag von Marrakesch über den Zugang zu veröffentlichten Werken*.

[9] *Dreier*, GRUR 2019, 771, 776; *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1229.

II. GANG DER UNTERSUCHUNG

Diesem Gutachten vorangestellt sind seine wesentlichen Ergebnisse in deutscher und englischer Sprache (III. und IV.). Im Hauptteil beschäftigt es sich dann nach einer Erläuterung der Richtliniengenese unter besonderer Betrachtung der Genese von Art. 17 DSM-RL zum Zwecke der bereits im Gesetzgebungsverfahren besonders relevanten Verbraucherschutzbelange (V.1 und V.2.) mit dem bisherigen Umsetzungsprozess von Art. 17 DSM-RL (V. 3.) Während Frankreich und die Niederlande bereits Gesetzentwürfe vorgelegt haben, ist ein Entwurf zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL im Diskussionsentwurf des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom 15.01.2020 noch nicht enthalten. Auch die Einbettung der DSM-RL in die Strategie für den digitalen Binnenmarkt wird erläutert (V.4.). Bereits hier ist festzustellen, dass der Nutzer, der gerade auch Verbraucher sein kann, im Mittelpunkt der regulatorischen Bemühungen stehen sollte. Ebendies ergibt sich auch mit Blick auf die Ziele und Mittel des Art. 17, die eingehend mit Blick auf den bereits erörterten Gesetzgebungsprozess herausgearbeitet werden (V.5.). Dabei trifft den Nutzer die bereits einleitend beschriebene Doppelrolle. Er ist nicht nur Konsument geistiger Inhalte, sondern auch Produzent derselben. Verpflichtet Art. 17 DSM-Richtlinie tatsächlich zum Einsatz automatisierter Filtertechnologien drohen v.a. die unionsgrundrechtlich verbürgten Nutzerrechte aus Art. 11 GrCh verletzt zu werden. Die Unionsgrundrechtskonformität von Art. 17 DSM-RL wird insofern einer umfassenden Prüfung unterzogen (V.6).

Im Folgeabschnitt stehen die rechtlichen Grundlagen der Plattformbetreiberhaftung de lege lata und de lege ferenda im Vordergrund (V.7.), wobei „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ einen Teilbereich dieser Plattformbetreiber darstellen. Ihre Haftung wird durch Art. 17 DSM-RL künftig modifiziert. Art. 17 DSM-RL wird daher in seinen Voraussetzungen und Rechtsfolgen umfassend erläutert (V.7.b). Besonders betrachtet wird dabei die Haftung von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten gem. § 17 Abs. 4 DSM-RL, die Frage des Erfordernisses subjektiver Nutzerrechte auf Ausübung urheberrechtlicher Ausnahmen und Beschränkungen, die Ausgestaltung der Beschwerde- und Rechtsschutzmöglichkeiten nach Art. 17 Abs. 7 und 9 DSM-RL sowie die Möglichkeit der Einführung einer Ausnahme oder Beschränkung für User Generated Content („UGC-Schranke“). Das Gutachten schließt mit einem konkreten Gesetzesentwurf, der die Vorgaben des Gutachtens umsetzt, sodass das Gutachten zugleich als Erläuterung des Gesetzesentwurfes dient (V.7.c)bb)).

III. ZUSAMMENFASSUNG DER WESENTLICHEN ERGEBNISSE IN THESEN

Die Erkenntnisse dieses Gutachtens lassen sich in 20 Thesen zusammenfassen:

1. Art. 17 DSM-RL verfolgt ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien und der Einbettung der DSM-RL in die Strategie für den digitalen Binnenmarkt eine mehrfache Zielsetzung: Nicht nur die Interessen der Rechteinhaber an einer Stärkung ihrer Verhandlungsposition zwecks Erzielung einer angemessenen Vergütung sowie an einer Verbesserung ihrer Kontrollmöglichkeiten über öffentlich zugänglich gemachte Werke oder sonstige Schutzgegenstände wird intendiert, sondern gerade auch eine Stärkung der Nutzerbefugnisse. Daneben tritt das Ziel der Herstellung von Rechtssicherheit für Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten.
2. Art. 17 DSM-RL ist vereinbar mit Art. 8, 11 und 16 GrCh, er bedarf jedoch der unionsrechtskonformen Auslegung:
    a) Der EuGH hat mehrfach entschieden, dass präventive Recherche- und Filterpflichten - wie sie auch durch Art. 17 DSM-RL begründet werden (das Erfordernis der rechteinhaberseitig zur Verfügung zu stellenden Information ändert hieran nichts) - v.a. das Recht der Nutzer auf Informations- und Meinungsfreiheit gem. Art. 11 GrCh verletzen können. Allerdings fehlten in den vom EuGH beurteilten Sachverhalten jeweils wirksame Mechanismen, mit denen sich die Nutzer gegen ein unrechtmäßiges Sperren und Löschen der Inhalte zur Wehr setzen konnten. Diese Nutzerbefugnisse sieht Art. 17 DSM-RL in Abs. 7 und 9 aber gerade vor. Wie weit sie reichen, ist in Art. 17 Abs. 7 und 9 nur durch grobe Parameter vorgegeben, der vermeintlich bestehende Umsetzungspielraum des Gesetzgebers wird jedoch durch das Erfordernis unionsgrundrechtskonformer Auslegung des Art. 17 DSM-RL erheblich eingeschränkt.
    b) Der durch Art. 17 DSM-RL erfolgende Eingriff in Art. 11 GrCh verfolgt mit dem Schutz des Geistigen Eigentums der Rechteinhaber gem. Art. 17 GrCh einen legitimen Zweck. Trotz der erheblichen Nachteile, die Art. 17 DSM-RL für die Grundrechte der Nutzer mit sich bringt, ist der Eingriff erforderlich und im Ergebnis jedenfalls unter bestimmten, sich bei unionsgrundrechtkonformer Auslegung des Art. 17 DSM-RL ergebender Bedingungen auch angemessen.
    c) Die sich für die Nutzer ergebenden Nachteile resultieren maßgeblich aus der in Art. 17 Abs. 1 i.V.m. Abs. 4 DSM-RL angelegten Aktionslastumkehr. Mit diesem

Begriff ist das durch automatisierte Filtertechniken entstehende Phänomen beschrieben, dass es nicht länger Aufgabe der Rechtsinhaber ist, sich (außerhalb der Zurverfügungstellung von Rechteinhaberinformationen) um die Verhinderung von Rechtsverletzungen zu bemühen, sondern es wird zur Aufgabe der Nutzer, sich um die Durchsetzung der zu ihren Gunsten wirkenden Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts zu bemühen.

d) Ausweislich verschiedener Studien aus Großbritannien und den USA machen Nutzer von bereits existierenden Beschwerdemechanismen gegen die technische Abbedingung von Nutzerbefugnissen allerdings kaum Gebrauch, weil sie die Beschwerdemechanismen entweder nicht kennen, es zu mühsam finden, sie zu nutzen oder das durch ein Vorgehen gegen eine automatisierte Sperrung oder Löschung intendierte Wiedereinstellen der vormals gesperrten oder gelöschten Inhalte zu spät erfolge.

e) Derart unwirksame Beschwerdemechanismen sind nicht geeignet, den mit der Aktionslastumkehr verbundenen Nachteil für die von automatisierten Filtertechniken betroffenen Nutzer zu kompensieren. Nur dann aber, wenn die Ausgestaltung der Nutzerrechte, Beschwerdemechanismen und Begleitmaßnahmen derart zugunsten der Nutzer wirkt, dass der Nachteil der Aktionslastumkehr kompensiert wird, ohne dabei die Grundrechte der Diensteanbieter ungebührlich zu verletzen, wird praktische Konkordanz zwischen den in Ausgleich zu bringenden Grundrechten hergestellt.

f) Art. 17 Abs. 7 und 9 DSM-RL sind daher unionsgrundrechtskonform dahingehend auszulegen, dass im Rahmen des durch die Grundrechte der Diensteanbieter und Rechteinhaber vorgegebenen Spielraumes möglichst umfassende Nutzerrechte sowie möglichst nutzerfreundliche Beschwerdemechanismen, Transparenzvorgaben und Begleitmaßnahmen ausgestaltet werden.

3. Art. 17 Abs. 1 DSM-RL statuiert, dass Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten künftig selbst eine Handlung der Öffentlichen Zugänglichmachung vornehmen, wenn sie Inhalte ihrer Nutzer öffentlich zugänglich machen. Folge ist eine täterschaftliche

Haftung. Art. 14 E-Commerce-Richtlinie findet keine Anwendung. Eine Haftung allein für Zweitverstöße der Diensteanbieter trägt der Richtlinientext nicht.

4. Die Vorgabe des Art. 17 Abs. 1 DSM-RL ist sowohl in § 19a UrhG als auch in § 20 UrhG umzusetzen.
5. Der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten haftet aber dann nicht für Rechtsverletzungen durch Inhalte seiner Nutzer, wenn er die Vorgaben des Art. 17 Abs. 4 und 5 beachtet. Diese beinhalten ein Verhandlungselement, ein präventives Aktionselement sowie ein notice- und staydown-Element. Ein gänzliches Absehen von automatisierten Filterpflichten würde hinter den Vorgaben der Richtlinie zurückbleiben, die Einrichtung eines automatisierten Filtersystems ist aber auch nicht zwingend und v.a. nicht unterschiedslos vorzugeben. Die Reichweite der die Diensteanbieter treffenden Verpflichtungen kann und muss vielmehr im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes variieren. Spezifizierungen ließen sich im Rahmen des Stakeholderdialogs gem. Art. 17 Abs. 10 erarbeiten.
6. Die Umsetzung der Haftungsprivilegierungen des Art. 17 Abs. 4 und 5 sollte im Urheberrechtsgesetz erfolgen, um deutlich zu machen, dass es sich um eine rechtsgebietsspezifische Regulierung handelt.
7. Werden automatisierte Filtertechniken eingesetzt, so sollten diese nicht undifferenziert zur Nichtverfügbarkeit aller nutzerseitig zur öffentlichen Wiedergabe an den Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten übermittelten Inhalte führen, die mit den von der Rechteinhaberinformation betroffenen Inhalten ganz oder teilweise übereinstimmen. Vielmehr sollten bei der Sperr- oder Löschentscheidung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit insbesondere folgende Parameter berücksichtigt werden müssen („nutzerfreundliche Technikgestaltung“):
   a) das Ausmaß der Übereinstimmung zwischen den von der Rechteinhaberinformation betroffenen Inhalte und dem nutzerseitig an den Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten übermittelten Inhalt,
   b) die Person des Rechteinhabers,
   c) die Person des Nutzers,
   d) die Selbsteinschätzung des Nutzers betreffend den Inhalt (Pre-Flagging),
   e) die Zeitkritikalität des Inhaltes und
   f) das Gefährdungspotential des Inhaltes.

Es ließe sich eine Regelung einführen, nach der vermutet wird, bei Einhaltung der Vorgaben nutzerfreundlicher Technikgestaltung die Anforderungen des Art. 17 Abs. 4b) und c) zu erfüllen (modifizierter Good-Samaritan-Ansatz)

8. Bezeichnet ein Nutzer einen Inhalt als in Ausübung urheberrechtlicher Ausnahmen und Beschränkungen z.B. als Parodie öffentlich zugänglich gemacht und ergibt eine summarische Plausibilitätsprüfung, dass eine rechtmäßige öffentliche Zugänglichmachung nicht ausgeschlossen ist, so ist der Inhalt einer automatisierten Filterung zu entziehen, online zu stellen und einer menschlichen Prüfung zu unterziehen. Erst wenn diese menschliche Prüfung einen Verstoß gegen das Urheberrechtsgesetz ergibt, ist der Inhalt zu sperren oder zu löschen (pre-flagging und delayed takedown).
9. Die Ausnahmen und Beschränkungen des Art. 17 Abs. 7 sind künftig zwingend im nationalen Recht vorzuhalten. Handlungsbedarf ergibt sich daher insbesondere für die Einführung einer Ausnahme und Beschränkung für Karikaturen, Parodien und Pastiches. Einer weiten Auslegung des Pastiche-Begriffes im Lichte der Unionsgrundrechte der Nutzer steht das europäische Recht nicht entgegen. Einhergehen sollte dies mit einer Aufhebung des § 24 UrhG.
10. Sämtliche urheberrechtlichen Ausnahmen und Beschränkungen sind als subjektive Nutzerrechte auszugestalten. Nutzern steht damit künftig ein beschränkter Restore-Anspruch zu, der neben etwaige vertragliche Ansprüche tritt.
11. Der materiell-rechtliche Restore-Anspruch ist um verfahrensrechtliche Vorgaben zu ergänzen, die sich an den Regelungen des Gegenvorstellungsverfahrens im NetzDG sowie am richterrechtlich für das Persönlichkeitsrecht geprägten Blogeintragverfahren orientieren.
12. Die Inanspruchnahmemöglichkeit dieser Verfahren durch die Nutzer ist möglichst einfach zu gestalten. Informationspflichten in Allgemeinen Geschäftsbedingungen sind vorzusehen.
13. Sowohl die Erstentscheidung des Diensteanbieters als auch die auf eine Beschwerde des Nutzers ergehende Entscheidung sollten durch eine Schlichtungsstelle überprüft werden können. Alternativ steht den Nutzern der ordentliche Rechtsweg offen. Entscheidungen im Eilverfahren sollten vorgesehen werden.

14. Die in §§ 2a, 3a UKlaG vorgesehene Verbandsklagebefugnis sollte auf eine technische Abbedingung von Schrankenbestimmungen durch automatisierte Filtertechniken ausgeweitet werden.
15. Gerichtliche und außergerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten helfen nur dann, wenn sichergestellt ist, dass auch Zustellungen von Schriftstücken, die Verfahren einleiten und Gerichtsentscheidungen sowie Zustellungen im Vollstreckungs- und Vollziehungsverfahren für den Nutzer mit vertretbarem Aufwand möglich sind. Es empfiehlt sich daher die verpflichtende Benennung eines inländischen Zustellungsbevollmächtigten.
16. Die Rolle der Rechteinhaber wird durch Art. 17 DSM-RL gestärkt. Es ist darauf hinzuwirken, dass es nicht zu einer Überbeanspruchung von Inhalten kommt (Overclaiming). Bereits heute sind derartige Fälle bekannt. Es sollten daher Anforderungen an die durch die Rechteinhaber nach Art. 17 Abs. 4a) zur Verfügung zu stellenden Informationen gestellt werden. Außerdem ist eine Sanktionierung vorsätzlichen Overclaimings zu empfehlen.
17. Urhebervertragsrechtlich ist vorzusehen, dass sich ein dem Diensteanbieter eingeräumtes Nutzungsrecht auf die Nutzungshandlungen des Nutzers des Diensteanbieters erstreckt. Darüber hinaus sollte sich auch das einem Nutzer eingeräumte Nutzungsrecht auf Handlungen des Diensteanbieters erstrecken.
18. Transparenzberichte der Diensteanbieter sollten Auskunft über Anzahl und Ausgang der Inanspruchnahme der Beschwerdemechanismen geben, um auf diese Weise die empirische Grundlage zur Überprüfung der Funktionsfähigkeit der eingeführten Regelungen zu geben.
19. Die zu erlassenden Rechtsvorschriften sind im Einklang insbesondere mit geltendem Datenschutzrecht auszugestalten.
20. Die Umsetzung des Art. 17 DSM-RL muss und sollte die Verabschiedung des Digital Service Act (DSA) nicht abwarten.

IV. EXECUTIVE SUMMARY

This opinion paper outlines 20 primary review findings as follows.

1. As indicated in the legislative documents and the embedding of the Directive on Copyright in the Digital Single Market (DSM Directive) within the Digital Single Market Strategy for Europe, there are multiple objectives behind Art. 17 of the DSM Directive. These objectives include strengthening the negotiating position of rights holders to obtain appropriate compensation and greater control over works made publicly accessible and other intellectual property, but strengthening of the rights of users is also a specific objective. Another objective is to ensure legal certainty for service providers regarding the sharing of online content.
2. Art. 17 of the DSM Directive is compatible with Articles 8, 11 and 16 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union ("the Charter"), but it has to be interpreted so as to conform with EU law.
    a) The Court of Justice of the European Union (CJEU) has ruled on multiple occasions that preventive research and filtering requirements such as those per Art. 17 of the DSM Directive (which are unaffected by the information-providing requirement rights holders are subject to) may infringe users' rights of freedom of information and expression under Art. 11 of the Charter. However, in the cases heard by the CJEU there was a lack of effective complaint and redress mechanisms for users in case of illegal blocking or deletion of content. Yet such user rights are specifically provided for in paragraphs 7 and 9 of Art. 17 of the DSM Directive. Paragraphs 7 and 9 of Art. 17 provide only rough parameters for gauging the extent of such rights, but the implementation leeway supposedly enjoyed by lawmakers is considerably limited by virtue of the requirement that Art. 17 of the DSM Directive be designed so as to uphold fundamental EU rights.
    b) While Art. 17 of the DSM Directive impinges upon Art. 11 of the Charter, there is a legitimate purpose behind this because the aim is to protect the intellectual property of right holders in accordance with Art. 17 of the Charter. Art. 17 of the DSM Directive affects the fundamental rights of users to considerable disadvantage, but this is a necessary impingement and its ultimate effect may

be considered appropriate under certain conditions which proceed from the designing of Art. 17 DSM Directive so as to uphold fundamental EU rights.

c) The disadvantage accruing to users results principally from the shifting of responsibility for taking action provided for in Art. 17 paragraph 1, in conjunction with paragraph 4, of the DSM Directive. The use of automated filtering shifts responsibility in that the rights holder is no longer responsible for taking action to prevent rights infringement (apart from the information providing requirements of rights holders), but rather the user who is obligated to enforce existing exceptions and copyright limitations benefiting users.

d) According to various studies from the UK and US, users take little advantage of existing mechanisms for filing complaint when their user rights are circumvented by technical means, either because they are unaware of the existence of such mechanisms, because they take too much effort to utilize or because the process would take too long to have content affected by automated blocking or deletion restored.

e) Such ineffective complaint mechanisms do not afford suitable compensation for the disadvantagement accruing by virtue of the shifting of responsibility to users affected by automated filtering. A practical concordance between the fundamental rights to be reconciled can only be achieved however if user rights, complaint mechanisms and related measures are structured to the user's benefit so that the disadvantage accruing through the shifting of responsibility for taking action is compensated for without unduly compromising the fundamental rights of service providers.

f) Thus for Art. 17 paragraphs 7 and 9 of the DSM Directive to be structured in conformity with fundamental Union rights, they must provide for the broadest possible user rights within the delimiting framework of the fundamental rights of service providers and rights holders respectively, and provide that complaint mechanisms, transparency requirements and related measures be designed to be as user-friendly as possible.

3. Pursuant to Art. 17 paragraph 1 of the DSM Directive, when service providers make content of users publicly accessible online, this will constitute a committed act of creating public accessibility. Consequently, they would have liability as committer of

the act. Art. 14 of the e-Commerce Directive does not apply. The text of the Directive does not provide for liability solely in case of repeat violation on the part of service providers.

4. The requirement per Art. 17 paragraph 1 of the DSM Directive is to be implemented in both § 19a and § 20 of the Copyright Act (UrhG).
5. The provider of a service for sharing online content does not however have liability for rights infringements resulting from user content if the provider fulfills the requirements per Art. 17 paragraphs 4 and 5. These provisions include elements of negotiation, preventive action and notice & staydown. Going away with automated filtering obligations entirely would fail to fulfill requirements under the Directive, but on the other hand setting up an automated filtering system is not mandatory, nor is such to be prescribed without further differentiation. The scope of the obligations to which service providers are subject can vary, and in fact has to vary given the fact that the principle of proportionality applies. Specifications could be worked out in the context of dialogue with stakeholders, as per Art. 17 paragraph 10.
6. The liability privileging per Art. 17 paragraphs 4 and 5 should be implemented in the Copyright Act in order to make clear that a regulation specific to a particular area of law is concerned.
7. If automated filtering technology is employed, it should not result in the undifferentiated unavailability of all content transmitted by the user to the service provider for public display/rendering and online content sharing which corresponds in whole or in part with the content concerned in the rights holder information. Instead, the following parameters should be taken into account in particular ("user-friendly deployment of technology") in the decision to restrict or delete content in line with the principle of proportionality:
   g) the degree of correspondence between the content transmitted by the user to the service provider for online content sharing and the content concerned in the rights holder information
   h) the identity of the rights holder
   i) the identity of the user
   j) the user’s own assessment regarding the content (pre-flagging),
   k) the time-critical nature of the content, and

l) the harmful potential of the content.

8. If a user designates content as being made publicly available under exercising of copyright exceptions and limitations, as a parody for example, and summary plausibility checking indicates that it is potentially legal to make it publicly accessible, the content is to be excluded from automated filtering, posted online and reviewed by a person manually. The content is only to be restricted or deleted if such manual review indicates that a copyright infringement is in evidence (pre-flagging and delayed takedown).
9. The exceptions and limitations per Art. 17 paragraph 7 will have to be ensconced in national law. There is thus particular need for action regarding the introduction of an exception and limitation for caricatures, parodies and pastiches. European law does not preclude a broad interpretation of the concept of a "pastiche" with respect to users' fundamental Union rights. This should be implemented simultaneously with a repeal of § 24 of the Copyright Act.
10. All copyright exceptions and limitations are to be structured as subjective user rights. Users will thus have a limited restoration entitlement alongside any contractual claims.
11. The substantive right to restoration is to be flanked by procedural requirements oriented around the remonstrance procedure regulations under the Social Network Compliance Act (NetzDG) and around the judicial law-based blog post procedure for rights of publicity ("personality rights").
12. These procedures must be structured to make them as easy as possible for users to utilize. Notification requirements are to be provided for in terms & conditions.
13. Both the service provider's initial decision and the decision made pursuant to a complaint filed by the user should be reviewable by an arbitration panel. Alternatively, users can assert their claims in court. An expedited decision procedure should be provided for.
14. The class action lawsuit authorization provided for under § 2a and § 3a Unterlassungsklagengesetz should be expanded in scope to include technical circumvention of limitation provisions by means of automated filtering.
15. Legal recourse options both in and out of court are only beneficial when it is ensured that users are able, with reasonable effort, to serve court judgments and documents instituting proceedings, as well as to serve enforcement and execution proceedings. It

is thus advisable to make it mandatory to name a domestic authorized correspondence recipient.

16. Article 17 of the DSM Directive strengthens the position of the rights holder. Provisions must be implemented to avoid overclaiming of content, cases of which have already been seen. Accordingly, requirements should be implemented regarding the information to be provided by right holders as per Art. 17 paragraph 4a). It is furthermore recommended that sanctions be provided for cases of overclaiming with malicious intent.
17. Copyright contract law provisions should be adopted which expand the right of use granted to the service provider to include acts of use by the service provider's users. Additionally, the right of use granted to users should be expanded to include acts of the service provider.
18. Service provider transparency reports are to provide information on the number of times complaint mechanisms are utilized and the outcome of these complaints to provide an empirical basis for verifying the effectiveness of the regulations introduced.
19. The laws to be enacted must be drafted so as to accord with applicable data protection law.
20. Article 17 of the DSM Directive should and must be implemented now, rather than waiting until enactment of the Digital Service Act (DSA).

V. HAUPTTEIL

7. RICHTLINIENGENESE IM ÜBERBLICK

Nachdem die Europäische Kommission am 06.05.2019 die Strategie für den digitalen Binnenmarkt vorgestellt und dort bereits mitgeteilt hatte, dass sie Rechtssetzungsvorschläge zugunsten eines „moderneren, europäischeren Urheberrechts“ unterbreiten wolle,[10] legte die Europäische Kommission im September 2016 den Entwurf einer Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vor. Die bereits in der Strategie für den digitalen Binnenmarkt formulierten Ziele eines verbesserten Zugangs der Menschen zu kulturellen Inhalten über das Internet, die Förderung der kulturellen Vielfalt, die Sicherstellung einer europaweiten jederzeitigen Zugriffsmöglichkeit auf online erworbene Inhalte wie Filme und Musik, die nähere Betrachtung von Online-Mittlern und die Verschärfung der Ahndung gewerbsmäßiger Schutzrechtsverletzungen, wurden hier zu großen Teilen wieder aufgegriffen und ergänzt.[11] Der europaweite jederzeitige Zugriff auf Inhalte, die zuvor nur im Heimatland zur Verfügung standen, wurde bereits mit der am 01.04.2018 in Kraft getretenen Portabilitätsverordnung gesichert.[12]

Nach Zustimmung des Ausschusses für Verbraucherschutz und diversen vorgelegten Kompromissvorschlägen[13] wurde die Aufnahme von Trilogverhandlungen durch das

---

[10] Pressemitteilung v. 06.05.2015, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_IP-15-4919_de.htm; zuletzt abgerufen am: 05.06.2020.

[11] Zu den Zielen der Richtlinie siehe sogleich.

[12] Verordnung (EU) 2017/1128 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. Juni 2017 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt.

[13] Kompromissvorschlag des Europäischen Parlaments v. 16.01.2018 zu den Artikeln 14-16 des Richtlinienentwurfs, Kompromissvorschlag der bulgarischen Präsidentschaft des Rates der Europäischen Union zum Presseverleger-Leistungsschutzrecht und der Verantwortlichkeit von Online-Plattformen v. 06.02.2018, abrufbar unter: http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-5902-2018-INIT/en/pdf, zuletzt abgerufen am 05.06.2020; Kompromissvorschlag des Berichterstatters des Europäischen Parlaments für die EU-Urheberrechtslinie, Axel Voss, v. 21.02.2018 zu Art. 13 der Richtlinie, abrufbar unter: https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2018/02/20180221-Draft-CA-on-Article-13_v1.pdf, zuletzt abgerufen am 05.06.2020;; weiterer Kompromissvorschlag des Berichterstatters des Europäischen Parlaments für die EU-Urheberrechtslinie, Axel Voss, v. 28.03.2018, abrufbar unter: https://juliareda.eu/wp-content/uploads/2018/03/voss11.pdf, zuletzt abgerufen am 05.06.2020; weiteres Kompromisspapier der bulgarische Präsidentschaft des Rates der Europäischen Union zum Presseverleger-Leistungsschutzrecht und der Verantwortlichkeit von Online-Plattformen v. 13.04.2018, abrufbar unter: https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVI/EU/01/76/EU_17608/imfname_10800647.pdf, zuletzt abgerufen am: 05.06.2020; weiterer Kompromissvorschlag des Berichterstatters des Europäischen Parlaments für die EU-Urheberrechtslinie, Axel Voss, v. 15.05.2018 zu Art. 11 der Richtlinie, abrufbar unter: https://urheber.info/sites/default/files/story/files/15052018_ca_art_11_v2.docx, zuletzt abgerufen am 05.06.2020; weiteres Kompromisspapier der bulgarischen Präsidentschaft des Rates der Europäischen Union v. 17.05.2018 zum Presseverleger-Leistungsschutzrecht und der Verantwortlichkeit von Online-Plattformen, abrufbar unter: https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVI/EU/02/16/EU_21615/imfname_10809284.pdf, zuletzt abgerufen am 05.06.2020; Kompromisstext des Rates der Europäischen Union v. 25.05.2018, abrufbar unter: https://www.consilium.europa.eu/media/35373/st09134-en18.pdf, zuletzt abgerufen am: 05.06.2020.

Europäische Parlament zunächst abgelehnt.[14] Erst nach erneuter Überarbeitung des Richtlinientextes[15] nahm das Parlament diesen überarbeiteten Richtlinienentwurf an. Am 13.02.2019 wurden die Trilogverhandlungen zwischen Europäischem Rat, Europäischem Parlament und Europäischer Kommission erfolgreich abgeschlossen.[16] Europäisches Parlament und Europäischer Rat nahmen die Richtlinie am 26.03.2019[17] und am 15.04.2019[18] an. Die Richtlinie wurde am 17.04.2019 durch den Präsidenten des Europäischen Parlaments und des Rates verabschiedet und am 17.05.2019 im Amtsblatt der Europäischen Union veröffentlicht.[19] Sie ist bis zum 07.06.2021 von den Mitgliedstaaten umzusetzen.

Die „Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt“[20] ist medial vor allem aufgrund ihrer Regelungen zu vermeintlich verpflichtenden Uploadfiltern und dem Presseverlegerleistungsschutzrecht auf- und angegriffen worden. Sie enthält jedoch ein deutlich breiteres Spektrum an Regelungen mit unterschiedlichen Zielvorgaben. Dass etwa das Text- und Datamining für die nicht-kommerzielle wissenschaftliche Forschung auf eine rechtssichere Rechtsgrundlage gestellt werden soll, die Richtlinie sich die Erhaltung des Kulturerbes zur Aufgabe macht und überdies Regelungen zugunsten der Nutzung vergriffener Werke und von Vervielfältigungen gemeinfreier Werke der bildenden Kunst vorsieht, wird bislang zumindest in der öffentlichen Diskussion kaum gesehen.

Zwar soll die Richtlinie Rechteinhabern auch weiterhin ein hohes Maß an Schutz gewähren (ErwGr 2 DSM-RL), allerdings enthält die Richtlinie auch die ausdrückliche Maßgabe, einen gerechten Interessenausgleich zwischen Urhebern und Nutzern vorzusehen (ErwGr 6 DSM-RL). Angesichts des vormals im Wesentlichen urheberzentrierten Begründungsansatzes des Urheberrechts ist dies nicht selbstverständlich. Auch die InfoSoc-Richtlinie (im Folgenden InfoSoc-RL)

---

[14] Pressemitteilung des Europäischen Parlaments v. 05.07.2018, abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20180628IPR06809/parlament-will-urheberrechtsreform-im-september-uberarbeiten, zuletzt abgerufen am 05.06.2020.

[15] FAZ v. 12.09.2018, abrufbar unter: https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/europaeisches-parlament-stimmt-fuer-urheberrecht-15784641.html, zuletzt abgerufen am: 05.06.2020.

[16] Pressemitteilung der Europäischen Kommission, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/germany/news/urheberrecht20190214_de, zuletzt abgerufen am: 05.06.2020.

[17] Pressemitteilung des Europäischen Parlaments v. 26.03.2019, abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/news/de/press-room/20190321IPR32110/parlament-billigt-reform-des-digitalen-urheberrechtsschutzes, zuletzt abgerufen am: 05.06.2020.

[18] Pressemitteilung v. 15.04.2019, abrufbar unter: https://www.consilium.europa.eu/de/press/press-releases/2019/04/15/eu-adjusts-copyright-rules-to-the-digital-age/, zuletzt abgerufen am: 05.06.2020.

[19] ABl EU L 130/92.

[20] Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG.

enthielt aber bereits einen entsprechenden Verweis und mittlerweile dürfte auch angesichts der verfassungsrechtlichen Legitimierung der urheberrechtlichen Verwertungsrechte als sozialgebundenes Eigentum i.S.d. Art. 14 GG sowie i.S.d. Art. 17 GrCh weitgehend Konsens bestehen, dass auch utilitaristische Begründungsansätze zur Rechtfertigung des Urheberrechts herangezogen werden,[21] die in den Vordergrund stellen, dass die positiven Auswirkungen des Urheberrechts für die Gesellschaft seine Nachteile überwiegen.[22] Positivfunktion in diesem Sinne ist insbesondere seine Anreizwirkung. Personalistischer und utilitaristischer Begründungsansatz werden mittlerweile im Sinne eines integrativen Rechtfertigungsmodells zusammen gedacht.[23] Der Schutz technischer Maßnahmen soll nach der DSM-RL aufrecht erhalten bleiben, die Inanspruchnahme der in der Richtlinie vorgesehenen Beschränkungen des Urheberrechts dabei allerdings nicht behindert werden (ErwGr 7 DSM-RL).

In der Tat dürfte Art. 17 DSM-RL die umstrittenste Regelung der Richtlinie sein und Folgeprobleme aufwerfen, die sich bereits heute abzeichnen. Nicht umsonst hat die Bundesregierung eine Erklärung zur Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt abgegeben, in der sie sich insbesondere auf Art. 17 DSM-RL bezieht und „ernsthafte Bedenken“ an algorithmenbasierten Lösungen (Uploadfiltern) äußert.[24]

---

[21] *Specht*, Diktat der Technik, 2019, S. 260 f.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479 ff.

[22] *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 244, 250 f.; *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479 ff.

[23] *Barudi*, Autor und Werk – eine prägende Beziehung?, 2013, S. 30 ff.; *Hansen*, Warum Urheberrecht?, 2009, S. 46 ff., 135, 150 ff; *Lauber-Rönsberg*, GRUR 2019, 240, 250; Depenheuer/Peifer-*Ohly*, Geistiges Eigentum: Schutzrecht oder Ausbeutungstitel?, 2008, S. 141, 144 ff.

[24] Erklärung der Bundesrepublik Deutschland zur Richtlinie über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Digitalen Binnenmarkt; insbesondere zu Artikel 17 der Richtlinie, abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/041519_Protokollerklaerung_Richtlinie_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1, S. 1, zuletzt abgerufen am 01.05.2020.

7. GENESE DES ART. 17 DSM-RL IM ÜBERBLICK

Art. 17 DSM-RL war als Artikel 13 im ursprünglichen Kommissionsentwurf der Richtlinie vom 14.09.2016 in Kapitel 2 vorgesehen. Die ursprüngliche Textfassung wich damals noch erheblich vom heutigen Text ab.[25] Nach Stellungnahme des Wirtschafts- und Sozialausschusses[26] schlug die Stellungnahme des Ausschusses der Regionen (AdR) vom 30.06.2017 in Änderung 6 vor, Art. 13 Abs. 1 DSM-RL (E) explizit auf den Schutzzweck zu beziehen, „eine faire Verteilung der Wertschöpfung auf die Rechteinhaber" erreichen zu können.[27]

Nach unzähligen Überarbeitungen im Rat und seiner vorbereitenden Dienststellen[28] wurden die Nutzerbefugnisse erstmals am 30.10.2017 spezifiziert. Dort heißt es in einem Dokument des Rates in Art. 13 Abs. 2 DSM-RL (E):[29]

> *2. Member States shall ensure that the measures referred to in paragraph 1a shall be implemented by an information society service provider without prejudice to the freedom of expression and information of their users and the possibility for the users to benefit from an exception or limitation to copyright. For that purpose the service provider shall put in place a compliant and redress mechanism that is available to users of the service in case of disputes over the implementation of the measures. Complaints submitted under this mechanism shall be processed by the relevant rightholders within a reasonable period of time. The rightholder shall duly justify its decision.*

Dieser Passus wurde am 16.11.2017 um eine explizite Verfahrensvorgabe zur Behandlung von Nutzerbeschwerden ergänzt, mit der es ermöglicht werden sollte, vormals geblockte Inhalte wieder online zu setzen.[30]

---

[25] Diesem Gutachten beigefügt als Anhang 1.

[26] Diesem Gutachten beigefügt als Anhang 2.

[27] Diesem Gutachten beigefügt als Anhang 3.

[28] Vgl. die unter https://eur-lex.europa.eu/procedure/DE/2016_280#2017-01-13_DIS_byCONSIL abrufbaren Dokumente.

[29] Rat der Europäischen Union, 30.10.2017, 2016/0280 (COD), 13842/17, S. 50.

[30] Rat der Europäischen Union, 16.11.2017, 2016/0280 (COD), 14482/17, S. 5.

> *2. Member States shall **provide that** that the measures referred to in paragraph 1a **(a) and the action taken following a notification by rightholders referred to in paragraph 1a (b)** shall be implemented by an ~~information society~~ **online content sharing** service provider without prejudice to the freedom of expression and information of their users and the possibility for the users to benefit from an exception or limitation to copyright. For that purpose the service provider shall put in place a compliant and redress mechanism that is available to users of the service in case of disputes over the **application** of the measures. Complaints submitted under this mechanism shall be processed ~~by the relevant rightholders~~ **in collaboration with rightholders** within a reasonable period of time ~~**and any prevention by the service provider will be subject to**~~. ~~The rightholder shall duly justify its decision~~ ~~**by rightholders.**~~ **This mechanism shall allow the preliminary blocked content to be made publicly available until the parties agree on the action to follow or the complaint is otherwise dealt with. Relevant rightholders shall be appropriately notified about these uploads to allow them to enforce their rights with the regard to infringing works or other subject matter, as appropriate.***

Am 02.03.2018 wurde ein neuer Kompromissvorschlag der Ratspräsidentschaft unterbreitet, der die Nutzerbefugnisse in Art. 13 Abs. 6 DSM-RL (E) verschob und dabei wesentlich hinter der bisherigen Entwurfsfassung zurück blieb.[31] Die konsolidierte Fassung des Papiers vom 23.3.2018,[32] zu der auch die nachfolgenden Fassungen vom 13.04.2018[33] sowie vom 23.04.2018[34] keine Änderungen enthalten, relativierte die Nutzerbefugnisse sogar noch weitergehender. Letztgenannte Fassung war Grundlage für die Verhandlungen mit dem Europäischen Parlament.

In der Fassung vom 17.05.2018 wurde erstmals die Idee aufgegriffen, unabhängige Stellen zur Beurteilung der Nutzerbeschwerden einzurichten: [35]

---

[31] Rat der Europäischen Union, 02.03.2018, 2016/0280 (COD), 6767/18; vgl. diesem Gutachten beigefügt als Anhang 4.

[32] Rat der Europäischen Union, 23.03.2018, 2016/0280 (COD), 7450/18, S. 57.

[33] Rat der Europäischen Union, 13.04.2018, 2016/0280 (COD), 7927/18, S. 58.

[34] Rat der Europäischen Union, 23.04.2018, 2016/0280 (COD), 8145/18, S. 6; diesem Gutachten beigefügt als Anhang 5.

[35] Rat der Europäischen Union, 23.04.2018, 2016/0280 (COD), 8672/18, S. 61.

7. Member States shall ensure that the measures referred to in paragraph 4 are implemented by the online content sharing service provider without prejudice to the possibility for their users to benefit from exceptions or limitations to copyright. For that purpose, the service provider shall put in place a compliant and redress mechanism that is available to users of the service in case of disputes over the application of the measures to their content. Complaints submitted under this mechanism shall be processed by the online content sharing service provider in cooperation with relevant rightholders within a reasonable period of time. Rightholders shall duly justify the reasons for their requests to remove or block access to their specific works or other subject matter. ***Member States shall endeavour to put in place independent bodies to assess complaints related to the application of the measures.***

Als Ergebnis der Beratungen im Europäischem Parlament wurden die Nutzerbelange in Abs. 2b verschoben und erhielten eine Fassung, aus der sich erstmals eine Aufwertung der Nutzerbefugnisse erkennen lässt, indem den Nutzern die Möglichkeit eingeräumt werden soll, den „Rückgriff auf eine Ausnahme oder Beschränkung vor einem Gericht geltend zu machen“:[36]

2b. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass die in Absatz 1 genannten Anbieter von Online-Inhaltsweitergabediensten den Nutzern wirksame und zügige Beschwerde- und Rechtsbehelfsmechanismen zur Verfügung stellen, falls im Ergebnis der in Absatz 2a genannten Zusammenarbeit Inhalte der Nutzer ungerechtfertigt entfernt werden. Über die Mechanismen eingereichte Beschwerden sind unverzüglich zu bearbeiten und von einem Menschen zu prüfen. Die Rechtsinhaber haben ihre Beschlüsse vernünftig zu begründen, damit Beschwerden nicht willkürlich abgewiesen werden. Überdies darf nach Maßgabe der Richtlinie 95/46/EG, der Richtlinie 2002/58/EG und der Datenschutz-Grundverordnung die Zusammenarbeit weder zur Identifizierung einzelner Nutzer noch zur Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten führen. Die Mitgliedstaaten stellen außerdem sicher, dass die Nutzer Zugang zu einem unabhängigen Streitbeteiligungsgremium sowie zu einem Gericht oder einer anderen

[36] Rat der Europäischen Union, 25.09.2018, 2016/0280 (COD), 11520/18, S. 69.

einschlägigen Justizbehörde haben, um den Rückgriff auf eine Ausnahme oder Beschränkung in Bezug auf das Urheberrecht geltend zu machen.

Trotzdem dies vom Rat in Vorbereitungen auf die Trilog-Verhandlungen wieder relativiert wurde,[37] wurde eine nutzerfreundliche Kompromissfassung gefunden.[38] Auf dieser Grundlage wurden die Nutzerbefugnisse als Art. 17 Abs. 7 und 9 im Richtlinienvorschlag vom 02.04.2019 aufgenommen.[39] Der Rat nahm die Richtlinie am 16.04.2019 an,[40] wobei Deutschland eine Protokollerklärung abgab, in der explizit betont wird, das Ziel müsse sein, Uploadfilter nach Möglichkeit weitgehend unnötig zu machen.[41]

[37] Rat der Europäischen Union, 26.09.2018, 2016/0280 (COD), 12513/18, S. 92 f.

[38] Rat der Europäischen Union, 20.02.2019, 2016/0280 (COD), 6637/19, S. 68; diesem Gutachten beigefügt als Anhang 6.

[39] Rat der Europäischen Union, 02.04.2019, 2016/0280 (COD) PE-CONS 51/19, S. 102.

[40] Rat der Europäischen Union, 16.04.2019, 2016/0280 (COD) 8612/19.

[41] Erklärung Deutschlands vom 15.04.2019, 2016/0280 (COD) 7986/19, ADD 1 REV 2, S. 5.

7. EINBETTUNG IN DIE STRATEGIE FÜR DEN DIGITALEN BINNENMARKT

Die DSM-RL ist eigebettet in die Strategie für einen digitalen Binnenmarkt vom 06.05.2015.[42] Bereits im Jahr 2014 teilte der damalige Kommissionspräsident Jean-Claude Juncker dem Kommissar für Digitale Gesellschaft und Wirtschaft, Günther Oettinger, in einem „*Mission Letter*"[43] seine Postulate für dessen Amt im Zusammenhang mit der Novellierung des Urheberrechts mit: Gefordert wurden ehrgeizige gesetzgeberische Schritte in Richtung eines vernetzten, digitalen Binnenmarktes, wobei explizit der Nutzer im Zentrum stehen sollte. Die binnenmarktkonforme Ausgestaltung sowie die Vereinheitlichung des EU-Urheberrechts und schließlich die Anpassung an neue technologische Realitäten standen dabei im Fokus. Dieser ursprüngliche Anspruch, den Nutzer in den Mittelpunkt zu stellen ("*You should also ensure that users are at the centre of your action."*[44]*)*, wurde allerdings immer schon ergänzt durch die Vorgabe auch und gerade im Urheberrecht die Kreativindustrie und damit die Rechteinhaber zu unterstützen *("You will also need to ensure that the right conditions are set, including through copyright law, to support cultural and creative industries and exploit their potential for the economy*."[45]).

In der DSM-RL insgesamt (vgl. ErwGr 6 DSM-RL: *„Mit den in dieser Richtlinie vorgesehenen Ausnahmen und Beschränkungen soll ein angemessener Rechte- und Interessenausgleich zwischen den Urhebern und anderen Rechteinhabern einerseits und den Nutzern andererseits gewahrt werden."*), aber auch und gerade in Art. 17 DSM-RL selbst, finden wir beide Schutzrichtungen angelegt.[46] Es ist nun an den nationalen Gesetzgebern, beiden Schutzzielen entsprechend Rechnung zu tragen.

---

[42] COM(2015) 192 final.

[43] Juncker, Mission Letter to Günther Oettinger v. 10.09.2014, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/sites/cwt/files/commissioner_mission_letters/oettinger-mission_en.pdf, zuletzt abgerufen am 01.04.2020.

[44] Juncker, Mission Letter to Günther Oettinger v. 10.09.2014, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/sites/cwt/files/commissioner_mission_letters/oettinger-mission_en.pdf, zuletzt abgerufen am 25.02.2020; ebenso Juncker, Mission Letter to Mariya Gabriel v. 16.05.2017, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/sites/cwt/files/commissioner_mission_letters/mission-letter-mariya-gabriel.pdf, zuletzt abgerufen am 25.02.2020.

[45] Juncker, Mission Letter to Günther Oettinger v. 10.09.2014, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/sites/cwt/files/commissioner_mission_letters/oettinger-mission_en.pdf, zuletzt abgerufen am 25.02.2020; ebenso Juncker, Mission Letter to Mariya Gabriel v. 16.05.2017, abrufbar unter: https://ec.europa.eu/commission/commissioners/sites/cwt/files/commissioner_mission_letters/mission-letter-mariya-gabriel.pdf, zuletzt abgerufen am 25.02.2020.

[46] Vgl. sogleich: IV.5.

Dabei wird es insbesondere darauf ankommen, wie der nationale Gesetzgeber die Ausübung der in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL aber auch aller übrigen Ausnahmen und Beschränkungen der InfoSoc-RL sicherstellt.

7. UMSETZUNGSPROZESS

a) Diskussionsentwurf des BMJV ohne Bezug zu Art. 17 DSM-RL

Nach Durchführung einer öffentlichen Konsultation zur europäischen Urheberrechtsreform und anschließender Veröffentlichung der eingegangenen Stellungnahmen im September 2019 hat die konkrete Umsetzung der DSM-RL bereits begonnen. Das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat hierzu am 15. Januar 2020 einen ersten Diskussionsentwurf veröffentlicht, zu dem verschiedene Institutionen bereits Stellung bezogen haben.[47]

Dieser Diskussionsentwurf betrifft allerdings die Umsetzung von Art. 15 und 16 DSM-RL (Leistungsschutzrecht für Presseverleger und Verlegerbeteiligung) sowie Art. 3-7 DSM-RL (Maßnahmen zur Anpassung von Ausnahmen und Beschränkungen an das digitale und grenzüberschreitende Umfeld). Insbesondere das Leistungsschutzrecht für Presseverleger soll bereits jetzt in einem gesonderten Gesetzgebungsverfahren schnellstmöglich kodifiziert werden. Dies ist vor allem dem Umstand geschuldet, dass der EuGH in einem Urteil vom 12.09.2019[48] die früheren entsprechenden Vorschriften der §§ 87f-87h UrhG a.F. wegen Verstoßes gegen die Notifizierungs-Richtlinie[49] für unanwendbar erklärte. Aus Sicht des BMJV ist eine Korrektur dieses formalen Defizits bereits vor der eigentlichen Umsetzungsfrist am 07.06.2021 dringend geboten.[50] Die übrigen Regelungen, d.h. die Bestimmungen zur Anpassung von Ausnahmen und Beschränkungen an das digitale und grenzüberschreitende Umfeld sowie zur Verlegerbeteiligung, sollen dagegen erst mit Ablauf der Umsetzungsfrist 2021 Geltung erlangen.[51] Ein Vorschlag zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL ist in diesem Diskussionsentwurf noch nicht enthalten.

---

[47] Diskussionsentwurf des BMJV sowie Stellungnahmen abrufbar unter: https://www.bmjv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Gesetz_I_Umsetzung_EU_Richtlinien_Urheberrecht.html, zuletzt abgerufen am 24.02.2020.

[48] EuGH, Urt. v. 12.09.2019 – C-299/17, ECLI:EU:2019:716 = GRUR 2019, 1188 – *VG Media/Google*.

[49] Richtlinie 98/34/EG über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften.

[50] Disk-E BMJV v. 15.01.2020, S. 13.

[51] Disk-E BMJV v. 15.01.2020, S. 15.

b) Stakeholderdialog

Aus ErwGr 71 und Art. 17 Abs. 10 DSM-RL ergibt sich die Notwendigkeit einer Ausarbeitung von Leitlinien für die Anwendung von Art. 17 DSM-RL. Im Rahmen eines Stakeholder-Dialogs sollen die Ansichten verschiedenster Interessenträger (Nutzerorganisationen, Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten und Rechteinhabern) gehört werden, mit dem Ziel, mögliche Leitlinien für die Anwendung des Art. 17 DSM-RL zu erörtern. Dadurch soll der Gesetzgebungsprozess praxisnah begleitet werden, explizit sollen „*best practices*" für die Zusammenarbeit von Online-Content-Sharing-Diensten und Rechteinhabern eruiert werden.[52] Die erste Sitzung fand am 15.10.2019 statt, weitere Termine wurden am 05.11.2019, 25.11.2019, 16.12.2019, 16.01.2020 sowie am 10.02.2020 abgehalten. Folgetermine sind aufgrund der COVID-19-Situation derzeit ausgesetzt.

In einem Diskussionspapier für die beiden Stakeholder-Dialoge im Januar und Februar 2020 veröffentlichte die Kommission einen Überblick betreffend die aktuelle Marktlage in Bezug auf Lizenzierungspraktiken, die für die Verwaltung von Online-Inhalten verwendeten Werkzeuge entsprechend Art. 17 DSM-RL relevant sind sowie damit zusammenhängende Fragen und Bedenken der beteiligten Interessenträger. Dabei wurde insbesondere geäußert, dass die derzeitige Lizenzierungspraxis nach Art der Rechteinhaber sowie nach Art der Inhalte differenziert. Erforderlich sei es insbesondere, zu präzisieren, welche Anforderungen an die Diensteanbieter im Hinblick auf das nach Art. 17 Abs. 4 DSM-RL geforderte Verfahren gestellt werden, insbesondere vor dem Hintergrund des in Art. 17 Abs. 5 DSM-RL niedergelegten Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit.[53] Eine Präzisierung dürfte auch im Nutzerinteresse liegen. In diesem Kontext betonten insbesondere die Online-Dienste-Anbieter die Notwendigkeit, verschiedene Lösungen zuzulassen, wobei unter anderem die Größe der Dienste sowie die Art der von ihnen zur Verfügung gestellten Inhalte berücksichtigt werden müssten. Sowohl Diensteanbieter als auch Rechteinhaber brachten die Frage der Kosten und Ressourcen zur Sprache, die für Instrumente und Methoden zur Identifizierung von Inhalten eingesetzt werden müssen.[54]

---

[52] https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/organisation-stakeholder-dialogue-application-article-17-directive-copyright-digital-single, zuletzt abgerufen am 01.04.2020.

[53] https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=64721, zuletzt abgerufen am 01.04.2020.

[54] https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=64721, zuletzt abgerufen am 01.04.2020.

Im Hinblick auf die in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL enthaltenen Nutzerbefugnisse sowie die Beschwerdemechanismen gem. Art. 17 Abs. 9 DSM-RL haben v.a. Nutzerorganisationen die Notwendigkeit betont, sicherzustellen, dass rechtmäßig verwendete Inhalte nicht blockiert werden, die in Ausübung von Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts hochgeladen werden. Sie betonten auch die Notwendigkeit, Lösungen auszuarbeiten, um ein missbräuchliches Overclaiming von Rechteinhabern zu verhindern oder jedenfalls zu reduzieren und wiesen auf die Bedeutung der Gewährleistung zuverlässiger Informationen über die bestehenden Nutzerbefugnisse hin sowie darauf, dass die heute verwendeten Technologien große Probleme damit hätten, zu erkennen, ob ein urheberrechtlich relevanter Inhalt in Ausübung einer Ausnahme oder Beschränkung des Urheberrechts hochgeladen wird, oder nicht. [55]

Außerdem äußerten Nutzerorganisationen, dass Nutzer sich aufgrund der Verfahrenskomplexität und der Angst vor rechtlichen Schritten bisher nicht in nennenswertem Umfang beschweren, wenn ihre Inhalte geblockt werden. Sie betonten die Notwendigkeit eines vereinfachten Beschwerde- und Abhilfeverfahrens. Sie waren auch der Ansicht, dass mehr Transparenz in Bezug auf die gesperrten oder entfernten Inhalte erforderlich sei.[56]

c) Mitgliedstaatlicher Umsetzungsprozess außerhalb Deutschlands

In den anderen EU-Mitgliedstaaten haben bisher Frankreich[57] und die Niederlande[58] Vorentwürfe zur Umsetzung der Richtlinie vorgestellt.

aa) Frankreich

Der französische „*Gesetzesentwurf zur audiovisuellen Kommunikation und kulturellen Souveränität im digitalen Zeitalter*“ vom 15.12.2019 ist sehr nah am Richtlinienwortlaut orientiert. Für die Nutzerrechte sieht Art. 16 Abschnitt 4 vor, dass der Diensteanbieter für das

[55] https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=64721, zuletzt abgerufen am 01.04.2020.

[56] https://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=64721, zuletzt abgerufen am 01.04.2020.

[57] Abrufbar unter: https://cdn2.nextinpact.com/medias/plf_mice1927829l_cm_5-12-2019.pdf, zuletzt abgerufen am 01.04.2020.

[58] Abrufbar unter: https://www.internetconsultatie.nl/auteursrecht/document/4693, zuletzt abgerufen am 01.04.2020.

Teilen von Online-Inhalten den Nutzern seines Dienstes ein Verfahren für Rechtsmittel und Beschwerden gegen Sperrungen oder Entfernungen der von ihnen hochgeladenen Werke gemäß Artikel L. 137-2 III zur Verfügung stellt. Dieses Verfahren muss es dem Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten ermöglichen, die Beschwerde schnell und effizient sowie ohne unangemessene Verzögerung zu bearbeiten. Ein Urheberrechtsinhaber, der nach einer Beschwerde eines Nutzers die Aufrechterhaltung der Sperrung oder die Entfernung eines Werkes beantragt, muss seinen Antrag in angemessener Weise begründen. Entscheidungen über die Sperrung des Zugangs oder die Entfernung der hochgeladenen Werke, die im Rahmen des Beschwerdeverfahrens getroffen werden, unterliegen der Kontrolle durch eine natürliche Person. Unbeschadet ihres Rechts auf Anrufung eines Richters können der Nutzer oder der Urheberrechtsinhaber im Falle eines Rechtsstreits über die Maßnahmen, die der Diensteanbieter aufgrund der Beschwerde des Nutzers ergriffen hat, die Regulierungsbehörde für audiovisuelle und digitale Kommunikation (*l'Autorité de régulation de la communication audiovisuelle et numérique*) mit der Angelegenheit befassen. Außerdem muss der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten in seinen Nutzungsbedingungen angemessene Informationen über vorgesehene Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts sowie die Erlaubnis zur rechtmäßigen Nutzung von Werken zur Verfügung stellen.

Mit der Möglichkeit, im Falle der Sperrung eines Inhalts, von dem der Nutzer der Meinung ist, er wäre in Ausübung einer Ausnahme oder Beschränkung des Urheberrechts online gestellt worden, ein Gericht anzurufen, normiert Frankreich ein subjektives Nutzerrecht auf Ausübung der Ausnahmen und Beschränkungen.

bb) Niederlande

Weniger weit zugunsten der Nutzer reicht die niederländische Regelung des Art. 29c Abs. 4 und 5. Danach informiert der Diensteanbieter die Nutzer seines Dienstes über die urheberrechtlichen Einschränkungen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen und richtet eine Schlichtungsstelle ein, bei der sich die Nutzer über die Art und Weise beschweren können, in der die Bestimmungen von Absatz 2 (b) und (c) eingehalten werden. Die Schlichtungsstelle ist unparteiisch und trifft nach Anhörung des Urhebers oder seines Rechtsnachfolgers des betreffenden Werkes ein wirksames, rasches und faires Urteil.

7. ZIELE UND MITTEL VON ART. 17 DSM-RL

a) Ziele

Art. 17 DSM-RL erfolgt mehrere Ziele, die sowohl auf den Schutz des Rechteinhabers, als auch auf den Schutz des prosumierenden Nutzers ausgerichtet sind.

aa) Rechteinhaberseitige Zielbestimmungen

(1) Stärkung von Kontrollmöglichkeit und Verhandlungsposition

Art. 17 DSM-RL verfolgt an erster Stelle das Ziel, den Rechteinhabern eine größere Kontrolle über ihre auf Online-Plattformen verfügbaren Inhalte zu verschaffen.[59] Denn de lege lata besteht für Onlineplattformen keine Notwendigkeit, Lizenzvereinbarungen mit den Rechteinhabern abzuschließen, denn nicht sie, sondern ihre Nutzer nehmen die urheberrechtlich relevante Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung vor. Darüber hinaus werden Plattformen, die lediglich Inhalte Dritter, nicht aber eigene Inhalte zugänglich machen, von Art. 14 ECRL umfassend privilegiert, auch wenn dies in Literatur und Rechtsprechung zunehmend kritisch gesehen wird.[60]

Art. 17 DSM-RL soll die Verhandlungsposition der Rechteinhaber stärken, da der Rat davon ausgeht, dass diese Verhandlungsposition erstens bereits deshalb geschwächt sei, weil sie faktisch nur geringe (bzw. kostspielige und aufwändige[61]) Möglichkeiten haben, ihre urheberrechtlich relevanten Inhalte von der Plattform fern zu halten:

> *„The negotiation position of rightholders is affected by the fact that they are not in a position to keep their content away from these platforms. When uploaded content is infringing, they can only ask the platforms to take down the content, in each individual case, which leads to significant costs for them and appears insufficient to them given the large scale of uploads*." [62]

---

[59] Rat der Europäischen Union, 16.09.2016, 2016/0280 (COD), 12254/16 ADD 1, S. 154.

[60] Zum Streitstand vgl. Specht, ZUM 2017, 114 ff m.w.Nachw.

[61] Siehe dazu sogleich: c).

[62] Rat der Europäischen Union, 16.09.2016, 2016/0280 (COD), 12254/16 ADD 1, S. 154 m.w.Nachw.

Zweitens nimmt er an, dass sie derzeit sowohl bei der Nutzung der Plattform selbst als auch bei der Nutzung von Inhalteerkennungstechniken den Vorgaben der Plattform folgen müssten.

> *„Rightholders have described their negotiation relationship with certain of these platforms as a "take it or leave it" situation: they must either accept the terms offered by the service or continue to send notifications for each individual content which can be infringed thousands of times. Such a situation is further exacerbated in certain cases by the difference in bargaining power between rightholders and some of user uploaded services which have gained an important position on the market.*
>
> *Even if major user uploaded content services have put in place measures such as content identification technologies, their deployment remains voluntary and is subject to the conditions set by the services."*[63]

Die Stärkung der Verhandlungsposition der Rechteinhaber soll darüber hinaus zu einer größeren Beteiligung der Rechteinhaber an den mit ihren urheberrechtlich geschützten Inhalten generierten Einnahmen führen. [64]

(2) Reduzierung der Rechtsverfolgungskosten

Gleichzeitig sollen die den Rechteinhabern entstehenden Kosten der Rechtsverfolgung, wie sie de lege lata anfallen, reduziert werden.[65] Denn das heutige notice-and-take-down-Verfahren, das Plattformen lediglich verpflichtet, rechtsverletzende Inhalte nach Hinweis zu entfernen und ein erneutes Zugänglichmachen derselben sowie kerngleicher Inhalte zu verhindern, verlangt den Rechteinhabern - jedenfalls im Falle massenhafter Rechtsverletzungen - einen erheblichen Zeitaufwand und, sofern ihnen die rechtliche Expertise fehlt, auch einen durch potentielle Rechtsberatung möglicherweise entstehenden Kostenaufwand ab. Dies gilt allerdings dort nicht, wo bereits Inhaltserkennungstechniken eingesetzt werden, wie z.B. Content-ID, das nach Angaben von Youtube 99,5% der Urheberrechtsverstöße bereits vor einem erstmaligen Onlinestellen

[63] Rat der Europäischen Union v. 16.9.2016, 2016/0280 (COD), 12254/16 ADD 1, S. 158.

[64] Rat der Europäischen Union, 16.09.2016, 2016/0280 (COD), 12254/16 ADD 1, S. 154, 156.

[65] Rat der Europäischen Union v. 16.9.2016, 2016/0280 (COD), 12254/16 ADD 1, S. 156.

erkennt und die (potentielle) Rechtsverletzung daher verhindert.[66] Auch die Erstreckung der stay-down-Verpflichtung auf kerngleiche Verletzungshandlungen nimmt einen Teil der Rechtsdurchsetzungslast.[67]

bb) Diensteanbieterseitige Zielbestimmung

Ferner will Art. 17 DSM-RL die bestehende Rechtsunsicherheit im Hinblick auf die Haftung des Diensteanbieters beseitigen,[68] die daraus resultieren dürfte, das in der mitgliedstaatlichen Rechtsprechung zunehmend Tendenzen einer Haftungsausweitung zu verzeichnen sind, die sich in Deutschland beispielsweise in einer Ausweitung der Kriterien des Zueigenmachens manifestiert. Da es sich hierbei um ein richterrechtliches Instrument der Abgrenzung zwischen fremden und eigenen Inhalten und damit letztlich zur Anwendung des Art. 14 ECRL handelt, dessen Voraussetzungen keiner festgeschriebenen Definition unterliegen, sondern das, ganz im Gegenteil, im Einzelfall darauf abstellt, ob der Diensteanbieter aus Sicht eines objektiven Dritten den Anschein erweckt, die Verantwortung für die angebotenen Inhalte übernehmen zu wollen,[69] lässt sich die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit im Bereich der Haftung von Diensteanbietern in der Tat nicht leugnen.

cc) Nutzerseitige Zielbestimmung

Auf lange Sicht soll Art. 17 DSM-RL allerdings auch dazu führen, dass eine größere Menge von Inhalten über Online-Plattformen verfügbar ist, weil Rechteinhaber durch die ausgezahlte Vergütung einen größeren Anreiz zur Erzeugung von Inhalten erhalten. Dies ist freilich ein hehres Ziel, das allerdings nicht allein durch finanzielle Anreize erreicht wird. Die Anzahl online verfügbarer Werke wird gerade auch dadurch beeinflusst, dass im Rahmen der Ausübung von Ausnahmen und Beschränkungen geschaffene Werke auch im Rahmen dieser Ausnahmen und Beschränkungen wieder online gestellt werden können. Ein Überschutz des Urhebers wirkt sich

---

[66] https://www.theguardian.com/music/musicblog/2016/apr/28/youtube-no-other-platform-gives-as-much-money-back-to-creators, zuletzt abgerufen am 27.04.2020.

[67] Vgl. etwa: EuGH, Urt. v. 03.10.2019 – C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 = MMR 2019, 798 Tz. 45 f. – *Glawischnig-Piesczek* m.Anm. *Specht-Riemenschneider*; EuGH, Urt. v. 12.07.2011 – C-324/09, ECLI:EU:C:2011:474 = GRUR 2011, 1025 Tz. 131 ff. – *L'Orèal/eBay*; zustimmend: *Spindler*, GRUR 2020, 253, 256; *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1220; kritisch hingegen zum Bezug auf „kerngleiche" Verletzungshandlungen: *Spindler*, CR 2019, 277, 288.

[68] ErwGr 61 S. 5 DSM-RL; Rat der Europäischen Union, 16.09.2016, 2016/0280 (COD), 12254/16 ADD 1, S. 158.

[69] So etwa: OLG München, Urt. v. 28.01.2016 – 29 U 2798/15, MMR 2016, 833 – *Allegro Barbaro*; OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 87/12, MMR 2016, 269 – *Youtube*; LG Hamburg, Urt. v. 29.11.2013 – 310 O 144/13, GRUR-RR 2014, 241 – *Jdownloader 2*; Vgl. eingehend Dreier/Schulze-*Specht*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 97 UrhG Rn. 41 ff.

damit ebenfalls kreativitätsschädlich aus. Es gilt, das richtige Maß zu finden und den urheberrechtlichen Schutz auf ein für das Kreativschaffen optimales Maß zu skalieren. Die urheberrechtlichen Ausnahmen und Beschränkungen dienen eben diesem Zweck der Optimalskalierung.[70] Sie dürfen daher sowohl im Interesse einer Förderung der Kreativwirtschaft als auch im Interesse der expliziten Zielsetzung des Art. 17 DSM-RL durch seine Vorgaben nicht in ihrer Wirkung reduziert werden. Eine Beschränkung der Schrankenbestimmungen würde aber bereits erreicht, sobald Befugnisse der Rechteinhaber einseitig gestärkt würden, ohne im Gleichlauf eine Stärkung der Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts vorzusehen. Vor diesem Hintergrund lässt sich der Richtlinie als implizites Ziel auch das der Stärkung der Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts im Verhältnis zur Stärkung der Rechteinhaber entnehmen.

b) Mittel

Die benannten Ziele verfolgt Art. 17 DSM-RL auf zwei Wegen: Erstens führt Art. 17 DSM-RL dazu, dass die betroffenen Diensteanbieter künftig eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung vornehmen, wenn Nutzer über den jeweiligen Diensteanbieter urheberrechtlich relevante Inhalte online stellen. D.h. die Diensteanbieter müssen, um durch das nutzerseitige Onlinestellen der Inhalte keine Rechtsverletzung zu begehen, die Erlaubnis der Rechteinhaber einholen. Dies soll im Wesentlichen dazu dienen, eine rechteinhaberseitige Stärkung der Kontrollmöglichkeiten über urheberrechtlich relevante Inhalte herbeizuführen, eine angemessene Beteiligung der Rechteinhaber zu erzielen sowie Rechtsunsicherheit zu beseitigen. Wird die Erlaubnis der Rechteinhaber nicht eingeholt und ist der Diensteanbieter auch nicht anderweitig zur Nutzung des Inhaltes berechtigt, wird dieser Inhalt aber dennoch über die Plattform des Diensteanbieters öffentlich zugänglich gemacht, bedeutet dies, dass der Diensteanbieter eine Urheberrechtsverletzung begeht. Art. 17 DSM-RL privilegiert ihn nur dann in der Haftung, wenn er bestimmte Nachweise erbringt, darunter das ernsthafte Bemühen um eine Verhandlungslösung aber auch die Vornahme präventiver Maßnahmen zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen.[71] Dies dürfte im Wesentlichen dem Ziel dienen, die Rechtsverfolgungskosten der Rechteinhaber zu reduzieren aber auch, ihre Verhandlungsposition zu stärken. Dementsprechend hoch dürften die Anforderungen an ein „ernsthaftes Bemühen“ um eine Lizenzierungslösung sein.

---

[70] *Dreier*, GRUR Int. 2015, 648, 650.

[71] Vgl. die Ausführungen zu Art. 17 Abs. 4 unter IV.7.b)dd).

Durch die Aufnahme von Art. 17 Abs. 7, 9 und 10 sowie durch die zahlreichen zugunsten der Nutzer wirkenden Erwägungsgründe zeigt die Richtlinie eine nicht zu vernachlässigende Tendenz zur Stärkung des Nutzerschutzes auch explizit. In keinem anderen europäischen Rechtsakt ist bislang derart umfassend auf die Nutzerrolle Bezug genommen worden. Art. 17 Abs. 7 DSM-RL und Art. 17 Abs. 9 DSM-RL verpflichten dazu, angemessene Rechtsbehelfs- und Beschwerdemechanismen zur Ausübung von Nutzerbefugnissen vorzusehen. Sie müssen außerdem vorsehen, dass sich alle Nutzer, die nutzergenerierte Inhalte auf den betroffenen Plattformen der Diensteanbieter zugänglich machen, auf bestimmte Beschränkungen des Urheberrechts stützen können.[72]

[72] Vgl. hierzu die Ausführungen zu Art. 17 Abs. 7 und 9 unter IV.7.b)ff) und IV.7.b)hh).

7. UNIONSGRUNDRECHTSKONFORMITÄT VON ART. 17 DSM-RL

Art. 17 DSM-RL betrifft die Grundrechte und Grundfreiheiten der Diensteanbieter, der Rechteinhaber sowie der Nutzer. Zugunsten des Schutzes des Geistigen Eigentums gem. Art. 17 GrCh der Rechteinhaber legt er den Diensteanbietern umfassende Prüfpflichten auf und greift damit in ihr Recht auf unternehmerische Freiheit gem. Art. 16 GrCh ein. Aber auch die Informations- und Meinungsfreiheit der Nutzer gem. Art. 11 GrCh sowie das Recht auf Schutz personenbezogener Daten, Art. 8 GrCh, ist sowohl auf Seiten der Rechteinhaber als auch auf Seiten der Nutzer betroffen. Sofern auf Grundlage von Art. 17 GrCh solche Inhalte gesperrt werden, die im Rahmen der unternehmerischen Tätigkeit der Nutzer angefertigt werden, ist auch in ihrer Person ein Eingriff in Art. 16 GrCh zu verzeichnen. Die Eingriffe in diese Rechtspositionen sollen im Folgenden erörtert, Art. 17 DSM-RL damit auf seine Vereinbarkeit mit Unionsgrundrechten überprüft werden.

a) Betroffene Grundrechte und Grundfreiheiten

aa) Art. 16 GrCh

Art. 16 GrCh gewährleistet die freie Berufsausübung der Unternehmer.[73] Er *verpflichtet* die Union sowie die Mitgliedstaaten gem. Art. 51 Abs. 1 S. 1 GrCh, soweit sie Unionsrecht durchführen.[74] Richtlinien sind im Licht des Art. 16 GrCh auszulegen und anzuwenden.[75] Art. 16 GrCh unterliegt allerdings einem allgemeinen Gesetzesvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 GrCh.[76] Zu seiner Einschränkung bedarf es einer hinreichend konkreten Rechtsgrundlage.[77] Offenheiten und Unklarheiten sind aber hinzunehmen, wenn die Eigenheiten der Materie eine genauere Regelung nicht zulassen.[78] Die gesetzliche Regelung muss ein legitimes Ziel verfolgen, formell und materiell rechtmäßig, d.h. insbesondere geeignet, erforderlich und angemessen sein. Als legitimes Ziel kommt dabei gem. Art. 52 Abs. 1 S. 2 GrCh gerade auch der Schutz der Rechte und Freiheiten

---

[73] Vgl. EuG, Urt. v. 14.12.2011 – T-52/09, ECLI:EU:T:2011:738 = BeckRS 2011, 81843 Tz. 89 – *Nycomed*.

[74] *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 16 GrCh Rn. 3 m.w.Nachw.

[75] EuGH, Urt. v. 18.07.2013 – C-426/11, ECLI:EU:C:2013:521 = EuZW 2013, 747 Tz. 31 f. – *Alemo-Herron*; *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 16 Rn. 3

[76] EuGH, Urt. v. 17.10.2013 – C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661 = BeckRS 2013, 81980 Tz. 27 – *Schaible*; EuGH, Urt. v. 31.01.2013 – C-12/11, ECLI:EU:C:2013:43 = NJW 2013, 921 Tz. 61 – *McDonagh*; EuGH, Urt. v. 22.01.2013 – C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 = EuZW 2013, 347 Tz. 47 – *Sky Österreich*; vgl. schon: *GA Mazák*, Schlussanträge v. 29.03.2012 – C-544/10, ECLI:EU:C:2012:189 Tz. 67 – *Deutsches Weintor eG*.

[77] EuGH, Urt. v. 22.01.2013 – C-283/11, ECLI:EU:C:2013:28 = EuZW 2013, 347 Tz. 48 – *Sky Österreich*.

[78] *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 16 GrCh Rn. 19.

anderer in Betracht, zu dem auch der Schutz des geistigen Eigentums gem. Art. 17 Abs. 1, Abs. 2 GrCh zählt.

bb) Art. 11 GrCh

Art. 11 GrCh schützt als in seiner Ausprägung als Meinungsfreiheit das *Äußern der Meinung* sowie die Abgabe bzw. *Weitergabe von Informationen* bzw. Ideen[79] und gilt gerade auch für Äußerungen im Internet.[80] In seiner Ausprägung als Informationsfreiheit schützt er hingegen den *Empfang* allgemein zugänglicher Informationen[81] wie von Meinungen, und zwar sowohl die aktive Informationsbeschaffung als auch die passive Entgegennahme sowie die Beschaffung und Nutzung der dafür erforderlichen Instrumente.[82] Dies umfasst gerade auch die Aufnahme von Informationen über das Internet[83] Auch Art. 11 GrCh unterliegt dem allgemeinen Gesetzesvorbehalt des Art. 52 Abs. 1 GrCh. Art. 52 Abs. 3 S. 1 GrCh verpflichtet außerdem dazu, sowohl bei der Einschränkung der Meinungsfreiheit als auch in Fällen der Einschränkung der Informationsfreiheit die Vorgaben des Art. 10 Abs. 2 EMRK zu beachten.[84] Ein legitimer Zweck eines Eingriffs in Art. 11 GrCh kann auch die Sicherung der Rechte anderer sein, vgl. Art. 10 Abs. 2 EMRK.

cc) Art. 8 GrCh

Art. 8 GrCh schützt das Recht auf Schutz personenbezogener Daten und wird ergänzt durch Art. 7 GrCh.[85] Ein Eingriff liegt in jeder Datenverarbeitung durch Dritte sowie in belastenden Regelungen der Datenverarbeitung durch Grundrechtsverpflichtete vor.[86] Art. 8 GrCh überträgt den

---

[79] *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 11 GrCh Rn. 13.

[80] EuGH, Urt. v. 06.11.2003 – C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596 = EuZW 2004, 245 Tz. 86 – *Lindquist*.

[81] *EGMR,* Urt. v. 08.07.1986 – 9815/82, NJW 1987, 2143 Tz. 41 – *Lingens/Österreich*.

[82] *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 11 GrCh Rn. 15 m.w.Nachw.

[83] EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 = GRUR 2012, 265 Tz. 50 – *Scarlet*; *Kugelmann*, EuGRZ 2003, 20.

[84] EuGH, Urt. v. 02.04.09 – C-421/07, ECLI:EU:C:2009:222 = PharmR 2009, 277 Tz. 25 ff. – *Damgaard*; Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (2007/C 303/02), Abl. 2007 C 303/21; für Einschränkungen der Informationsfreiheit vgl. EuGH, Urt. v. 12.09.2006 – C-479/04, ECLI:EU:C:2006:549 = GRUR Int. 2007, 237 Tz. 64 – *Laserdisken*; vgl. zum Ganzen: *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 11 GrCh Rn. 29.

[85] EuGH, Beschl. v. 13.01.2010 – C-92/09, ECLI:EU:C:2010:8 = BeckRS 2010, 90111 Tz. 47, 52 – *Schecke*; EuGH, Urt. v. 24.11.2010 – C-468/10 und C-469/10, ECLI:EU:C:2011:777 = EuZW 2012, 37 Tz. 41 f. – *ASNEF*; EuGH, Urt. v. 17.10.2013 – C-291/12, ECLI:EU:C:2013:670 = ZD 2013, 608 Tz. 26 – *Schwarz*; *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 8 GrCh Rn. 4; allerdings streitig, für einen Vorrang vor Art. 8: *Mehde*, Datenschutz, in: Heselhaus/Nowak (Hrsg.), Handbuch der Europäischen Grundrechte, 2006, § 21 Rn. 13; Mock/Demuro-*Groppi*, Human Rights in Europe – Commentary of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, 2010, S. 51 f.; Stern/Sachs-*Johlen*, Europäische Grundrechte-Charta, 2016, Art. 8 GrCh Rn. 24.

[86] *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 8 GrCh Rn. 8.

Grundrechtsverpflichteten darüber hinaus die bindende Aufgabe, im Rahmen ihrer Zuständigkeit auch gegenüber Privaten für einen Schutz personenbezogener Daten zu sorgen,[87] wobei ihnen allerdings erhebliche Spielräume zukommen.[88]

Eingriffe sind aufgrund von Art. 52 Abs. 1 GrCh unter Beachtung der Anforderungen des Art. 8 Abs. 2 GrCh sowie der Vorgaben des Art. 8 Abs. 2 EMRK möglich.[89] Das Eingriffsgesetz muss freilich ebenfalls einen legitimen Zweck verfolgen, erforderlich und angemessen sein. Auch zur Einschränkung von Art. 8 GrCh ist der Schutz der Rechte anderer ein legitimer Zweck.

b) Eingriffsgesetz

Art. 17 DSM-RL greift in die benannten Grundrechte und Grundfreiheiten ein. Es beschränkt die unternehmerische Freiheit, indem es den Diensteanbietern umfassende Verpflichtungen auferlegt, hindert das Onlinestellen auch solcher Inhalte, die in Ausübung urheberrechtlicher Ausnahmen und Beschränkungen erfolgen sollen, schränkt damit die Weitergabe von Inhalten an Dritte ein und verlangt darüber hinaus ggf. eine Verarbeitung der IP-Adressen der Nutzer, die die Sendung unzulässiger Inhalte veranlasst haben und damit die Verarbeitung personenbezogener Daten.[90] Nicht von der Filterverpflichtung des Art. 17 Abs. 4 DSM-RL tangiert werden dürfte dagegen der ebenfalls über Art. 11 GrCh geschützte freie Empfang von Informationen, da vorab gefilterte Inhalte schon gar nicht allgemein zugänglich sind.

c) Legitimer Zweck

Art. 17 DSM-RL dient v.a. dem Schutz der Rechteinhaber und damit dem Schutz geistiger Eigentumsrechte gem. Art. 17 Abs. 1, Abs. 2 GrCh. Art. 17 GrCh schützt das Recht, rechtmäßig erworbenes Eigentum zu besitzen, zu nutzen, darüber zu verfügen und es zu vererben. Der Schutz des Geistigen Eigentums wird explizit durch Art. 17 Abs. 2 GrCh gewährleistet. Es handelt sich um ein *normgeprägtes Grundrecht*, d.h. sein Schutzgegenstand wird inhaltlich erst durch den Gesetzgeber bestimmt.[91] Für die Union und die Mitgliedstaaten entfaltet Art. 17 DSM-RL (auch) positive

---

[87] *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 8 GrCh Rn. 10.

[88] *Streinz/Michl*, EuZW 2011, 387.

[89] EuGH, Urt. v. 09.11.2010 – C-92/09 und C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662 = EuZW 2010, 939 Tz. 51 f. – *Schecke*; *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 8 GrCh Rn. 11.

[90] IP-Adressen sind seit der Entscheidung *Breyer/Deutschland* des EuGH als personenbezogene Daten anerkannt, vgl. EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 = NJW 2016, 3579 Tz. 31 ff. – *Breyer/Deutschland*.

[91] Von der *Groeben/Schwarze/Hatje-Wollenschläger*, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 17 GrCh Rn. 10; Meyer/Hölscheidt-*Bernsdorff*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 17 GrCh Rn. 13.

Schutzpflichten.[92] Geboten ist ein angemessener Schutz des Eigentums,[93] auch und gerade des geistigen Eigentums und ein fairer Ausgleich zwischen den Interessen des Individuums und der Allgemeinheit.[94] Konkret soll Art. 17 DSM-RL in seiner Schutzwirkung zugunsten der Rechteinhaber zu einer Stärkung der Kontrollmöglichkeit über Inhalte sowie zu einer Stärkung ihrer Verhandlungsposition führen, die Rechtsverfolgungskosten sollen reduziert und die Rechteinhaber angemessen an den mit ihren Inhalten generierten Umsätzen beteiligt werden.[95]

d) Erforderlichkeit

Es dürfte kein milderes Mittel ersichtlich sein, um den verfolgten legitimen Zweck zu erreichen. Hier kommen einerseits freiwillige Selbstverpflichtungen der Diensteanbieter zur Zahlung angemessener Vergütungen sowie zur freiwilligen Sperrung von Inhalten in Betracht, die jedoch jeweils nicht gleich effektiv sein dürften, da eine Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vergütung auf freiwilliger Basis für die Rechteinhaber ebenso wie freiwillige Sperrverpflichtungen nicht mit gerichtlichen Durchsetzungsmöglichkeiten verbunden sind. Zwar zahlen Diensteanbieter auf freiwilliger Grundlage bereits heute Vergütungen an Rechteinhaber, ob diese im Vergleich zu den tatsächlichen mit den Inhalten generierten Umsätzen ausreichen, ist aber jedenfalls nicht abschließend entschieden.[96] Eine ebenfalls in Betracht kommende Beibehaltung des notice-and-stay-down-Verfahrens bei ansonsten begründeter Täterhaftung der Diensteanbieter würde in der Effektivität ebenfalls zulasten der Rechteinhaber hinter präventiven Filterpflichten zurückbleiben, weil es die Rechteinhaber weiterhin verpflichtete, Rechtsverletzungen Grundsatz zunächst zu beanstanden, bevor sie entfernt werden Die Haftung der Diensteanbieter liefe dann auf eine Täterhaftung erst bei einem Zweitverstoß hinaus.

---

[92] *Jarass,* Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 17 GrCh Rn. 2, 24; Meyer/Hölscheidt-*Bernsdorff*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 17 GrCh Rn. 17; *Meyer/Bernsdorff*, EuZW 2009, 793.

[93] EGMR*,* Urt. v. 25.07.2002 – 48553/99, Tz. 96 ff. – *Sovtransavto Holding/Ukraine*; EGMR, Urt. v. 30.11.2004 – 48939/99, Tz. 134 f. – *Öneryildiz/Türkei*.

[94] EGMR, Urt. v. 22.06.2004 – 31443/96, Tz. 144 – *Broniowski/Polen*; *Jarass,* Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 17 GrCh Rn. 24.

[95] Vgl. hierzu eingehend die Ausführungen zu IV.5.a) m.w.Nachw.

[96] Dafür: *Wimmers/Barudi*, GRUR 2017, 327 ff.

e) Angemessenheit

Es stellt sich aber die Frage, ob die Regelung des Art. 17 DSM-RL tatsächlich auch angemessen ist. Zur Prüfung der Angemessenheit sind die betroffenen Grundrechte gegeneinander abzuwägen. Dabei sind höhere Belastungen des Grundrechtsträgers gerechtfertigt, je größer die Bedeutung der mit einer Regelung verfolgten Ziele ist.[97] Das Ziel des Schutzes geistiger Eigentumsrechte ist dabei sicherlich nicht gering zu schätzen, es dürfte aber auch keinen überragenden Charakter haben. Den kollidierenden Grundrechten dürfte eine mindestens ebenso erhebliche Bedeutung zukommen.

Auch bislang standen die Rechteinhaber nicht schutzlos da, sie mussten aber zumindest dort, wo Filterpflichten nicht bereits auf freiwilliger Basis eingesetzt wurden, grundsätzlich selbst in jedem Einzelfall für die Durchsetzung ihrer Rechte sorgen, indem sie den Diensteanbieter über erfolgte Rechtsverletzungen informierten. Verlangt Art. 17 DSM-RL nun möglicherweise automatisierte Filterpflichten, sind sie von dieser Last weitgehend entbunden. Sie müssen nur noch präventiv und einmalig Informationen über betroffene Werke zur Verfügung stellen.

aa) Angemessenheit des Eingriffs in Art. 8 GrCh

Die Speicherung von IP-Adressen aufgrund von Rechtsverletzungen dürfte sich dabei am ehesten als gerechtfertigt erweisen. Eine entsprechende Vorlagefrage des BGH liegt dem EuGH aber derzeit zur Vorabentscheidung vor.[98] Es darf dabei allerdings im Lichte der Rechtsprechung des EuGH nicht zu einer verpflichtenden systematischen Prüfung und Verarbeitung der Informationen in Bezug auf die in dem sozialen Netzwerk von dessen Nutzern geschaffenen Profile bedeuten.[99]

bb) Angemessenheit des Eingriffs in Art. 16 GrCh

Schwerer dürften die Eingriffe in Art. 16 und 11 GrCh wiegen. Für beide Grundrechte erwägt der EuGH in den vergleichbaren Fällen Scarlet Extended und SABAM/Netlog einen Verstoß, wobei

---

[97] *Jarass*, Charta der Grundrechte der EU, 3. Aufl. 2016, Art. 16 GrCh Rn. 24.

[98] BGH, Beschl. v. 21.02.2019 – I ZR 153/17, ZUM-RD 2019, 251, 252 ff. – *YouTube-Drittauskunft* v.a. Rn. 23; offen gelassen von OLG München, Urt. v. 17.11.2011 – 29 U 3496/11, ZUM-RD 2012, 88, 94.

[99] EuGH, Urt. v. 16.02.2012 – C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 = ZUM 2012, 307 Tz. 49 – *SABAM/Netlog*; EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 = GRUR 2012, 265 Tz. 51 – *Scarlet Extended*.

die hier zugrundeliegenden Sachverhalte der jetzt durch Art. 17 DSM-RL geregelten Sachlage sehr ähnlich sind.

(1) SABAM/Netlog, Scarlet Extended

In SABAM/Netlog erkannte der EuGH in einer das soziale Netzwerk SABAM treffenden Anordnung einer Vorabprüfungspflicht urheberrechtlich relevanter Inhalte, die die Nutzer in dem Netzwerk öffentlich zugänglich machten, eine qualifizierte Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit des sozialen Netzwerkes, da sie ihn verpflichten würde, ein kompliziertes, kostspieliges, auf Dauer angelegtes und allein auf seine Kosten betriebenes Informatiksystem einzurichten.[100] Sie habe zur Folge, dass im Interesse der Rechteinhaber sämtliche der bei dem betreffenden Hosting-Anbieter gespeicherten Informationen oder der größte Teil davon zeitlich unbegrenzt überwacht werden müsste. Die Überwachung beziehe sich nämlich nicht nur auf den Schutz bestehender Werke, sondern auch solcher Werke, die zum Zeitpunkt der Einrichtung dieses Systems noch nicht geschaffen waren.[101] Eine solche Anordnung verpflichtete darüber hinaus zu einer nach Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31/EG unzulässigen allgemeinen Überwachungspflicht.[102] Ähnlich entschied der EuGH auch in der Rechtssache Scarlet Extended.[103]

Im Unterschied zu der Sachlage in SABAM/Netlog und Scarlet Extended ist das unter Art. 17 DSM-RL einzurichtende Filtersystem nicht gänzlich anlasslos vorzuhalten, sondern lediglich auf entsprechende Erteilung der Rechteinhaberinformation. Dies gilt zumindest für die Verpflichtung nach Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL.[104] Anlasslos ist aber mit den Rechteinhabern zu verhandeln, Art. 17 Abs. 4 lit. a DSM-RL,[105] was bedeutet, dass der Diensteanbieter anlasslos sein gesamtes Inhalte-Repertoire daraufhin überprüfen muss, ob eine Onlinestellung von Drittinhalten ohne die Erlaubnis des Rechteinhabers eine Urheberrechtsverletzung begründen würde. Das heißt, er muss sein Repertoire proaktiv durchsuchen, was bislang mit Blick auf Art. 14 ECRL gerade nicht

[100] EuGH, Urt. v. 16.02.2012 – C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 = ZUM 2012, 307 Tz. 46 – *SABAM/Netlog*; dies würde im Übrigen auch gegen die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/48/EG verstoßen, wonach die Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums nicht unnötig kompliziert oder kostspielig sein dürfen.

[101] EuGH, Urt. v. 16.02.2012 – C-360/10, ECLI:EU:C:2012:85 = ZUM 2012, 307 Tz. 45 – *SABAM/Netlog*.

[102] EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 = GRUR 2012, 265 Tz. 38 ff. – *Scarlet Extended*.

EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 = GRUR 2012, 265 Tz. 51 – *Scarlet Extended*.

[104] *Volkmann*, CR 2019, 376, 379 Rn. 32 ff.

[105] So zutreffend: *Spindler*, CR 2019, 50 Rn. 22.

verlangt wurde. Im Hinblick auf Transaktionsplattformen (nichts anderes gilt aber für Plattformen mit interaktionsmittelnder Funktion wie sie von den in der DSM-RL erfassten Diensteanbietern betrieben werden[106]) führt der BGH explizit aus:

> *„Einem Unternehmen, das – wie die Bekl. – im Internet eine Plattform für Fremdversteigerungen betreibt, ist es nicht zuzumuten, jedes Angebot vor Veröffentlichung im Internet auf eine mögliche Rechtsverletzung hin zu untersuchen. Eine solche Obliegenheit würde das gesamte Geschäftsmodell in Frage stellen.“*[107]

Im Unterschied zur Sachlage in Scarlet Extended stehen die Vorgaben des Art. 17 Abs. 4 DSM-RL allerdings explizit unter dem Vorbehalt der Verhältnismäßigkeit, Art. 17 Abs. 5 DSM-RL. Dem Diensteanbieter wird gerade nicht eine konkrete Maßnahme aufgezwungen, sondern ihm werden lediglich Grundsätze vorgegeben, auf deren Grundlage er die konkret zu ergreifende Maßnahme wählen kann. Ob daraus sowie aus der vor Filterung erforderlichen Vorabinformation der Rechteinhaber tatsächlich ein so erheblicher Unterschied zu der in Sabam/Netlog entschiedenen Rechtslage folgt, dass der Eingriff in Art. 16 noch zu rechtfertigen ist, wird letztlich nur der EuGH entscheiden können.[108] Allerdings führte gerade die Wahlfreiheit der dem Diensteanbieter konkret abzuverlangenden Maßnahmen in der Rechtssache UPC Telekabel zu einer Vereinbarkeit mit Art. 16 GrCh, was nachfolgend durch Wiedergabe der wesentlichen Aussagen der Entscheidung erläutert sein soll.

(2) UPC Telekabel

Zwar bezieht sich das Urteil des EuGH in der Rechtssache UPC Telekabel[109] auf Access-Provider und nicht auf die von Art. 17 DSM-RL betroffenen Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, die in UPC Telekabel niedergelegten Grundsätze scheinen gleichwohl übertragbar: Nach Auffassung des EuGH sind die im Unionsrecht anerkannten Grundrechte dahingehend auszulegen, dass sie einer gerichtlichen Anordnung nicht entgegenstehen, mit der einem Anbieter von Internetzugangsdiensten verboten wird, seinen Kunden den Zugang zu einer Website zu ermöglichen, auf der ohne Zustimmung der Rechteinhaber Schutzgegenstände online zugänglich gemacht werden, wenn die Anordnung keine Angaben dazu enthält, welche Maßnahmen dieser

---

[106] Vgl. zu einer Unterteilung von Plattformfunktionalitäten in informationsmittelnde, interaktionsmittelnde und transaktionsmittelnde Funktionen: *Specht-Riemenschneider*, Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten, Stellungnahme des Sachverständigenrates für Verbraucherfragen, 2020.

[107] BGH, Urt. v. 11.03.2004 – I ZR 304/01, ZUM 2004, 831 – *Internet-Versteigerung I*.

[108] Dafür: *Leistner*, ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

[109] EuGH, Urt. v. 27.03.2014 – C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 = GRUR 2014, 468 – *UPC Telekabel*.

Anbieter ergreifen muss, und wenn er Beugestrafen wegen eines Verstoßes gegen die Anordnung durch den Nachweis abwenden kann, dass er alle zumutbaren Maßnahmen – also solche, die von ihm erwartet werden konnten – ergriffen hat.[110]

Die nach Art. 16 GrCh geschützte unternehmerische Freiheit der Wirtschaftsteilnehmer, also das Recht jedes Unternehmens (so auch von Access-Providern), in den Grenzen seiner Verantwortlichkeit für seine eigenen Handlungen frei über seine wirtschaftlichen, technischen und finanziellen Ressourcen verfügen zu können, wird hierbei nicht über Gebühr beschränkt.[111] Zwar lege die streitgegenständlich Anordnung ihrem Adressaten den Zwang auf, der die freie Nutzung der ihm zur Verfügung stehenden Ressourcen einschränkt, da sie ihn verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, die für ihn unter Umständen mit erheblichen Kosten verbunden sind, beträchtliche Auswirkungen auf die Ausgestaltung seiner Tätigkeiten haben oder schwierige und komplexe technische Lösungen erfordern.[112] Dennoch überlasse eine solche Anordnung ihrem Adressaten, die konkreten Maßnahmen zu bestimmen, die zur Erreichung des angestrebten Ziels zu treffen sind, sodass er sich für die Umsetzung derjenigen Maßnahmen entscheiden kann, die seinen Ressourcen und Möglichkeiten am besten entsprechen und mit den übrigen von ihm bei der Ausübung seiner Tätigkeit zu erfüllenden Pflichten und Anforderungen vereinbar sind.[113] Zudem ermögliche sie ihm, sich von seiner Haftung zu befreien, indem er nachweist, dass er alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat. Insofern sei der Adressat dieser Anordnung nicht verpflichtet, untragbare Opfer zu erbringen.[114]

cc) Angemessenheit des Eingriffs in Art. 11 GrCh

Am schwierigsten zu rechtfertigen sein wird der Eingriff in Art. 11 GrCh. In der Rechtssache SABAM/Netlog führte der EuGH hierzu aus, die Informationsfreiheit der Nutzer könnte durch den Einsatz automatisierter Vorabfilterpflichten beeinträchtigt werden, weil die Gefahr bestünde, dass das System nicht hinreichend zwischen einem unzulässigen und einem – etwa aufgrund von Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts – zulässigen Inhalt unterscheiden kann, sodass sein Einsatz zur Sperrung von Kommunikationen mit zulässigem Inhalt führen könnte (Rn.

[110] EuGH, Urt. v. 27.03.2014 – C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 = GRUR 2014, 468 Tz. 54 – *UPC Telekabel.*

[111] EuGH, Urt. v. 27.03.2014 – C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 = GRUR 2014, 468 Tz. 51 – *UPC Telekabel.*

[112] EuGH, Urt. v. 27.03.2014 – C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 = GRUR 2014, 468 Tz. 50 – *UPC Telekabel.*

[113] EuGH, Urt. v. 27.03.2014 – C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 = GRUR 2014, 468 Tz. 52 – *UPC Telekabel.*

[114] EuGH, Urt. v. 27.03.2014 – C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 = GRUR 2014, 468 Tz. 53 – *UPC Telekabel.*

50).[115] Ebendies ist der Fall, wenn Art. 17 DSM-RL so ausgelegt wird, dass er den Einsatz automatisierter Vorabfilterpflichten verlangt. Identische Filtersysteme wie im Sachverhalt SABAM/Netlog sind daher mit Art. 11 DSM-RL nicht vereinbar und können insofern von Art. 17 DSM-RL nicht verlangt werden.

Art. 17 DSM-RL fordert diese Systeme aber auch nicht zwingend in einer Form, wie dies in der Rechtssache SABAM/Netlog der Fall war. Art. 17 Abs. 4 DSM-RL ist sehr viel offener formuliert und insofern auslegungsbedürftig. Dass dem Diensteanbieter nicht eine verpflichtende Maßnahme auferlegt wird, sondern die Verpflichtungen nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zwischen einzelnen Diensteanbietern und in Bezug auf das konkrete Geschäftsmodell divergieren können, spricht nach der Entscheidung in der Rechtssache UPC Telekabel[116] für eine verhältnismäßige Regelung. In SABAM/Netlog wurde weiterhin über den verpflichtenden Einsatz eines Filtersystems entschieden, das nicht zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Inhalten differenzierte und gegen dessen Einsatz keinerlei Nutzerrechte vorgesehen waren. Ein solches System verstößt gegen Art. 11 GrCh. Hieran ändert auch das Urteil in der Rechtssache Glawischnig-Piesczek/Facebook nichts,[117] in der der EuGH die Kerntheorie auf das Äußerungsrecht übertrug und damit auch die einer Rechtsverletzung nachfolgende Verpflichtung zum algorithmenbasierten Sperren sinngleicher Äußerungen akzeptierte.[118] Denn erstens entsteht auch diese Filterverpflichtung aus Anlass einer vorangegangenen Rechtsverletzung, weshalb die Interessen des Verletzten entsprechend höher gewichtet werden müssen als in den Fällen einer nicht rechtsverletzungsbezogenen Monitoring- und Filterverpflichtung wie sie Art. 17 Abs. 4 a) und b) DSM-RL vorsieht. Zweitens ist die Löschpflicht in Glawischnig-Piesczek/Facebook deutlich eingeschränkter als dies für die Fälle des Art. 17 DSM-RL gilt: Während wortgleiche Inhalte zu löschen sind, unabhängig davon, von welchem Nutzer sie stammen, ist die Löschung sinngleicher Äußerungen allein für Äußerungen desjenigen Nutzers angezeigt, der den ursprünglich rechtsverletzenden Inhalt gepostet hatte.[119] Und drittens darf nicht verkannt werden, dass auch in der

---

[115] EuGH, Urt. v. 27.03.2014 – C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 = GRUR 2014, 468 Tz. 50 – *UPC Telekabel*; ebenso: EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-70/10, ECLI:EU:C:2011:771 = GRUR 2012, 265 Tz. 52 – *Scarlet Extended*.

[116] EuGH, Urt. v. 27.03.2014 – C-314/12, ECLI:EU:C:2014:192 = GRUR 2014, 468 – *UPC Telekabel*.

[117] A.A. wohl: *Leistner*, ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

[118] EuGH, Urt. v. 03.10.2019 – C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 = MMR 2019, 798 Tz. 37 – *Glawischnig-Piesczek* m.Anm. *Specht-Riemenschneider*.

[119] Dies ergibt sich daraus, dass der EuGH für die Löschung und Sperrung wortgleicher Inhalte explizit darauf Bezug nimmt, dass diese Verpflichtung unabhängig davon besteht, wer den Auftrag für die Speicherung der Informationen gegeben hat, diese Ausführung fehlt hingegen für die Verpflichtung zur Löschung und Sperrung sinngleicher Inhalte, vgl. EuGH, Urt. v. 03.10.2019 – C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 = MMR 2019, 798 Tz. 53 – *Glawischnig-Piesczek* m.Anm. *Specht-Riemenschneider*.

Rechtssache Glawischnig-Piesczek/Facebook Nutzerrechte von elementarer Bedeutung sind. Hierzu hält der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen fest, dass diese Nutzer gegen eine Löschung der von ihnen geposteten Beiträge vorgehen können müssen.[120]

Die von Art. 17 DSM-RL geforderten Systeme müssen daher in der Benachteiligung der Nutzer von den in SABAM/Netlog beurteilten Systemen abweichen, d.h. soweit wie möglich zwischen rechtmäßigen und rechtswidrigen Inhalten differenzieren (technischer Nutzerschutz) und es müssen ausreichende Nutzerrechte gegen Fehlentscheidungen des automatisierten Filtersystems vorgesehen sein (rechtlicher Nutzerschutz). Art. 17 DSM-RL lässt dies zu und verstößt daher zumindest nicht per se gegen Art. 11 GrCh ist aber unionsgrundrechtskonform auszulegen.

Die Verhältnismäßigkeit von Art. 17 DSM-RL hängt damit maßgeblich von Umfang und Wirksamkeit der vorzusehenden Nutzerrechte ab. Denn wie intensiv der Eingriff in Art. 11 GrCh ausfällt, ist auch und gerade danach zu beurteilen, wie sich die Nutzer gegen unrechtmäßiges Sperren bzw. Löschen der von ihnen in Ausübung urheberrechtlicher Ausnahmen und Beschränkungen online gestellten Inhalte wehren können. Um dies zu beurteilen, ist es erforderlich, die Nachteile, die Art. 17 DSM-RL für die Nutzer nicht nur in tatsächlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht mit sich bringt, im Folgenden darzulegen:

(1) Nachteil Aktionslastumkehr

Im Grundsatz obliegt die Verfolgung von Rechtsverletzungen den Rechteinhabern. Es ist an ihnen, den Diensteanbieter über mögliche Rechtsverletzungen zu informieren und begründet um eine Entfernung der entsprechenden Inhalte zu bitten. Die Aktionslast liegt damit bei den Rechteinhabern. Der verpflichtende Einsatz von Filtersystemen verschiebt diese Aktionslast zulasten derjenigen Nutzer, die selbst Inhalte in Ausübung urheberrechtlicher Ausnahmen und Beschränkungen produziert haben und diese ebenfalls in Ausübung urheberrechtlicher Ausnahmen und Beschränkungen öffentlich zugänglich machen möchten. Präventivfilter unterbinden bereits diese öffentliche Zugänglichmachung, sodass es nicht mehr an den Rechteinhabern ist, Rechtsverletzungen zu verfolgen, sondern es wird Aufgabe derjenigen Nutzer, die sich auf Ausnahmen

[120] GA Szpunar, Schlussanträge v. 04.06.2019 – C-18/18, ECLI:EU:C:2019:458 = BeckRS 2019, 10236 Tz. 65, 72.

und Beschränkungen des Urheberrechts stützen, die Ausübung dieser Ausnahmen und Beschränkungen durchzusetzen. Diese Aktionslastumkehr wirkt ganz erheblich zulasten der Nutzer, was sich aus einem Vergleich zur Rechtslage nach §§ 95a ff. UrhG ergibt:

(2) Aktionslastumkehr gem. §§ 95a ff. UrhG

§§ 95a ff. UrhG begründen ebenfalls eine solche Aktionslastumkehr im Hinblick auf die Anwendung technischer Schutzmaßnahmen durch den Rechteinhaber, beispielsweise einen Kopierschutz. Ein solcher Kopierschutz darf dabei sogar solche Kopien technisch unterbinden, die rechtlich z.B. durch die Privatkopiebefugnis, § 53 UrhG, gestattet wären. Für diesen Fall der technischen Abbedingung einer urheberrechtlichen Ausnahme oder Beschränkung sieht § 95b UrhG vor, dass den betroffenen Nutzern „notwendige Mittel“ zur Verfügung zu stellen sind, um die von § 95b UrhG aufgezählten Ausnahmen und Beschränkungen auszuüben, die technischen Beschränkungen also zu umgehen.[121] Ein individueller Anspruch auf Zurverfügungstellung des Werkes ohne Kopierschutz existiert gerade nicht. §§ 95a ff. UrhG führen in der Konsequenz dazu, dass Nutzer von den ihnen zustehenden Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts keinen Gebrauch machen, wenn diese technisch abbedungen werden. Dies ergibt eine Studie der Universität Cambridge. Unter den befragten Studienteilnehmern wurde festgestellt, dass der Nutzer die Beschwerdemöglichkeiten der den §§ 95b ff. UrhG im englischen Recht entsprechenden Regelungen entweder nicht kannten oder es zu mühsam fanden, sie zu nutzen.[122] Untersuchungen aus den USA zeigen, dass auch die Zahl der Counternotifications nach 17 U.S.C. sec. 512 (g) (3) nur sehr niedrig ist. Ein Grund dafür ist, dass ein Wiedereinstellen der Inhalte nach einer Nutzerbeschwerde häufig zu spät kommt.[123] Beide Studien geben damit gerade keinen Anlass zu schlussfolgern, dass aufgrund der wenigen Beschwerden gegen technische Abbedingungen von Nutzerbefugnissen kein Handlungsbedarf besteht, die Beschwerdemöglichkeiten zu verbessern.

(3) Kompensation durch subjektive Nutzerrechte, technische Verpflichtungen und Verfahrenslösungen

---

[121] Dreier/Schulze-*Specht*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 95a UrhG Rn. 14.

[122] *Akester*, Technological accommodation of conflicts between freedom of expression and DRM: the first empirical assessment, 2009, S. 104 f.

[123] Vgl. *Urban/Quilter*, 22 Santa Clara Computer & High Tech. L.J. 621 (2006), 636 ff.; *Blythe*, 41 EIPR 70 (2019), 77; *Chen/Durkee/Friend/Urban*, Updating 17 U.S.C. § 512's Notice and Takedown Procedure for Innovators, Creators, and Consumers (2011), abrufbar unter: https://www.law.berkeley.edu/wpcontent/uploads/2015/04/cranoticetakedown.pdf, zuletzt abgerufen am 27.04.2020; *Blythe*, 41 EIPR 70 (2019), 86; *Seltzer*, 24 Harv. J. L. & Tech 171 (2010), 229.

Wirkt die Aktionslastumkehr faktisch so erheblich zum Nachteil der Nutzer, dass diese von den sie begünstigenden Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts keinen Gebrauch mehr machen, kann Art. 17 DSM-RL nur dann verhältnismäßig sein, wenn er diese erhebliche Grundrechtsbeeinträchtigung angemessen kompensiert. Wie dargelegt, reicht ein Anspruch entsprechend § 95b UrhG hierfür nicht aus,[124] da eine entsprechende Regelung die Nutzer nicht in die Lage versetzt, ihre Befugnisse tatsächlich geltend zu machen. Die in der angeführten Studie dargelegte Unkenntnis über entsprechende Rechtsschutzmöglichkeiten kann über entsprechende Transparenzpflichten und nutzerfreundliche Ausgestaltung des Plattformdesigns im Hinblick auf Beschwerdemechanismen (z.B. entsprechende nutzerfreundliche Ausgestaltung von Schaltflächen) sowie nutzerfreundliche Gestaltung der Filtertechniken kompensiert werden. Das Prüfverfahren der Diensteanbieter ist auszugestalten, wofür sich eine dem Blogeintrag-Verfahren entsprechende Lösung anbietet.[125] Es ist darüber zu entscheiden, wann als rechtsverletzend beanstandete Inhalte zur Prüfung offline genommen werden und wann sie online gehalten werden müssen. Darüber hinaus muss dem Nutzer aber auch die Möglichkeit gegeben werden, gegen die Entscheidung des Diensteanbieters gerichtliche sowie außergerichtliche Rechtsbehelfe zu ergreifen. Die Nutzerbefugnisse müssen dafür als subjektive Rechte ausgestaltet werden, die auch AGB-rechtlich nicht abbedungen werden können. Darüber hinaus lässt sich an kollektive Rechtsschutzmöglichkeiten entsprechend §§ 2a, 3 UKlaG sowie an Begleitmaßnahmen denken.

dd) Ergebnis

Bei unionsgrundrechtskonformer Auslegung ergeben sich damit hohe Anforderungen an die nach Art. 17 Abs. 7, Abs. 9 DSM-RL vorzusehenden Nutzerbefugnisse, Verfahrenslösungen und Begleitmaßnahmen. Eine solche Auslegung ergibt sich aus Art. 11 GrCh, der es nach der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache SABAM/Netlog unter bestimmten Umständen verbietet, präventive Prüfpflichten für Diensteanbieter vorzusehen. Spezifisch geht diese Entscheidung aber von einer Sachlage aus, in der keine ausreichende Kompensation der Aktionslastverschiebung durch entsprechende Nutzerbefugnisse, technische Lösungen und Begleitmaßnahmen erfolgte. Sofern dies vorgesehen ist, wiegt der Nachteil der betroffenen Nutzer nicht so schwer, dass eine entsprechende Verpflichtung einen nicht zu rechtfertigenden Eingriff in Art. 11 GrCh bedeutete. Art. 17 DSM-RL ist daher in diesem Sinne unionsgrundrechtskonform auszulegen.

---

[124] A.A. *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1227; *Spindler*, CR 2020, 50 Rn. 45 ff.

[125] Einen ebenfalls sehr dezidierten weitergehenden Vorschlag der Verfahrensausgestaltung unterbreitet *Leistner*, ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

7. RECHTLICHE GRUNDLAGEN DER PLATTFORMBETREIBERHAFTUNG

a) Rechtslage de lege lata

Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, wie z.B. spezifische Plattformbetreiber, haften de lege lata mangels Vornahme einer eigenen rechtsverletzenden Handlung nicht als Täter. Die Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung nimmt allein der die Inhalte online stellende Nutzer vor. Für eine Teilnehmerhaftung fehlt dem Diensteanbieter der in Bezug auf die Haupttat erforderliche Vorsatz.[126] Denn er weiß ohne eigene Prüfung nicht, welche Inhalte konkret über seinen Dienst zugänglich gemacht werden. Eine nur generelle Kenntnis darüber, dass über die Plattform in erheblichem Umfang Rechtsverletzungen begangen werden, reicht auch bei einer besonderen Gefahrgeneigtheit des Dienstes nicht aus.[127] Er haftet de lege lata daher einzig als Störer. Dies gilt zumindest so lange, wie er sich im Grundsatz auf eine Vermittlung von Speicherplatz beschränkt und damit seine passive Rolle nicht verlässt. Er darf weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzen.[128] Ist dies der Fall, so ist er nach Art. 14 ECRL, der durch § 10 TMG in nationales Recht umgesetzt wurde, für fremde Informationen, die er für einen Nutzer speichert, nicht verantwortlich. Er muss jedoch unverzüglich tätig werden, um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren, sobald er Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung oder der Information hat oder Tatsachen oder Umstände bekannt sind, aus denen die rechtswidrige Handlung oder die Information offensichtlich wird, sogenanntes notice-and-takedown bzw. notice-and-staydown-Verfahren. Mangels Verantwortlichkeit als Täter haftet der Diensteanbieter de lege lata nicht auf Schadensersatz, solange er lediglich Fremdinhalte mittelt. Die Störerhaftung ist einzig auf Unterlassung gerichtet. Störer ist dabei, wer ohne Täter oder Teilnehmer einer Rechtsverletzung zu sein, adäquat-kausal zur Rechtsverletzung beiträgt und dabei Prüfpflichten verletzt. Diese Prüfpflichten sind wiederum von Art. 10 TMG beeinflusst, auch wenn die Haftungsprivilegierung auf Unterlassungsansprüche

[126] Vgl. hierzu etwa: OLG München, Urt. v. 28.01.2016 – 29 U 2798/15, GRUR 2016, 612 Tz. 54 ff. – *Youtube*; OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 175/10, BeckRS 2015, 14371 Tz. 262 ff.

[127] OLG München, Urt. v. 02.03.2017 – 29 U 1799/16, ZUM-RD 2017, 394; OLG München, Urt. v. 02.03.2017 – 29 U 1818/16, ZUM-RD 2017, 331; OLG München, Urt. v. 02.03.2017 – 29 U 1797/16, MMR 2017, 628 ff. – *Gray's Anatomy*; *Specht*, ZUM 2017, 114, 116.

[128] BGH, Urt. v. 04.07.2013 – I ZR 39/12, GRUR 2014, 180, 181 Tz. 21 – *Terminhinweis mit Kartenausschnitt*; OLG Hamburg, Urt. v. 01.07.2015 – 5 U 175/10, BeckRS 2015, 14371 Tz. 258 ff.

nach ganz herrschender Meinung keine Anwendung findet.[129] Diese Prüfpflichten können den Einsatz von Wortfiltern umfassen oder sogar eine manuelle Nachkontrolle.[130]

Verlassen Plattformen aber ihre neutrale Vermittlerrolle, so haften sie nach den allgemeinen Grundsätzen, § 7 TMG.[131] Für das deutsche Recht wird maßgeblich auf das Kriterium des Zueigenmachens abgestellt. Welche Anforderungen an ein solches Zueigenmachen zu stellen sind, wird allerdings nicht einheitlich beurteilt und divergiert in Abhängigkeit von der jeweiligen Tätigkeit des Diensteanbieters im Einzelfall.[132]

In der Rechtsprechung sind Tendenzen zur Ausweitung der Täterhaftung von Diensteanbietern erkennbar. Der EuGH hatte in der Bereitstellung und dem Betrieb einer Filesharing-Plattform im Internet, die durch die Indexierung von geschützten Werken und das Anbieten einer Suchmaschine den Nutzern Zugriff auf ohne Zustimmung des Rechteinhabers bereitgestellte Werke ermöglicht, zuletzt Handlungen der Wiedergabe gesehen. Die dem EuGH in den Rechtssachen *Youtube* und *uploaded* zur Vorabentscheidung vorgelegten Fragen sollen klären, ob auch die Plattform Youtube und der Sharehoster uploaded eine eigene Handlung der Wiedergabe i.S.d. Art. 3 der Richtlinie 2001/29/EG vornehmen. Der BGH stellte hier vor allem darauf ab, dass Youtube mit der Plattform Werbeeinahmen erzielt, sich Nutzungsrechte an dem eingestellten Videomaterial einräumen lässt, die Suchergebnisse in Form von Ranglisten und inhaltlichen Rubriken aufbereitet und Empfehlungen von Inhalten ausspricht.[133]

---

[129] Vgl. statt vieler: BGH, Urt. v. 22.07.2010 – I ZR 139/08, GRUR 2011, 152 Tz. 26 m.w.Nachw.; vgl. auch: Dreier/Schulze-*Specht*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 97 UrhG Rn. 40; a.A. *Ohly*, ZUM 2015, 308 ff.

[130] BGH, Urt. v. 19.03.2015 – I ZR 94/13, MMR 2015, 726 Tz. 28, 35 – *Hotelbewertungsportal*; BGH, Urt. v. 15.08.2013 – I ZR 85/12, ZUM-RD 2013, 514 Tz. 27; BGH, Urt. v. 12.07.2012 – I ZR 18/11, MMR 2013, 185 Tz. 33 ff. – *Alone in the dark*; s.a. Volkmann, CR 2019, 376 Tz. 5 m.w.Nachw.

[131] EuGH, Urt. v. 11.09.2014 – C-291/13, ECLI:EU:C:2014:2209 = MMR 2016, 63 – *Papasavvas.*

[132] BGH, Urt. v. 12.11.2009 - I ZR 166/07, MMR 2010, 556 Tz. 23 ff. – *Marions Kochbuch*; OLG Hamburg, Urt. v. 1.7.2015 - 5 U 87/12, MMR 2016, 269 Tz. 152 – *Störerhaftung von Youtube*.

[133] BGH, Beschl. v. 13.09.2018 – I ZR 140/15, ZUM-RD 2018, 665 Tz. 30 ff. – *Youtube*; vgl. dazu auch: Dreier/Schulze-*Specht*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 97 UrhG Rn. 41.

b) Rechtslage de lege ferenda

Art. 17 DSM-RL sieht vor, dass „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ zukünftig selbst eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung vornehmen, wenn sie der Öffentlichkeit Zugang zu von ihren Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen verschaffen. Unter dem Begriff „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ sind Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft zu verstehen, bei denen der Hauptzweck bzw. einer der Hauptzwecke darin besteht, eine große Menge an von ihren Nutzern hochgeladenen, urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen, wobei diese Anbieter die Inhalte organisieren und zum Zwecke der Gewinnerzielung bewerben, vgl. Art. 2 Nr. 6 DSM-RL. Die Haftungsprivilegierung des Art. 14 ECRL findet keine Anwendung, [134] d.h. der Diensteanbieter haftet auch ohne Hinweis auf eine auf seiner Plattform erfolgende Rechtsverletzung täterschaftlich. Da der Diensteanbieter selbst die urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung vornimmt, muss er hierzu von den Rechteinhabern, z.B. durch den Abschluss einer Lizenzvereinbarung, berechtigt werden. Die eingeräumte Nutzungsbefugnis erfasst dann auch den Upload durch den Nutzer.[135] Machen Plattformen Inhalte zugänglich, ohne dass eine Nutzungsberechtigung eingeräumt wurde, haften sie grundsätzlich als Täter, vgl. Art. 17 Abs. 4 S. 1, Abs. 3 S. 1 DSM-RL. Daneben ist auch der Nutzer täterschaftlich verantwortlich, vgl. Art. 17 Abs. 2 DSM-RL. Problematisch hieran dürfte sein, dass eine Nutzungsrechtseinräumung faktisch allein mit großen Verwertern gelingen wird, während ein Vertragsschluss mit der Vielzahl kleinerer Rechteinhaber oder einzelner Urheber praktisch nur schwer umzusetzen sein wird, z.T. wird dies sogar als ausgeschlossen erachtet.[136] Möglich wäre dies aber zumindest teilweise über kollektive Lizenzvergaben mit erweiterter Wirkung, wie es Art. 12 der Richtlinie vorsieht. Danach erstreckt sich eine Lizenzvereinbarung, die eine Verwertungsgesellschaft für die von ihr wahrgenommenen Rechte abschließt, auch auf die Rechte anderer Urheber, die keinen entsprechenden Wahrnehmungsvertrag mit der Verwertungsgesellschaft abgeschlossen haben. Urheber haben allerdings die Möglichkeit, aus dieser kollektiven Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung aus zu optieren. Selbst wenn sie dies nicht tun, erstreckt sich die Wirkung des Art. 12 DSM-RL allein auf den jeweiligen Mitgliedstaat. Die Schwierigkeiten unionsweiter Nutzungen können insofern

---

[134] Lex posterior derogat legi priori, vgl. auch: *Hofmann*, ZUM 2019, 617, 619.

[135] Art. 13 Abs. 1, 2 DSM-RL-EP; *Stieper*, ZUM 2019, 211, 215.

[136] *Schaper/Verweyen*, K&R 2019, 433, 438; *Stieper*, ZUM 2019, 393, 397 ff.

auch über Art. 12 DSM-RL nur schwerlich eingedämmt werden. Erfolgt eine Rechteeinräumung aber nicht, ist der Diensteanbieter verpflichtet, „nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen“ zu unternehmen, um „sicherzustellen“, dass Werke, zu denen die Rechteinhaber „einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben“, nicht verfügbar sind. Dies bedeutet nach einem weit verbreiteten Verständnis in der Literatur den verpflichtenden Einsatz automatisierter Filtertechniken, die vor der Onlinestellung von Inhalten diese (im Wesentlichen entsprechend dem Content-ID-Verfahren von Youtube) mit den von den Rechteinhabern bereitgestellten Informationen zu geschützten Werken vergleichen und übereinstimmende Werke sperren sowie alle erforderlichen Anstrengungen unternehmen, um das künftige Hochladen solcher Werke nach entsprechendem Hinweis durch den Rechteinhaber zu verhindern.[137] Ob hierdurch faktisch auch solche Nutzungen gesperrt werden, die durch urheberrechtliche Ausnahmen und Beschränkungen für zulässig erklärte Nutzungshandlungen betreffen, ist zu erwarten, solange der Diensteanbieter für die Sperrung oder Löschung nicht rechtsverletzender Inhalte nicht in Anspruch genommen werden kann oder dies jedenfalls mit nicht unerheblichen Schwierigkeiten für die Nutzer verbunden ist. Die Inhalte des Art. 17 DSM-RL sollen im Folgenden detailliert erläutert werden:

aa) Art. 17 Abs. 1 DSM-RL

Art. 17 Abs. 1 UAbs. 1 DSM-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten dazu, vorzusehen, dass ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung für die Zwecke der DSM-RL vornimmt, wenn er der Öffentlichkeit Zugang zu von seinen Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen verschafft.

(1) Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten

Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten bezeichnet nach Art. 2 Nr. 6 DSM-RL den Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, bei dem der Hauptzweck darin besteht, eine große Menge an von seinen Nutzern hochgeladenen, urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen, wobei dieser Anbieter die Inhalte organisiert und zum Zwecke der Gewinnerzielung bewirbt.

[137] *Schaper/Verweyen*, K&R 2019, 433, 438.

Anbieter von Diensten, etwa nicht gewinnorientierte Online-Enzyklopädien, nicht gewinnorientierte bildungsbezogene und wissenschaftliche Repositorien, Entwicklungs- und Weitergabeplattformen für quelloffene Software, Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste im Sinne der Richtlinie (EU) 2018/1972, Online-Marktplätze, zwischen Unternehmen erbrachte Cloud-Dienste sowie Cloud-Dienste, die ihren Nutzern das Hochladen von Inhalten für den Eigengebrauch ermöglichen, sind keine Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten im Sinne dieser Richtlinie.[138]

Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 DSM-RL sieht vor, dass ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten aufgrund der Regelung des UAbs. 1 die Erlaubnis von den in Art. 3 Abs. 1 und 2 InfoSoc-RL genannten Rechteinhabern einholen muss, z.B. durch den Abschluss einer Lizenzvereinbarung, damit er Werke oder sonstige Schutzgegenstände öffentlich wiedergeben oder öffentlich zugänglich machen darf.

(2) Dienst der Informationsgesellschaft, Art. 2 Nr. 6 DSM-RL

Ein Dienst der Informationsgesellschaft bezeichnet eine Dienstleistung im Sinne des Artikels 1 Absatz 1 Buchstabe b der Richtlinie (EU) 2015/1535 und damit jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung. Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b i-iii der Richtlinie (EU) 2015/1535 beschreiben eine „im Fernabsatz erbrachte Dienstleistung“ dabei als eine Dienstleistung, die ohne gleichzeitige physische Anwesenheit der Vertragsparteien erbracht wird; eine „elektronisch erbrachte Dienstleistung“ ist eine Dienstleistung, die mittels Geräten für die elektronische Verarbeitung und Speicherung von Daten am Ausgangspunkt gesendet und am Endpunkt empfangen wird und die vollständig über Draht, über Funk, auf optischem oder anderem elektromagnetischem Wege gesendet, weitergeleitet und empfangen wird; und „auf individuellen Abruf eines Empfängers“ ist eine Dienstleistung erbracht, die durch die Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erbracht wird. Klassische Plattformangebote z.B. Videoabrufangebote auf Videosharingplattformen fallen unproblematisch unter den Begriff des Dienstes der Informationsgesellschaft. Sollte im Sinne der beschriebenen Definition des Fernabsatzes ein Vertragsverhältnis zwischen Nutzer und Diensteanbieter für erforderlich gehalten werden, so darf darauf hingewiesen sein, dass bei

[138] Vgl. hierzu erläuternd auch: *Metzger/Senftleben*, Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law – Comment of the European Copyright Society, p. 3.

Registrierung auf Interaktionsplattformen[139] in der Regel ein solcher Plattformnutzungsvertrag zustande kommt.[140]

(a) Tätigkeitserfordernis des Diensteanbieters

Es muss sich um den Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft handeln, bei dem der Hauptzweck darin besteht, eine große Menge an von seinen Nutzern hochgeladenen, urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen, wobei dieser Anbieter die Inhalte organisiert und zum Zwecke der Gewinnerzielung bewirbt.

(aa) Hauptzweck

ErwGr 62 DSM-RL, der im Rahmen der teleologischen Auslegung des Art. 2 DSM-RL zu berücksichtigen ist, konkretisiert die Definition der betroffenen Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten insofern, als er sie auf Online-Dienste beziehen will, 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. „Wichtigster“ Zweck der betroffenen Dienste muss es daher ausschließlich oder unter anderem sein, eine große Menge urheberrechtlich geschützter Inhalten zu speichern und Nutzern das Hochladen und Weiterleiten dieser Inhalte zu ermöglichen, um daraus in direkter oder indirekter Weise Gewinne zu ziehen, indem die Inhalte mit dem Ziel, ein größeres Publikum anzuziehen, strukturiert und beworben werden, auch indem die Inhalte Kategorien zugeordnet werden und gezielte Werbung in die Inhalte eingefügt wird.

Dieser Zweck dürfte sich im Wesentlichen in der tatsächlichen Tätigkeit des Diensteanbieters perpetuieren. Seine Vorrangigkeit vor möglicherweise anderen durch den Diensteabieter angeführten Zwecken dürfte aus der Sicht eines objektiven Dritten unter Würdigung der Gesamtumstände zu ermitteln sein. Ob von der Regelung des Art. 17 DSM-RL auch soziale Netzwerke erfasst

---

[139] Vgl. zum Plattformbegriff: *Specht*, Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten, 20.03.2020, S. 11 ff.

[140] Vgl. zum Plattformnutzungsvertrag: Röhricht/Graf von Westphalen/Haas-*Specht-Riemenschneider*, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge; *Specht*, Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten, 20.03.2020, S. 14 ff.

werden,[141] wird von der konkreten Ausgestaltung des Netzwerkes abhängen. In der Tat vermitteln auch soziale Netzwerke Interaktion zwischen Nutzern, d.h. es können Inhalte von einem Nutzer für andere Nutzer zugänglich gemacht werden. Diese Inhalte können auch urheberrechtlich relevant sein. Die Inhalte müssen bei teleologischer Auslegung des Art. 2 Nr. 6 DSM-RL anhand von ErwGr 62 DSM-RL aber auch mit dem Ziel, ein größeres Publikum anzuziehen, strukturiert und beworben werden, auch indem die Inhalte Kategorien zugeordnet werden und gezielte Werbung in die Inhalte eingefügt wird. Ob dies bei sozialen Netzwerken oder auch anderen Inhaltsanbietern tatsächlich der Fall ist, kann nur anhand einer Einzelfallbetrachtung entschieden werden. Tatsächlich ausgenommen sein dürften aber jedenfalls zu wissenschaftlichen und zu Bildungszwecken ohne Gewinnerzielungsabsicht betriebene Plattformen.[142]

(bb) Gewinnerzielungsabsicht

Die Speicherung und die Ermöglichung des Hochladens und Weiterleitens dieser Inhalte muss wiederum den Zweck verfolgen, in direkter oder indirekter Weise Gewinne zu ziehen, was durch die Verwendung der finalen Konjunktion „um zu“ in ErwGr 62 DSM-RL sowie durch die unmittelbare Zweckbeziehung von Tätigkeit und Gewinnerzielung in Art. 2 Nr. 6 DSM-RL deutlich wird. Unterschiede finden sich lediglich in der Verknüpfung von Gewinnerzielung und Organisation der Inhalte. In Art. 2 Nr. 6 DSM-RL sind beide Kriterien kumulativ erforderlich, während ErwGr 62 DSM- RL davon spricht, dass die Inhalte strukturiert und beworben werden müssen, *„auch, indem die Inhalte Kategorien zugeordnet werden und gezielte Werbung in die Inhalte eingefügt wird“*. Maßgeblich ist aber in erster Linie der Richtlinientext, weshalb es sowohl der Organisation der Inhalte als auch der Gewinnerzielungsabsicht bedarf. Organisation und Strukturierung dürften nach ihrem allgemeinen Wortverständnis und dem Zweck von ErwGr 62 DSM-RL, der der Konkretisierung von Art. 2 Nr. 6 DSM-RL dient, dieselbe Bedeutung im Rahmen der DSM-RL zukommen. Eine solche Strukturierung liegt also insbesondere (aber nicht abschließend auf diesen Fall bezogen) vor, wenn *Inhalte Kategorien zugeordnet werden.* Diese Gewinnerzielungsabsicht ist ein subjektives Moment, auf das sich aus objektiven Umständen rückschließen lässt: Wird diensteanbieterseitig Werbung in die Inhalte eingefügt, ist dies jedenfalls ein starkes Indiz für eine Gewinnerzielungsabsicht. Es ließe sich auch daran denken, in diesem Fall eine widerlegliche

[141] So für „einige Social Media Plattformen“ *Weidert/Uhlenhut/von Lintig*, GRUR-Prax 2019, 295, 295; dagegen: irights e.V. Stellungnahme zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019//90 v. 17.04.2019, S. 19.

[142] irights e.V. Stellungnahme zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019//90 v. 17.04.2019, S. 19.

oder sogar unwiderlegliche Vermutung einer Gewinnerzielungsabsicht gesetzlich zu formulieren.

Das Erfordernis der Gewinnerzielungsabsicht ließe sich auch als wirtschaftliches Zueigenmachen auffassen, wollte man eine Parallele zu der bislang in Deutschland gefundenen dogmatischen Lösung der täterschaftlichen Haftung für zu Eigen gemachte Inhalte ziehen. Erforderlich ist dies freilich nicht und es soll auch nicht darüber hinwegtäuschen, dass unionsrechtliche Gesetzgebungsakte unionsrechtlich autonom auszulegen sind. Insofern dient die Bezeichnung als wirtschaftliche Zueigenmachung lediglich der Veranschaulichung durch Parallelisierung der neuen Haftungsregelung und dem bisherigen Haftungsregime.

(cc) Große Menge urheberrechtlich relevanter Inhalte

Wann eine große Menge urheberrechtlich relevanter Inhalte vorliegt, wird weder unmittelbar durch den Richtlinientext noch durch die Erwägungsgründe definiert. ErwGr 63 DSM-RL enthält einzig die Vorgabe, dass die Bewertung, ob ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten eine große Menge urheberrechtlich geschützter Inhalte speichert und Zugang zu diesen Inhalten gewährt, im Einzelfall getroffen werden soll, und dass dabei mehrere Faktoren, wie etwa das Publikum der Dienste und die Anzahl der Dateien urheberrechtlich geschützter Inhalte, die von Nutzern der Dienste hochgeladen werden, berücksichtigt werden sollten. Die Formulierung „wie etwa“ macht deutlich, dass es sich um eine beispielhafte, nicht abschließende Aufzählung handelt und daher auch weitere Faktoren berücksichtigt werden können. Maßgeblich dürften daher sämtliche Einzelfallumstände sein, wobei die Konkretisierung der Rechtsprechung überlassen wird. Der Effektivitätsgrundsatz (effet utile, Art. 4 Abs. 3 EUV) gebietet es aber, nicht zu strenge Anforderungen zu stellen, um die Regelung nicht leerlaufen zu lassen. Nicht nur marktmächtige Diensteanbieter werden daher erfasst werden müssen, sondern sämtliche Diensteanbieter, die im Sinne von ErwGr. 62 DSM-RL eine „wichtige Rolle“ spielen.[143]

[143] Stellungnahme des GRUR-Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789, S. 48.

(dd) Speichern und der Öffentlichkeit Zugang verschaffen

Der Hauptzweck muss sich darauf beziehen, die durch die Nutzer hochgeladenen urheberrechtlich relevanten Inhalte zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang zu ihnen zu verschaffen. Für den Öffentlichkeitsbegriff dürfte nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung[144] davon ausgegangen werden, dass er sich mit dem Öffentlichkeitsbegriff des Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL in seiner durch den EuGH in vielfältiger Rechtsprechung vorgenommenen Konkretisierung deckt. Danach ist eine *unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten* und zugleich eine *ziemlich große Zahl von Personen* erforderlich.[145] Der urheberrechtlich relevante Inhalt darf nicht nur für *besondere Personen* erfolgen, die einer privaten Gruppe angehören.[146] Außerdem ist zur Ermittlung des Kreises potentieller Adressaten erforderlich, darauf abzustellen, wie viele Personen gleichzeitig und nacheinander Zugang zu demselben Werk haben.[147] Das Kriterium der ziemlich großen Zahl von Personen ist eine Mindestschwelle, durch die eine allzu kleine Mehrzahl erreichter Personen nicht ausreichend sein sollen, um von einer Öffentlichkeit zu sprechen.[148] Das Publikum muss für die Wiedergabe darüber hinaus *aufnahmebereit* sein und *nicht* nur *zufällig* erreicht werden.[149] Diese Maßstäbe sind schon heute bei Auslegung des § 15 Abs.3 UrhG anzulegen.

---

[144] So grundlegend: EuGH, Gutachten v. 14.12.1991 – C-1/91, ECLI:EU:C:1991:490 = BeckEuRS 1991, 176966; vgl. auch: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 11. Aufl. 2020, Rn. 145 ff., Rn. 744 ff., Rn. 774 ff.; *Reimer*, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. 2020, Rn. 331; Dauses/Ludwigs-*Kaufmann*, Handbuch des EU-Wirtschaftsrechts, Werkstand: 49. EL November 2019, P.II.1.b)bb) Rn. 12 ff.; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015, S. 57; *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, 1998, S. 1 ff., S. 16 ff., S. 142 ff.; *Baufeld*, Rechtstheorie 37 (2007), S. 171 ff.; vgl. bereits grundlegend: *Engisch*, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935, S. 1 ff.

[145] EuGH, Urt. v. 27.02.2014 – C-351/12, ECLI:EU:C:2014:110 = GRUR 2014, 473 Tz. 27 ff. – *OSA*; Wandtke/Bullinger-*Heerma*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 15 UrhG Rn. 21; Spindler/Schuster-*Wiebe*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 15 UrhG Rn. 13; Dreier/Schulze-*Dreier*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 39; Fromm/Nordemann-*Dustmann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 41.

[146] EuGH, Urt. v. 15.03.2012 – C-162/10, ECLI:EU:C:2012:141 = GRUR 2012, 597 Tz. 34 – *PPL/Irland*; EuGH, Urt. v. 07.12.2006 – C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764 = MMR 2017, 164 Tz. 37 – *SGAE/Rafael*; Wandtke/Bullinger-*Heerma*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 15 UrhG Rn. 22; Dreier/Schulze-*Dreier*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 39.

[147] Spindler/Schuster-*Wiebe*, Recht der elektronischen Medien, 4. Aufl. 2019, § 15 UrhG Rn. 13; Dreier/Schulze-*Dreier*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 39; Fromm/Nordemann-*Dustmann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 41.

[148] EuGH, Urt. v. 15.03.2012 – C-162/10, ECLI:EU:C:2012:141 = GRUR 2012, 597 Tz. 35 – *PPL/Irland*; EuGH, Urt. v. 07.12.2006 – C-306/05, ECLI:EU:C:2006:764 = MMR 2007, 164 Tz. 38 – *SGAE/Rafael*; Wandtke/Bullinger-*Heerma*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 15 UrhG Rn. 21; Dreier/Schulze-*Dreier*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 39.

[149] EuGH, Urt. v. 15.03.2012 – C-135/10, ECLI:EU:C:2012:140 = GRUR 2012, 593 Tz. 91 – *SCF/Marco Del Corso*; EuGH, Urt. v. 15.03.2012 – C-162/10, ECLI:EU:C:2012:141 = GRUR 2012, 597 Tz. 37 – *PPL/Irland*; Dreier/Schulze-*Dreier*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 39; Fromm/Nordemann-*Dustmann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 42.

(b) Nicht-abschließende Aufzählung ausgeschlossener Diensteanbieter, Art. 2 Nr. 6 UAbs. 2 DSM-RL

Das Wort „etwa“ legt hier nahe, dass es sich um eine nicht-abschließende Aufzählung handelt, und auch die englische und die französische Sprachfassung enthalten entsprechende Wortlaute („such as“ bzw. „tels que“). Allerdings formuliert Art. 2 Nr. 6 UAbs. 2 DSM-RL keinerlei allgemeine Vorgaben, die durch die Aufzählung lediglich konkretisiert würden, sodass eine Anwendbarkeit auf andere Diensteanbieter lediglich bei einer Vergleichbarkeit mit den genannten Diensteanbietern in Betracht kommen kann.[150] Eine Anwendbarkeit auf Dienste, deren wichtigster Zweck ausschließlich ein anderer ist als der, Nutzern das Hochladen und Weiterleiten einer großen Menge von urheberrechtlich geschützten Inhalten zu ermöglichen, um aus dieser Tätigkeit Gewinne zu ziehen, kommt daher nicht in Betracht.

(3) Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder Handlung der öffenlichen Zugänglichmachung

(a) Aufgreifen der bisherigen EuGH-Rechtsprechung

Nach Art. 17 Abs. 1 DSM-RL sollen die Mitgliedstaaten vorsehen, dass ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung für die Zwecke der DSM-RL vornimmt, wenn er der Öffentlichkeit Zugang zu von seinen Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich relevanten Inhalten verschafft. ErwGr 64 DSM-RL führt hierzu aus, dass dies lediglich eine Klarstellung sei. In der Tat hat die Rechtsprechung des EuGH die Wiedergabehandlung im Rahmen seiner Rechtsprechung zum Linking und Framing bereits sehr weit auf Vorfeldhandlungen ausgedehnt und berücksichtigt dabei auch und gerade das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht:

Sofern erwiesen ist, dass der Betreffende wusste oder hätte wissen müssen, dass der von ihm gesetzte Hyperlink Zugang zu einem unbefugt im Internet veröffentlichten Werk verschafft, so ist die Bereitstellung dieses Links eine „öffentliche Wiedergabe“ im Sinne von Art. 3 Abs. 1 InfoSoc-RL. Werden Hyperlinks mit Gewinnerzielungsabsicht gesetzt

[150] Stellungnahme des GRUR-Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789, S. 48: 50: „spezifische Analogie“.

> *„so kann von demjenigen, der sie gesetzt hat, erwartet werden, dass er die erforderlichen Nachprüfungen vornimmt, um sich zu vergewissern, dass das betroffene Werk auf der Website, zu der die Hyperlinks führen, nicht unbefugt veröffentlicht wurde, sodass zu vermuten ist, dass ein solches Setzen von Hyperlinks in voller Kenntnis der Geschütztheit des Werkes und der etwaig fehlenden Erlaubnis der Urheberrechtsinhaber zu seiner Veröffentlichung im Internet vorgenommen wurde."*[151]

Gewinnerzielungsabsicht liegt dabei bereits dann vor, wenn der Internetauftritt, auf dem die Verlinkung erfolgt, zumindest auch der Gewinnerzielung dient.[152] Zwar ist die bloße Bereitstellung der Einrichtungen, die eine Wiedergabe ermöglichen oder bewirken, nach ErwGr 27 InfoSoc-RL selbst keine Wiedergabehandlung im Sinne dieser Richtlinie, allerdings erachtete der EuGH in der Rechtssache Stichting Brein selbst den Vertrieb eines multimedialen Medienabspielers mit vorinstallierten Add-ons, die den Erwerbern über Hyperlinks den Zugang zu urheberrechtlich geschützten Werken erleichtern, die ohne Erlaubnis der Urheberrechtsinhaber auf entsprechenden Streamingseiten zugänglich gemacht wurden, als öffentliche Zugänglichmachung. Den Erwerbern wird es durch diese Add-ons ermöglicht, diese urheberrechtsverletzenden Inhalte auf ihrem Fernsehbildschirm anzusehen. Der EuGH begründete auch dies damit, dass der Beklagte die Vorinstallation von Add-ons in voller Kenntnis der Folgen seines Handelns vorgenommen habe.[153] Dies ist zwar eine dogmatisch bedenklich weite Vorverlagerung der täterschaftlichen Handlungen auf Vorfeldhandlungen, die vom EuGH aber bereits vollzogen wurde.

Selbst in der Bereitstellung und dem Betrieb einer Filesharing-Plattform im Internet sieht der EuGH zumindest dann eine öffentliche Wiedergabe, wenn die Filesharing-Plattform durch die Indexierung von geschützten Werken und das Anbieten einer Suchmaschine den Nutzern den Zugriff auf ohne Zustimmung des Rechteinhabers bereitgestellte Werke ermöglicht.[154] An dieser Rechtsprechung scheint sich Art. 17 Abs. 1 DSM-RL zu orientieren, wenn ErwGr 62 DSM-RL formuliert, erfasst von der täterschaftlichen Haftung des Art. 17 DSM-RL seien insbesondere solche

---

[151] EuGH, Urt. v. 08.09.2016 – C-160/15, ECLI:EU:C:2016:644 = GRUR 2016, 1152 Tz. 51 – *GS Media/Sanoma*.

[152] LG Hamburg, Beschl. v. 18.11.2016 – 310 O 402/16, GRUR-RR 2017, 216 – *Architekturfotos*; dies gilt wiederum nicht, wenn die Linksetzung im Rahmen eines Geschäftsmodells erfolgt, in dem Nachforschungen, die zur Kenntnis der Rechtswidrigkeit geführt hätten, unzumutbar sind – etwa bei der automatisierten Verlinkung in Suchmaschinen, vgl. BGH, Urt. v. 21.09.2017 – I ZR 11/16, GRUR 2018, 178 – *Vorschaubilder III*; LG Hamburg, Urt. v. 13.06.2017 – 310 O 117/17, BeckRS 2017, 127832 Rn. 53 ff. – *Mops-Foto*.

[153] Vgl. zum Ganzen: EuGH, Urt. v. 26.04.2017 – C-527/15, ECLI:EU:C:2017:300 = GRUR 2017, 610 Tz. 31 ff. – *Stichting Brein*; dazu auch: *Specht*, ZUM 2017, 582, 583.

[154] EuGH, Urt. v. 14.06.2017 – C-610/17, ECLI:EU:C:2017:456 = GRUR 2017, 790 Rn. 35-39 – *The Pirate Bay*.

Plattformen, die Inhalte Kategorien zuordnen und sie damit indexieren. Jedenfalls ist es von dieser Rechtsprechung her kommend nur noch ein kleiner Schritt zur Etablierung einer täterschaftlichen Verantwortlichkeit auch anderer inhaltsmittelnder Dienste unter bestimmten Voraussetzungen.

(b) Öffentliche Zugänglichmachung als Teilbereich der öffentlichen Wiedergabe

Konkret begründet wird eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung bzw. der öffentlichen Wiedergabe, sobald der Diensteanbieter der Öffentlichkeit Zugang zu von seinen Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Inhalten verschafft.

Die öffentliche Zugänglichmachung ist dabei nur ein Teilbereich der öffentlichen Wiedergabe.

Während die öffentliche Zugänglichmachung lediglich das Recht beschreibt, das Werk drahtgebunden oder drahtlos der Öffentlichkeit in einer Weise zugänglich zu machen, dass es Mitgliedern der Öffentlichkeit von Orten und zu Zeiten ihrer Wahl zugänglich ist, umfasst die öffentliche Wiedergabe daneben auch das Vortrags-, Aufführungs- und Vorführungsrecht (§ 19), das Recht der öffentlichen Zugänglichmachung (§ 19a), das Senderecht (§ 20), das Recht der Wiedergabe durch Bild- oder Tonträger (§ 21), das Recht der Wiedergabe von Funksendungen und von öffentlicher Zugänglichmachung (§ 22).

Art. 17 DSM-RL verknüpft die Vorgabe an die Mitgliedstaaten mit der disjunktiven Konjunktion „oder“.

> *„Die Mitgliedstaaten sehen vor, dass ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe* ***oder*** *eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung für die Zwecke dieser Richtlinie vornimmt...“*

Dies bedeutet aber keineswegs, dass es zur Wahl des Mitgliedstaates steht, ob er eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung vorsieht, wenn der Diensteanbieter Inhalte seiner Nutzer der Öffentlichkeit zugänglich macht. Die disjunk-

tive Konjunktion soll vielmehr zum Ausdruck bringen, dass beide Handlungen von dem Diensteanbieter erfüllt werden können. Dies ergibt sich auch und gerade mit Blick auf ErwGr 64 DSM-RL, nach dem lediglich klargestellt werden soll, dass Diensteanbieter eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung vornehmen, wenn sie Inhalte ihrer Nutzer für die Öffentlichkeit zugänglich machen. ErwGr 64 DSM-RL setzt also voraus, dass sowohl die Möglichkeit besteht, dass der Diensteanbieter dann, wenn er Nutzerinhalte öffentlich zugänglich macht, eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung vornehmen kann, als auch eine andere Handlung der öffentlichen Wiedergabe, wie z.B. eine Sendung. Dies ist einzig abhängig von der konkreten Tätigkeit des Diensteanbieters. Können die Inhalte zu Orten und Zeiten der Wahl der Nutzer abgerufen werden, handelt es sich um eine öffentliche Zugänglichmachung, wird die Zeit diensteanbieterseitig vorgegeben, ist das Senderecht als weiterer Teilbereich des Rechts der öffentlichen Wiedergabe betroffen.

Eine Umsetzung von Art. 17 DSM-RL ist sowohl mit Bezug zu § 19 UrhG als auch mit Bezug zu § 20 UrhG erforderlich. Eine Umsetzung mit Bezug zu § 20 UrhG wird auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein Dienst der Informationsgesellschaft i.S.d. Art. 2 Nr. 6 DSM-RL ausschließlich auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistungen erfasst und dieser individuelle Abruf eines Empfängers eine Übertragung von Daten auf individuelle Anforderung erfordert. Denn auch eine Sendung kann durch Datenübertragung auf individuellen Abruf wahrgenommen werden, lediglich eine freie Zeitwahl dieser Datenübertragung durch den Empfänger ist bei einer Sendung nicht möglich, dies ist von Art. 2 Nr. 6 DSM-RL aber auch nicht gefordert.

(4) für die Zwecke der DSM-RL

Eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung wird vom Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten lediglich „für die Zwecke der DSM-RL“ vorgenommen. Im Wesentlichen dürfte hiermit zum Ausdruck kommen, dass nicht von der DSM-RL erfasste Diensteanbieter weiterhin dem ursprünglichen Haftungsregime unterliegen, sie eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung bzw. der öffentlichen Wiedergabe damit durch das Onlinestellen der Nutzerinhalte nicht vornehmen. Dies ergibt sich aus ErwGr 64 S. 2 DSM-RL.

(5) Haftungsumfang und -maßstab

Die Täterhaftung des Art. 17 Abs. 1 DSM-RL kann nach den Grundsätzen der dreifachen Schadensberechnung immense Schadensersatzansprüche nach sich ziehen. Dies kann jedenfalls

kleine oder mittlere Diensteanbieter so sehr belasten, dass ihre Geschäftsmodelle eingestellt oder gar nicht erst aufgenommen werden. Diensteanbieter erfüllen aber eine Reihe an Funktionen, an denen Nutzer ein erhebliches Interesse haben. Eine Reduzierung der Geschäftsmodelle wäre diesem Interesse nicht dienlich. *Ohly* hat daher bereits 2014 für die Vermittlerhaftung vorgeschlagen, darüber nachzudenken, ob erstens der Umfang des Schadensersatzanspruches auf eine Gewinnabschöpfung zu beschränken ist und/oder zweitens die Anforderungen an das Verschulden anzuheben sind. Denn jedenfalls im nationalen Urheberrecht gelten solch strenge Anforderungen an den Verschuldensmaßstab, dass eine Schadensersatzhaftung für fahrlässige Verletzungshandlungen faktisch einer Gefährdungshaftung gleichkommt.[155] Die Gefährdung der Diensteanbieter ist durch die Haftungsprivilegierungen jedenfalls teilweise abgemildert. In der Rechtsprechung sollte der Verschuldensmaßstab aber zukünftig dennoch den verschärften Rechtsfolgen angemessen Rechnung tragen. Auch in der Gesetzesbegründung sollte eine entsprechende Klarstellung getroffen werden.[156]

bb) Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 DSM-RL

Aufgrund der Regelung des Art. 17 Abs. 1 DSM-RL ist der Diensteanbieter gehalten, für das Teilen von Online-Inhalten die Erlaubnis von den in Artikel 3 Absatz 1 und 2 der Richtlinie 2001/29/EG genannten Rechteinhabern einzuholen, etwa durch den Abschluss einer Lizenzvereinbarung, damit er Werke oder sonstige Schutzgegenstände öffentlich wiedergeben oder öffentlich zugänglich machen darf. Diese Regelung ist unmittelbare Konsequenz der täterschaftlichen Handlung des Diensteanbieters und nimmt Bezug auf die in Art. 3 Abs. 1 und 2 InfoSoc-RL genannten Rechteinhaber. Dies sind neben den Urhebern auch ausübende Künstler, Tonträgerhersteller, Filmhersteller und Sendeunternehmer, nicht aber z.B. Presseverleger, Hersteller von Lichtbildern und Herausgeber nachgelassener Werke. Diese eingeschränkte Geltung des Art. 17 DSM-RL ist gesetzlich entsprechend abzubilden.[157]

---

[155] *Ohly*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, Band I: Gutachten / Teil F: Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, S. F 107, 108; für einen entsprechend moderaten Verschuldensmaßstab sprechen sich ebenfalls aus: Hofmann, GRUR 2019, 1219 Fn. 55; *Volkmann*, CR 2019, 376 Rn. 57.

[156] Stellungnahme des GRUR-Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789, S. 54.

[157] So auch: irights e.V. Stellungnahme zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019//90 v. 17.04.2019, S. 21.

cc) Art. 17 Abs. 2 DSM-RL

Nach Art. 17 Abs. 3 DSM-RL sehen die Mitgliedstaaten vor, dass eine von einem Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten — zum Beispiel durch Abschluss einer Lizenzvereinbarung — eingeholte Erlaubnis auch für Handlungen gilt, die von Nutzern von Diensten ausgeführt werden und die in den Geltungsbereich des Artikels 3 der Richtlinie 2001/29/EG fallen, sofern diese Nutzer nicht auf der Grundlage einer gewerblichen Tätigkeit handeln oder mit ihrer Tätigkeit keine erheblichen Einnahmen erzielen.

(1) Wirkungserstreckung der Nutzungsberechtigung auf Nutzer

Sobald der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten also eine Erlaubnis zur öffentlichen Zugänglichmachung bzw. zur öffentlichen Wiedergabe von einem Rechteinhaber einholt, erstreckt sich diese qua Gesetz auch auf die öffentliche Zugänglichmachung bzw. die öffentliche Wiedergabe durch den Nutzer, der diese bereits de lege lata stets vornimmt, wenn er urheberrechtlich relevante Inhalte über Plattformen zugänglich macht (zutreffend ist daher die Bezeichnung als rechtsgeschäftliche Lizenz mit gesetzlichem Mindestumfang[158]). Die Nutzer werden hierdurch bessergestellt als im Falle einer Tätigkeit auf nicht von der DSM-RL erfassten Plattformen, die schon keine Nutzungsberechtigung einholen müssen, deren gesetzlicher Mindestumfang sich auf den Nutzer erstrecken könnte.

(a) Keine gewerbliche Tätigkeit der Nutzer

Damit eine Wirkungserstreckung der Lizenz zugunsten der Nutzer erfolgt, darf der Nutzer nicht auf der Grundlage einer gewerblichen Tätigkeit handeln und mit seiner Tätigkeit keine erheblichen Einnahmen erzielen. ErwGr 69 S. 1 a.E. DSM-RL erläutert hierzu, dass nichtgewerbliche Zwecke etwa vorliegen, wenn Nutzer ihre Inhalte

> *„ohne Gewinnerzielungsabsicht teilen oder wenn die Gewinne, die die hochgeladenen Inhalte einbringen, im Verhältnis zu den abgedeckten urheberrechtlich relevanten Handlungen der von diesen Erlaubnissen [den Erlaubnissen, die die Rechteinhaber gegenüber den Diensteanbieter erklärt haben] abgedeckten Nutzer nicht erheblich sind.“*

[158] *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1219; *Wandtke/Hauck*, ZUM 2019, 627, 630 f.

Unter Zugrundelegung des Arguments der Einheitlichkeit der Rechtsordnung lässt sich auch auf Erläuterungen anderer europäischer Rechtsakte zurückgreifen, die der beispielhaften Erwägung aus ErwGr 69 DSM-RL nicht widersprechen. Nach ErwGr 14 der Durchsetzungsrichtlinie[159] bspw. kann sich die Gewinnerzielungsabsicht sowohl auf unmittelbare oder mittelbare wirtschaftliche oder kommerzielle Vorteile beziehen, schließt aber in der Regel Handlungen aus, die in gutem Glauben von Endverbrauchern vorgenommen werden.

Wann Gewinne, die die hochgeladenen Inhalte einbringen, im Verhältnis zu den abgedeckten urheberrechtlich relevanten Handlungen der von den Erlaubnissen der Rechteinhaber ansonsten abgedeckten Nutzer nicht erheblich sind, sollte der Interpretation durch die Rechtsprechung überlassen werden.

(b) Täterschaftliche Haftung bei fehlender Nutzungsrechtseinräumung

Scheitert die Nutzungsrechtseinräumung an den Diensteanbieter, haftet er als Täter, vgl. Art. 17 Abs. 4 S. 1, Abs. 3 S. 1 DSM-RL. Daneben ist auch der Nutzer täterschaftlich verantwortlich, sofern er die Inhalte unter Verstoß gegen das Urheberrechtsgesetz geltend macht, was aus einem Umkehrschluss zu Art. 17 Abs. 2 DSM-RL folgt.

(2) Wirkungserstreckung einer Nutzungsberechtigung auf Diensteanbieter

Nach ErwGr 69 S. 2 DSM-RL soll die Wirkungserstreckung der Nutzungsberechtigung auch anders herum gelten: Wenn Rechteinhaber Nutzern ausdrücklich die Erlaubnis erteilt haben, Werke und sonstige Schutzgegenstände über einen Dienst für das Teilen von Online-Inhalten verfügbar zu machen, so wird dem Diensteanbieter die Handlung der öffentlichen Wiedergabe innerhalb des Geltungsbereichs der vom Rechteinhaber erteilten Erlaubnis genehmigt. Dies gilt allerdings nur, wenn diese Erlaubnis tatsächlich erteilt wurde. Dass sie erteilt wurde, soll zugunsten der Diensteanbieter gerade nicht vermutet werden, vgl. ErwGr 69 S. 3 DSM-RL:

[159] Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums.

„Jedoch sollte nicht zugunsten der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten vermutet werden, dass ihre Nutzer alle einschlägigen Rechte geklärt haben."

Dies entspricht dem im deutschen Urheberrecht strengen Sorgfaltsmaßstab: Wer einen fremden urheberrechtlich geschützten Gegenstand nutzen will, muss sich über den *Bestand* des Schutzes wie auch über den *Umfang* seiner *Nutzungsberechtigung* Gewissheit verschaffen. Es besteht damit eine *Prüfungs- und Erkundigungspflicht.*[160]

Die Wirkungserstreckung der Nutzungsberechtigung von Diensteanbieter und Nutzer hat aber keine weitreichenderen Auswirkungen. Es besteht kein Vorrangverhältnis der Diensteanbieterhaftung.[161]

dd) Art. 17 Abs. 3 DSM-RL

Für den Fall, dass ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung unter den in Art. 17 DSM-RL festgelegten Bedingungen vornimmt, enthält Art. 17 Abs. 3 UAbs. 1 DSM-RL die Vorgabe, dass für die Beschränkung der Verantwortlichkeit nach Artikel 14 Absatz 1 der ECRL auf die in diesem Artikel beschriebenen Situationen keine Anwendung findet. Diese Vorgabe des Art. 17 Abs. 3 UAbs. 1 DSM-RL lässt allerdings die mögliche Anwendung von Artikel 14 Abs. 1 der ECRL auf die Anbieter derartiger Dienste für Zwecke außerhalb des Geltungsbereichs dieser Richtlinie unberührt. Diese Diensteanbieter können damit weiterhin von der Haftungsprivilegierung des Art. 14 ECRL profitieren.

ee) Art. 17 Abs. 4 und 5 DSM-RL

Nehmen Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten zukünftig eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung vor, bedeutet dies, dass sie für rechtswidrige Inhalte ihrer Nutzer auf

---

[160] BGH, Urt. v. 12.11.2009 – I ZR 166/07, GRUR 2010, 616 Tz. 40 – *marions-kochbuch.de*; LG Köln, Urt. v. 24.08.2017 – 14 O 111/16, BeckRS 2017, 128738 Tz. 42; vgl. auch: Wandtke/Bullinger-*v. Wolff*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 97 UrhG Rn. 52; Dreier/Schulze-*Specht*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 97 UrhG Rn. 78.

[161] *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1228; *Gielen/Tiessen*, EuZW 2019, 639, 643; a.A. aber wohl: *Dreier*, GRUR 2019, 771, 777; Korrespondierend für ein „Stufenmodell zur mittelbaren Erfassung des Endnutzers": Dreier/Schulze-*Schulze*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 15 UrhG Rn. 3.

Unterlassung und Schadensersatz in Anspruch genommen werden können. Art. 17 DSM-RL privilegiert sie nur unter spezifischen Umständen in der Haftung.

Ob es sich hierbei um eine Haftung für Verkehrspflichtverletzungen handelt, deren Nichterfüllung den objektiven Tatbestand der Rechtsverletzung erst begründet oder aber um eine Haftungsbegrenzung, die den Diensteanbieter trotz Erfüllung des objektiven Tatbestandes von der Haftung befreit, geht nicht unmittelbar aus dem Richtlinientext hervor. Für eine Einordnung als Haftungsbegrenzung spricht aber die Beweislastverteilung, nach der der Diensteanbieter den Nachweis erbringen muss, die in Art. 17 Abs. 4 DSM-RL vorgesehenen Voraussetzungen erfüllt zu haben. Eine Haftung für Verkehrspflichtverletzungen erforderte demgegenüber,[162] dass der Rechteinhaber den Nachweis der Nichterfüllung der in Art. 17 Abs. 4 DSM-RL genannten Voraussetzungen erbringt. Abseits beweisrechtlicher Fragen entspricht die Regelung aber jedenfalls im Grundsatz einem Übergang zu einer Täterhaftung unter gewissen Voraussetzungen, die nicht selten mit dem Konzept der verkehrspflichtbasierten Täterhaftung verglichen wird.[163] Der Unterschied liegt aber freilich in der konkreten Ausgestaltung der Verkehrspflichten, die jedenfalls bislang anlasslose Verhandlungslösungen nebst Filterpflichten ohne vorherigen Rechtsverstoß ausschloss. Insofern kodifiziert der Gesetzgeber mit Art. 17 DSM-RL gerade nicht nur eine Rechtslage, die in Deutschland ohnehin bereits richterrechtlich durch das Institut der Störerhaftung vorgegeben ist, sondern geht deutlich darüber hinaus, und zwar nicht nur in der Rechtsfolge des Schadensersatzanspruches, sondern gerade auch in den konkret den Diensteanbietern auferlegten Pflichten.[164]

Diensteanbieter haften nach Art. 17 Abs. 4 DSM-RL nicht, wenn sie den Nachweis für folgende drei Dinge erbringen:[165]

1. Sie haben alle Anstrengungen unternommen, um die Erlaubnis zur öffentlichen Wiedergabe des Werkes einzuholen (Verhandlungselement),
2. Sie haben nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste

[162] Abweichungen z.B. nach den Grundsätzen der sekundären Darlegungslast sind aber freilich möglich.

[163] Vgl. etwa: *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1222.

[164] A.A. aber wohl: *Volkmann*, CR 2019, 376 Tz. 8; *Weidert/Uhlenhut/von Lintig*, GRUR-Prax 2019, 295, 296, 297 sehen zwar Unterschiede zum bislang geltenden Recht, scheinen diese Unterschiede aber weniger stark gewichten zu wollen: Nüchtern betrachtet sei der Unterschied im Vergleich zur bestehenden Rechtslage aber nicht so groß, wie es die Kritik vermuten lasse. Es handele sich „nur“ um einen Paradigmenwechsel.

[165] Vgl. hierzu bereits: *Specht*, MMR-Editorial 03/2020.

einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind (präventives Aktionselement), und

3. Sie haben nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises von den Rechteinhabern unverzüglich gehandelt, um den Zugang zu den entsprechenden Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu sperren bzw. die entsprechenden Werke oder sonstigen Schutzgegenstände von ihren Internetseiten zu entfernen, und alle Anstrengungen unternommen, um das künftige Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern (notice-and-stay-down-Element).

Art. 17 Abs. 5 DSM-RL gibt vor, bei der Beurteilung, ob ein Diensteanbieter die Verpflichtungen nach Abs. 4 erfüllt hat, im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unter anderem die Art, das Publikum und den Umfang der Dienste sowie die Art der von den Nutzern des Dienstes hochgeladenen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu berücksichtigen, sowie die Verfügbarkeit geeigneter und wirksamer Mittel und die Kosten, die den Anbietern dieser Dienste hierfür entstehen. Art. 17 Abs. 4 soll nicht für Diensteanbieter gelten, deren Hauptzweck es ist, sich an Urheberrechtsverletzungen zu beteiligen oder sie zu erleichtern, ErwGr. 62 UAbs. 2 S. 2 DSM-RL. Dies ist im Gesetz entsprechend abzubilden.[166]

(1) Verhandlungselement

Außerhalb der Vorgabe, dass die Maßnahmen verhältnismäßig im Sinne des Art. 17 Abs. 5 DSM-RL sein müssen, enthalten Richtlinientext und Erwägungsgründe keine Vorgaben, wie das Tatbestandsmerkmal „alle Anstrengungen“ zur Einholung der Erlaubnis zur öffentlichen Wiedergabe des Werkes ausgelegt werden soll.

(a) Aktivitäts- und Risikomanagement ausreichend?

Leistner[167] sieht lediglich eine Verpflichtung zu einem Aktivitäts- und Risikomanagement unter Art. 17 Abs. 4 a) DSM-RL, das diejenigen Inhaltskategorien identifiziert, in denen eine beträchtliche Anzahl von Werken über die Diensteanbieter der Öffentlichkeit zugänglich gemacht wird.

[166] Stellungnahme des GRUR-Fachausschusses für Urheber- und Verlagsrecht zur Umsetzung der EU-RLn im Urheberrecht (DSM-RL (EU) 2019/790 und Online-SatCab-RL (EU) 2019/789, S. 51.

[167] *Leistner*, ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

Für diese Inhalte müsse nach den typischen Lizenzierungsmöglichkeiten im Markt gesucht werden, während kleinere Rechteinhaber den Diensteanbieter zunächst benachrichtigen müssen, damit Lizenzverhandlungen mit ihnen geführt werden.[168] Diese an sich erwägenswerte Lösung scheint als ein relativ weitreichendes Abrücken vom Grundsatz des Lizenzierungserfordernisses gem. Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 DSM-RL, könnte aber andererseits eine stärkere Vereinbarkeit mit Art. 17 Abs. 8 DSM-RL herbeiführen. Auch eine Vorab-Klassifizierung der Inhalte mit der Verpflichtung zur Einholung von Lizenzen für risikobehaftete Inhaltskategorien ist aber eine Vorab-Pflicht zum Monitoring der Inhalte und widerspricht der Grundaussage des Art. 17 Abs. 8 DSM-RL. Die Richtlinie ließe sich wohl in beide Richtungen auslegen, wobei das Risiko der Unionsrechtswidrigkeit sowohl über einer Umsetzung schwebt, die zu geringe Anforderungen an die Lizenzierungsbemühungen knüpft (möglicher Verstoß gegen Art. 17 GrCh), als auch über einer Umsetzung, die zu hohe Anforderungen an die Lizenzierungsbemühungen knüpft (Verstoß gegen Art. 16 GrCh). Nur eine zu geringe Anforderung an die Lizenzierungsbemühung aber würde auch die Rechte und Interessen der Nutzer gem. Art. 11 GrCh berühren, da nur eine erteilte Erlaubnis in ihrer Wirkung auf die Handlungen der Nutzer erstreckt wird.

Nach hier vertretender Auffassung verbietet die Richtlinie aber ohnehin trotz des Wortlautes des Art. 17 Abs. 8 DSM-RL keine vorbeugenden Lizenzierungspflichten. Denn bei teleologischer Auslegung des Art. 17 Abs. 8 DSM-RL ergibt sich, dass sich dieses Verbot einzig auf die Filterpflichten nach Art. 17 Abs. 4 b) und c) DSM-RL bezieht. In dem für die teleologische Auslegung des Art. 17 Abs. 8 DSM-RL maßgeblichen ErwGr 66 UAbs. 2 DSM-RL heißt es:

> *„Außerdem sollten mit den in dieser Richtlinie festgelegten Verpflichtungen die Mitgliedstaaten nicht dazu veranlasst werden, eine allgemeine Pflicht zur Überwachung einzuführen. Wenn beurteilt wird, ob ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen hat, sollte berücksichtigt werden, ob der Diensteanbieter alle Maßnahmen ergriffen hat, die ein sorgfältiger Betreiber ergreifen würde, um sicherzustellen, dass auf seiner Website* ***keine nicht genehmigten Werke*** [Hervorhebung durch die Verfasserin] *oder sonstige Schutzgegenstände verfügbar sind.“*

[168] So auch: *Metzger/Senftleben*, Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law – Comment of the European Copyright Society, p. 3.

Die Regelung in einem gemeinsamen Absatz legt dabei nahe, dass ErwGr 66 UAbs. 2 S. 2 DSM-RL dessen S. 1 konkretisiert. S. 2 aber bezieht sich allein auf Art. 17 Abs. 4 b) und c) DSM-RL, was nicht nur an der Inbezugnahme der Maßgabe hoher branchenüblicher Standards erkennbar ist, sondern vor allem an der Vorgabe, alle Maßnahmen ergreifen zu müssen, um sicherzustellen, dass solche Werke nicht verfügbar sind, die nicht genehmigt sind, für die also trotz aller Bemühungen nach Art. 17 Abs. 4 a) DSM-RL gerade keine Verhandlungslösung erzielt wurde. Die Verhandlungslösung selbst wird insofern von dem Verbot präventiver Überwachungspflichten gerade nicht in Bezug genommen. Art. 17 Abs. 8 DSM-RL ist daher teleologisch darauf zu reduzieren, dass er einzig die Verpflichtungen aus Art. 17 Abs. 4 b) und c) DSM-RL betrifft. Eine Reduktion der Verpflichtung aus Art. 17 Abs. 4a) DSM-RL auf ein Aktivitäts- und Risikomanagement ist daher jedenfalls im Hinblick auf Art. 17 Abs. 8 DSM-RL nicht zwingend erforderlich. Auch Art. 16 GrCh wird durch eine solche Lesart wohl nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt, solange der zwischen unterschiedlich leistungsstarken Diensteanbietern im Sinne der Verhältnismäßigkeit differenziert wird.

(b) Pflicht zur Lizenzierungsbemühung

Sofern ein Aktivitäts- und Risikomanagement nicht für ausreichend gehalten wird, sind die Diensteanbieter verpflichtet, die Inhalte auf ihrer Plattform daraufhin zu überprüfen, ob Lizenzvereinbarungen überhaupt erforderlich sind. Dies ist in Ermangelung entsprechender Öffnungsklauseln im nationalen Recht umzusetzen.[169] Art. 17 Abs. 4 a) DSM-RL setzt gerade keine Information durch den Rechteinhaber voraus, sondern es ist logische Folge einer eigenen Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung von Drittinhalten durch den Diensteanbieter, die Art. 17 Abs. 1 DSM-RL statuiert, dass der Diensteanbieter für diese Inhalte um Lizenzen ersucht oder eine öffentliche Widergabe anderweitig rechtfertigt. D.h. er hat seine Inhalte vor einer Onlinestellung daraufhin zu überprüfen, ob eine Nutzungsberechtigung bereits vorliegt oder er eine solche einholen muss.

Werden Inhalte öffentlich wiedergegeben, ohne dass der Diensteanbieter „alle Anstrengungen unternommen hat, um die Erlaubnis einzuholen“, haftet der Diensteanbieter täterschaftlich. Eine Haftung ausschließlich für Zweitverstöße trägt der Richtlinientext nicht.[170] Dies würde über

[169] *Spindler*, CR 2020, 50 Rn. 8.

[170] A.A. *Volkmann*, CR 2019, 376 Rn. 24 ff.; für eine kenntnisunabhängige Primärhaftung ohne die Eingrenzung auf einen Zweitverstoß auch: *Weidert/Uhlenhut/von Lintig*, GRUR-Prax 2019, 295, 296.

die Hintertür zum bisherigen Haftungsmodell eines notice-and-stay-down-Verfahrens zurückführen und der intendierten Ausweitung der Täterhaftung zuwiderlaufen.[171] Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus ErwGr 66 Abs. 5 DSM-RL, der eine täterschaftliche Haftung erst nach Bereitstellung entsprechender Rechteinhaberinformationen durch den Rechteinhaber nahelegt, denn ErwGr 66 Abs. 5 DSM-RL gilt ausweislich seiner Inbezugnahme hoher branchenüblicher Standards allein für Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL, nicht aber für Art. 17 Abs. 4 a) DSM-RL.[172]

Die Begrenzung durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz kann bei systematischer Auslegung der Vorschrift im Zusammenhang mit Art. 17 Abs. 6 DSM-RL nicht zu einer Freistellung kleinerer Diensteanbieter über die von Art. 17 Abs. 6 DSM-R erfassten Diensteanbieter hinaus führen. Ergeben kann sich jedenfalls aber eine Pflichtenreduktion im Einzelfall.[173]

(c) Kein Kontrahierungszwang des Diensteanbieters

Unabhängig davon, ob für alle Inhalte um eine Lizenzierung nachgesucht werden muss oder dies lediglich risikospezifisch erfolgen muss,[174] ist zu beachten, dass sich der Diensteanbieter entscheiden kann, Inhalte nicht öffentlich zugänglich zu machen. Es existiert zumindest kein grundsätzlicher Anspruch darauf, dass Inhalte online gestellt werden.[175] Damit begründet die Richtlinie keinen Kontrahierungszwang.[176] Wird eine Nutzungsvereinbarung aber trotz Unterbreitung eines angemessenen[177] Lizenzangebotes nicht abgeschlossen und wird der Inhalt dennoch online gestellt, kann ein ernsthaftes Bemühen um die erforderliche Erlaubnis im Sinne des Art. 17 Abs. 4 lit. a) DSM-RL nicht angenommen werden. Für tatsächlich zugänglich gemachte Werke muss sich der Diensteanbieter ex ante ernsthaft um eine Rechteklärung bemühen.[178]

(d) Umfang der erforderlichen Anstrengungen

---

[171] So zutreffend: *Stieper*, ZUM 2019, 211, 216.

[172] A.A. *Volkmann*, CR 2019, 376 Rn. 24 ff.

[173] *Spindler*, CR 2020, 50 Rn. 8; a.A *Gielen/Tiessen*, EuZW 2019, 639, 643.

[174] *Leistner*, ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

[175] Die Richtlinie begründet lediglich einen beschränkten Restore-Anspruch, vgl. die Ausführungen zu Art. 17 Abs. 7 und 9 unter IV.7.b)ff) und hh).

[176] Vgl. aber: *Wandtke/Hauck*, ZUM 2019, 627, 630, 636; *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1219.

[177] Zur Angemessenheit sogleich unter (e).

[178] Ähnlich: *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1219.

Wie umfangreich diese Bemühungen ausfallen müssen, lässt sich bereits anhand des Wortlautes des Richtlinientextes näher eingrenzen: Man wird dem Wortlaut entnehmen müssen, dass nicht bereits jede Anstrengung und auch nicht bereits einige Anstrengung ausreicht, um die Nutzungsberechtigung einzuholen.

Wie die Anforderungen konkret ausfallen müssen, lässt sich allerdings sicherlich nicht pauschal vorab gesetzlich festlegen, ohne hinter den Vorgaben der Richtlinie zurück zu bleiben. Empfehlenswert scheint die Normierung eines nicht abschließenden Beispielskatalogs im Rahmen einer Durchführungsverordnung, der unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zwischen verschieden reichweitenstarken und leistungsstarken Diensteanbietern differenziert. Relevante Kriterien könnten etwa der in einem Geschäftsjahr erzielte Umsatz, die Nutzerzahl oder auch die Anzahl der öffentlich zugänglich gemachten Inhalte sein.[179] Bei Erfüllung der in dem nicht-abschließenden Beispielskatalog benannten Anforderungen könnte eine widerlegliche Vermutung für das Eingreifen der Haftungsprivilegierung normiert werden. Die Erfüllung der Anforderungen des Beispielskatalogs müsste freilich weiterhin von den Diensteanbietern dargelegt und bewiesen werden, weshalb gegen die von der Richtlinie vorgenommene Beweislastverteilung nicht verstoßen würde.[180]

Eine Abfrage bei den Verwertungsgesellschaften oder bei dem jeweiligen Rechteinhaber sollte für die dort lizenzierten Inhalte in jedem Fall vorgenommen werden. Für nicht bei Verwertungsgesellschaften lizenzierte Inhalte, deren Rechteinhaber nicht unmittelbar bekannt ist, sollte eine Recherche durchgeführt werden müssen.[181] Eine zentrale Stelle, bei der Inhalte nebst Urheber eingetragen werden können, würde sicherlich zur Effektivierung der Recherche gerade auch von Urhebern nicht-professioneller Werke beitragen und scheint daher ebenfalls empfehlenswert.[182] Auch in Anbetracht von Verhältnismäßigkeitserwägungen dürfen an den Umfang der Recherche keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden. Ist der Rechteinhaber nach einer einfachen Recherche nicht auffindbar, ist dieser auf das notice-and-staydown-Verfahren nach Art. 17 Abs. 4 c) DSM-RL verwiesen.[183]

---

[179] *Spindler*, CR 2020, 50 Rn. 12.

[180] So auch: *Spindler*, CR 2020, 50 Rn. 15.

[181] A.A. *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1226.

[182] *Spindler*, CR 2020, 50 Rn. 14.

[183] Ähnlich: *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1226.

(e) Angemessene Vergütung

Ist der Rechteinhaber aber auffindbar, legt der Wortlaut der Richtlinie („alle Anstrengungen") nahe, dass mehr als ein bloßes Inkontakttreten mit den Rechteinhabern verlangt werden muss und auch mehr als eine bloße Recherche, sofern diese Recherche den Rechteinhaber kenntlich macht. Erforderlich sein wird auch unter Zugrundelegung von Verhältnismäßigkeitserwägungen grundsätzlich ein ernsthaftes Verhandeln um die Einräumung von Nutzungsrechten unter fairen und nicht-diskriminierenden Bedingungen[184], wobei mangels Begrenzung der Verhandlungsinhalte auch ein ernsthaftes Verhandeln über die Höhe der vereinbarten Gegenleistung gemeint sein wird. Freilich kann der Rechteinhaber eine kostenlose Nutzung gestatten, der Diensteanbieter kann ihm dies aber nicht abverlangen. Denn ErwGr 61 DSM-RL spricht explizit davon, dass Rechteinhaber eine angemessene Vergütung erhalten sollen.[185] Auch hier fehlen zwar konkrete Grenzen, jedenfalls besteht aber die Möglichkeit, sich an bisherigen mitgliedstaatlichen Verfahren zur Ermittlung der angemessenen Vergütung zu orientieren, wenn dies die unionsrechtlich autonome Auslegung des Art. 17 DSM-RL zulässt.

Zwar enthält ErwGr 73 die Vorgabe, dass die Vergütung in einem ausgewogenen Verhältnis zum tatsächlichen oder potenziellen wirtschaftlichen Wert der Rechte, die erteilt oder übertragen wurden, stehen sollte, wobei der Beitrag des Urhebers oder des ausübenden Künstlers zum Gesamtwerk oder sonstigen Schutzgegenstand in seiner Gesamtheit und alle sonstigen Umstände des jeweiligen Falls zu berücksichtigen sind, etwa die Marktpraktiken oder die tatsächliche Verwertung des Werks. Er verweist aber auch darauf, dass es den Mitgliedstaaten freistehen sollte, den Grundsatz der angemessenen und verhältnismäßigen Vergütung mit verschiedenen bestehenden oder neu eingerichteten Verfahren, die unter anderem Kollektivverhandlungen und andere Verfahren umfassen können, umzusetzen, sofern sie dem geltenden Unionsrecht entsprechen.

In Deutschland bemisst sich die angemessene Vergütung gem. § 32 UrhG gerade auch nach Tarifvereinbarungen und gemeinsamen Vergütungsregeln, die gem. § 36 UrhG von repräsentati-

---

[184] *Leistner*, ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

[185] So auch: *Volkmann*, CR 2019, 376 Rn. 30.

ven, unabhängigen und zur Aufstellung gemeinsamer Vergütungsregeln ermächtigten Vereinigungen von Urhebern (z.B. Schriftstellerverband, Deutscher Journalistenverband etc.)[186] und Vereinigungen von Werknutzern oder einzelnen Nutzern aufgestellt werden.

(f) Umgang mit Inhalten während der Dauer der Verhandlungen

Letztlich ist darüber zu entscheiden, ob Inhalte während der Dauer der Verhandlungen online gestellt werden dürfen oder nicht. Dies sollte der Fall sein.[187] Wird eine Nutzungsvereinbarung letztlich abgeschlossen, sollte sie auf den Beginn der Verhandlungen zurückwirken, da ansonsten ein Anreiz zu möglichst langen Verhandlungen geschaffen würde.[188]

(2) Präventives Aktionselement

(a) „Nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen“

Auch für die Auslegung des präventiven Aktionselementes enthält die Richtlinie außerhalb der Verhältnismäßigkeitserwägungen des Art. 17 Abs. 5 DSM-RL keine Vorgabe. Auch hier ergibt sich für den Passus „nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen“ bei Auslegung des Wortlautes zwar eine grundsätzlich strenge Lesart. Eine abschließende Konkretisierung wird letztlich aber nur durch den EuGH erfolgen können. Die Regelungen des Art. 17 Abs. 4 DSM-RL bedeutet durch die Zusammenschau der unter den Punkten (1) – (3), insbesondere aber der unter Punkt (2) dargestellten Vorgaben, nach einem weit verbreiteten Verständnis in der Literatur den verpflichtenden Einsatz von Filtertechniken,[189] die vor der Onlinestellung von Inhalten diese im Wesentlichen entsprechend dem Content-ID-Verfahren von Youtube mit den von den Rechteinhabern bereitgestellten Informationen zu geschützten Werken vergleichen und übereinstimmende Werke sperren sowie alle erforderlichen Anstrengungen unternehmen, um das künftige Hochladen solcher Werke nach entsprechendem

---

[186] Dreier/Schulze-*Schulze*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 36 UrhG Rn. 19.

[187] Ebenso: *Spindler*, CR 2020, 50 Rn. 16.

[188] So zutreffend: *Leistner*, ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

[189] Vgl. statt Vieler: *Metzger/Senftleben*, Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law – Comment of the European Copyright Society, p. 7.

Hinweis durch den Rechteinhaber zu verhindern.[190] ErwGr 66 UAbs. 1 S. 1 DSM-RL spricht von einem „speziellen Haftungsverfahren für Fälle, in denen keine Genehmigung erteilt wurde.“. Gem. ErwGr 66 UAbs. 2 DSM-RL sollen die Mitgliedstaaten nicht dazu verpflichtet sein, den Diensteanbietern allgemeine Überwachungspflichten aufzuerlegen. Für die Beurteilung, ob ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen hat, sollte berücksichtigt werden, ob der Diensteanbieter alle Maßnahmen ergriffen hat, die ein sorgfältiger Betreiber ergreifen würde, um sicherzustellen, dass auf seiner Website keine nicht genehmigten Werke oder sonstige Schutzgegenstände verfügbar sind, wobei auch bewährte Verfahren in der Branche, die Wirksamkeit der unternommenen Schritte vor dem Hintergrund aller einschlägigen Faktoren und Entwicklungen und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit beachtet werden sollten. Neben den Vorgaben des Art. 17 Abs. 5 DSM-RL zählt ErwGr 66 UAbs. 2 DSM-RL weitere Faktoren auf, die ebenfalls Beachtung finden sollten. Dies sind die Größe des Dienstes, der sich entwickelnde Stand der Technik bei den bestehenden Mitteln, einschließlich möglicher künftiger Entwicklungen, um verschiedenartige Inhalte und die für die Dienste anfallenden Kosten dieser Mittel zu verhindern.

Je nach Art der Inhalte können damit unterschiedliche Mittel angemessen und verhältnismäßig sein, um zu verhindern, dass nicht genehmigte urheberrechtlich geschützte Inhalte verfügbar sind, weshalb es nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Verfügbarkeit nicht genehmigter Inhalte in manchen Fällen nur vermieden werden kann, wenn die Rechteinhaber den Anbieter über die Rechtsverletzung benachrichtigt haben. Dies greift Art. 17 Abs. 4 c) DSM-RL auf. Die Maßnahmen, die Diensteanbieter nach Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL ergreifen, sollten im Hinblick auf die angestrebten Ziele wirksam sein; sie sollten jedoch nicht über das hinausgehen, was nötig ist, um sicherzustellen, dass nicht genehmigte Werke und sonstige Schutzgegenstände nicht bzw. nicht mehr verfügbar sind.

Weder Art. 17 Abs. 4 oder Abs. 5 DSM-RL, noch ErwGr 66 DSM-RL sprechen zwar explizit von Filtertechniken. Insbesondere soll zwischen verschieden großen Diensteanbietern nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit differenziert werden. Aufgrund der abwägungsoffenen For-

[190] *Schaper/Verweyen*, K&R 2019, 433, 438.

mulierung ist jedoch im Falle des Fehlens einer konkretisierenden gesetzlichen Regelung zu befürchten, dass jedenfalls diejenigen Diensteanbieter, die es sich wirtschaftlich erlauben können, mit Filtertechniken die schärfsten aber gleichzeitig auch rechtssichersten Mittel zur Verhinderung von Rechtsverletzungen wählen, sofern das Sperren und Löschen von Inhalten sanktionslos möglich ist, die unrechtmäßige Online-Verfügbarkeit von Inhalten aber eine täterschaftliche Haftung des Diensteanbieters begründet und damit potentiell erhebliche Schadensersatzansprüche nach sich ziehen kann. Der Ausgestaltungsspielraum des Gesetzgebers sowie die potentiellen Gefahren der Neuregelung sollen im Folgenden im Detail besprochen werden.

(b) Gefahr des Overblockings

Auf Youtube werden derzeit bereits Filtertechniken eingesetzt. Content-ID ermöglicht es bestimmten Rechteinhabern, die Urheberschaft an Werken anzugeben (sogenannter Claim). Lädt ein Nutzer anschließend einen Inhalt hoch, der das beanspruchte Werk enthält, wird darüber informiert. Das Video kann anschließend gesperrt oder monetarisiert werden, je nachdem, von welcher Möglichkeit der Rechteinhaber Gebrauch gemacht hat.191 Ist der Nutzer der Ansicht, er würde keine Urheberrechte verletzen, kann er Youtube dies zur Kenntnis bringen. Der Rechteinhaber erhält für diesen Fall die Möglichkeit, seinen Claim zurückzuziehen. Reagiert er nicht, wird der Claim nach 30 Tagen entfernt. [192] Er kann den Claim aber auch aufrechterhalten und das Video deaktivieren lassen. Dann erhält der Nutzer eine sogenannte Urheberrechtsverwarnung.[193] Wer binnen 90 Tagen drei Verwarnungen erhält, dessen Konto wird gesperrt und alle Kanäle und Videos werden gelöscht.[194] Der Nutzer kann keine neuen Kanäle mehr erstellen.[195] Insbesondere Personen, die mit diesen Kanälen Einnahmen erzielen, werden diese Konsequenz nicht riskieren wollen und werden daher trotz Rechtmäßigkeit des Inhalts eher auf seine Nutzung

---

[191] Goller, Copyfraud and Overclaiming – What to watch out for when implementing the EU copyright directive, abrufbar unter: https://irights.info/artikel/copyfraud-and-overclaiming-what-to-watch-out-for-when-implementing-the-eu-copyright-directive/29654, zuletzt abgerufen am 26.03.2020.

[192] Goller, Copyfraud and Overclaiming – What to watch out for when implementing the EU copyright directive, abrufbar unter: https://irights.info/artikel/copyfraud-and-overclaiming-what-to-watch-out-for-when-implementing-the-eu-copyright-directive/29654, zuletzt abgerufen am 26.03.2020.

[193] https://support.google.com/youtube/answer/2797454, zuletzt abgerufen am 28.04.2020: „Sofortige Deaktivierung deines Videos beantragen**:** Wenn der Urheberrechtsinhaber weiterhin überzeugt ist, dass der Anspruch gültig ist, kann er die Deaktivierung deines Videos beantragen. In diesem Fall erhält dein Konto eine Urheberrechtsverwarnung. Wenn du weiterhin der Meinung bist, dass du das Recht hast, die Inhalte zu nutzen, kannst du jetzt eine Gegendarstellung einreichen“.

[194] Goller, Copyfraud and Overclaiming – What to watch out for when implementing the EU copyright directive, abrufbar unter: https://irights.info/artikel/copyfraud-and-overclaiming-what-to-watch-out-for-when-implementing-the-eu-copyright-directive/29654, zuletzt abgerufen am 26.03.2020.

[195] https://support.google.com/youtube/answer/2814000, zuletzt abgerufen am 28.04.2020.

verzichten.[196] Youtube scheint die beanstandeten Inhalte nicht selbst auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen, sodass es in der Hand der Rechteinhaber liegt, Inhalte offline zu halten. Es droht ein Overclaiming, das in der Konsequenz zu einem Overblocking führt, an dem zwar Youtube selbst möglicherweise kein Interesse hat, weil es gerade von einer Angebotsvielfalt lebt, jedenfalls größeren Rechteinhabern, die nicht als Prosumer auftreten, diese Angebotsvielfalt aber eher unwichtig sein dürfte. Daneben sei bereits an dieser Stelle erwähnt, dass die Nutzung urheberrechtlich relevanter Inhalte auch aufgrund des Eingreifens von urheberrechtlichen Ausnahmen und Beschränkungen rechtmäßig sein kann, was der Filter aber in der Regel nicht erkennen können wird.[197] Auch hierdurch kann es zu einem Overblocking kommen. Diesem Overclaiming und Overblocking muss durch gesetzliche Regelungen vorgebeugt werden.[198]

Für die Sanktionierung eines Overclaimings bietet sich z.B. eine Aufnahme in den Bußgeldtatbestand des § 111a UrhG an, dessen Verwirklichung ein vorsätzliches Handeln gem. § 10 OWiG voraussetzt und die Rechteinhaber daher nicht über Gebühr belasten dürfte. Einem Overblocking sollte dagegen durch andere Mechanismen vorgebeugt werden. Denn sofern das Overblocking nicht auf einem Overclaiming beruht, ist es Folge eines fehlenden Differenzierungspotentials des technischen Filters zwischen einer urheberrechtlich zulässigen öffentlichen Zugänglichmachung (z.B. in Ausübung von Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts) und einer urheberrechtlich nicht zulässigen öffentlichen Zugänglichmachung. [199] Hier können Anforderungen an die Filtertechniken normiert werden, die dieses Defizit reduzieren.[200] Weiterhin kann sich ein Overblocking aber auch als Strategie zur Vermeidung von Haftungskosten darstellen, wenn an ein Overblockingkeine haftungsrechtlichen Konsequenzen oder anderweitige Sanktionen geknüpft werden. Letzteres ist ein Optimierungsproblem.[201] Der Diensteanbieter wird das Verhältnis potentieller Haftungskosten zu den potentiellen Kosten durch entgangene Erträge aufgrund einer overblocking-bedingten Mindernutzung unzufriedener Nutzer ermitteln, weshalb zu erwarten ist, das ein „strategisches“ Overblocking insbesondere dann eintritt, wenn die Nutzer

---

[196] Goller, Copyfraud and Overclaiming – What to watch out for when implementing the EU copyright directive, abrufbar unter: https://irights.info/artikel/copyfraud-and-overclaiming-what-to-watch-out-for-when-implementing-the-eu-copyright-directive/29654, zuletzt abgerufen am 26.03.2020.

[197] *Holznagel*, ZUM 2020, 1, 4; *Volkmann*, CR 2019, 376 Rn. 42; *Senftleben*, ZUM 2019, 369, 372.

[198] Irights Stellungnahme zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/790, S. 24.

[199] Ähnlich: *Schaper/Verweyen*, K&R 2019, 435, 439.

[200] Vgl. Raue/Steinebach, ZUM 2020, 355 ff.

[201] Specht-Riemenschneider, Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten, Stellungnahme des Sachverständigenrates für Verbraucherfragen, im Erscheinen.

keine ausreichenden Ausweichmöglichkeiten auf andere Plattformen haben, die weniger stark filtern oder zweitens die Haftungskosten zu hoch sind. Insbesondere die Haftungskosten können – je nach Ausgestaltung durch die Rechtsprechung – aufgrund der Möglichkeit der dreifachen Schadensberechnung insbesondere im Rahmen der Lizenzanalogie allerdings ganz erheblich ausfallen, was ein strategisches Overblocking fördert. Einem strategischen Overblocking könnte daher eben nicht nur durch Bußgelder, die das Risiko einer unverhältnismäßigen Belastung der Diensteanbieter in sich tragen, sondern auch durch eine Absenkung potentieller Haftungsrisiken begegnet werden.[202] Diese Absenkung potentieller Haftungsrisiken kann beispielsweise durch Anpassung des Verschuldensmaßstabes erreicht werden.[203] Der Gesetzgeber könnte hierauf jedenfalls in der Gesetzesbegründung hinweisen.

(c) Uploadfilter für sämtliche Rechteinhaber?

Content-ID kann derzeit nur von einer bestimmten Anzahl an Rechteinhabern genutzt werden. Auch Art. 17 Abs. 4 lit. b) DSM-RL spricht lediglich davon, dass alle Anstrengungen unternommen werden müssen, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind. Keine Angaben werden dazu gemacht, ob die Möglichkeit, entsprechende Informationen bereitzustellen, damit ein Uploadfilter die betroffenen Werke automatisch herausfiltert, sämtlichen Rechteinhabern gewährleistet werden müssen, ob also Uploadfilter zugunsten sämtlicher Rechteinhaber wirken müssen.

Auf Grundlage von ErwGr 66 UAbs. 5 DSM-RL ließe sich eine solche Pflicht zur Zurverfügungstellung von Uploadfiltern für sämtliche Rechteinhaber herleiten. Denn ErwGr 66 UAbs. 5 DSM-RL formuliert, dass die Diensteanbieter nicht für rechtswidrige Inhalte haften, wenn die Rechteinhaber nicht die einschlägigen und notwenigen Informationen zur Verfügung stellen oder den Diensteanbieter nicht mitteilen, dass der Zugang zu ihren Inhalten gesperrt oder ein Inhalt entfernt werden soll. Dies könnte implizieren, dass die Möglichkeit der Informationserteilung zumindest jedem Rechteinhaber gewährt werden muss. Andererseits ist aber auch dies letztlich eine Frage der Verhältnismäßigkeit, Art. 17 Abs. 5 DSM-RL, und muss mit folgenden Erwägungen

[202] Specht-Riemenschneider, Grundlegung einer verbrauchergerechten Regulierung interaktionsmittelnder Plattformfunktionalitäten, Stellungnahme des Sachverständigenrates für Verbraucherfragen, im Erscheinen.

[203] *Ohly*, Verhandlungen des 70. Deutschen Juristentages, Hannover 2014, Band I: Gutachten / Teil F: Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, S. F 107, 108; für einen entsprechend moderaten Verschuldensmaßstab sprechen sich ebenfalls aus: Hofmann, GRUR 2019, 1219 Fn. 55; *Volkmann*, CR 2019, 376 Rn. 57.

abgelehnt werden: Sperren Filtertechniken tatsächlich automatisiert sämtliche Inhalte, an denen ein Claim besteht, so wäre es den in den urheberrechtlichen Ausnahmen und Beschränkungen normierten Nutzerbefugnissen und auch den Grundrechten und Grundfreiheiten der Rechteinhaber, deren Inhalte durch einen unrechtmäßigen Claim zugunsten einer anderen Person monetarisiert werden könnten, gerade abträglich, den Diensteanbietern eine Verpflichtung aufzuerlegen, Filtertechniken für sämtliche Rechteinhaber zur Verfügung stellen zu müssen. Ganz im Gegenteil sollten zur Gewährleistung der Nutzerbefugnisse sowie der Grundrechte und Grundfreiheiten der Rechteinhaber selbst einschränkende Bedingungen für die Nutzung von Uploadfiltertechniken formuliert werden. Denken ließe sich etwa daran, bestimmte Kriterien zu formulieren, die der Rechteinhaber erfüllen muss, um einen Claim anmelden zu können. Das könnte einerseits die eigene gesetzestreue Nutzung des Diensteanbieters sein, aber auch Anforderungen zum Nachweis der Urheberschaft an dem geclaimten Werk sowie seine inhaltliche Spezifizierung, darüber hinaus Namen und ladungsfähige Anschrift, damit beispielsweise im Falle einer Rechteanmaßung über diese Daten (auf Grundlage von § 242 BGB) Auskunft an den verletzten Rechteinhaber erteilt oder der sich Rechte anmaßende Nutzer sodann unmittelbar in Anspruch genommen werden kann. Welche weiteren Vorgaben von Rechteinhabern zu erfüllen sind, um einen Claim anmelden zu können, sollte in einer Durchführungsverordnung konkretisert werden.[204]

(d) Menschliche statt maschinelle Prüfung

Der Gesetzgeber hat hinsichtlich der Verfahren, mit denen die branchenüblichen Standards ermittelt werden, einen Ausgestaltungsspielraum.

In Betracht kommt insbesondere eine Differenzierung zwischen Inhalten, die als rechtmäßige Inhalte gekennzeichnet sind (pre-flagging) [205] und eine summarische Prüfung (Plausibilitätsprüfung)[206] ergibt, dass die rechtmäßige Nutzung der Inhalte nicht ausgeschlossen ist, und Inhalten, die nicht als solche gekennzeichnet wurden. Erstbenannte Inhalte könnten unmittelbar von den

---

[204] Zur Idee einer Durchführungsverordnung vgl. *Spindler,* CR 2020, 50 ff.

[205] *Dreier*, GRUR 2019, 771, 777; *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1228; *Becker*, ZUM 2019, 636, 645; *Spindler*, CR 2019, 277, 290; Stellungnahme ARD und ZDF zur DSM-RL schlagen eine White-List „besonders verantworteter Dienste“ vor (S. 6), die von algorithmenbasierten Filterpflichten aber auch vom notice- and takedown-Verfahren ausgenommen sein sollen, abrufbar unter: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwihn9DhhIv-pAhWP6aQKHfV5Cv8QFjAAegQIAxAB&url=https%3A%2F%2Fwww.zdf.de%2Fassets%2Fpositionen-publikationen-stellungnahme-dsl-online-satcab-rl-100~original&usg=AOvVaw3DM-hFLaZaeAtbKVSV37O, zuletzt abgerufen am 28.04.2020.

[206] *Leistner* ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

Filterpflichten ausgenommen und einer menschlichen statt einer maschinellen Prüfung unterzogen und ggf. nach dieser Prüfung offline genommen werden (delayed takedown).[207] Ob der Gesetzgeber derart konkrete Standards abschließend formulieren darf oder dies nicht einzelfallspezifisch richterrechtlich festzulegen ist, lässt sich der Richtlinie nicht mit letzter Sicherheit entnehmen. Letztlich obliegt dem EuGH die Deutungshoheit über die Richtlinie, unabhängig davon, ob ihre Voraussetzungen durch den Gesetzgeber oder die Rechtsprechung konkretisiert werden. In Anbetracht wünschenswerter Rechtssicherheit würde es sich anbieten, eine gesetzliche Vermutung der Erfüllung hoher branchenüblicher Standards einzuführen, wenn Vorgaben eingehalten werden, die durch interdisziplinär besetzte Expertengremien erarbeitet werden, was freilich vom Diensteanbieter bewiesen werden müsste, wie Art. 17 Abs. 4 DSM-RL verlangt.[208] Erleichtert werden könnte die Beweispflicht durch entsprechende Zertifizierungen.[209] Branchenüblich kann dabei nicht sein, was objektiv unmöglich im Sinne des § 275 BGB ist.[210] Die einzurichtenden Expertengremien müssten die gem. Art. 17 Abs. 10 DSM-RL im Stakeholderdialog aufgestellten Leitlinien, die selbst keinen Gesetzescharakter haben,211 aufgreifen und umsetzen.[212]

Ebenso durch dieses Expertengremium unter Beachtung der Stakeholdervorgaben im Sinne des Art. 17 Abs. 10 DSM-RL können Identifizierungsvorgaben für die Rechteinhaber sowie Verifizierungsvorgaben für die Rechteinformationen vorgesehen werden[213]

(3) Notice-and-stay-down-Element

Das Notice-and-stay-down-Element wird sich hingegen im Wesentlichen daran orientieren können, was auch schon heute für eine Inanspruchnahme von Host-Providern nach Art. 14 ECRL gilt. Ob die explizite Vorgabe, „alle Anstrengungen“ unternehmen zu müssen, um nach einer Kenntnis der Rechtsverletzung das künftige Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern, zu einer Verschärfung dieser Rechtslage führt, darf zumindest bezweifelt

[207] *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1228; *Spindler*, CR 2020, 50 Rn. 24; *Dreier*, GRUR 2019, 771, 777; Raue/Steinebach, ZUM 2020, 355 ff.

[208] *Spindler*, CR 2020, 50 Rn. 23 schlägt die Beteiligung gesellschaftlich relevanter Gruppen vor.

[209] *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1227.

[210] Zutreffend: *Spindler*, CR 2020, 50 Tz. 29.

[211] EuGH, Urt. v. 28.06.2005 – C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P, C-208/02 P, C-213/02 P, ECLI:EU:C:2005:408 = WuW 2005, 819 Tz. 211 – *Dansk Rørindustri*.

[212] *Spindler*, CR 2020, 50 Rn. 32.

[213] *Spindler*, CR. 2020, 50 Rn. 36 f.

werden. Bereits de lege lata besteht eine weitreichende Verpflichtung zur Verhinderung des künftigen Uploads einmal als rechtsverletzend erachteter Inhalte sowie sinngleicher/kerngleicher Inhalte, die gerade auch durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit geprägt ist.[214]

ff) Art. 17 Abs. 6 DSM-RL

Art. 17 Abs. 6 DSM-RL enthält eine sogenannte Kleinstplattformklausel, die dazu führen soll, dass die spezielle Situation von Startup-Unternehmen berücksichtigt wird, die Inhalte, die Nutzer hochladen, nutzen, um neue Geschäftsmodelle zu entwickeln. Die spezielle Regelung für neue Diensteanbieter mit geringem Umsatz und kleinem Publikum soll allerdings nach ErwGr 67 DSM-RL echten Jungunternehmen zugutekommen, weshalb ihre Geltung jeweils drei Jahre, nachdem ihre Dienste erstmals in der Union online verfügbar wurden, enden soll. Sie soll daher nicht für neu gegründete Dienste oder für Dienste gelten, die unter einem neuen Namen angeboten werden, jedoch die Tätigkeit eines bereits bestehenden Diensteanbieters für das Teilen von Online-Inhalten fortführen, dem diese Regelung nicht oder nicht mehr zugutekommt. Es handelt sich um eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, der die Leistungsfähigkeit der Diensteanbieter berücksichtigt.

Entsprechend müssen die Mitgliedstaaten nach Art. 17 Abs. 6 DSM-RL vorsehen, dass die Geltung der in Absatz 4 festgelegten Verantwortung für neue Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, deren Dienste der Öffentlichkeit in der Union seit weniger als drei Jahren zur Verfügung stehen und deren Jahresumsatz, berechnet nach der Empfehlung der Kommission 2003/361/EG 10 Mio. EUR nicht übersteigt, darauf beschränkt ist, Absatz 4 Buchstabe a einzuhalten und nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises von den Rechteinhabern unverzüglich zu handeln, um den Zugang zu den entsprechenden Werken und sonstigen Schutzgegenständen zu sperren bzw. die entsprechenden Werke und sonstigen Schutzgegenstände von ihren Internetseiten zu entfernen. Das präventive Aktionselement muss von diesen Diensteanbietern insofern gerade nicht vorgesehen werden.

Übersteigt — berechnet auf der Grundlage des vorausgegangenen Kalenderjahrs — die durchschnittliche monatliche Anzahl unterschiedlicher Besucher der Internetseiten derartiger

[214] EuGH, Urt. v. 03.10.2019 – C-18/18, ECLI:EU:C:2019:821 = MMR 2019, 798 Tz. 41 ff. – *Glawischnig-Piesczek* m.Anm. *Specht-Riemenschneider*.

Diensteanbieter 5 Mio., so müssen die Anbieter derartiger Dienste außerdem den Nachweis erbringen, dass sie alle Anstrengungen unternommen haben, um das künftige Hochladen der gemeldeten Werke und sonstigen Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, zu verhindern, sie trifft wiederum eine Verpflichtung zum stay-down rechtsverletzender Inhalte nach Hinweis.

Kleinstplattformen nach diesen Kriterien haben daher geringere Verpflichtungen als nicht unter diese Regelung fallende Diensteanbieter. Art. 17 Abs. 6 UAbs. 1 DSM-RL ließe sich sogar als Abmilderung der derzeit in Deutschland im Rahmen der Störerhaftung bestehenden Verpflichtungen erachten. Denn derzeit müssen Diensteanbieter unterschiedslos dafür Sorge tragen, dass rechtsverletzende Inhalte nach einem entsprechenden Zurkenntnisbringen dieser Rechtsverletzung von der Plattform entfernt und dafür Sorge getragen wird, dass es nicht zu identischen oder kerngleichen Verletzungshandlungen kommt (notice-and-staydown). Lediglich in der Reichweite der Prüfpflichten wird differenziert zwischen verschiedenen Diensteanbietern. ErwGr 66 DSM-RL sieht allerdings explizit vor, dass die Möglichkeit nationaler Gerichte und Verwaltungsbehörden, im Einklang mit dem Unionsrecht Verfügungen zu erlassen, von dem Haftungsregime des Art. 17 DSM-RL unberührt bleibt. Die Störerhaftung ist demnach nicht ausgeschlossen, auch wenn eine entsprechende Freistellung europarechtlich möglich wäre. Sie müsste vom Gesetzgeber aber explizit normiert werden.[215]

gg) Art. 17 Abs. 7 DSM-RL

Art. 17 Abs. 7 DSM-RL sieht vor, dass die Zusammenarbeit zwischen den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten und den Rechteinhabern nicht bewirken darf, dass von Nutzern hochgeladene Werke oder sonstige Schutzgegenstände, bei denen kein Verstoß gegen das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte vorliegt, nicht verfügbar sind, und zwar auch dann, wenn die Nutzung eines Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes im Rahmen einer Ausnahme oder Beschränkung erlaubt ist. Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass sich alle Nutzer, die nutzergenerierte Inhalte auf Diensten für das Teilen von Online-Inhalten hochladen oder auf Diensten für das Teilen von Online-Inhalten zugänglich machen, in jedem Mitgliedstaat auf jede der folgenden Ausnahmen oder Beschränkungen stützen können:

a) Zitate, Kritik und Rezensionen;

[215] *Würtenberger/Freischem*, GRUR-Stellungnahme, S. 66.

b) Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches.

Der Wortlaut von Art. 17 Abs. 7 DSM-RL legt dabei nahe, jedenfalls diese Beschränkungen des Urheberrechts zwingend ins nationale Recht aufzunehmen und als subjektive Nutzerrechte ausgestalten zu müssen.[216] Dies ist auch unionsgrundrechtlich geboten.[217]

hh) Art. 17 Abs. 8 DSM-RL

Art. 17 Abs. 8 DSM-RL untersagt es, Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten allgemeine Überwachungspflichten aufzuerlegen. Für Access-, Cache- und Host-Provider ergibt sich dies bereits aus Art. 15 DSM-RL. Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten wurden bislang zu großen Teilen als Host-Anbieter qualifiziert. Selbst wenn sie aber eine aktivere Rolle einnehmen sollten als sie dem Host-Provider in Art. 14 ECRL zugedacht ist, gilt das Verbot der Allgemeinen Überwachungspflicht über Art. 17 Abs. 8 DSM-RL. Es lässt sich trefflich darüber streiten, ob dieses Verbot der allgemeinen Überwachungspflicht mit den Vorgaben des Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL kollidiert (auf lit. a) bezieht sich das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten, wie dargelegt,[218] nicht), denn die Pflicht, nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen zu unternehmen, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke oder sonstige Schutzgegenstände nicht verfügbar sind, knüpft jedenfalls nicht an den Anlass einer Rechtsverletzung an, sondern einzig an die Mitteilung eines Rechteinhabers über seine Rechteinhaberschaft. Ob dies ausreichender Anlass im Sinne des Art. 15 ECRL und damit auch im Sinne des Art. 17 Abs. 8 DSM-RL ist, der an die Formulierung der ECRL offensichtlich anknüpft, darf zumindest bezweifelt sein. Denn letztlich handelt es sich bei dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten um eine Ausprägung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes. Die den Diensteanbietern abzuverlangenden Maßnahmen dürfen diese daher im Verhältnis zum verfolgten Zweck nicht übermäßig belasten. Knüpfen die Verpflichtungen an konkrete Rechtsverletzungen an, wie dies de lege lata der Fall ist, perpetuiert sich in dieser Rechtsverletzung die zuvor nur abstrakt bestehende Gefahr derartiger Rechtsverletzungen und ist die Gefahr einer erneuten Rechtsverletzung wohl wesentlich konkreter als in Fällen, in denen eine Rechtsverletzung (noch) nicht stattgefunden hat, weshalb die Maßnahmen zum Schutz der Rechteinhaber nach dem

[216] Zutreffend: *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1222; *Holznagel*, ZUM 2020, 1, 4: Ein Recht des Nutzers auf Schrankenausübung ist aus Nutzersicht wünschenswert.

[217] Vgl. hierzu die Ausführungen unter IV.6.

[218] Vgl. hierzu die Ausführungen IV.7.b)dd)(1)(a)(aa).

Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bei vorangegangener Rechtsverletzung strenger ausfallen dürfen sollten als ohne eine solche konkrete Rechtsverletzung.

Art. 17 Abs. 8 UAbs. 2 DSM-RL enthält darüber hinaus die Vorgabe, dass die Mitgliedstaaten vorsehen, dass Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten den Rechteinhabern auf deren Ersuchen angemessene Informationen über die Funktionsweise ihrer Verfahren im Hinblick auf die Zusammenarbeit nach Absatz 4 und — im Fall von Lizenzvereinbarungen zwischen den Anbietern dieser Dienste und den Rechteinhabern — Informationen über die Nutzung der unter diese Vereinbarungen fallenden Inhalte bereitstellen. Diese Verpflichtung muss freilich die Rechte und Interessen der Diensteanbieter, insbesondere ihre Recht auf Schutz der Geschäftsgeheimnisse ebenfalls gebührend berücksichtigen und ist diesbezüglich einschränkend auszulegen. Nicht ersichtlich ist, weshalb nur Rechteinhabern ein entsprechender Auskunftsanspruch zustehen soll. Die Richtlinie verbietet es nicht, diesen Anspruch auch Nutzern und Nutzerorganisationen zuzusprechen. ErwGr 71 S. 2 DSM-RL spricht sogar explizit davon, dass Nutzerorganisationen Zugang zu Informationen über die Maßnahmen haben sollten, die Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten im Hinblick auf die Verwaltung von Online-Inhalten ergreifen. Eine entsprechende Regelung ist dem Gesetzgeber zu empfehlen.[219]

ii) Art. 17 Abs. 9 DSM-RL

Art. 17 Abs. 9 DSM-RL ist wesentlich für die Gewährleistung und Durchsetzung von Nutzerbefugnissen. Er verpflichtet die Mitgliedstaaten, vorzusehen, dass Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten den Nutzern ihrer Dienste im Fall von Streitigkeiten über die Sperrung des Zugangs zu den von diesen hochgeladenen Werken oder sonstigen Schutzgegenständen bzw. über die Entfernung der von diesen hochgeladenen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände wirksame und zügige Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung stellen. Art. 17 Abs. 9 UAbs. 2 DSM-RL sieht konkretisierend vor, dass eingereichte Beschwerden unverzüglich zu bearbeiten sind, und Entscheidungen über die Sperrung des Zugangs zu hochgeladenen Inhalten bzw. über die Entfernung hochgeladener Inhalte einer von Menschen durchgeführten Überprüfung zu unterziehen sind. Die Mitgliedstaaten gewährleisten zudem, dass zur Beilegung von Streitigkeiten außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung stehen. Dies ließe sich

[219] *Würtenberger/Freischem*, GRUR-Stellungnahme, S. 71.

beispielsweise im Wege von Schlichtungsverfahren realisieren. Unbeschadet der Rechte der Nutzer auf wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf müssen derartige Verfahren die unparteiische Beilegung von Streitigkeiten ermöglichen und dürfen den Nutzern den Rechtsschutz nach nationalem Recht nicht vorenthalten. D.h. Schlichtungsverfahren dürfen nicht Voraussetzung für ein Gerichtsverfahren sein. Dem Nutzer muss es freistehen, auch bereits unmittelbar gegen die Entscheidung des Diensteanbieters über eine Beschwerde des Nutzers gerichtliche Verfahren in Anspruch zu nehmen. Die Mitgliedstaaten müssen daher gewährleisten, dass die Nutzer Zugang zu einem Gericht oder einem anderen einschlägigen Organ der Rechtspflege haben, um die Inanspruchnahme einer Ausnahme oder Beschränkung für das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte geltend machen zu können. Ob der Nutzer auch bereits gegen die erste Sperrentscheidung des Diensteanbieters unmittelbar gerichtlich vorgehen können muss oder ob er dem Diensteanbieter vorab jedenfalls einmal die Möglichkeit geben muss, seine Entscheidung zu überprüfen, ist sicherlich streitbar. Aufgrund der Vielzahl der automatisierten Sperrentscheidungen scheint es im Sinne einer verhältnismäßigen Regelung aber angezeigt, dem Diensteanbieter diese Überprüfungsmöglichkeit zuzugestehen.

Weiter enthalten Art. 17 Abs. 9 UAbs. 3 und UAbs. 4 DSM-RL die Vorgabe, dass die Richtlinie die berechtigte Nutzung urheberrechtlich relevanter Inhalte, etwa die Nutzung im Rahmen der im Unionsrecht festgelegten Ausnahmen oder Beschränkungen, in keiner Weise beeinträchtigen und weder zur Identifizierung einzelner Nutzer führen noch als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten dienen darf, außer dies erfolgt im Einklang mit der Richtlinie 2002/58/EG und der Datenschutzgrundverordnung.

Außerdem haben die Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten ihre Nutzer in ihren Geschäftsbedingungen darüber zu informieren, dass sie Werke und sonstige Schutzgegenstände im Rahmen der im Unionsrecht festgelegten Ausnahmen und Beschränkungen für das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte nutzen können.

Letztlich sieht Art. 17 Abs. 9 UAbs. 2 S. 1 DSM-RL vor, dass Rechteinhaber, die die Sperrung des Zugangs zu ihren Werken oder sonstigen Schutzgegenständen oder die Entfernung dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände verlangen, ihr Ersuchen in angemessener Weise begründen müssen. Welcher Detailgrad für die Begründung zu verlangen ist, wird nicht präzisiert. Man wird aber einerseits verlangen können, dass der Detailgrad so hoch ist, dass Rechteinhaber und Werk

rechtssicher zugeordnet werden können, damit es nicht zu Missverständnissen kommt. Es werden Angaben zur Schutzdauer gemacht werden müssen und der Rechteinhaber muss für den Fall eines unberechtigten Hinweises auf seine Rechteinhaberschaft hierfür zur Verantwortung gezogen werden können. Andererseits darf den Rechteinhabern aber auch kein Detailgrad abverlangt werden, der sie faktisch von der Ausübung ihrer Rechte abhält.

Die Vorgaben des Art. 17 Abs. 9 DSM-RL sind im Folgenden zu konkretisieren:

(1) Subjektives Nutzerrecht auf Schrankendurchsetzung (beschränkter Restore-Anspruch)

Muss der Nutzer die Inanspruchnahme einer Ausnahme oder Beschränkung für das Urheberrecht gerichtlich geltend machen können, folgt hieraus ein subjektives Nutzerrecht auf Ausübung der in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL genannten Beschränkungen des Urheberrechts. Die urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen gewähren de lege lata ein solches subjektives Nutzerrecht nicht, weshalb sich argumentieren ließe, die Umkehr dieses Grundsatzes gelte einzig für die in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL explizit enthaltenen Ausnahmen und Beschränkungen, ließe sich aber nicht auf die übrigen Beschränkungen des Urheberrechts übertragen. Eine andere Lesart ergibt sich aber mit Blick auf Art. 17 Abs. 9 UAbs 4 DSM-RL („Diese Richtlinie beeinträchtigt in keiner Weise die berechtigte Nutzung, etwa die Nutzung im Rahmen der im Unionsrecht festgelegten Ausnahmen oder Beschränkungen.“) und den Wortlaut des Art. 17 Abs. 7 DSM-RL („Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass sich alle Nutzer, die nutzergenerierte Inhalte auf Diensten für das Teilen von Online-Inhalten hochladen oder auf Diensten für das Teilen von Online-Inhalten zugänglich machen, in jedem Mitgliedstaat auf jede der folgenden Ausnahmen oder Beschränkungen stützen können“). Bedenkt man, dass die InfoSoc-RL es allein zuließ, die Mitgliedstaaten aber nicht verpflichtete, die in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL benannten Ausnahmen und Beschränkungen im nationalen Recht vorzusehen (vgl. Art. 5 Abs. 3 lit. d, k InfoSoc-RL), so ließe sich Art. 17 Abs. 7 i.V.m. Abs. 9 UAbs. 4 DSM-RL auch und sogar vielmehr dahingehend verstehen, dass die in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL benannten Beschränkungen des Urheberrechts nunmehr zwingend im nationalen Recht vorzuhalten sind[220] und der Charakter als subjektive Nutzerrechte gem.

[220] So auch: *Metzger/Senftleben*, Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law – Comment of the European Copyright Society, p. 11; *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1220; *Leistner*, ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

Art. 17 Abs. 9 DSM-RL sämtlichen Beschränkungen des Urheberrechts zukommen soll.[221] Hierfür spricht auch Art. 17 Abs. 9 UAbs. 2 S. 5 DSM-RL, der explizit davon spricht, dass *„Nutzer Zugang zu einem Gericht oder einem anderen einschlägigen Organ der Rechtspflege haben* [müssen]*, um die Inanspruchnahme **einer*** [Hervorhebung durch die Verfasserin] *Ausnahme oder Beschränkung für das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte geltend machen zu können."* Denselben Wortlaut enthält auch ErwGr 70 UAbs. 2 S. 7 DSM-RL. ErwGr 70 UAbs. 1 S. 4 DSM-RL spricht ebenfalls für diese Auslegung, spricht er doch gerade davon, dass die in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL genannten Bestimmungen verpflichtend geltend sollen, um sicherzustellen, dass Nutzer in der gesamten Union einheitlichen Schutz erhalten. Auch als Ergebnis der Trilogverhandlungen wurde bereits in ErwGr 9 DSM-RL festgehalten, dass die in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL genannten Beschränkungen des Urheberrechts (abweichend von Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-RL) zwingend ausgestaltet sein sollen.[222]

Das vorzusehende subjektive Recht der Nutzer auf Ausübung zumindest der in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL genannten Beschränkungen des Urheberrechts darf auch AGB-rechtlich nicht abbedungen werden können. Der Diensteanbieter sollte also keine Möglichkeit erhalten, einen Inhalt unter Berufung auf seine Urheberrechtswidrigkeit zu sperren, wenn eine solche Urheberrechtswidrigkeit tatsächlich nicht vorliegt. Bei einem Inhalt, der zunächst gesperrt worden ist, sollte insofern ein Restore-Anspruch bestehen, sofern der Inhalt keine Urheberrechtsverletzung begründet. Einen generellen Anspruch auf Onlinestellung eines Inhaltes kann es demgegenüber unter Berücksichtigung der Privatautonomie des Diensteanbieters nicht geben.[223] Entsprechend ist es dem Diensteanbieter außerhalb des von Art. 17 Abs. 7, Abs. 9 DSM-RL betroffenen Bereichs weiterhin möglich, AGB-rechtliche Standards zur Onlinestellung von Inhalten festzulegen, die aber freilich der AGB-Kontrolle unterliegen. Die zu normierenden subjektiven Nutzerrechte sollten in Anspruchskonkurrenz zu möglichen neben sie tretenden vertraglichen Ansprüchen stehen.

(2) Präventiv- und verfahrensrechtliche Absicherung

[221] So auch: *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1220

[222] Trilogdokument 6637/19 v. 20.02.2019, 2016/0280 (COD).

[223] *Spindler*, CR 2020, 50, 57; *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1227.

Das subjektive Nutzerrecht ist verfahrensrechtlich abzusichern, was sowohl durch präventive Maßnahmen und nutzerfreundliche Technikregulierung, als auch durch nachträgliche Verfahrensgewährleistungen erfolgen sollte. Sämtliche zur Verfügung zu stellenden Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren sind wirksam und zügig auszugestalten, was eine Inanspruchnahmemöglichkeit gerichtlicher Rechtsbehelfe im Eilverfahren sowie kurze (aber selbstverständlich angemessene) Prüffristen (ErwGr 70 DSM-RL spricht von „unverzüglich") der Diensteanbieter erfordert. Eine Wirksamkeit der Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren erfordert außerdem nutzerfreundliche Erreichbarkeitsmöglichkeiten sowie Zustellungsoptionen von Schriftstücken und Titeln im Inland.

(a) Pre-flagging und delayed takedown

Präventiv kommt vor allem eine Ausnahme von den Filterpflichten für Inhalte in Betracht, die in Ausübung urheberrechtlicher Ausnahmen und Beschränkungen öffentlich zugänglich gemacht und gekennzeichnet wurden, sofern diese Kennzeichnung im Rahmen einer summarischen Prüfung plausibel scheint.[224] Diese Inhalte werden zunächst online gestellt und werden sodann von einem Menschen auf ihre urheberrechtliche Vereinbarkeit geprüft. Wird ihre Urheberrechtswidrigkeit festgestellt, werden sie anschließend offline genommen (pre-flagging und delayed takedown[225]). In diesem ersten Onlinestellen dürfte dann aber keine Rechtsverletzung liegen. Dies sollte der Gesetzgeber unbedingt normieren.[226] Stützen kann sich der Umsetzungsgesetzgeber für eine solche Lesart auf Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1 DSM-RL sowie auf Art. 17 Abs. 9 UAbs. 3 DSM-RL. Es sollte wohl bedacht sein, ob ein unrechtmäßiges Flagging als zulässiger Inhalt (wrongful flagging)[227] tatsächlich zum Ausschluss des Nutzers führen oder anderweitig sanktioniert werden sollte,[228] da der häufig rechtsunkundige Nutzer auf diese Weise von der Kennzeichnung seiner Inhalte als rechtmäßig abgehalten werden wird. Selbst dann, wenn hohe Voraussetzungen für die Annahme eines solchen missbräuchlichen Flaggings bestünden, bspw. ein vorsätzliches unrechtmäßiges Flagging erforderlich sein sollte, kann dies den rechtsunkundigen Nutzer von der Wahrnehmung einer Flagging-Möglichkeit abhalten. Eine vorzugswürdige Option ist es, einen

---

[224] *Leistner* ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

[225] Vgl. *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1228; *Becker*, ZUM 2019 636, 645; *Dreier*, GRUR 2019, 771, 777; Raue/Steinebach, ZUM 2020, 355 ff.

[226] *Dreier*, GRUR 2019, 771, 777; *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1228.

[227] *Spindler*, CR 2020, 50 Rn. 52.

[228] *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1228.

Anreiz zu rechtmäßigen Verhalten zu geben, etwa dadurch, dass sich ein mehrfach unrechtmäßiges pre-flagging auf die Plausibilitätsprüfung auswirkt.

Einem ersten Sperren auch aller übrigen Inhalte ließe sich darüber hinaus eine algorithmenbasierte Plausibilitätskontrolle der Rechteinhaberinformationen voranstellen, die Parameter der Plausibilitätskontrolle könnten unter Art. 17 Abs. 10 DSM-RL ausgearbeitet und in einer Durchführungsverordnung konkretisiert werden.[229]

(b) Nutzerfreundliche Technikregulierung

Upload-Filter können darüber hinaus unterschiedlich „scharf" gestellt werden. Sie reagieren entsprechend ihrer Parametrisierung in differenzierter Weise auf unterschiedliche Arten von Nutzeruploads.[230] Vorgeschlagen wird, insbesondere bereits bei der Festsetzung von Ähnlichkeitsschwellenwerten, bei denen Upload-Filter den Upload eines Inhalts verhindern, die Kommunikationsfreiheit der Nutzer zu berücksichtigen.[231] Denn die Grundrechte und Grundfreiheiten der Nutzer müssen sehr viel eher hinter den Grundrechten und Grundfreiheiten der Rechteinhaber zurückstehen, je wahrscheinlicher eine Urheberrechtsverletzung durch die öffentliche Wiedergabe durch den entsprechenden Nutzerinhalt ist. Dem sich auch hier stellenden Problem des unberechtigten Berühmens urheberrechtlicher Inhalte („Urheberrechtstrolle"/"Copyfraud"/"Overclaiming") ließe sich durch entsprechende Sanktionierung begegnen.[232]

Griffen Filtertechniken aber nur bei identischen Verletzungsformen, ließen sie sich leicht umgehen, weshalb auch leicht modifizierte Inhalte erkannt werden müssen. Wie weitreichend diese Modifikationen aber reichen dürfen, um noch als zu sperrender Inhalt erkannt zu werden, ist maßgeblich für einen Ausgleich zwischen Nutzer- und Rechteinhaberinteressen. Vorgaben für diese Schwellenwerte ließen sich durch den Gesetzgeber so festlegen, dass die Nutzerbeeinträchtigung so gering wie möglich ausfällt, die Rechteinhaber aber gleichzeitig angemessen geschützt werden. Auf diese Weise würde bereits präventiv und durch Technikregulierung prakti-

[229] *Leistner*, ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen; *Würtenberger/Freischem*, GRUR-Stellungnahme, S. 68.

[230] *Raue/Steinebach*, ZUM 2020, 355 ff.

[231] *Raue/Steinebach*, ZUM 2020, 355 ff.

[232] *Raue/Steinebach*, ZUM 2020, 355 ff.

sche Konkordanz zwischen den betroffenen Grundrechten hergestellt. Es handelt sich um Designpflichten für Uploadfilter.[233] Es ließe sich eine Regelung einführen, nach der vermutet wird, bei Einhaltung der Vorgaben nutzerfreundlicher Technikgestaltung die Anforderungen des Art. 17 Abs. 4b) und c) zu erfüllen (modifizierter Good-Samaritan-Ansatz)

Aufgreifen ließe sich zu diesem Zwecke ein Vorschlag von *Raue/Steinebach*, die Reaktion des Filtersystems von folgenden Parametern abhängig zu machen:[234]

1. Ausmaß der Übereinstimmung:
   Das Ausmaß der erforderlichen Übereinstimmung zwischen dem durch den Rechteinhaber gemeldeten Inhalt und dem gefilterten Inhalt sollte so festgelegt werden, dass nur wenige false-positives ausgegeben werden.
2. Person des Rechteinhabers
   Sollten - entgegen dem oben dargelegten Vorschlag - Filtersysteme für alle Rechteinhaber vorgesehen werden, könnte das Filtersystem gleichwohl zwischen verschiedenen Rechteinhaberkategorien unterscheiden und Inhalte nur solcher Rechteinhaber automatisiert sperren, die sich in der Vergangenheit als bei der Nutzung des Dienstes als rechtstreu erwiesen haben[235]
3. Selbsteinschätzung des Nutzers
   Wie bereits an anderer Stelle dargelegt,[236] sollte ein als rechtmäßig geflaggter Inhalt von der automatisierten Filterung ausgenommen und von vornherein einer menschlichen Überprüfung zugeführt und ggf. nach dieser Prüfung offline genommen werden (pre-flagging und delayed takedown).
4. Zeitkritikalität
   Inhalte mit Bezug zum Tagesgeschehen (z.B. eine tagesaktuelle Parodie[237]) könnten ebenfalls von der automatisierten Filterpflicht ausgenommen werden, sofern keine 1:1-Übernahme des Inhalts vorliegt.
5. Gefährdungspotential des Inhalts

---

[233] Ähnlich: *Leistner*, ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

[234] *Raue/Steinebach*, ZUM 2020, 355 ff.

[235] *Raue/Steinebach*, ZUM 2020, 355 ff., sehen einen vertrauenswürdigen Rechteinhaber als solchen an, der über ein großes Repertoire und über einen seriösen Trackrecord verfügt.

[236] IV.7.b)ii)(2)(a).

[237] *Senftleben*, ZUM 2019, 369, 373.

Inhalte, die nur selten abgerufen werden, gefährden die Rechte und Interessen der Rechteinhaber weniger stark als hoch frequentierte Inhalte. Im Falle dieser nur selten abgerufenen Inhalte ist es daher gerechtfertigt, die Nutzerinteressen höher zu gewichten und Inhalte daher erst ab einem bestimmten Schwellenwert ihres Abrufes der automatisierten Filterpflicht zu unterwerfen.

(c) Nachträgliche Verfahrensgewährleistungen

(aa) Blogeintragverfahren

Nachträgliche Verfahrensgewährleistungen könnten ähnlich dem sogenannten Blogeintrag-Verfahren für Persönlichkeitsrechtsverletzungen erfolgen.[238] Konkret sollte im Falle eines geblockten Inhalts zunächst eine Information an den betroffenen Nutzer erfolgen. Zwar sieht die DSM-RL keine Informationserfordernisse an den Nutzer vor. Trotz ihres vollharmonisierenden Charakters sollte es jedoch im Wege der unionsgrundrechtskonformen Auslegung des Art. 17 DSM-RL unschädlich sein, entsprechende verfahrensrechtliche Informationspflichten zugunsten der Nutzer zu etablieren. ErwGr 71 DSM-RL sieht immerhin vor, dass Nutzerorganisationen gewisse Informationsansprüche haben sollen.

Der Nutzer sollte die Möglichkeit erhalten, der Sperrung des Inhalts zu widersprechen, was der Diensteanbieter zunächst durch einen Menschen (Art. 17 Abs. 9 UAbs. 2 S. 2 DSM-RL) prüft. Ob der Inhalt während der Überprüfung durch den Diensteanbieter online oder offline zu halten ist, gibt die Richtlinie nicht explizit vor. Einerseits ließe sich argumentieren, ein Takedown nach Überprüfung des Inhalts sei in Anbetracht der Vorgabe eines effektiven Schutzes der Rechteinhaber durch Art. 3 der Durchsetzungsrichtlinie nicht mehr unverzüglich im Sinne des Art. 17 Abs. 4 c) DSM-RL, ebenso ließe sich aber die gegenteilige Argumentation auf Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1 DSM-RL sowie Art. 17 Abs. 9 UAbs. 3 DSM-RL stützen. Zum Ausgleich der widerstreitenden Positionen könnte auch hier ein Unterschied zwischen als in Ausübung urheberrechtlicher Ausnahmen und Beschränkungen öffentlich zugänglich gemacht gekennzeichneter Inhalte und anderer Inhalte gemacht werden.[239]

---

[238] Ebenso: *Spindler*, CR 2020, 50 ff.

[239] Vgl. *Holznagel*, ZUM 2020, 1, 5; Leistner will zwischen Inhalten von trusted usern und trusted rightholdern trennen, was zu ähnlichen Ergebnissen führen würde, Leistner ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

Nutzerbeschwerden sind ausweislich Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 S. 3 DSM-RL unverzüglich zu bearbeiten, wobei eine unionsrechtlich autonome Auslegung des Begriffes der Unverzüglichkeit erfolgen muss und nicht auf bisherige Rechtsprechung - z.B. zum Blogeintragverfahren - zurückgegriffen werden kann. In Ermangelung konkreter Anhaltspunkte aus den Erwägungsgründen wird auch hier der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die Berücksichtigung der Leistungsfähigkeit des jeweils betroffenen Diensteanbieters erfordern. Die Beschwerde ist, weil auf sie eine Entscheidung über die Sperrung des Zugangs zu hochgeladenen Inhalten bzw. über die Entfernung hochgeladener Inhalte folgt, einer von Menschen durchgeführten Überprüfung zu unterziehen, darf also nicht automatisiert geprüft werden.

Orientierte man sich am Blogeintragverfahren,[240] so liefe die Bearbeitung der Beschwerde wie folgt ab: Auf Ersuchen des Nutzers ist die Beanspruchung des Inhaltes durch den Rechteinhaber an den Nutzer zur Stellungnahme weiterzuleiten. Bleibt eine Stellungnahme innerhalb einer nach den Umständen angemessenen Frist aus, ist der beanstandete Inhalt zu löschen. Beruft sich der Nutzer dagegen substantiiert auf Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts, sind von dem Rechteinhaber eine Stellungnahme und ggf. auch Nachweise zu verlangen, aus denen sich die behauptete Rechtsverletzung ergibt. Bleibt eine Stellungnahme des Rechteinhabers aus oder legt er erforderliche Nachweise nicht vor, ist eine weitere Prüfung nicht veranlasst. Ergibt sich aus der Stellungnahme des Rechteinhabers oder den vorgelegten Belegen dagegen eine rechtswidrige Verletzung des Urheberrechts, ist der beanstandete Eintrag zu löschen.

Diese Verfahrensanforderungen präzisierte und ergänzte der BGH in seiner Entscheidung *www.jameda.de*[241] dahingehend, dass die Pflicht des Diensteanbieters nicht darauf beschränkt ist, vom Nutzer ein kurzes Statement („in zwei Sätzen“) anzufordern. Vielmehr muss er sich auch ggf. bestehende *weitere Nachweise* zum Beleg für den vorgetragenen Sachverhalt einholen. Auch eine Orientierung am ähnlich ausgestalteten Gegenvorstellungsverfahren des NetzDG

[240] BGH, Urt. v. 25.10.2011 – VI ZR 93/10, GRUR 2012, 311 Tz. 27 – *Blog-Eintrag:* Verantwortlichkeit eines Host-Providers für verletzende Blog-Einträge; OLG Köln, Urt. v. 16.12.2014 – 15 U 141/14, ZUM-RD 2016, 249; LG Nürnberg-Fürth, Urt. v. 08.05.2012 – 11 O 2608/12, ZUM 2013, 70. Diese Grundsätze werden auch auf *andere Host-Provider* übertragen (KG, Urt. v. 07.03.2013 – 10 U 97/12, ZUM-RD 2013, 374: Einträge in Google Maps); vgl. eingehend zum Blogeintragverfahren: Dreier/Schulze-*Specht*, UrhG, 6. Aufl. 2018, § 33 KUG Rn. 5i m.w.Nachw.

[241] BGH, Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, GRUR 2016, 855 – *www.jameda.de*.

kommt in Betracht. Wichtig ist, dass beiden Parteien die Möglichkeit zur Stellungnahme eingeräumt wird, da nur auf informierter Grundlage eine angemessene Entscheidung durch den Diensteanbieter getroffen werden kann.[242]

(bb) Überprüfung durch eine Schlichtungsstelle

Zur Beilegung von Streitigkeiten sind außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung zu stellen. Die Richtlinie gibt nicht vor, dass diese erst nach einer Überprüfung der Inhaltssperrung zur Verfügung stehen müssen. Insofern ließe sich die Möglichkeit der Anrufung einer Schlichtungsstelle sowohl zur unmittelbaren Entscheidung über eine Sperrung oder Löschung von Inhalten vorsehen als auch zur Überprüfung der Entscheidung über eine Beschwerde des Nutzers, die dieser gegenüber dem Diensteanbieter erhoben hat.

An die Entscheidung der Schlichtungsstelle sind die Beteiligten zunächst gebunden. Entscheidet die Schlichtungsstelle also, dass ein Inhalt unzulässig ist, ist er zu sperren, entscheidet sie, dass er zulässig ist, ist er online zu belassen bzw. online zu stellen. Die Entscheidung kann auf Initiative des Nutzers, des Rechteinhabers oder des Diensteanbieters gerichtlich überprüft werden. Schlichtungsstellen sind durchaus umstritten und gelten nicht selten als ineffektiv. Der deutsche Gesetzgeber hatte ein Schlichtungsverfahren für Maßnahmen nach § 95b UrhG explizit als der Effizienz der Schrankendurchsetzung abträglich abgelehnt. In der Schweiz hingegen nimmt die sogenannte „*Beobachtungsstelle für technische Massnahmen*“ am Eidgenössischen Institut Nutzerrechte wahr. Ähnliche Vorschläge einer Schlichtungsstelle wurden auch für das NetzDG unterbreitet und sind auch von der DSM-RL als wirksame und zügige Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren vorgesehen. Es kann und darf jedenfalls nicht allein zu einer Gewährleistung von Nutzerrechten entsprechend eines Anspruchs gem. § 95b UrhG (gegen den Diensteanbieter, nicht gegen den Rechteinhaber) kommen, denn es liegen seit mehr als 10 Jahren empirische Untersuchungen vor, die darlegen, dass § 95b UrhG zu einer massenhaften Abbedingung von Nutzerbefugnissen führt.[243]

---

[242] BeckOGK-*Specht-Riemenschneider*, § 823 Teil Rn. 1436 ff.

[243] *Akester*, Technological accommodation of conflicts between freedom of expression and DRM: the first empirical assessment, 2009.

(cc) Gerichtliche Rechtsbehelfsmöglichkeit

Dem Nutzer ist die Möglichkeit zu geben, die Inanspruchnahme einer Ausnahme oder Beschränkung für das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte gerichtlich geltend machen zu können. Das gerichtliche Verfahren kann alternativ oder nach Entscheidung der Schlichtungsstelle durch Klageerhebung eingeleitet werden, es sollte dem Diensteanbieter aber mit Blick auf Verhältnismäßigkeitserwägungen sowie auch mit Blick auf § 93 ZPO aufgrund der Vielzahl automatisierter Entscheidungen, die er zu treffen hat, ihm vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens die Möglichkeit gegeben werden, seine Entscheidung zu überprüfen. Geschieht dies nicht, sollte dies aber nicht die (derzeitige) Unzulässigkeit der Klage zur Folge haben, sondern einzig die negative Kostenfolge für den Betroffenen.

(dd) Ausweitung der Verbandsklagebefugnis und Transparenzpflichten

Überdies sollte es zu einer Ausweitung der Verbandsklagebefugnis entsprechend §§ 2a, 3a UKlaG kommen. Es lassen sich außerdem Transparenzpflichten des Diensteanbieters erwägen, welche Anzahl von Inhalten jährlich geblockt werden, wie viele Sperrungen der Inhalte angegriffen werden und in wie vielen Fällen Schichtungsstelle und Gericht letztlich zugunsten der Nutzungsfreiheit entscheiden. Außerdem sind Missbrauchsfälle im Blick zu behalten.

(ee) Konkurrenz zu weiteren Ansprüchen

Die Ansprüche der DSM-RL dürfen nicht dazu führen, dass andere Ansprüche, z.B. solche aus dem Plattformnutzungsvertrag mit dem Diensteanbieter ausscheiden. Es sollte insofern Anspruchskonkurrenz bestehen.[244]

(ff) Informationen über Nutzerrechte in AGB

Art. 17 Abs. 9 DSM-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten letztlich dazu, Diensteanbieter zu verpflichten, in ihren Nutzungsbedingungen darüber zu informieren, dass sie Werke und sonstige Schutzgegenstände im Rahmen der im Unionsrecht festgelegten Ausnahmen und Beschränkungen für das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte nutzen können. Unzulässige AGB können

[244] So auch: *Spindler*, CR 2020, 50 Rn. 44.

bereits de lege lata wettbewerbsrechtlich durch Mitbewerber sowie durch die Verbraucherschutzzentralen über das UKlaG verfolgt werden.

jj) Art. 17 Abs. 10 DSM-RL

Nach Art 17 Abs. 10 DSM-RL veranstaltet die Kommission in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten ab dem 6. Juni 2019 Dialoge zwischen den Interessenträgern, in deren Rahmen bewährte Verfahren für die Zusammenarbeit zwischen den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten und den Rechteinhabern erörtert werden. Die Kommission gibt in Absprache mit den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten, Rechteinhabern, Nutzerorganisationen und anderen einschlägigen Interessenträgern und unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Dialoge zwischen den Interessenträgern Leitlinien zur Anwendung dieses Artikels heraus, insbesondere im Hinblick auf die Zusammenarbeit nach Absatz 4. Bei der Erörterung bewährter Verfahren wird unter anderem die notwendige Ausgewogenheit zwischen den Grundrechten und die Inanspruchnahme von Ausnahmen und Beschränkungen besonders berücksichtigt. Für die Zwecke des Dialogs zwischen den Interessenträgern haben die Nutzerorganisationen Zugang zu angemessenen, von den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten bereitgestellten Informationen über die Funktionsweise ihrer Verfahren im Hinblick auf Absatz 4. Folge dieser Vorgabe des Art. 17 Abs. 10 DSM-RL ist insbesondere der Stakeholderdialog. Im Rahmen des Stakeholderdialogs entwickelte Vorgaben ließen sich im Wege einer Durchführungsverordnung zu einzelnen Aspekten der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL festhalten. Wo dies für sinnvoll gehalten wird, wurde es entsprechend im konkreten Gesetzesvorschlag am Ende dieses Gutachtens eingefügt.[245]

[245] Vgl. hierzu die Ausführungen unter IV.7.c)bb).

c) Ausgestaltung der nationalen Umsetzung

aa) Übergreifende Fragestellungen

(1) Zusammenspiel von Art. 17 DSM-RL und Art. 12 DSM-RL

Art. 12 DSM-RL regelt das nach skandinavischem Vorbild ausgestaltete Verfahren der kollektiven Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung (extended collective Licensing, ECL). Danach können Mitgliedstaaten für den Fall, dass eine Verwertungsgesellschaft gemäß ihren von den Rechteinhabern erteilten Mandaten eine Lizenzvereinbarung über die Nutzung von Werken oder sonstigen Schutzgegenständen abschließt, vorsehen, dass die Geltung einer solchen Vereinbarung auch auf die Rechte von Rechteinhabern ausgeweitet werden kann, die dieser Verwertungsgesellschaft nicht zur Wahrnehmung eingeräumt wurden. Auch können die Mitgliedstaaten vorsehen, dass mit Hinblick auf eine solche Lizenzvereinbarung die Verwertungsgesellschaft eine gesetzliche Berechtigung hat oder die Vermutung gilt, dass sie Rechteinhaber vertritt, die der Verwertungsgesellschaft kein entsprechendes Mandat erteilt haben. Dies könnte die nach Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 DSM-RL geforderte Einholung der Erlaubnis zur öffentlichen Zugänglichmachung der Nutzerinhalte deutlich erleichtern.[246]

Allerdings betrifft diese Lizenzierung mit erweiterter Wirkung allein das Hoheitsgebiet des Mitgliedstaates. Solange Art. 12 DSM-RL nicht von allen Mitgliedstaaten umgesetzt und durch entsprechende bilaterale Verträge abgesichert wird,[247] wird Art. 12 DSM-RL keine nennenswerten Auswirkungen auf Art. 17 DSM-RL haben. Außerdem steht die erweiterte Wirkung der Lizenzierung gem. Art. 12 DSM-RL unter der Bedingung, dass der von der erweiterten Wirkung betroffene Rechteinhaber nicht ausoptiert, vgl. Art. 12 Abs. 3 c) DSM-RL. Letzteres dürfte der Entscheidung des EuGH in Sachen Soulier[248] geschuldet sein. Z.T. wird mit Verweis auf die bisherige Lizenzierungspraxis darauf verwiesen, dass insbesondere große Verwerter von dieser Möglichkeit Gebrauch machen werden,[249] was die Auswirkungen von Art. 12 DSM-RL weiter reduzieren wird.

---

[246] Vgl. hierzu auch: *Holznagel*, ZUM 2020, 1, 2.

[247] *Dreier*, GRUR 2019, 771, 774, 777 f.

[248] EuGH, Urt. v. 16.11.2016 – C-301/15, ECLI:EU:C:2016:878 = CR 2017, 77 – *Soulier*.

[249] *Wirtz*, ZUM 2019, 203, 206; *Spindler*, CR 2020, 50 Rn. 39.

Eine Alternative zur Kollektivlizenz mit erweiterter Wirkung wäre eine Verwertungsgesellschaftspflichtigkeit des Rechts der öffentlichen Wiedergabe nach dem Vorbild von Art. 9 Abs. 1 SatKabRL bzw. § 20b Abs. 1 UrhG, dem die Richtlinie wohl jedenfalls nicht entgegenstünde.[250]

(2) Die Rolle der Rechteinhaber

Die Position von Rechteinhabern wird durch Art. 17 DSM-RL im Wesentlichen gestärkt. Durch die Änderung der Haftungsregeln steigen die Chancen für den Abschluss einer Lizenzvereinbarung und eine angemessene Vergütung.[251] Gegenüber den Nutzern profitieren sie von der Aktionslastumkehr. Zwar müssen die Rechteinhaber die für die Rechtsdurchsetzung erforderlichen Informationen beibringen, dies aber proaktiv, sodass eine Reihe von Rechtsverletzungen bereits präventiv unterbunden werden wird. Es ist darauf zu achten, dass die zur Verfügung zu stellenden Informationen mit den Vorgaben des Datenschutzrechts in Einklang stehen und keine Verpflichtungen zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen beinhalten. Bereits heute sind außerdem Fälle des sogenannten Overclaimings bekannt, in denen Dritte Werke oder sonstige Schutzrechte für sich beanspruchen, an denen ihnen Rechte nicht oder nicht mehr zustehen.[252]

Eine solche unrechtmäßige Meldung von Inhalten, deren Rechteinhaberschaft der meldende Nutzer nur behauptet, sollte unbedingt durch den Gesetzgeber sanktioniert werden. Es ließen sich hier Parallelen zur unberechtigten Schutzrechtsverwarnung ziehen,[253] wobei diese aus dem Gewand des Eingriffs in den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb entkleidet werden und einer eigenen Norm zugeführt werden sollte. Auch eine Ausgestaltung entsprechend § 97a Abs. 3 S. 1 UrhG (unberechtigte Abmahnung) bietet sich allerdings in Anbetracht einer fehlenden unmittelbaren Kenntnis des Nutzers von einem gegen seinen Inhalt gerichteten Claim nur in Verbindung mit einer entsprechenden Informationspflicht der Diensteanbieter an. Es kommt insofern allein die bereits beschriebene Sanktionierung durch Bußgelder gem. § 111a UrhG in Betracht.[254] Art. 17 Abs. 10 DSM-RL steht dem nicht entgegen und auch sonst enthält die Richtlinie keine Hinweise auf einen negativ abschließenden Charakter in der Frage des Umgangs mit der Mitteilung vermeintlicher Rechteinhaberschaft.[255]

---

[250] *Stieper*, ZUM 2019, 211, 217; Schricker/Loewenheim-*Melichar/Stieper*, UrhG, 5. Aufl. 2017, vor §§ 44a ff. UrhG Rn. 13.

[251] *Holznagel*, *ZUM* 2020, 1, 5.

[252] *Goller, Copyfraud and Overclaiming – What to watch out for when implementing the EU copyright directive, abrufbar unter: https://irights.info/artikel/copyfraud-and-overclaiming-what-to-watch-out-for-when-implementing-the-eu-copyright-directive/29654, zuletzt abgerufen am 26.03.2020.*

[253] *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1228.

[254] Vgl. hierzu IV.7.ee)(2)(b); eine entsprechende Sanktionierung fordern auch *Raue/Steinebach*, ZUM 2020, 355 ff.

[255] *Würtenberger/Freischem*, GRUR-Stellungnahme, GRUR 2019, 1140, 1154.

(3) UGC-Schranke

Kann sich ein Nutzer auf eine Beschränkung des Urheberrechts berufen, ist auch die öffentliche Zugänglichmachung durch den Diensteanbieter nicht rechtswidrig. Die Diensteanbieterhaftung ist damit akzessorisch zur Nutzerhaftung.[256] Dies ist Sinn und Zweck der Diensteanbieterhaftung, wie es sich jedenfalls für durch die Rechteinhaber erlaubte Nutzungen aus ErwGr 69 S. 2 DSM-RL ergibt, wonach diese Nutzungserlaubnis auf die durch den Diensteanbieter erfolgende öffentliche Wiedergabe erstreckt werden soll. Nach dieser Maßgabe ist Art. 17 DSM-RL daher auszulegen. Nichts Anderes kann für gesetzlich gestattete Nutzungshandlungen gelten.

(a) Schrankenregelung für spezifische Nutzerbeiträge

Die öffentliche Wiedergabe ist etwa im Rahmen eines Zitates, Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-RL bzw. § 51 UrhG mit der Maßgabe der ordnungsgemäßen Quellenangabe nach § 60 UrhG gestattet. Relevant war jedenfalls im deutschen Recht bislang auch § 24 UrhG, den der EuGH jedoch erst kürzlich für nicht mit Unionsrecht vereinbar erklärte. Die Ausnahmen und Beschränkungen in Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-RL sind abschließend und können durch den Gesetzgeber nicht erweitert werden. Insofern ist § 24 UrhG durch einen explizit auf Parodie, Karikatur und Pastiche zugeschnittene Beschränkung des Urheberrechts zu ersetzen.[257] Der Begriff der Pastiche gibt dabei Anlass zu der Frage, inwieweit sich eine solche Beschränkung des Urheberrechts auch auf User Generated Content (UGC) beziehen könnte. Dabei ist es unerlässlich zu betonen, dass hierdurch nicht schlichte Pirateriefälle privilegiert werden sollen, sondern dass die Schrankenregelung im Wesentlichen zwei Fälle erfassen könnte:[258]

1. UGC, der zwar fremde Werke oder Teile fremder Werke verwendet, der diese aber eigenschöpferisch zusammenstellt, sodass ein Bearbeiterurheberrecht entsteht, ohne dass die Zitatschranke des § 52 Abs. 2 Nr. 2 UrhG in kunstspezifischer Auslegung eingreift,[259] etwa weil das erstellte Werk kein Sprachwerk ist. Beispielhaft genannt werden können etwa schöpferische Bild- oder Filmcollagen.

---

[256] *Hofmann*, GRUR 2019, 1219, 1219; *Wandtke*, NJW 2019, 1841, 1845; *Wandtke/Hauck*, ZUM 2019, 627, 635; *Volkmann*, CR 2019 376, 381 f.; *Dreier*, GRUR 2019 771, 775 Fn. 35.

[257] A.A. *Schulze*, GRUR 2020, 128.

[258] Angelehnt an: *Metzger/Senftleben*, Selected Aspects of Implementing Article 17 of the Directive on Copyright in the Digital Single Market into National Law – Comment of the European Copyright Society, S. 14 ff.

[259] Vgl. hierzu: BGH, Urt. v. 30.11.2011 – I ZR 212/10, ZUM 2012, 681 – Blühende Landschaften; Fischer, Digitale Kunst und freie Benutzung, 2018, S. 72.

2. UGC, der aus einem eigenen (urheberrechtlich geschützten oder nicht geschützten) Inhalt besteht und mit einem fremden urheberrechtlichen Werk kombiniert wird, ohne dass hierdurch zwingend ein neues durch ein Bearbeiterurheberrecht geschütztes Werk entstehen muss. Beispielhaft genannt werden können hier mit urheberrechtlich geschützter Fremdmusik unterlegte eigene Nutzerbeiträge, z.B. Katzenvideos.

(b) Grundlage Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL

Raum für eine Pastiche-Schranke bietet Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL. Eine UGC-Schranke müsste also gerade nicht aus Unionsgrundrechten hergeleitet werden, was nicht zuletzt der EuGH ablehnt.[260] Eine Definition für Pastiches fehlt allerdings. Auch in den Erwägungsgründen der InfoSoc-RL finden sich keinerlei Anhaltspunkte für eine Auslegung dieses Begriffes. Unterschiedliche Ansätze gelangen allerdings zu dem Ergebnis, dass entgegen der engen Auslegung im französischen Recht[261] die Pastiche gerade auch als Kombination von unterschiedlichem Quellmaterial mit eigenen Nutzerbeiträgen verstanden werden kann.[262] Sie ist geprägt von Neuverwertung, Umgestaltung, Umwandlung und (Inter-)Textualisierung vorbestehenden Materials.[263]

Allerdings stellt sich die Frage, ob der eigene Nutzerbeitrag in einem weiteren inhaltlichen Element liegen muss (z.B. eigenes Nutzervideo unterlegt mit fremden Musikwerken) oder auch die eigenschöpferische oder die eigene handwerkliche Tätigkeit der Zusammenstellung von Fremdbeiträgen ausreichen soll. Der EuGH steht einer weiten Schrankenauslegung nicht gänzlich ablehnend gegenüber, sondern hält es für geboten, die Beschränkungen des Urheberrechts im Lichte der Unionsgrundrechte auszulegen, auch und gerade im Lichte von Art. 11 GrCh.[264] Gleichwohl streiten freilich auch zugunsten der Rechteinhaber Grundrechte und Grundfreiheiten, die bei der Auslegung der Beschränkungen des Urheberrechts zu berücksichtigen sind. Insofern ließe sich eine Pastiche-Schranke wohl einzig auf Pastiches mit eigenschöpferischem Anteil der Nutzer beziehen,[265] sprich auf solche Fälle, in denen entweder ein eigener Inhalt mit Fremdinhalten

---

[260] EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 = AfP 2019, 416 Rn. 55 ff. – *Afghanistan Papiere*; EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-516/17, ECLI:EU:C:2019:625 = AfP 2019, 424 Rn. 40 ff. – *Reformistischer Aufbruch*.

[261] Hierzu: *Leistner*, ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

[262] *Hudson*, Intellectual Property Quarterly 2017, 346, 363; *Senftleben*, ZUM 2019, 369, 374.

[263] *Wollen*, Critical Quarterly, 1986, Vol. 28, Issues 1 & 2, 167, 169; *Serazio*, Popular Music and Society, 31/1 (2018), 79, 79; Pötzlberger, GRUR 2018, 675, 681; zur Fan Fiction als „moderne Form der Pastiche“: *Stieper*, AfP 2015, 301, 305.

[264] EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-469/17, ECLI:EU:C:2019:623 = AfP 2019, 416 Tz. 67 – *Afghanistan Papiere*.

[265] *Senftleben*, ZUM 2019, 369, 374.

kombiniert wird oder in denen bereits in der Zusammenstellung fremder Inhalte ein eigenschöpferischer Beitrag liegt.

In der konkreten Ausgestaltung verbleiben dem Gesetzgeber im Wesentlichen zwei Möglichkeiten: Die konkrete Beschreibung der Pastiche im benannten Sinne oder aber die schlichte Integration des Pastiche-Begriffes in das Gesetz und eine entsprechenden Erläuterung der Begrifflichkeit in der Gesetzesbegründung, wobei es der Rechtsprechung überlassen wird, die Grenzen und Möglichkeiten für nutzergenerierten Inhalt innerhalb des Pastiche-Begriffes herauszuarbeiten.[266] Eine konkrete Beschreibung des Pastiche-Begriffes als zumindest auch eine Kombination von unterschiedlichem Quellmaterial mit eigenen Nutzerbeiträgen umfassend, sofern ein schöpferisches Element im oben beschriebenen Sinne identifiziert werden kann, birgt sicherlich das Risiko einer Unvereinbarkeit mit Unionsrecht. Auch eine entsprechende Auslegung durch die Rechtsprechung ist dieser Gefahr allerdings ausgesetzt. Das Urheberrechtsgesetz verzichtet allerdings auch in anderen Schrankenbestimmungen auf die Definition des konkret gestatteten Nutzungszweckes, z.B. wenn es die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck des Zitats freistellt. Insofern scheint es auch bei Normierung einer UGC-Schranke angezeigt, die Präzisierung des Pastiche-Begriffes in der Gesetzesbegründung und nicht im Gesetzestext selbst vorzunehmen.

(c) Vergütungspflicht

Sofern es sich nicht um eine Parodie oder ein Zitat handelt, sondern allein ein Pastiche im hier zugrunde gelegten Sinne vorliegt, ließe sich zur Kompensation der Rechteinhaber auch an eine Vergütungspflicht denken.[267] Die InfoSoc-RL lässt hierfür Raum, auch wenn Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL eine solche Vergütungspflicht nicht explizit vorsieht. Denn in ErwGr 36 InfoSoc-RL heißt es:

[266] *Würtenberger/Freischem*, GRUR-Stellungnahme, GRUR 2019, 1140, 1160; wohl auch: *Spindler*, CR 2020, 50 Rn. 42.

[267] *Senftleben*, ZUM 2019, 369, 374; *Pappi,* ZUM 2020, 11, 17; *Leistner*, ZGE/IPJ 2020, im Erscheinen.

„Die Mitgliedstaaten können einen gerechten Ausgleich für die Rechtsinhaber auch in den Fällen vorsehen, in denen sie die fakultativen Bestimmungen über die Ausnahmen oder Beschränkungen, die einen derartigen Ausgleich nicht vorschreiben, anwenden."

Die Höhe der Vergütungspflicht ließe sich anhand der tatsächlich auf den von Art. 17 DSM-RL betroffenen Plattformen verfügbaren Pastiches berechnen.[268] Der Anspruch auf Zahlung einer angemessenen Vergütung sollte verwertungsgesellschaftspflichtig ausgestaltet werden, um praktikabel zu sein.

(d) Aufhebung des § 24 UrhG und Zusammenführung von Pastiche-, Parodie- und Karikaturschranke

Zeitgleich mit der Einführung einer begrenzten UGC-Schranke im Sinne einer Pastiche-Schranke sollte § 24 UrhG aufgrund seiner Unionsrechtswidrigkeit aufgehoben werden.[269] Gemeinsam mit der Einführung der benannten Pastiche-Schranke sollte eine explizite Beschränkung des Urheberrechts für Karikaturen und Parodien eingeführt werden, die die Rechtsprechung von EuGH und BGH in Sachen *Deckmyn*[270], *Auf fett getrimmt*[271] und *Painer*[272] aufgreift und umsetzt. Nur die Pastiche-Schranke ist vergütungspflichtig auszugestalten.

Ob eine Pastiche-Schranke aber tatsächlich sämtliche Fälle umfassen würde, die bislang unter § 24 UrhG gefasst wurden, scheint zumindest zweifelhaft. Ein Problemfall könnte z.B. Appropriation Art sein. Hierbei handelt es sich um eine Kunstform, in der Werke z.T. originalgetreu vervielfältigt, z.T. dabei aber auch in einen anderen Zusammenhang gesetzt oder modifiziert werden und der schöpferische Akt in Konzeption und Strategie der Vervielfältigung liegt. Sie kann als Hommage an die Urheber der Werke zu verstehen sein oder aber sie intendiert eine Thematisierung und Neudefinition des Verhältnisses zwischen Original und Replik sowie den systemischen Bedingungen des Kunstschaffens.[273] Während die 1:1 Vervielfältigung auch bislang nicht

---

[268] *Senftleben*, ZUM 2019, 369, 374.

[269] A.A. *Schulze*, GRUR 2020, 128

[270] EuGH, Urt. v. 03.09.2014 – C-201/13, ECLI:EU:C:2014:2132 = GRUR 2014, 972 – *Deckmyn*.

[271] BGH, Urt. v. 28.07.2016 – I ZR 9/15, GRUR 2016, 1157 – *Auf fett getrimmt*.

[272] EuGH, Urt. v. 01.12.2011 – C-145/10, ECLI:EU:C:2011:789 = GRUR 2012, 166 – *Painer*.

[273] *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, 2018, S. 49.

unter § 24 UrhG gefasst werden konnte, war zumindest nicht ausgeschlossen, dass trotz deutlicher Übereinstimmungen von Original und Abbild eine Bedeutungsverschiebung der Inhalte die Anwendung des § 24 UrhG rechtfertigte.[274] Für den Fall, dass eine Pastiche-Schranke nicht sämtliche Fälle des bisherigen § 24 UrhG erfasst, bietet sich die Einführung eines neuen Halbsatzes in § 23 S. 1 UrhG an, der es als Ausnahmeregelung zu § 23 S. 1 UrhG gestattet, bearbeitete Werke zu veröffentlichen, wenn die Bearbeitung Ausdruck künstlerischen Schaffens ist. Das Bearbeitungsrecht des Nutzers ist lediglich eine Einschränkung des Vervielfältigungsrechts des Urhebers. Es beinhaltet aber nicht die Veröffentlichung oder anderweitige Verwertung des bearbeiteten Werkes. Diese ist gem. § 23 UrhG weiterhin dem Urheber vorbehalten. Wenn aber das Vervielfältigungsrecht im Wege der kunstspezifischen Auslegung nach der Rechtsprechung Metall auf Metall III (Rn. 31) begrenzt wird *(„Entnimmt jedoch ein Nutzer in Ausübung der Kunstfreiheit einem Tonträger ein Audiofragment, um es in geänderter und beim Hören nicht wiedererkennbarer Form in einem neuen Werk zu nutzen, stellt eine solche Nutzung keine „Vervielfältigung“ im Sinne von Art. 2 Buchst. c der Richtlinie 2001/29 dar“*)[275], so muss dies ebenso für die Einschränkung des Vervielfältigungsrechts durch § 23 UrhG gelten. Auch hier kann also eine Veröffentlichung oder anderweitige Verwertung der Bearbeitung in Ausübung der Kunstfreiheit keine dem Urheber vorbehaltene Nutzungshandlung darstellen. Dies sollte durch einen neuen § 23 S. 1 2. HS UrhG zum Ausdruck gebracht werden.

(4) Vorbildregelung TERREG?

Die von der EU-Kommission im Oktober 2018 vorgeschlagene Verordnung zur Unterbindung von Terrorpropaganda im Internet (TERREG)[276] enthielt in der Entwurfsfassung mit Art. 6 TERREG eine Regelung, nach der die Hostingdiensteanbieter gegebenenfalls proaktive Maßnahmen ergreifen, um ihre Dienste vor der Verbreitung terroristischer Inhalte zu schützen. Die Maßnahmen müssen wirksam und verhältnismäßig sein, wobei dem Risiko und Ausmaß der möglichen Beeinflussung durch terroristische Inhalte, den Grundrechten der Nutzer sowie der grundlegenden Bedeutung der Meinungs- und Informationsfreiheit in einer offenen und demokratischen Gesellschaft Rechnung zu tragen ist. Dieser Regelung lässt sich auch und gerade durch Filtertechniken entsprechen.

---

[274] OLG Hamburg, Urt. v. 12.10.1995 – 3 U 140/95, NJW 1996, 1153, 1154 – *Power of Blue*; *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, 2018, S. 170.

[275] EuGH, Urt. v. 29.07.2019 – C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 = GRUR 2019, 929 Tz. 31 – *Metall auf Metall III*.

[276] Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte, COM(2018) 640 final.

Zwar hat das Europäische Parlament in erster Lesung[277] die Proaktivität der erforderlichen Maßnahmen gestrichen und will stattdessen nur zu spezifischen Maßnahmen verpflichten, relevant für eine Umsetzung von Art. 17 DSM-RL sind aber vor allem die vom Rat zur Kompensation von Nachteilen, die Nutzern aufgrund der Filtertechniken entstehen können, vorgesehenen Maßnahmen. Gemeint sind v.a. die durch eine Sperrung solcher Inhalte erlittenen Nachteile, die fälschlicherweise von der Filtertechnik als terroristische Inhalte qualifiziert wurden. An diesen Regelungen hat das Parlament jedenfalls keine wesentlichen Änderungen vorgenommen. Aktuell befindet sich der Entwurf in den Trilog-Verhandlungen; die 4. Sitzung war ursprünglich für den 18.03.2020 geplant, ist in Anbetracht der COVID-19-Situation jedoch verschoben worden, ein Ersatztermin ist noch nicht bekannt.

Art. 8 TERREG enthält Transparenzvorgaben, die Hostinganbieter sowohl in ihren Nutzungsbedingungen als auch in jährlichen Transparenzberichten zu erfüllen haben.

Art. 9 TERREG verpflichtet dazu, im Falle einer Verwendung automatisierter Werkzeuge wirksame und geeignete Schutzvorkehrungen einzusetzen sind, um sicherzustellen, dass Entscheidungen, die diese Inhalte betreffen, insbesondere Entscheidungen zur Entfernung oder Sperrung von Inhalten, die als terroristische Inhalte erachtet werden, zutreffend und fundiert sind. Diese Schutzvorkehrungen bestehen gem. Art. 9 Abs. 2 TERREG insbesondere in der Aufsicht und Überprüfung durch einen Menschen.

Der durch das Parlament in die Entwurfsfassung neu eingefügte Art. 9a TERREG verpflichtet auch zur Bereitstellung wirksamer Rechtsbehelfe. Dies setzt ein subjektives Nutzerrecht auf Entsperrung der Inhalte voraus.

Art. 10 TERREG verpflichtet die Hostingdiensteanbieter dazu, wirksame und zugängliche Mechanismen einzurichten, die Inhalteanbietern, deren Inhalte z.B. aufgrund proaktiver Maßnahmen nach Art. 6 TERREG entfernt oder gesperrt wurden, die Möglichkeit geben, Beschwerde gegen

[277] Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 17. April 2019 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verhinderung der Verbreitung terroristischer Online-Inhalte (COM(2018)0640 – C8-0405/2018 – 2018/0331(COD)), Dokumentennummer P8_TA(2019)0421.

die Maßnahme des Hostingdiensteanbieters einzulegen und die Reaktivierung des Inhalts zu verlangen. Es handelt sich also um einen beschränkten Restore-Anspruch, wie er auch durch Art. 17 Abs. 7 und Abs. 9 DSM-RL gefordert wird. Die Hostingdiensteanbieter prüfen umgehend jede eingehende Beschwerde und reaktivieren den Inhalt unverzüglich, wenn dessen Entfernung oder Sperrung nicht gerechtfertigt war. Sie setzen den Beschwerdeführer über das Ergebnis der Prüfung in Kenntnis.

Art. 11 TERREG schließlich verpflichtet die Hostingdiensteanbieter dazu, dem Inhalteanbieter im Falle der Sperrung von Inhalten Informationen über die Entfernung oder Sperrung der terroristischen Inhalte zur Verfügung zu stellen und ihm auf Anfrage die Gründe für die Entfernung oder Sperrung sowie die Möglichkeiten zur Anfechtung der Entscheidung mitzuteilen. Weshalb die Möglichkeit der Anfechtung der Entscheidung nur auf Anfrage des Inhalteanbieters erfolgen soll, ist nicht nachvollziehbar und wurde vom EU-Parlament bereits geändert. Erforderlich scheint eine Information über die Möglichkeit der Anfechtung der Entscheidung zusammen mit der Information über die Entfernung oder Sperrung der Inhalte, ohne dass es hierfür einer Anfrage des Inhalteanbieters bedarf. Denn die Information versetzt den Inhalteanbieter erst in die Lage, von seinen Beschwerdemöglichkeiten Gebrauch zu machen.

Im Übrigen ist die Kombination aus Transparenz unmittelbar gegenüber dem Inhalteanbieter sowie in Nutzungsbedingungen und Transparenzberichten, aus proaktiven Schutzvorkehrungen und nachgelagerten Beschwerdemechanismen, subjektiven Nutzerrechten sowie Rechtsbehelfen aber ein erstes Grundgerüst, an das sich auch für die Regelung von Nutzerbefugnissen bei Umsetzung des Art. 17 DSM-RL angelehnt werden kann, auch wenn dieses Grundgerüst für eine Umsetzung des Art. 17 DSM-RL ergänzungs- und präzisierungsbedürftig ist.

(5) Vorbildregelung NetzDG?

Die Neufassung des NetzDG enthält ebenfalls Transparenzberichtspflichten, darüber hinaus aber sogar die Möglichkeit der Anrufung einer Schlichtungsstelle sowie in § 3b NetzDG eine Verfahrensregelung für die Ausübung von Restore-Ansprüchen, nicht aber einen Restore-Anspruch an sich. Ein solcher Restore-Anspruch für zu Unrecht gelöschte Inhalte (solche Inhalte also, die nicht

gegen § 1 Abs. 3 NetzDG verstoßen) wird jedoch von der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur aus dem Nutzungsvertrag zwischen Nutzer und Diensteanbieter gem. §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB hergeleitet.[278]

Das Verfahren ist wie folgt ausgestaltet: Der Anbieter eines sozialen Netzwerks muss ein wirksames und transparentes Verfahren vorhalten, mit dem sowohl der Beschwerdeführer als auch der Nutzer, für den der beanstandete Inhalt gespeichert wurde, eine Überprüfung der ursprünglichen Entscheidung über die Sperrung oder Onlinestellung von Inhalten, die auf die Beschwerde eines Nutzers hin ergangen ist, herbeiführen kann. Der Überprüfung bedarf es nur, wenn der Beschwerdeführer oder der Nutzer, für den der beanstandete Inhalt gespeichert wurde, einen hierauf gerichteten Antrag innerhalb eines Monats nach der Information über die ursprüngliche Entscheidung stellt (Gegenvorstellung). Der Anbieter des sozialen Netzwerks muss zu diesem Zweck ein leicht erkennbares Verfahren zur Verfügung stellen, das eine einfache elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation mit ihm ermöglicht. Das Verfahren muss gewährleisten, dass der Anbieter des sozialen Netzwerks

1. im Falle einer Gegenvorstellung des Beschwerdeführers den Nutzer und im Falle einer Gegenvorstellung des Nutzers den Beschwerdeführer über den Inhalt der Gegenvorstellung unverzüglich informiert sowie im ersten Fall dem Nutzer und im zweiten Fall dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur Stellungnahme gibt,
2. seine ursprüngliche Entscheidung unverzüglich einer Überprüfung unterzieht und
3. seine Überprüfungsentscheidung dem Beschwerdeführer und dem Nutzer unverzüglich übermittelt und einzelfallbezogen begründet.

Auch an diesem Beschwerdeverfahren könnten sich Umsetzungsmaßnahmen des Art. 17 DSM-RL orientieren, wobei insbesondere die Stellungnahmemöglichkeit beider Parteien für eine angemessene Entscheidungsfindung des Diensteanbieters erforderlich scheint.[279]

---

[278] LG Frankfurt a.M., Beschl. v. 14.05.2018 – 2-03 O 182/18, MMR 2018, 545 m.zust.Anm. *Müller-Riemenschneider/Specht*; Röhricht/Graf von Westphalen/Haas-*Specht-Riemenschneider*, HGB, 5. Aufl. 2019, Plattformnutzungsverträge, Rn. 74; Eifert/Gostomzyk-*Eifert*, Netzwerkrecht, 2018, S. 9 (37 f.); vgl. auch: *Laoutoumai/Löffel*, K&R 2019, 447, 449; *Holznagel*, CR 2019, 518 ff.; *Raue*, JZ 2018, 961 ff.

[279] Einen ähnlichen Vergleich zieht auch: *Holznagel* CR 2019 Rn. 29 ff.

Nach Durchführung des Gegenvorstellungsverfahrens oder sofern eine Einrichtung der regulierten Selbstregulierung die Entscheidung des sozialen Netzwerkes überprüft hat, können Nutzer eine Schlichtungsstelle anrufen. Voraussetzung ist, dass der Anbieter des sozialen Netzwerkes an der Schlichtung durch die entsprechende Schlichtungsstelle teilnimmt, was freiwillig ist und insbesondere die Inanspruchnahme eines gerichtlichen Rechtsbehelfes nicht ausschließt. Ähnliche Regelungen wären auch für die Umsetzung von Art. 17 DSM-RL möglich.

Außerdem enthält das NetzDG in § 3 Abs. 2 Nr. 3b) eine Regelung, nach der der Diensteanbieter seine Erstentscheidung über die Sperrung oder Onlinehaltung von Inhalten einer Einrichtung der regulierten Selbstregulierung übertragen und sich ihrer Entscheidung unterwerfen kann. Auch dies scheint erwägenswert.

(6) Auswirkungen des DSA

Die EU-Kommission plant in 2021 die Verabschiedung eines Gesetzesvorschlags zum sognannten Digital Service Act (DSA). Er beinhaltet im Wesentlichen ergänzende Regelungen für digitale Dienstleistungen verschiedener Art, auch und gerade von Intermediären. Betroffen sind damit auch die von Art. 17 DSM-RL erfassten Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten. Wesentliches Ziel des Gesetzes ist neben der Schaffung eines klaren, einheitlichen und innovationsfreundlichen Rechtsrahmens für die Anbieter digitaler Dienste und einer Gewährleistung der notwendigen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten, auch und gerade der Schutz und die Stärkung der Nutzer von digitalen Diensten

Ein ausgearbeiteter Entwurf des DSA liegt derzeit noch nicht vor, wohl aber Anhaltspunkte für eine Ausgestaltung. Danach soll etwa das Haftungsregime der E-Commerce-Richtlinie (ECRL) überarbeitet werden. Das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten soll beibehalten bleiben. Verfahrensvorgaben zur Entfernung rechtswidriger Inhalte sollen so einfach wie möglich ausgestaltet sein. Außerdem sollen Transparenzvorschriften das Herzstück der Regulierung sein.

Es soll weiterhin zu einer Begünstigung der sogegnannten „barmherzigen Samariter" durch den Unionsgesetzgeber kommen. Als solche sieht die Kommission Dienstleister an, die proaktive

Maßnahmen zur Verhinderung von Rechtsverletzungen treffen. Hierfür sollen Anreize geschaffen werden, indem eine Haftungsprivilegierung an die Vornahme derart präventiver Maßnahmen geknüpft wird.

Der DSA soll strukturell auf der ECRL aufbauen. Sein räumlicher Anwendungsbereich soll jedoch auch auf in Drittländern niedergelassene Dienstleister ausgeweitet werden, also weitreichender sein, als derjenige der ECRL heute.

Für die Umsetzung des Art. 17 DSM-RL hat der geplante DSA jedenfalls in seiner derzeitigen Planungsphase keine unmittelbaren Auswirkungen, sollen doch die Regelungen des DSA neben die rechtsgebietspezifischen Regelungen auch des Urheberrechts treten. Vorstellbar ist dies durch horizontale Grundsatzvorgaben im DSA (z.B. Mindestvorgabe von Nutzerrechten und Verfahrensvorgaben, nutzerfreundliche Gestaltung von Beschwerdemechanismen, Plattformdesignregelungen etc.), die durch die bereits bestehenden sektorspezifischen oder rechtsgebietspezifische Regelungen ergänzt werden. Auch in diesem Szenario ist es aber möglich, dass eine unionsrechtliche Regelung eine Anpassung nationaler zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des DSA bestehender Regelungen in Einzelfragen erforderlich machen. Da die Union gerade auch den Nutzerschutz in den Vordergrund stellt, scheint dies nicht unwahrscheinlich. Umgekehrt will die Union aber gerade auch nationale Regelungen auswerten, weshalb die Möglichkeit besteht, dass sich letztlich der DSA an funktionierenden mitgliedstaatlichen Regelungen orientiert. Deutschland könnte hier mit einer Vorbildregelung voranschreiten. Ein Abwarten auf Regelungen des DSA ist daher nicht angezeigt.

(7) Datenschutzrechtliche Implikationen

Die Zusammenarbeit von Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten auf der einen und Rechteinhabern auf der anderen Seite sollte weder zur Identifizierung einzelner Nutzer führen, noch als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten dienen, ausgenommen die gemäß der ePrivacy-Richtlinie (2002/58/EG) und der DSGVO (2016/679/EU), siehe Art. 17 Abs. 9 UAbs. 3 und ErwGr 70 S. 9 DSM-RL. Werden personenbezogene Daten verarbeitet, so sollte dies unter Achtung des Rechts auf Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 GrCh erfolgen und mit der Richtlinie 2002/58/EG und der DSGVO im Einklang stehen (Art. 28 und ErwGr 85 DSM-RL).

Die Zusammenarbeit von Diensteanbietern und Rechteinhabern kann jedoch in mehrfacher Hinsicht datenschutzrechtliche Probleme aufwerfen:

1. Registrierungserfordernis der Rechteinhaber

Rechteinhaber haben zunächst einschlägige und notwendige Informationen zur Identifizierung von Werken zur Verfügung zu stellen. Hierzu gehört nach hier vertretener Ansicht auch der Nachweis der Urheberschaft sowie die Angabe einer ladungsfähigen Anschrift im Innenverhältnis zum Diensteanbieter, damit beispielsweise im Falle einer Rechteanmaßung über diese Daten (auf Grundlage von § 242 BGB) Auskunft an den verletzten Rechteinhaber erteilt oder der sich Rechte anmaßende Nutzer sodann unmittelbar in Anspruch genommen werden kann. Es sind damit personenbezogene Daten anzugeben. Da die Nutzung von Filtertechniken aber im Belieben der Rechteinhaber steht, erfolgt die Angabe dieser personenbezogenen Daten freiwillig und kann durch eine Einwilligung gerechtfertigt werden. § 13 Abs. 6 TMG wird nicht berührt, wenn die Angabe der Klardaten allein im Innenverhältnis zum Diensteanbieter zu erfolgen hat.

2. Plausibilitätsprüfung

Soll die in der Vergangenheit praktizierte Flaggingpraxis eines Nutzers sowie eine mögliche missbräuchliche Beanspruchung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen Auswirkungen auf die Plausibilitätsprüfung des Pre-Flaggings und der Rechteinhaberinformation haben, so erforderte dies die Speicherung jedenfalls der Flagging- und Informationstätigkeiten der Nutzer- und Rechteinhaberaktivitäten. Sofern sich dies auf die Nutzung allein der Dienste des Diensteanbieters bezieht, ließe sich an eine Rechtfertigung gem. Art. 6 Abs. 1 lit. b und lit. f DSGVO zum Schutz des geistigen Eigentums der Rechteinhaber sowie zum Schutz der Rechte der Nutzer auf Meinungs- und Informationsfreiheit denken. Der Grundsatz der Datenminimierung wäre gewahrt, weil er lediglich eine Begrenzung der Datenspeicherung auf den notwendigen Umfang erfordert, die Nutzungsprofile der Rechteinhaber/Nutzer aber nicht über diesen Umfang hinausgehen würden, sofern sie zum Schutz von Art. 17 und Art. 11 GrCh dienen. Der Grundsatz der Speicherbegrenzung aber erforderte zumindest das Vorhalten eines Löschkonzeptes und die Vorgabe der Dauer, für die die personenbezogenen Daten zum Zwecke der Qualifikation eines Rechteinhabers/Nutzers als besonders vertrauenswürdig ausgewertet werden dürfen. Dieser Zeitraum

muss verhältnismäßig sein, d.h. er muss einerseits eine fundierte Entscheidung über die rechtskonforme Nutzung über einen relevanten Zeitraum ermöglichen, andererseits darf er über dieses erforderliche Maß nicht hinausgehen. In der Gesetzesbegründung ließe sich eine Empfehlung eines entsprechenden Zeitraums aussprechen.

3. Sperrung von Inhalten

Werden zum Upload an den Diensteanbieter übermittelte Inhalte zunächst automatisch mit einer Datenbank abgeglichen, in der von Rechteinhabern hinterlegte Inhalte gespeichert sind, und auf Übereinstimmungen überprüft und ggf. gesperrt, wird eine automatisierte Entscheidung darüber getroffen, ob ein Nutzer gewisse Inhalte hochladen darf oder nicht. Nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO sind jedoch Entscheidungen, die ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhen, grundsätzlich verboten, wenn sie gegenüber dem Betroffenen rechtliche Wirkung entfalten oder ihn in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Eine solche Beeinträchtigung ist anzunehmen, wenn der Betroffene in seiner wirtschaftlichen oder persönlichen Entwicklung nachhaltig gestört wird.[280] Dieses Verbot gilt gemäß Art. 22 Abs. 2 DSGVO nicht, wenn die Entscheidung erforderlich ist für den Abschluss oder die Erfüllung eines Vertrags zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen (lit. a), wenn Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten sie zulassen (lit. b) oder wenn sie mit ausdrücklicher Einwilligung der betroffenen Person erfolgt (lit. c). Insofern ist der Gesetzgeber gehalten, eine Regelung zu erlassen, nach der eine solche automatisierte Einzelfallentscheidung über Nutzerinhalte zulässig ist.

4. Beschwerdeverfahren/Gegenvorstellungsverfahren

Sofern Rechteinhaber oder Nutzer ein Beschwerdeverfahren bzw. ein Gegenvorstellungsverfahren durchführen möchten, ist zunächst nicht zwingend eine Nennung des Klarnamens des Nutzers erforderlich und sollte aufgrund des Grundsatzes der Datensparsamkeit sowie aufgrund von § 13 Abs. 6 TMG auch nicht verlangt werden müssen. Es ist aber möglich, dass der Nutzer unter seinem Klarnamen agiert. Dabei ist sicherzustellen, dass im Beschwerdeverfahren den Beteiligten keine personenbezogenen Daten weitergereicht werden. Für das entsprechend im allgemeinen Persönlichkeitsrecht geltende Blogeintragverfahren[281] hat der BGH bereits entschieden,

[280] Tinnefeld/Buchner/Petri/Hof-*Buchner*, Einführung in das Datenschutzrecht, 6. Aufl. 2017, S. 261.

[281] Vgl. hierzu bereits IV.7.b)hh)(c)(aa).

dass Stellungnahmen von Nutzer und Rechteinhaber sowie ggf. beizufügende Belege zu schwärzen sind, um datenschutzrechtlichen Vorgaben zu entsprechen.[282] Normiert werden muss dies nicht zwingend.

5. Übermittlung personenbezogener Daten an eine Schlichtungsstelle

Wird eine Schlichtungsstelle entsprechend den verfahrensrechtlichen Vorgaben des NetzDG vorgesehen, so ist eine Regelung vorzusehen, die es dem Diensteanbieter gestattet, die für die Entscheidung der Schlichtungsstelle erforderlichen personenbezogenen Daten (z.B. Namen, unter denen die Betroffenen agieren, Stellungnahmen etc.) an die Schlichtungsstelle weiterzureichen und eine Verarbeitung durch diese zu gestatten. Hierfür bietet sich eine Orientierung an der entsprechenden Vorschrift des NetzDG an.

6. Data Protection by design and default

Bei der Entwicklung und Fortentwicklung von Filtertechniken sind die Grundsätze von Data Protection by design and default gem. Art. 25 DSGVO zu achten. Sollte der Gesetzgeber Standards für die Gestaltung vorgeben, ist hierauf stets zu achten.

[282] Vgl. BGH, Urt. v. 01.03.2016 – VI ZR 34/15, GRUR 2016, 855 Tz. 43 – *www.jameda.de.*

bb) Konkrete Umsetzung

Vorschlag zur Umsetzung des Art. 17 DSM-RL

Artikel 1

Änderung des Gesetzes über Urheberrecht und verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz – UrhG)

Das Urheberrechtsgesetz vom 9. September 1965 (BGBl. I. S. 1273), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 28. November 2018 (BGBl. I S. 2014) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht werden nach § 24 die Worte „Freie Benutzung“ ersetzt durch das Wort „(weggefallen)“.

2. In der Inhaltsübersicht wird nach der Angabe zu § 51 Zitate folgende Angabe eingefügt: „§ 51a Karikaturen, Parodien, Pastiches“.

3. In der Inhaltsübersicht werden nach der Angabe zu § 97a Abmahnung folgende Angaben eingefügt: „97b Haftung von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten, § 97c Umgang mit Rechteinhaberinformationen, § 97d Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte, § 97e Nutzerrechte, § 97f Gegenvorstellungsverfahren, § 97g Schlichtung, § 97h Transparenzberichte.“

4. Dem § 19a werden folgende Absätze 2, 3 und 4 angefügt:
   - „(2) Ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten nimmt eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung vor, wenn er der Öffentlichkeit Zugang zu von seinen Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen

Schutzgegenständen verschafft, die dem Recht des Ausübenden Künstlers im Hinblick auf die Aufzeichnung seiner Darbietungen, dem Recht des Tonträgerherstellers in Bezug auf seinen Tonträger, dem Recht der Hersteller der erstmaligen Aufzeichnungen von Filmen in Bezug auf das Original und auf Vervielfältigungsstücke ihrer Filme oder dem Recht der Sendeunternehmen in Bezug auf die Aufzeichnungen ihrer Sendungen unterliegen.

(3) „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ bezeichnet den Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, bei dem der Hauptzweck bzw. einer der Hauptzwecke darin besteht, eine große Menge an von seinen Nutzern hochgeladenen, urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen, wobei dieser Anbieter diese Inhalte organisiert und zum Zwecke der Gewinnerzielung bewirbt.

(4) Anbieter von Diensten, etwa nicht gewinnorientierte Online-Enzyklopädien, nicht gewinnorientierte bildungsbezogene und wissenschaftliche Repositorien, Entwicklungs- und Weitergabeplattformen für quelloffene Software, Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste im Sinne der Richtlinie (EU) 2018/1972, Online-Marktplätze, zwischen Unternehmen erbrachte Cloud-Dienste sowie Cloud-Dienste, die ihren Nutzern das Hochladen von Inhalten für den Eigengebrauch ermöglichen, sind keine Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten.“

5. Dem § 20 wird folgender Absatz 2 angefügt:

„(2) Ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten im Sinne des § 19a Abs. 3 nimmt eine Handlung der Sendung vor, wenn er der Öffentlichkeit Zugang zu von seinen Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen im Sinne des § 19a Abs. 2 durch Funk, wie Ton- und Fernsehrundfunk, Satellitenrundfunk, Kabelfunk oder ähnliche technische Mittel verschafft. § 19a Abs. 4 findet entsprechende Anwendung.“

6. Dem § 23 S. 1 wird folgender Halbsatz 2 angefügt:

„es sei denn, die Veröffentlichung oder anderweitige Verwertung der Bearbeitung erfolgt in Ausübung der Kunstfreiheit.“

7. Dem § 31 werden folgende Absätze 4, 5, 6 und 7 angefügt:

   „(4) Die Einräumung eines Nutzungsrechtes an einen Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten im Sinne des § 19a Abs. 3 erstreckt sich auch auf die öffentliche Wiedergabe des von dem Nutzungsrecht betroffenen Inhaltes durch die Nutzer dieser Dienste, sofern der von der Wirkungserstreckung betroffene Nutzer nicht auf Grundlage einer gewerblichen Tätigkeit handelt oder mit seiner Tätigkeit keine erheblichen Einnahmen erzielt.

   (5) Wird einem Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten im Sinne des § 19a Abs. 3 ein Nutzungsrecht eingeräumt, so wirkt es auf den Beginn der Verhandlungen um die Einräumung dieses Nutzungsrechtes zurück. Während der Dauer der Verhandlungen über die Einräumung eines Nutzungsrechtes nach Abs. 4 haftet der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten auch dann nicht für eine öffentliche Wiedergabe der von den Verhandlungen betroffenen Werken und sonstigen Schutzgegenständen, wenn die Verhandlungen scheitern.

   (6) Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten im Sinne des § 19a Abs. 3 stellen im Falle einer Nutzungsrechtsvereinbarung auf Ersuchen des Vertragspartners angemessene Informationen über die Nutzung der unter diese Vereinbarung fallenden Inhalte bereit.

   (7) Die Einräumung eines Nutzungsrechtes an einen Nutzer eines Diensteanbieters für das Teilen von Online-Inhalten im Sinne des § 19a Abs. 3 erstreckt sich auch auf die öffentliche Wiedergabe des von dem Nutzungsrecht betroffenen Inhaltes durch den Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten.“

8. Nach § 51 wird folgender § 51a neu eingefügt:

„§ 51a

Karikaturen, Parodien, Pastiches

(1) Zulässig ist die Vervielfältigung und öffentliche Wiedergabe eines Werkes zum Zweck von Parodie, Karikatur oder Pastiche.

(2) Zulässig ist die Verbreitung eines Werkes zu den in Abs. 1 und 2 genannten Zwecken, sofern dies durch den Zweck der erlaubten Vervielfältigung gerechtfertigt ist.

(3) Von der Befugnis umfasst ist die Nutzung einer Abbildung oder sonstigen Vervielfältigung des Werkes zu den in Abs. 1 genannten Zwecken, auch wenn diese selbst durch ein Urheberrecht oder ein verwandtes Schutzrecht geschützt ist.“

9. Nach § 97a wird folgender § 97b neu angefügt:

„§ 97b

Haftung von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten

(1) Ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten im Sinne des § 19a Abs. 3 ist für nicht erlaubte Handlungen der öffentlichen Wiedergabe, einschließlich der öffentlichen Zugänglichmachung, urheberrechtlich geschützter Werke oder sonstiger Schutzgegenstände verantwortlich, es sei denn, der Anbieter dieser Dienste erbringt den Nachweis, dass er

a) alle Anstrengungen unternommen hat, um die Erlaubnis einzuholen; und

b) nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen hat, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind; und in jedem Fall

c) nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises von den Rechteinhabern unverzüglich gehandelt hat, um den Zugang zu den entsprechenden Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu sperren bzw. die entsprechenden Werke oder sonstigen Schutzgegenstände von seinen Internetseiten zu entfernen, und alle Anstrengungen unternommen hat, um gemäß Buchstabe b das künftige Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern.

(2) Dienstenabieter für das Teilen von Online-Inhalten, deren Hauptzweck es ist, sich an Urheberrechtsverletzungen zu beteiligen oder sie zu erleichtern haften nach den allgemeinen Grundsätzen.

(3) Die Haftung nach Abs. 1 ist für neue Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, deren Dienste der Öffentlichkeit in der Union seit weniger als drei Jahren zur Verfügung stehen und deren Jahresumsatz, berechnet nach der Empfehlung der Kommission 2003/361/EG 10 Mio. EUR nicht übersteigt, darauf beschränkt, die Vorgaben des Abs. 1 a) einzuhalten und nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises von den Rechteinhabern unverzüglich zu handeln, um den Zugang zu den entsprechenden Werken und sonstigen Schutzgegenständen zu sperren bzw. die entsprechenden Werke und sonstigen Schutzgegenstände von ihren Internetseiten zu entfernen. Übersteigt — berechnet auf der Grundlage des vorausgegangenen Kalenderjahrs — die durchschnittliche monatliche Anzahl unterschiedlicher Besucher der Internetseiten derartiger Diensteanbieter nach Abs. 4 5 Mio., so müssen die Anbieter derartiger Dienste außerdem den Nachweis erbringen, dass sie alle Anstrengungen unternommen haben, um das künftige Hochladen der gemeldeten Werke und sonstigen Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, zu verhindern.

(4) Die Anforderungen an die Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten nach Abs. 1 und 2 unterliegen dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Sie berücksichtigen insbesondere

a) die Art, das Publikum und den Umfang der Dienste sowie die Art der von den Nutzern des Dienstes hochgeladenen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände; und

b) die Verfügbarkeit geeigneter und wirksamer Mittel und die Kosten, die den Anbietern dieser Dienste hierfür entstehen.

Sie richten sich nach § 97c und § 97d und können in einer Durchführungsverordnung konkretisiert werden.

(5) § 10 TMG findet keine Anwendung.

(6) Die Anwendung des § 97b Abs. 1b) und c) darf nicht zu einer Pflicht zur allgemeinen Überwachung führen.“

10. Nach § 97b wird folgender § 97c eingefügt:

„§ 97c

Umgang mit Rechteinhaberinformationen

(1) Die von den Rechteinhabern zur Verfügung zu stellenden Informationen gem. § 97b Abs. 1 b) müssen eine hinreichende Identifizierbarkeit des Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes, dessen Nichtverfügbarkeit begehrt wird, gewährleisten sowie den Nachweis der Rechteinhaberschaft des die Informationen zur Verfügung stellenden Rechteinhabers nebst ladungsfähiger Anschrift des Rechteinhabers erbringen.

(2) Werden automatisierte Filtertechniken eingesetzt, so führen diese nicht undifferenziert zur Nichtverfügbarkeit aller nutzerseitig zur öffentlichen Wiedergabe an den Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten übermittelten Inhalte, die mit den von der Rechteinhaberinformation betroffenen Inhalten ganz oder teilweise übereinstimmen, sondern berücksichtigen im Rahmen der Verhältnismäßigkeit insbesondere

a) das Ausmaß der Übereinstimmung zwischen den von der Rechteinhaberinformation betroffenen Inhalte und dem nutzerseitig an den Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten übermittelten Inhalt,

b) die Person des Rechteinhabers,

c) die Person des Nutzers,

d) die Selbsteinschätzung des Nutzers betreffend den Inhalt (pre-flagging),

e) die Zeitkritikalität des Inhaltes und

f) das Gefährdungspotential des Inhaltes.

Ist ein Diensteanbieter im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes verpflichtet, Filtertechniken einzusetzen, so wird vermutet, dass er nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen hat, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind, wenn er nachweist, dass er die in Satz 1 a) – f) vorgegebenen Parameter in ausreichender Art und Weise berücksichtigt hat.

(3) Ist ein Nutzerinhalt aufgrund einer Maßnahme nach Abs. § 97b Abs. 1 b) nicht verfügbar, so benachrichtigt der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten den von der Maßnahme betroffenen Nutzer, der den Inhalt zur öffentlichen Wiedergabe an den Diensteanbieter übermittelt hat unverzüglich über die Nichtverfügbarkeit des Inhaltes und weist ihn auf die Rechtsschutzmöglichkeiten nach § 97e, § 97f und § 97g hin.“

11. Nach § 97c wird folgender § 97d eingefügt:

„§ 97d

Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte

(1) Ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten im Sinne des § 19a Abs. 3 muss ein wirksames und transparentes Verfahren nach Absatz 2 und 3 für den Umgang mit Beschwerden über rechtswidrige Inhalte vorhalten. Der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten muss Rechteinhabern ein bei der Wahrnehmung des Inhalts leicht erkennbares, leicht bedienbares, unmittelbar erreichbares und ständig verfügbares Verfahren zur Übermittlung von Beschwerden über rechtswidrige Inhalte zur Verfügung stellen. Für die Anforderungen an die Beschwerde gilt § 97c Abs. 1.

(2) Das Verfahren nach Abs. 1 S. 1 muss gewährleisten, dass der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten

a) unverzüglich von einem hinreichend begründeten Hinweis auf eine Rechtsverletzung Kenntnis nimmt und ihn einer menschlichen Überprüfung unterzieht, mit der er feststellt, ob der in der Beschwerde gemeldete Inhalt rechtswidrig und zu entfernen oder der Zugang zu ihm zu sperren ist,

b) den Nutzer, für den der beanstandete Inhalt gespeichert wurde, unverzüglich über den Eingang der Beschwerde informiert sowie auf die Rechtsschutzmöglichkeiten nach § 97e, § 97f du § 97g hinweist und

c) unverzüglich nach Abschluss der Prüfung nach lit. a) den Zugang zu den entsprechenden Werken oder sonstigen Schutzgegenständen sperrt bzw. die entsprechenden Werke oder sonstigen Schutzgegenstände von seinen Internetseiten entfernt, und alle Anstrengungen unternimmt, um gemäß § 97b Abs. 1 b) das künftige Hochladen dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände zu verhindern. § 97c Abs. 2 gilt entsprechend.

Die dem Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten im Übrigen abzuverlangenden Anstrengungen können in einer Durchführungsverordnung konkretisiert werden.

(3) Der in Streit stehende Inhalt wird während der Dauer der Prüfung nicht gesperrt oder gelöscht, sofern er durch Selbsteinschätzung des Nutzers als in Ausübung urheberrechtlicher Ausnahmen und Beschränkungen öffentlich wiedergegeben gekennzeichnet wurde und diese Kennzeichnung plausibel ist. Eine leicht zugängliche und leicht verständliche Kennzeichnungsmöglichkeit hat der Diensteanbieter zu diesen Zwecken zur Verfügung zu stellen. Für die Dauer der Schlichtung haftet der Diensteanbieter für diese öffentliche Zugänglichmachung auch dann nicht, wenn das Schlichtungsverfahren ergibt,

dass die Selbsteinschätzung des Nutzers nicht zutraf. Vorsätzliche Fehlkennzeichnungen des Nutzers können sich auf zukünftige Plausibilitätsentscheidungen nach S. 1 auswirken.“

12. Nach § 97d wird folgender § 97e eingefügt:

„§ 97e

Nutzerrechte

(1) Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten im Sinne des § 19b Abs. 3 dürfen von Nutzern hochgeladene Werke oder sonstige Schutzgegenstände nicht aufgrund eines Verstoßes gegen das Urheberrecht oder verwandte Schutzrechte sperren oder von ihren Internetseiten entfernen, wenn ein solcher Verstoß tatsächlich nicht vorliegt. Gegen Sperr- oder Entfernungsentscheidungen eines Diensteanbieters für das Teilen von Online-Inhalten nach § 97b Abs. 1 b) und c) stehen dem Nutzer das Gegenvorstellungsverfahren gem. § 97f, das Schlichtungsverfahren gem. § 97g sowie der ordentliche Rechtsweg zur Verfügung. Der Nutzer soll dem Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten vor Einleitung eines gerichtlichen Verfahrens im Wege des Gegenvorstellungsverfahrens die Gelegenheit geben, seiner Sperr- oder Löschentscheidung abzuhelfen.

(2) Zur Sicherung der aufgrund von Abs. 1 bezeichneten Ansprüche auf Unterlassung können einstweilige Verfügungen auch ohne die Darlegung und Glaubhaftmachung der in den §§ 935 und 940 der Zivilprozessordnung bezeichneten Voraussetzungen erlassen werden. Ist ein Gegenvorstellungsverfahren eingeleitet, beginnt die Dringlichkeitsfrist nicht vor dessen Beendigung.

(3) Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten informieren ihre Nutzer in ihren Geschäftsbedingungen darüber, dass sie Werke und sonstige Schutzgegenstände im Rahmen der im Unionsrecht festgelegten Ausnahmen und Beschränkungen für das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte nutzen können.

(4) Von den Vorschriften der Abs. 1 bis 3 kann nicht abgewichen werden.“

13. Nach § 97e wird folgender § 97f eingefügt:

„§ 97f

Gegenvorstellungsverfahren

(1) Der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten muss ein wirksames und transparentes Verfahren nach Absatz 2 vorhalten, mit dem sowohl der Beschwerdeführer als auch der Nutzer, für den der beanstandete Inhalt gespeichert wurde, eine unverzügliche menschliche Überprüfung einer nach § 97b Abs. 1 b) oder c) und § 97d getroffenen Entscheidung (ursprünglichen Entscheidung) herbeiführen kann. Der Überprüfung bedarf es nur, wenn der Beschwerdeführer oder der Nutzer, für den der beanstandete Inhalt gespeichert wurde, einen hierauf gerichteten Antrag innerhalb eines Monats nach der Information über die ursprüngliche Entscheidung in einem Verfahren gem. § 97c Abs. 2, § 97d Abs. 1 und 2 stellt (Gegenvorstellung). Der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten muss zu diesem Zweck ein leicht erkennbares Verfahren zur Verfügung stellen, das eine einfache elektronische Kontaktaufnahme und unmittelbare Kommunikation mit ihm ermöglicht.

(2) Das Verfahren nach Absatz 1 Satz 1 muss gewährleisten, dass der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten

a) im Falle einer Gegenvorstellung des Beschwerdeführers den Nutzer und im Falle einer Gegenvorstellung des Nutzers den Beschwerdeführer über den Inhalt der Gegenvorstellung unverzüglich informiert sowie im ersten Fall dem Nutzer und im zweiten Fall dem Beschwerdeführer Gelegenheit zur Stellungnahme gibt,

b) seine ursprüngliche Entscheidung unverzüglich einer Überprüfung unterzieht und

c) seine Überprüfungsentscheidung dem Beschwerdeführer und dem Nutzer unverzüglich übermittelt und einzelfallbezogen begründet.“

(3) Der in Streit stehende Inhalt wird während der Dauer der Prüfung nicht gesperrt oder gelöscht, sofern er durch Selbsteinschätzung des Nutzers als in Ausübung urheberrechtlicher Ausnahmen und Beschränkungen öffentlich wiedergegeben gekennzeichnet wurde und diese Kennzeichnung plausibel ist. Eine leicht zugängliche und leicht verständliche Kennzeichnungsmöglichkeit hat der Diensteanbieter zu diesen Zwecken zur Verfügung zu stellen. Für die Dauer der Schlichtung haftet der Diensteanbieter für diese öffentliche Zugänglichmachung auch dann nicht, wenn das Schlichtungsverfahren ergibt, dass die Selbsteinschätzung des Nutzers nicht zutraf. Vorsätzliche Fehlkennzeichnungen des Nutzers können sich auf zukünftige Plausibilitätsentscheidungen nach Satz 2 auswirken.

(4) Ansprüche aus anderen gesetzlichen Vorschriften bleiben unberührt.“

•

•

14. Nach § 97f wird folgender § 97g eingefügt:

"§ 97g

Schlichtung

(1) Das Bundesamt für Justiz kann privatrechtlich organisierte Einrichtungen als Schlichtungsstellen zur außergerichtlichen Beilegung von Streitigkeiten zwischen Beschwerdeführern und Dienstanbietern für das Teilen von Online-Inhalten über nach 97d Abs. 2, 97 f Abs. 1 und 2 zu treffende Entscheidungen anerkennen.

(2) Eine privatrechtlich organisierte Einrichtung ist als Schlichtungsstelle nach Absatz 1 anzuerkennen, wenn

a) ihr Träger eine juristische Person mit Sitz im Inland ist, die auf Dauer angelegt und deren Finanzierung gesichert ist,

b) die Unabhängigkeit, die Unparteilichkeit und die Sachkunde derjenigen Personen gewährleistet sind, die mit der Schlichtung befasst werden sollen,

c) ihre sachgerechte Ausstattung und die zügige Bearbeitung der Schlichtungsverfahren sichergestellt sind,

d) sie eine Schlichtungsordnung hat, welche die Einzelheiten des Schlichtungsverfahrens und ihre Zuständigkeit regelt, und welche ein einfaches, kostengünstiges, unverbindliches und faires Schlichtungsverfahren ermöglicht, an dem der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, der Rechteinhaber und der Nutzer, der sich auf die Nutzerrechte nach § 97e beruft, teilnehmen können und angehört werden und

e) sichergestellt ist, dass die Öffentlichkeit dauerhaft über Erreichbarkeit und Zuständigkeit der Schlichtungsstelle und über den Ablauf des Schlichtungsverfahrens, einschließlich der Schlichtungsordnung, informiert wird.

Die Entscheidung über die Anerkennung der Schlichtungsstelle kann mit Nebenbestimmungen versehen werden. Eine Befristung soll den Zeitraum von fünf Jahren nicht unterschreiten.

(3) Die Anerkennung kann ganz oder teilweise widerrufen oder mit Nebenbestimmungen versehen werden, wenn die Voraussetzungen für die Anerkennung nachträglich entfallen sind. Die Schlichtungsstelle unterrichtet das Bundesamt für Justiz unverzüglich über Änderungen der für die Anerkennung relevanten Umstände und sonstiger im Antrag auf Anerkennung mitgeteilter Angaben.

(4) Die Schlichtungsstelle hat bis zum 31. Juli eines jeden Jahres Tätigkeitsberichte über das vorangegangene Kalenderjahr zu veröffentlichen und dem Bundesamt für Justiz zu übermitteln.

(5) Rechteinhaber und Nutzer, die sich auf die Nutzerrechte nach § 97e berufen, können die Schlichtungsstelle zur Überprüfung einer in einem Verfahren nach §§ 97d Abs. 1 und 2, 97f Abs. 1 und 2 vom Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten getroffenen Entscheidung im Rahmen ihrer Zuständigkeit anrufen, wenn der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten allgemein oder im Einzelfall an der Schlichtung durch diese Schlichtungsstelle teilnimmt. Der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten kann die in einem Verfahren nach §§ 97d Abs. 1 und 2, 97f Abs. 1 und 2 zu treffende Entscheidung auf die Schlichtungsstelle übertragen. Er ist in diesem Falle nicht verpflichtet, die Verfahrenslösung nach §§ 97d Abs.1 S. 1, Abs. 2, 97f Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 2 selbst zur Verfügung zu stellen und die Entscheidung zu treffen.

(6) Der in Streit stehende Inhalt wird während der Dauer der Schlichtung nicht gesperrt oder gelöscht, sofern er durch Selbsteinschätzung des Nutzers als in Ausübung urheberrechtlicher Ausnahmen und Beschränkungen öffentlich wiedergegeben gekennzeichnet wurde und diese Kennzeichnung plausibel ist. Eine leicht zugängliche und leicht verständliche Kennzeichnungsmöglichkeit hat der Diensteanbieter zu diesen Zwecken zur Verfügung zu stellen. Für die Dauer der Schlichtung haftet der Diensteanbieter für diese öffentliche Zugänglichmachung auch dann nicht, wenn das Schlichtungsverfahren ergibt, dass die Selbsteinschätzung des Nutzers nicht zutraf.

(7) Die Entscheidung der Schlichtungsstelle ersetzt die Entscheidung des Diensteanbieters für das Teilen von Online-Inhalten. Die Entscheidung ist verbindlich für den Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten, den betroffenen Rechteinhaber und den Nutzer, der sich auf die Nutzerrechte nach § 97e beruft.

(8) Die Teilnahme an den Schlichtungsverfahren ist freiwillig. Das Recht, anstelle der Schlichtungsstelle oder zur Überprüfung der durch die Schlichtungsstelle getroffenen Entscheidung die Gerichte anzurufen, bleibt unberührt. Das Verbraucherstreitbeilegungsgesetz vom 19. Februar 2016 (BGBl. I S. 254, 1039), das durch Artikel 1 des Gesetzes vom 30. November 2019 (BGBl. I S. 1942) geändert worden ist, ist nicht anzuwenden

(9) Nimmt der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten an der Schlichtung nach Abs. 5 teil oder überträgt er seine in einem Verfahren nach §§ 97d Abs. 1 S. 1, Abs. 2, 97 f Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 2 zu treffende Entscheidung auf die Schlichtungsstelle, muss er der Schlichtungsstelle den beanstandeten Inhalt, Angaben zum Zeitpunkt der Übersendung und der öffentlichen Wiedergabe sowie zum Umfang des Abrufs übermitteln, soweit dies für das Schlichtungsverfahren erforderlich ist; übermittelt werden dürfen auch, im Falle einer Anrufung der Schlichtungsstelle durch den Beschwerdeführer, die Kontaktdaten des Nutzers, der den beanstandeten Inhalt an den Diensteanbieter für das Speichern von Online-Inhalten übersandt hatte, sowie, im Falle einer Anrufung der Schlichtungsstelle durch den Nutzer der den beanstandeten Inhalt an den Diensteanbieter für das Speichern von Online-Inhalten übersandt hatte, die Kontaktdaten des Rechteinhabers. Die Schlichtungsstelle ist befugt, die betreffenden personenbezogenen Daten zu verarbeiten, soweit dies für das Schlichtungsverfahren erforderlich ist; eine Offenlegung der personenbezogenen Daten des Beschwerdeführers und des Nutzers, der den beanstandeten Inhalt an den Diensteanbieter für das Speichern von Online-Inhalten übersandt hatte, ist ausgenommen.

(10) Der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten informiert den Nutzer leicht zugänglich, leicht verständlich und dauerhaft abrufbar über die Schlichtungsstelle, deren Entscheidung er sich unterwirft, und ihre Kontaktdaten.“

15. Nach § 97g wird folgender § 97h eingefügt:

"§ 97h

Transparenzberichte

(1) Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten legen einen jährlichen Transparenzbericht mit folgendem Inhalt vor:

a) Anzahl der nach § 97b Abs. 1b nicht verfügbaren Inhalte,

b) Anzahl der nach § 97b Abs. 1c nicht verfügbaren Inhalte,

c) Anzahl der rechteinhaberseitig gem. § 97c Abs. 1 gemeldeten Werke und sonstigen Schutzgegenstände,

d) Anzahl und Ergebnis der Beschwerdeverfahren nach § 97d Abs. 1 S. 1, Abs. 2,

e) Anzahl und Ergebnis der Gegenvorstellungsverfahren nach § 97f Abs. 1 S. 1, Abs.2,

f) Anzahl und Ergebnis der Schlichtungsverfahren nach § 97g und

g) Anzahl und Ergebnis der gerichtlichen Verfahren gem. § 97e Abs. 1 und 2.

(2) Die Transparenzberichte sind unaufgefordert bis einen Monat nach Ablauf des Kalenderjahres für das abgelaufene Kalenderjahr auf der eigenen Website öffentlich zugänglich zu machen und dem Bundesamt für Justiz zu übersenden. Sie sind für eine Mindestdauer von 10 Jahren auf der eigenen Website vorzuhalten."

16. Nach § 104a UrhG wird folgender § 104b eingefügt:

„§ 104b

Inländischer Zustellungsbevollmächtigter

Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten im Sinne des § 19a Abs. 3 haben im Inland einen Zustellungsbevollmächtigten zu benennen und in leicht erkennbarer und unmittelbar erreichbarer, dauerhaft-abrufbarer Weise auf ihn aufmerksam zu machen. An ihn können Zustellungen in Bußgeldverfahren, in Beschwerde- und Gegenvorstellungsverfahren gem. §§ 97d Abs. 1 S. 1, Abs. 2 und § 97f Abs. 1 S. 1 und 2, Abs. 2f, Schlichtungsverfahren gem. § 97g oder in Gerichtsverfahren vor deutschen Gerichten bewirkt werden. Das gilt auch für die Zustellung von Schriftstücken, die solche Verfahren einleiten, Zustellungen von gerichtlichen Endentscheidungen sowie für Zustellungen im Vollstreckungs- oder Vollziehungsverfahren. Sämtliche Zustellungen können in deutscher Sprache erfolgen."

17. In § 111a Abs. 1 Nr. 2 wird das Wort „oder" gestrichen.

18. § 111a Abs. 1 werden folgende Nr. 4, Nr. 5, Nr. 6 und Nr. 7 angefügt:

„4. Rechteinhaberinformationen über ein Werk oder einen sonstigen Schutzgegenstand gem. § 97b Abs. 1b i.V.m. § 97c zur Verfügung stellt, ohne selbst Rechteinhaber dieses Werkes oder des sonstigen Schutzgegenstandes zu sein oder von dem Rechteinhaber hierzu berechtigt zu sein,

5. entgegen § 97h Transparenzberichte nicht, nicht richtig, nicht vollständig oder nicht rechtzeitig erstellt oder nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise oder nicht rechtzeitig veröffentlicht,

6. entgegen § 97f ein Gegenvorstellungsverfahren nicht, nicht richtig, nicht vollständig, nicht in der vorgeschriebenen Weise vorhält oder

7. entgegen § 104b einen inländischen Zustellungsbevollmächtigten nicht benennt.“

Artikel 2

Änderung des Telemediengesetzes

Das Telemediengesetz vom 26. Februar 2007 (BGBl. I S. 179), das zuletzt durch Artikel 11 des Gesetzes vom 11. Juli 2019 (BGBl. I S. 1066) geändert worden ist, wird wie folgt geändert

1. § 10 TMG wird folgender Satz 3 angefügt:

„§ 19a Abs. 2, §§ 97b -g UrhG bleiben unberührt.“

Artikel 3

Änderung des Unterlassungsklagengesetzes

Das Unterlassungsklagengesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. August 2002 (BGBl. I S. 3422, 4346), das zuletzt durch Artikel 4 des Gesetzes vom 17. Juli 2017 (BGBl. I S. 2446) geändert worden ist, wird wie folgt geändert

1. In § 2a Nr. 3 UKlaG werden folgende Worte gestrichen: „(weggefallen)“ sowie folgender Passus angefügt: „Wer gegen § 97f Abs. 1 S. 1 und 2 i.V.m. Abs. 2 des Urheberrechtsgesetzes verstößt, kann auf Unterlassung in Anspruch genommen werden.“

Artikel 4

Änderung des Bundesdatenschutzgesetzes

Das Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097), das durch Artikel 12 des Gesetzes vom 20. November 2019 (BGBl. I S. 1626) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

Art. 22 BDSG wird folgender Absatz 3 angefügt:

„(3) Das Recht gemäß Artikel 22 Absatz 1 der Verordnung (EU) 2016/679, keiner ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, besteht über die in Artikel 22 Absatz 2 Buchstabe a und c der Verordnung (EU) 2016/679 genannten

Ausnahmen hinaus nicht, wenn die Entscheidung im Rahmen einer Prüfung der Vereinbarkeit von Nutzerinhalten mit dem Urheberrechtsgesetz gem. § 97b - § 97d UrhG ergeht.“

Anhang

Anhang 1: Kommissionsentwurf[283] der Richtlinie vom 14.09.2016

Kapitel 2: Bestimmte Nutzungen geschützter Inhalte durch Online-Dienste

Artikel 13: Nutzung geschützter Inhalte durch Diensteanbieter der Informationsgesellschaft, die große Mengen der von ihren Nutzern hochgeladenen Werke und sonstigen Schutzgegenstände speichern oder zugänglich machen

1. Diensteanbieter der Informationsgesellschaft, die große Mengen der von ihren Nutzern hochgeladenen Werke und sonstigen Schutzgegenstände in Absprache mit den Rechteinhabern speichern oder öffentlich zugänglich machen, ergreifen Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass die mit den Rechteinhabern geschlossenen Vereinbarungen, die die Nutzung ihrer Werke oder sonstigen Schutzgegenstände regeln, oder die die Zugänglichkeit der von den Rechteinhabern genannten Werke oder Schutzgegenstände über ihre Dienste untersagen, eingehalten werden. Diese Maßnahmen wie beispielsweise wirksame Inhaltserkennungstechniken müssen geeignet und angemessen sein. Die Diensteanbieter müssen gegenüber den Rechteinhabern in angemessener Weise darlegen, wie die Maßnahmen funktionieren und eingesetzt werden und ihnen gegebenenfalls über die Erkennung und Nutzung ihrer Werke und sonstigen Schutzgegenstände Bericht erstatten.

2. Die Mitgliedstaaten müssen gewährleisten, dass die in Absatz 1 genannten Diensteanbieter den Nutzern für den Fall von Streitigkeiten über die Anwendung der in Absatz 1 genannten Maßnahmen Beschwerdemechanismen und Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stellen.

3. Die Mitgliedstaaten erleichtern gegebenenfalls die Zusammenarbeit zwischen den Diensteanbietern der Informationsgesellschaft und den Rechteinhabern durch Dialoge zwischen den Inte-

[283] Europäische Kommission, 14.09.2016, COM(2016) 593, S. 31 f.

ressenträgern, damit festgelegt werden kann, welche Verfahren sich beispielsweise unter Berücksichtigung der Art der Dienste, der verfügbaren Technik und deren Wirksamkeit vor dem Hintergrund der technologischen Entwicklungen als geeignete und angemessene Inhalteerkennungstechniken bewährt haben.

Anhang 2: Stellungnahme[284] des Wirtschafts- und Sozialausschusses (EWSA) vom 25.01.2017:

5.10. Online-Nutzungen geschützter Inhalte

5.10.1. Diensteanbieter der Informationsgesellschaft, die große Mengen der von ihren Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werke und sonstigen Schutzgegenstände speichern oder öffentlich zugänglich machen, ergreifen in Absprache mit den Rechteinhabern Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass die mit den Rechteinhabern geschlossenen Vereinbarungen, die die Nutzung der von den Rechteinhabern zusammen mit den Diensteanbietern benannten Werke oder sonstigen Schutzgegenstände regeln, eingehalten werden. Dazu gehören z.B. „wirksame Inhaltserkennungstechniken"; die Diensteanbieter müssen zudem gegenüber den Rechteinhabern „in angemessener Weise darlegen", wie die Maßnahmen funktionieren, und ihnen Beschwerdemechanismen und Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stellen. Die Mitgliedstaaten erleichtern die Zusammenarbeit zwischen den Parteien.

*5.10.2. Diese Maßnahme, die der EWSA für angemessen hält, zielt darauf ab, die sogenannte Wertschöpfungslücke zu schließen, die derzeit zwischen den Rechteinhabern und den Anbietern von Diensten der Informationsgesellschaft besteht (**value gap**), indem die Rechteinhaber in die Lage versetzt werden, bessere Entscheidungen über die Nutzung ihrer Werke zu treffen. Es gibt Beispiele für werbebasierte Dienste, die die Urheber nicht ausreichend für ihre Urheberrechte vergüten, im Unterschied zu den per Abonnement bezahlten Online-Diensten, die das tun.*

[284] Europäischer Wirtschafts- und Sozialausschuss (EWSA), 25.01.2017, 2017/C 125/03, S. 7

Anhang 3: Stellungnahme[285] des Ausschusses der Regionen (AdR) vom 30.06.2017, Änderung 6, Art. 13 Abs. 1 DSM-RL (E):

Änderung 6

Vorschlag für eine Richtlinie

Artikel 13

Kommissionsvorschlag	***Änderung des AdR***
Diensteanbieter der Informationsgesellschaft, die große Mengen der von ihren Nutzer hochgeladenen Werke und sonstigen Schutzgegenstände in Absprache mit den Rechteinhabern speichern oder öffentlich zugänglich machen, ergreifen Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass die mit den Rechteinhabern geschlossenen Vereinbarungen, die die Nutzung ihrer Werke oder sonstigen Schutzgegenstände regeln, oder die die Zugänglichkeit der von den Rechteinhabern genannten Werke oder Schutzgegenstände über ihre Dienste untersagen, eingehalten werden. Diese Maßnahmen wie beispielsweise wirksame Inhaltserkennungstechniken müssen geeignet und angemessen sein.	*Diensteanbieter der Informationsgesellschaft, die große Mengen der von ihren Nutzer hochgeladenen Werke und sonstigen Schutzgegenstände in Absprache mit den Rechteinhabern speichern oder öffentlich zugänglich machen, ergreifen Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass die mit den Rechteinhabern geschlossenen Vereinbarungen, die die Nutzung ihrer Werke oder sonstigen Schutzgegenstände regeln, oder die die Zugänglichkeit der von den Rechteinhabern genannten Werke oder Schutzgegenstände über ihre Dienste untersagen, eingehalten werden. Diese Maßnahmen wie beispielsweise wirksame Inhaltserkennungstechniken müssen geeignet und angemessen* ***sein und eine faire Verteilung der Wertschöpfung auf die Rechteinhaber erreichen können.***
Die Diensteanbieter müssen gegenüber den Rechteinhabern in angemessener Weise darlegen, wie die Maßnahmen funktionieren und eingesetzt werden und ihnen gegebenenfalls über die Erkennung und Nutzung ihrer Werke	*Die Diensteanbieter müssen gegenüber den Rechteinhabern in angemessener Weise darlegen, wie die Maßnahmen funktionieren und eingesetzt werden und ihnen gegebenenfalls über die Erkennung und Nutzung ihrer Werke*

[285] Ausschuss der Regionen, 30.06.2017, 2017/C 207/14, S. 4.

und sonstigen Schutzgegenstände Bericht erstatten.	*und sonstigen Schutzgegenstände Bericht erstatten.*

Begründung: *In Artikel 13 Absatz 3 verweist die Kommission zurecht darauf, wie wichtig es ist, Verfahren für die Erkennung von Inhalten zu etablieren.*

Ganz eng damit verbunden ist die Frage der Verteilung der durch die Verwertung der erkannten Werke generierten Wertschöpfung auf die Rechteinhaber. Im Hinblick auf eine größere Kohärenz zwischen den beiden Punkten (Artikel 13 Absatz 1 und Artikel 13 Absatz 3) sollte dieser Aspekt im Text ausdrücklich erwähnt werden, da die bloße Erkennung der Werke nur die erste Stufe in der Wertschöpfungskette darstellt.

Anhang 4: Kompromissvorschlag der Ratspräsidentschaft vom 02.03.2018, der die Nutzerbefugnisse in Art. 13 Abs. 6 DSM-RL (E) verschob:[286]

6. Member States shall ensure that the measures referred to in paragraph 3 are implemented by the online content sharing service provider without prejudice to the possibility for their users to benefit from exceptions or limitations to copyright, including in particular those which guarantee their freedom of expression and access to information. For that purpose, the service provider shall put in place a compliant and redress mechanism that is available to users of the service in case of disputes over the implementation of the measures. Complaints submitted under this mechanism shall be processed by the relevant rightholders within a reasonable period of time. The rightholder shall duly justify its decision.

Anhang 5: Kompromissvorschlag der Ratspräsidentschaft in der Fassung vom 23.04.2018[287]

[286] Rat der Europäischen Union, 02.03.2018, 2016/0280 (COD), 6767/18.

[287] Rat der Europäischen Union, 23.04.2018, 2016/0280 (COD), 8145/18, S. 63

*7. Member States shall ensure that the measures referred to in **point (a) of** paragraph ~~3~~ **4** are implemented by the online content sharing service provider without prejudice to the possibility for their users to benefit from exceptions or limitations to copyright~~, including in particular those which guarantee their freedom of expression and access to information~~. For that purpose, the service provider shall put in place a compliant and redress mechanism that is available to users of the service in case of disputes over the ~~implementation~~ **application** of the measures~~.~~ **to their content.** Complaints submitted under this mechanism shall be processed by the **online content sharing service provider in cooperation with** relevant rightholders within a reasonable period of time. ~~The rightholder~~ **Rightholders** shall duly justify ~~its decision.~~ **the reasons for their requests to remove or block access to their specific works or other subject matter.***

Anhang 6: Fassung Art. 13 Abs. 5, Abs. 8 vom 20.02.2019:[288]

5. The cooperation between online content service providers and rightholders shall not result in the prevention of the availability of works or other subject matter uploaded by users which do not infringe copyright and related rights, including where such works or subject matter are covered by an exception or limitation.

Member States shall ensure that users in all Member States(*) are able to rely on the following existing exceptions and limitations when uploading and making available content generated by users on online content sharing services:

(a) quotation, criticism, review;

(b) use for the purpose of caricature, parody or pastiche.

[(*) exact wording of "in all Member States" to be revised by lawyer-linguists]

8. Member States shall provide what an online sharing service provider puts in place an effective and expeditious complaint and redress mechanism that is available to users of the service in case of disputes over the removal of or disabling access to works or other subject matter uploaded by them.

[288] Rat der Europäischen Union, 20.02.2019, 2016/0280 (COD), 6637/19, S. 68.

When rightholders request to remove or disable access to their specific works or other subject matter, they shall duly justify the reasons for their requests. Complaints submitted under this mechanism shall be processed without undue delay and decisions to remove or disable access to uploaded content shall be subject to human review.

Member States shall also ensure that out-of-court redress mechanisms are available for the settlement of disputes. Such mechanisms shall enable disputes to be settled impartially and shall not deprive the user of the legal protection afforded by national law, without prejudice to the rights of users to have recourse to efficient juridical remedies. In particular, Member States shall ensure that users have access to a court or another relevant judicial authority to assert the use of an exception or limitation to copyright rules.

This Directive shall in no way affect legitimate uses, such as uses under exceptions and limitations provided for in Union law, and shall not lead to any identification of individual users nor the processing of their personal data, in accordance with Directive 95/46/EC, Directive 2002/58/EC and the General Data Protection Regulation.

Online content sharing service providers shall inform the users in their terms and conditions about the possibility for them to use works and other subject matter under exceptions or limitations to copyright and related rights provided for in Union law.