

Matrikelnummer: 2933530

EULISP 2018/2019

Auswirkungen der Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt auf Online-Diensteanbieter

Prof. Dr. Christian Heinze LL.M. (Cambridge)

Abgabe: 26.09.2019

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	VIII
Abkürzungsverzeichnis	XXVIII
Kapitel 1: Einführung	29
A. Hintergrund	29
B. Problemaufriss	29
C. Methodik	31
D. Der Begriff des Online-Diensteanbieters	32
Kapitel 2: Hauptteil	32
A. Gesetzgebungshistorie	32
B. Dogmatischer Hintergrund	34
I. Das europäische Urheberrecht.....	35
II. Eine Richtlinie zur Rechtsangleichung im Binnenmarkt?.....	36
C. Kasuistik zu sonstigem Unionsrecht.....	39
D. Die Vorschriften des IV. Teils	40
E. Leistungsschutzrecht für Presseverleger	41
I. Passivlegitimation	42
II. Aktivlegitimation	42
III. Schutzgegenstand.....	43
IV. Schutzzumfang.....	44
1. Öffentliche Wiedergabe.....	44
1) Wiedergabehandlung.....	45
2) Öffentlichkeit	45
3) Die Handlung von Diensteanbietern der Informationsgesellschaft.....	46
2. Recht der Vervielfältigung.....	46
3. Konkludente Einwilligung der Presseverlage	47
4. Schutzbereichsbegrenzungen	48
1) Private Nutzung.....	48
2) Hyperlinking	49
(1) Keine Verwertungshandlung	49
(2) Rein deklaratorische Nennung.....	50
(3) Framing; eine Klarstellung der Rechtsprechung?.....	50
3) Kleinstteileausnahme.....	51

4)	Fakten	52
5)	Schutzdauer.....	53
5.	Schutzbereichsbeschränkungen	54
1)	Schrankenwirkung	54
2)	Keine Durchsetzbarkeit zum Nachteil anderer Berechtigter	54
6.	Beteiligung der Urheber	55
V.	Die Rechtfertigung in der Kritik.....	55
1.	Vorbeugung drohenden Marktversagens	56
1)	Value Gap.....	56
2)	Wertschöpfungsmisstand oder Stakeholderkreation.....	57
2.	Fehlerhafte Folgenabschätzung	58
3.	Kompensation wettbewerbsrechtlicher Defizite.....	60
4.	Zwischenergebnis.....	61
VI.	Nationale Umsetzung.....	61
VII.	Alternativansätze.....	61
1.	Das spanische Modell.....	62
2.	Inhabervermutung.....	63
F.	Bestimmte Nutzungen geschützter Inhalte durch Online Dienste.....	63
I.	Inhalt der Regelung.....	64
1.	Passivlegitimation	64
1)	Eine große Menge an geschützten Inhalten	65
(1)	Ausgangspunkt.....	65
(2)	Faktoren zur Referenzbildung	66
a.	Das Publikum	66
b.	Nutzer.....	67
2)	Organisation und Bewerben der Inhalte	67
(1)	Ein Schlupfloch für Filesharer?	68
(2)	Dogmatische Lösung der Friktion.....	68
a.	Extensive Auslegung.....	69
b.	Analogieschluss.....	69
3)	Nur ein Hauptzweck heiligt die Haftung.....	70
(1)	Bedeutender Online-Inhaltsdienst	71
a.	Online-Inhaltsdienst	71

b.	Konkurrierende Zielgruppen	72
c.	Nur wer wichtig ist haftet.....	72
(2)	Negativabgrenzung	73
4)	Zwischenergebnis.....	74
2.	Haftungsgrund	74
1)	Hochgeladene geschützte Inhalte der Nutzer.....	74
2)	Öffentliche Zugangsverschaffung des Diensteanbieters.....	76
(1)	Zugangsverschaffung des Diensteanbieters.....	76
(2)	Die Krux liegt im Detail.....	78
3)	Zwischenergebnis.....	79
3.	Haftungsumfang.....	79
1)	Intermediärhaftung und das Urheberrecht.....	79
2)	Die neue Richtlinie im alten Spannungsfeld.....	81
3)	Vertikale Ausnahme zur Haftungsprivilegierung strukturfalsch.....	83
4)	Zwischenergebnis.....	84
4.	Haftungsbefreiung.....	85
1)	Gestattung des Rechteinhabers	85
(1)	Lizenz des Diensteanbieters.....	86
a.	Rechtskrafterstreckung mit Unwägbarkeiten	86
b.	Falscher Anreiz für Nutzer	87
c.	Privilegierung ineffizienter Filesharer	87
d.	Die Unbilligkeit von Doppellizenzen	88
(2)	Lizenzen der Nutzer.....	89
a.	Rechtskrafterstreckung auf Diensteanbieter.....	89
b.	Keine Beschränkung auf explizite Rechteeinräumung.....	90
c.	Keine Beweiserleichterung für den Diensteanbieter	91
(3)	Zwischenergebnis	91
2)	Keine Haftung beim Eingriff von Schranken.....	92
(1)	Die europäischen Schrankenregelungen	93
(2)	Relevanz im Rahmen der DSM-RL	93
(3)	Die Auswirkungen auf den Diensteanbieter.....	94
a.	Die Verwertungshandlung der Diensteanbieter.....	95
b.	Rechtskrafterstreckung.....	96

c.	Berücksichtigung in der Fiktion	97
(4)	Zwischenergebnis	99
3)	Die Haftungsfreistellung nach Artikel 17 Absatz 4 DSM-RL	99
(1)	Verhältnismäßigkeit als Grundsatz des Pflichtenkatalogs.....	100
a.	Intention des Gesetzgebers.....	100
b.	Primärrechtliche Pflicht	101
(2)	Bemühen lohnt sich.....	102
a.	Keine Präventivlizenzen	102
b.	Repressivmaßnahmen aufs Zumutbare begrenzt.....	103
c.	Zwischenergebnis	103
(3)	Alle Anstrengungen zur Verhinderung von Rechtsverletzungen	104
a.	Obliegenheit der Rechteinhaber.....	104
a)	Kommissionsempfehlungen als Ausgangspunkt.....	105
(a)	Verfahren zur Bereitstellung.....	105
(b)	Form der Bereitstellung.....	105
b)	Ein Register für ein registerloses Recht?	106
(a)	Vorteile für kleine Diensteanbieter	106
(b)	Klare Inhaberverhältnisse	107
b.	Hohe branchenübliche Standards.....	107
a)	Begriffliche Unschärfe.....	107
b)	Die Bedeutung der Verhältnismäßigkeit.....	108
c.	Keine Pflicht zur allgemeinen Überwachung.....	108
a)	Upload-Filter	109
b)	Verhältnismäßigkeit der Filter	110
(c)	Nicht unnötig kompliziert und kostspielig.....	111
(a)	Rücksichtnahme auf Schranken.....	111
(b)	Informationelle Selbstbestimmung	113
(c)	Keine proaktive Überwachungspflicht.....	114
d.	Die Quadratur des Kreises als Folge	117
(4)	Notice and take down sowie stay down.....	118
a.	Einschränkende Merkmale	118
b.	Kerngleiche Verstöße	118
c.	Redundanz gegenüber Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b)	119

(5) Ausnahmen vom Grundsatz	119
a. Beschränkter Pflichtenkatalog für Start Ups.....	119
a) Die Privilegierung.....	120
b) Rückausnahme.....	120
c) Umgehungsverbot.....	121
b. Teleologische Reduktion für <i>Filesharer</i>	121
4) Zwischenergebnis.....	122
5. Sonstige Pflichten der Diensteanbieter.....	123
1) Hinweispflicht auf Schrankenregelung	123
2) Transparenzpflichten gegenüber Rechteinhabern	124
3) Außergerichtliche Rechtsbehelfe und Streitbeilegung.....	125
4) Dialoge der Kommission.....	126
II. Nationale Umsetzung.....	126
1. Ergänzung des TMG.....	126
2. Ergänzung des UrhG.....	127
1) Die Verwertungshandlung.....	127
2) Enthftung nach Artikel 17 Absatz 4.....	128
3) Obligatorische Schrankenregelungen.....	129
4) Vertrag zu Gunsten Dritter	129
5) Informationsansprüche und Aufklärungspflichten	129
6) Außergerichtliche Streitbeilegungs- und Rechtsbehelfsverfahren.....	130
3. Unzulänglichkeiten bisheriger Ansätze	130
1) Schrankeneinführung unionsrechtswidrig.....	131
2) Bloßer Verzicht keine konkludente Einwilligung.....	131
3) Falsches Verständnis als Ausgangslage.....	132
4) Weiterführende Ansätze	132
4. Zwischenergebnis.....	133
III. Zwei Alternativschritte aus dem Dilemma.....	134
Kapitel 3: Schlussbetrachtung.....	135
A. Zusammenfassung	135
I. Artikel 15.....	136
II. Artikel 17.....	136
B. Abschließende Stellungnahme	137

I.	Artikel 15.....	137
II.	Artikel 17.....	138
	1. Missachtung bisheriger Haftungskasuistik	138
	2. Eine Hommage für ein freies Internet	139
	3. Berücksichtigung von Alternativvorschlägen	140
	4. Informationsansprüche gegen Rechtsverletzer	141
III.	Fazit	141
C.	Ausblick	141
	Eigenständigkeitserklärung und Einwilligung in die Plagiatsprüfung	143

Literaturverzeichnis

Ackermann, Thomas

Leistungsschutzrecht für Presseverleger-
Eine Steuer auf Links oder Sicherung der
Pressevielfalt?,
erschienen in: Zeitschrift für Urheber- und
Medienrecht, Heft 05/2019 S. 375-383,
zit.: *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für
Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder
Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019,
375 ().

Ahlberg, Hartwick;

Götting, Horst-Peter (Hrsg.)

BeckOK Urheberrecht,
23. Edition, Stand 15.01.2019, München
2019,
zit.: BeckOK UrhR/*Bearbeiter* UrhG Euro-
päisches Urheberrecht Rn.

Bechtold, Stefan

Zur rechtsökonomischen Analyse im Im-
materialgüterrecht,
erschienen in: Gewerblicher Rechtsschutz
und Urheberrecht Internationaler Teil
Heft 06/2008, S. 484-488,
zit.: *Bechtold*, Zur rechtsökonomischen
Analyse im Immaterialgüterrecht, GRUR
Int 2008, 484 ().

Becker, Maximilian

Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu
können,
erschienen in: Zeitschrift für Urheber- und
Medienrecht Heft 8/9/2019, S. 636-648,
zit.: *Becker*, Von der Freiheit, rechtswidrig
handeln zu können, ZUM 2019, 636 ().

Berger, Christian

Aktuelle Entwicklungen im Urheberrecht
– Der EuGH bestimmt die Richtung,
erschienen in: Zeitschrift für Urheber- und
Medienrecht Heft 5/2012, S. 353-361,
zit.: *Berger*, Aktuelle Entwicklungen im
Urheberrecht – Der EuGH bestimmt die
Richtung, ZUM 2012, 353 ().

Brauneck, Jens

EU-Urheberrechtsreform/Umverteilung
für Verleger und Pflichten für Online-
Dienste unionsrechtmäßig?,
erschienen in: Europäische Zeitschrift für
Wirtschaftsrecht Heft 12/2017, S. 450-
456,
zit.: *Brauneck*, EU-
Urheberrechtsreform/Umverteilung für
Verleger und Pflichten für Online-Dienste
unionsrechtmäßig?, EuZW 2017, 450 ().

Brink, Stefan (Hrsg.);

Wollff, Heinrich Amadeus (Hrsg.)

Beck'scher Onlinekommentar
Datenschutzrecht,
29. Edition, Stand: 01.08.2019, München,
zit.: BeckOK DatenschutzR/*Bearbeiter* DS-
GVO Art. Rn.

Ders.

"Strategie für den digitalen Binnenmarkt"-
ein neues europäisches Urheberrecht,
erschienen in: Gewerblicher Rechtsschutz
und Urheberrecht Internationaler Teil,
Heft 10/2015, S. 889-896,

- zit.: *Brauneck*, "Strategie für den digitalen Binnenmarkt"- ein neues europäisches Urheberrecht, GRUR Int. 2015, 889 ().
- Calliess, Christian (Hrsg.); Ruffert, Matthias (Hrsg.)* EUV/AEUV Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 5. Auflage, Berlin 2016, zit.: *Wichard, Calliess/Ruffert/Wichard* AEUV Art. Rn.
- Döring, Nicola* Professionalisierung und Kommerzialisierung auf YouTube, erschienen in: *medien + erziehung* Zeitschrift für Medienpädagogik Nr. 4, August 2014, S. 24-31, zit.: *Döring*, Professionalisierung und Kommerzialisierung auf YouTube, mrez 2014, 24 ().
- Dreier, Thomas* Das WITTEM-Projekt eines „European Copyright Code“, erschienen in: *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, Heft 4/2011, S. 831-850, zit.: *Dreier*, Das WITTEM-Projekt eines „European Copyright Code“, ZEuP 2011, 831 ().
- Ders.* Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick, erschienen in: *Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht* Heft 08/2019, S. 771-

- 779,
 zit.: *Dreier*, Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick, GRUR 2019, 771 ().
- Dreier, Thomas;*
Schulze, Gernot
- Urheberrechtsgesetz
 Verwertungsgesellschaftengesetz Kunsturhebergesetz Kommentar,
 6. Auflage, München 2018,
 zit.: *Bearbeiter/ Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, Rn.
- Fezer, Karl-Heinz (Hrsg.);*
Büscher, Wolfgang (Hrsg.);
Obergfell, Eva Inés
- Lauterkeitsrecht
 Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG),
 3. Auflage, München 2016,
 zit.: *Bearbeiter*, in Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht: UWG, Wettbewerbsrecht des Internets, Rn.
- Frey, Harald*
- Grundsätze und Fortentwicklung des europäischen Haftungssystems für Host-Provider,
 erschienen in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht Heft 01/2019, S. 40-48,
 zit.: *Frey*, Grundsätze und Fortentwicklung des europäischen Haftungssystems für Host-Provider, ZUM 2019, 40 ().
- Fromm, Friedrich Karl;*
Nordemann, Wilhelm (Begr.)
- Urheberrecht Kommentar zum Urheberrechtsgesetz Verlagsgesetz Einigungsvertrag (Urheberrecht) neu: zur EU-

- Portabilitätsverordnung,
12. Auflage, Stuttgart 2018,
zit.: Fromm/Nordemann, *Bearbeiter*, Ur-
heberrecht, Rn.
- Gerpott, Torsten*
- Artikel 17 der neuen EU-
Urheberrechtsrichtlinie- Fluch oder Se-
gen?,
erschienen in: Multimedia und Recht Heft
07/2019, S. 420-426,
zit.: *Gerpott*, Artikel 17 der neuen EU-
Urheberrechtsrichtlinie- Fluch oder Se-
gen?, MMR 2019, 420 ().
- Gersdorf, Hubertus (Hrsg.);
Paal, Boris (Hrsg.)*
- BeckOK Informations- und Medienrecht,
25. Edition, München Stand: 01.08.2019,
zit.: BeckOK InfoMedienR/*Bearbeiter* Ge-
setzestext Art. Rn.
- Gielen, Nico;
Tiessen, Marten*
- Die neue Plattformhaftung nach der Richt-
linie über das Urheberrecht im digitalen
Binnenmarkt,
erschienen in: Europäische Zeitschrift für
Wirtschaftsrecht Heft 15/2019, S. 639-
646,
zit.: *Gielen/Tiessen*, Die neue Plattformhaf-
tung nach der Richtlinie über das Urhe-
berrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW
2019, 639 ().

*Grabitz, Eberhard (Begr.);
Hilf, Meinhard (Fortg.);
Nettesheim, Martin (Hrsg.)*

Das Recht der Europäischen Union,
67. Ergänzungslieferung, Berlin, Stand
Juni 2019,
zit.: *Bearbeiter,*
Grabitz/Hilf/Nettesheim/Bearbeiter
Normtext Art. Rn.

Grandjean, Amelle

EU-Urheberrechtsreform – Ergebnisse
und Analysen Tagungsbericht zum III.
ZUM-Symposium des Instituts für Urheber-
und Medienrecht am 1.2.2019 in
München,
erschieden in: Zeitschrift für Urheber- und
Medienrecht, Heft 05/2019 S. 409-414,
zit.: Grandjean, EU-Urheberrechtsreform –
Ergebnisse und Analysen Tagungsbericht
zum III. ZUM-Symposium des Instituts für
Urheber- und Medienrecht am 1.2.2019 in
München, ZUM 2019, 409 ().

Grütters, Monika

Perspektiven des Urheberrechts im In-
formationszeitalter- Der digitale Zugang
zur Kultur,
erschieden in: Zeitschrift für Urheber- und
Medienrecht, Heft 03,2019, S. 207-210,
zit.: *Grütters*, Perspektiven des Urheber-
rechts im Informationszeitalter- Der digi-
tale Zugang zur Kultur, ZUM 2019, 207 ().

Hentsch, Christian-Henner

Die Umsetzung der Urheberrechts-Richtlinie aus Sicht der Games-Branche, erschienen in: *Multimedia und Recht*, Heft Heft 06/2019, S. 351-355, zit.: *Hentsch*, Die Umsetzung der Urheberrechts-Richtlinie aus Sicht der Games-Branche, MMR 2019, 351 ().

Hoeren, Thomas (Hrsg.);

Sieber, Ullrich (Hrsg.);

Holznagel, Bernd (Hrsg.)

Handbuch Multimedia-Recht, 48. Ergänzungslieferung, München Stand Februar 2019, zit.: *Bearbeiter*, Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil, Rn.

Hofmann, Franz

Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – »Much Ado About Nothing«?, erschienen in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht* Heft 8/9/2019, S. 617-627, zit.: *Hofmann*, Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – »Much Ado About Nothing«?, ZUM 2019, 617 ().

Hornschuh, Matthias

In Ketten tanzen/ Warum es bei der EU-Urheberrechtsrichtlinie um sehr viel mehr geht als um Urhebervergütung, erschienen in: *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht*, Heft 03/2019, S. 222-226, zit.: *Hornschuh*, In Ketten tanzen/ Warum es bei der EU-Urheberrechtsrichtlinie um sehr viel mehr geht als um Urhebervergütung, ZUM 2019, 222 ().

Koroch, Stefan

Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger auf dem Weg von Berlin nach Brüssel, erschienen in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Heft 02/2017, S. 127-134,
zit.: *Koroch*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger auf dem Weg von Berlin nach Brüssel, GRUR 2017, 127 ().

Kreutzer, Till

Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, erschienen in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Heft 02/2017, S. 127-132,
zit.: *Kreutzer*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 ().

Leisner, Walter Georg

Die subjektiv-historische Auslegung im Gemeinschaftsrecht, erschienen in: Europarecht Heft 06/2007, S. 689-706,
zit.: *Leisner*, Die subjektiv-historische Auslegung im Gemeinschaftsrecht, EuR 2007, 689 ().

Leistner, Matthias;

Hansen, Gerd

Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter - Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungsbe-mühungen, erschienen in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Heft 06/2008, S. 479-

490,

zit.: *Leistner/Hansen*, Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter - Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungsbemühungen, GRUR 2008, 479 O.

Leistner, Matthias;
Metzger, Axel

The EU Copyright Package/ A Way Out of the Dilemma in Two Stages, erschienen in: *International Review of Intellectual Property and Competition Law*, Heft 04/2017, S. 381-384, zit.: *Leistner/Metzger*, The EU Copyright Package/ A Way Out of the Dilemma in Two Stages, IIC 2017, 381 O.

Liesching, Marc

Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG, erschienen in: *MultiMedia und Recht* Heft 01/2018, S. 26-30, zit.: *Liesching*, Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG, MMR 2018, 26 O.

Metzger, Axel

Regulierung im Urheberrecht – Herausforderungen und Perspektiven, erschienen in: *Zeitschrift für Urheber und Medienrecht* Heft 04/2018, S. 233-242,

zit.: *Metzger*, Regulierung im Urheberrecht – Herausforderungen und Perspektiven, ZUM 2018, 233 ().

Meyer, Peter

Die Grundsätze der Auslegung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, erschienen in: Juristische Ausbildung Heft 09/1994, S. 455-460, zit.: *Meyer*, Die Grundsätze der Auslegung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Jura 1994, 455 ().

Nolte, Georg

Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. »Value-Gap«-Debatte), erschienen in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Heft 04/2017, S. 304-312, zit.: *Nolte*, Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. »Value-Gap«-Debatte), ZUM 2017, 304 ().

Nordemann, Axel

Upload Filters and the EU Copyright Reform, erschienen in: International Review of Intellectual Property and Competition Law, Heft 03/2019, S. 275-277, zit.: *Nordemann*, Upload Filters and the EU Copyright Reform, IIC 2019, 275 ().

Nordemann, Axel;
Wolters, Olaf

Google, das Leistungsschutzrecht für Presseverleger und das Kartellrecht,
erschieden in: Zeitschrift für Urheber- und
Medienrecht, Heft 10/2016, S. 846-853,
zit.: *Nordemann/Wolters*, Google, das Leistungsschutzrecht für Presseverleger und
das Kartellrecht, ZUM 2016, 846 ().

Obergfell, Eva Inés;
Thamer, Alexander

(Non-)Regulation of Online Platforms and
Internet Intermediaries – The Facts- Context and Overview on State of Play,
erschieden in: Gewerblicher Rechtsschutz
und Urheberrecht Internationaler Teil,
Heft 03/2017, S. 201-206,
zit.: *Obergfell/Thamer*, (Non-)Regulation
of Online Platforms and Internet Intermediaries – The Facts- Context and Overview
on State of Play, GRUR Int. 2017, 201 ().

Ohly, Ansgar

Die Verantwortlichkeit von Intermediären,
erschieden in: Zeitschrift für Urheber und
Medienrecht Heft 04/2015, S. 308-318,
zit.: *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308 ().

Ole, Jani

Das europäische Leistungsschutzrecht für
Presseverleger,
erschieden in: Zeitschrift für Urheber- und
Medienrecht Heft 8/9/2019, S. 674-684,

zit.: *Ole*, Das europäische Leistungsschutzrecht für Presseverleger, ZUM 2019, 674 O.

Peifer, Karl-Nikolaus

Plattformwirtschaft und das Geistige Eigentum/ High-Noon-Stimmung für Rechteinhaber,
erschienen in: Praxis im Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht,
Heft 01/2018, S. 2-4,
zit.: *Peifer*, Plattformwirtschaft und das Geistige Eigentum/ High-Noon-Stimmung für Rechteinhaber, GRUR-Prax 2018, 2 O.

Pfennig, Gerhard

Forderungen der deutschen Urheber und ausübenden Künstler zum Reformprozess des Urheberrechts der EU,
erschienen in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Heft 04/2018, S. 252-259,
zit.: *Pfennig*, Forderungen der deutschen Urheber und ausübenden Künstler zum Reformprozess des Urheberrechts der EU, ZUM 2018, 252 O.

Pravemann, Timm

Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt
Eine Analyse der neuen europäischen Haftungsregelung für Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten,
erscheinen in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Heft 8 2019, S. 783-788,

zit.: Pravemann, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, 783 ().

Rieck, Volker

Digitalisierung und zukünftige Medienordnung- Brüsseler Entscheidungsprozesse,
erschienen in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Heft 03/2019, S. 220-221,
zit.: *Rieck*, Digitalisierung und zukünftige Medienordnung- Brüsseler Entscheidungsprozesse, ZUM 2019, 220 ().

Rüthers, Bernd;
Fischer, Christian;
Birk, Axel

Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre,
8. Auflage, München 2015,
zit.: *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, §, Rn.

Sanftleben, Martin

Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?,
erschienen in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Heft 05/2019, S. 369-374,
zit.: *Sanftleben*, Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, 369 ().

Ders.

Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests,
erschienen in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Heft 03/2004, S. 200-211,
zit.: *Sanftleben*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, 200 ().

Schmidl, Michael

IT-Recht von A-Z
Accessprovider bis Zwischenspeicherung,
2. Auflage, München 2014
zit.: *Bearbeiter* in Schmidl, IT-Recht von A-Z, S.

Schmid, Tobias

Digitalisierung und zukünftige Medienordnung- Medienpolitische Perspektive – Kontrolle der Plattformen als Medien,
erschienen in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht, Heft 03/2019, S. 226-228,
zit.: *Schmid*, Digitalisierung und zukünftige Medienordnung- Medienpolitische Perspektive – Kontrolle der Plattformen als Medien, ZUM 2019, 226 ().

Spindler, Gerald

Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU insbesondere Upload-Filter Bittersweet Analyse der Änderungen beim Text- und Datamining Leistungsschutz für Presseerzeugnisse und Pflicht,
erschienen in: Computer und Recht, Heft 05/2019, S. 277-291.

zit.: Spindler, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU insbesondere Upload-Filter Bittersweet Analyse der Änderungen beim Text- und Datamining Leistungsschutz für Presseerzeugnisse und Pflicht, CR 2019, 277 ().

Ders.

Haftung ohne Ende?
Über Stand und Zukunft der Haftung von Providern,
erschienen in: MultiMedia und Recht Heft 01/2018, S. 48-52,
zit.: *Spindler*, Haftung ohne Ende?, MMR 2018, 48 ().

Ders.

Präzisierungen der Störerhaftung im Internet - Besprechung des BGH-Urteils „Kinderhochstühle im Internet“,
erschienen in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht Heft 02/2011, S. 101-108,
zit.: *Spindler*, Präzisierungen der Störerhaftung im Internet - Besprechung des BGH-Urteils „Kinderhochstühle im Internet“, GRUR 2011, 101 ().

*Spindler, Gerald (Hrsg.);
Schuster, Fabian (Hrsg.)*

Recht der elektronischen Medien
Kommentar,
4. Auflage, München 2019,

zit.: Spindler/Schuster Elektron. Medien/*Bearbeiter* Gesetz § Rn.

Steinbrecher, Judith

EU-Urheberrechtsreform/ viel Schaden,
wenig Nutzen!,
erschienen in: MultiMedia und Recht,
Heft 01/2017, S. 1-2,
zit.: *Steinbrecher*, EU-
Urheberrechtsreform/ viel Schaden, we-
nig Nutzen!, MMR 2017, 1 ().

Stieper, Malte

Die Richtlinie über das Urheberrecht im
digitalen Binnenmarkt,
erschienen in: Zeitschrift für Urheber- und
Medienrecht, Heft 03/2019, S. 211-217,
zit.: *Stieper*, Die Richtlinie über das Urhe-
berrecht im digitalen Binnenmarkt,
ZUM 2019, 211 ().

Ders.

Ein angemessener Interessenausgleich im
Verhältnis von Kreativen zu Rechteinha-
bern und Verwertungsgesellschaften?,
erschienen in: Zeitschrift für Urheber- und
Medienrecht, Heft 05/2019, S. 393-400,
zit.: *Stieper*, Ein angemessener Interes-
senausgleich im Verhältnis von Kreativen
zu Rechteinhabern und Verwertungsge-
sellschaften?, ZUM 2019, 393 ().

Streinz, Rudolf (Hrsg.)

Beck'scher Kurzkommentar
EUV/AEUV,
3. Auflage, München 2018,

zit.: *Bearbeiter/Streinz/Michl* EU-
Grundrechte-Charta 2000 Art. Rn.

Suwelack, Felix

Leistungsschutzrecht und Upload-Filter aus ökonomischer Perspektive, erschienen in: MultiMedia und Recht, Heft 09/2018, S. 582-586, zit.: *Suwelack*, Leistungsschutzrecht und Upload-Filter aus ökonomischer Perspektive, MMR 2018, 582 [].

Tamke, Maren

Marktmacht in digitalen Märkten nach der 9. GWB-Novelle, erschienen in: Neue Zeitschrift für Kartellrecht Heft 11/2018, S. 503-508, zit.: *Tamke*, Marktmacht in digitalen Märkten nach der 9. GWB-Novelle, NZKart 2018, 503 [].

Valant, Jana

Consumer protection in the EU, EPRS | European Parliamentary Research Service, September 2015, PE 565.904, zit.: *Valant*, Consumer protection in the EU, EPRS 2015, PE 565.904, S.

Vorwerk, Volkert (Hrsg.);

Wolf, Christian (Hrsg.)

Volkmann, Caroline

Beck'scher Online Kommentar zur ZPO, zit.: BeckOK ZPO/*Bearbeiter* ZPO § Rn. Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, erschienen in: Computer und Recht, Heft 6/2019, S. 376-384,

zit.: Volkmann, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 ().

Wandtke, Artur-Axel

Grundsätze der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, erschienen in: Neue Juristische Wochenschrift, Heft 26/2019, S. 1841-1847, zit.: *Wandtke*, Grundsätze der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, NJW 2019, 1841 ().

Wandtke, Artur-Axel;
Bullinger, Winfried

Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Auflage, Berlin 2019, zit.: *Wandtke/Bullinger/Bearbeiter* Info-Soc-RL oder UrhG Art. oder Rn.

Wandtke, Artur-Axel;
Hauck, Ronny

Art. 17 DSM-Richtlinie – Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht, erschienen in: Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht Heft 8/9 2019, S. 628-636, zit.: *Wandtke/Hauck*, Art. 17 DSM-Richtlinie – Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht, ZUM 2019, 627 ().

Weiden, Henrike

Aktuelle Berichte – April 2019, erschienen in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Heft 04/2019, S. 370-372, zit.: *Weiden*, Aktuelle Berichte – April 2019, GRUR 2019, 370 ().

*Weidert, Stefan,
Uhlenhut, Theresa,
von Lintig, Johannes*

Kampf gegen Upload-Filter – Teil 1: Aktuelle Rechtslage der Betreiberhaftung, erschienen in: Praxis für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht Heft 12/2019, S. 269-271,
zit.: *Weidert/Uhlenhut/von Lintig*: Kampf gegen Upload-Filter – Teil 1: Aktuelle Rechtslage der Betreiberhaftung, GRUR-Prax 2019, 269 ().

Ders.

Kampf gegen Upload-Filter – Teil 2: Die neue Urheberrechtsrichtlinie, erschienen in: Praxis für Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht Heft 13/2019, S. 295-297,
zit.: *Weidert/Uhlenhut/von Lintig*, Kampf gegen Upload-Filter – Teil 2: Die neue Urheberrechtsrichtlinie, GRUR-Prax 2019, 295 ().

*Wimmers, Jörg;
Barudi, Malek*

Der Mythos vom Value Gap, erschienen in: Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Heft 04/2017, S. 327-338,
zit.: *Wimmers/Barudi*, Der Mythos vom Value Gap, GRUR 2017, 327 ().

Yannopoulos, Georgios N.

The Immunity of Internet Intermediaries Reconsidered?,
Erschienen in: Taddeo, Floridi (Hrsg.) The Responsibilities of Online Service Provid-

ers, Cham 2017,
zit.: *Yannopoulos*, The Immunity of Inter-
net Intermediaries Reconsidered?,
erschienen in: The Responsibilities of
Online Service Providers, S.

Abkürzungsverzeichnis

Soweit die Abkürzungen nicht besonders erläutert sind, wird verwiesen auf:

Kirchner, Hildebert

Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache,

Pannier, Dietrich

8. Auflage, Berlin 2018.

Kapitel 1: Einführung

A. Hintergrund

Die Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des 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/EG¹ ist ein Eckpfeiler des ambitionierten Vorhabens der EU das Urheberrecht zu modernisieren.² Die Reaktion auf neue Geschäftsmodelle, die zu einer massenhaften Nutzung von- und Zugangsvermittlung zu urheberrechtlich geschützten Inhalten im Internet beigetragen haben, um auch künftig einen hohen Schutz für Rechteinhaber aufrecht zu erhalten, ist dabei ein Quell der Bestrebungen.³ Denn Online-Diensteanbieter wie YouTube oder Google generieren ihre Wertschöpfung mittelbar über Inhalte Dritter, während Urheber und Inhaber verwandter Schutzrechte oder deren Vertreter vor den Schwierigkeiten der Rechte- und Interessendurchsetzung im Internet stehen. Zur Schaffung eines funktionsfähigen und nachhaltigen Marktes in diesem Bereich sind in Titel IV des Richtlinienentwurfs daher Bestimmungen vorgesehen, welche der Stärkung von Rechteinhabern gegenüber Online-Diensteanbietern dienen sollen. Im Einzelnen sind dies Vorschriften zum Schutz von Presseveröffentlichungen, damit verbundenen Ausgleichsansprüchen sowie Pflichten für die bestimmte Nutzung von- oder Zugangsvermittlung zu Inhalten durch bestimmte Online-Dienste. Nach dem Inkrafttreten der Richtlinie besteht der nächste Schritt nunmehr in der mitgliedstaatlichen Umsetzung derselben, weshalb die Diskussion um die Richtlinie auf Unionsebene abebben mag, gleichwohl auf nationaler Ebene an Aktualität gewinnt.

B. Problemaufriss

Vor allem begründet durch das abstrakte Wesen der Richtlinie, bedingt durch die Komplexität der Problematiken⁴ aber auch der Delegation von Entscheidungsspielräumen

¹ Fortan DSM-RL.

² Mitteilung der Kommission vom 06.05.2015, COM(2015) 192 final.

³ Erwägungsgrund 3 DSM-RL.

⁴ *Hofmann*, Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – »Much Ado About Nothing«?, ZUM 2019, 617 (617).

auf die durch die Richtlinie verpflichteten Mitgliedsstaaten, bergen die Vorschriften entgegen der eigentlichen Intention ein hohes Maß an Rechtsunsicherheit für Online-Diensteanbieter. Dadurch bleiben auch in der finalen Fassung der DSM-RL essentielle Fragen offen.⁵ Trotz einer Konkretisierung der Verhaltenspflichten in der Endfassung des Artikels 17⁶ fehlt es an expliziten Handlungsvorgaben. Bereits das mediale Echo auf den handwerklich unglücklichen Richtlinienentwurf⁷ zeugte von dieser Problematik. So skandierete man das Ende des freien Internets⁸ wie es bislang bekannt ist und die Gefahr einer Internetzensur, warnte jedoch gleichsam vor dem Untergang der klassischen Presseindustrie und der Suffokation von Werksschöpfungen ohne neue Schutzvorschriften für Rechteinhaber.⁹ Ungeachtet der medialen Hyperbel kommt in dem Diskurs der widerstreitenden Interessen die diffizile rechtspolitische Abwägung zwischen den Immaterialgüterrechten der Urheber, der Wettbewerbsfreiheit der Diensteanbieter sowie letztlich auch der Informations- und allgemeinen Handlungsfreiheit der Nutzer zum Ausdruck. Online-Diensteanbieter stehen dabei im Fokus der betroffenen Interessen, stellen Sie doch den technischen Schnittpunkt derselben dar, bei denen Verletzungen am Effektivsten unterbunden werden können.¹⁰ Der Versuch der Verpflichtung von Intermediären ist dabei keinesfalls ein neues Phänomen. Die Vorschriften der DSM-RL bilden vielmehr einen legislativen Schlusspunkt eines zuvor über Jahre vor den Gerichten ausgetragenen Versuchs Intermediäre verstärkt als – ökonomisch terminologische – *cheapest-cost-avoider* in die Haftung zu nehmen.¹¹ Die These, welche dieser Arbeit zugrunde liegt, ist dabei, dass die sich auf Online-Diensteanbieter beziehenden Vorschrif-

⁵ *Pravemann*, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, 783 (783).

⁶ Alle Normangaben sowie Erwägungsgründe ohne Bezeichnung der Normquelle sind solche der DSM-RL; *Pravemann*, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, 783 (783).

⁷ *Wandtke/Hauck*, Art. 17 DSM-Richtlinie – Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht, ZUM 2019, 627 (627); *Stieper*, Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, ZUM 2019, 211 (213).

⁸ *Hofmann*, Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – »Much Ado About Nothing«, ZUM 2019, 617 (617).

⁹ *Gielen/Tiessen*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW 2019, 639 (639); *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (278).

¹⁰ *Obergfell/Thamer*, (Non-)Regulation of Online Platforms and Internet Intermediaries – The Facts- Context and Overview on State of Play, GRUR Int. 2017, 201 (201).

¹¹ *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308 (308).

ten des vierten Teils der DSM-RL eine nicht interessengerechte Verantwortlichkeitsverschiebung zulasten der Diensteanbieter bedeutet.

C. Methodik

Ausgehend hiervon ist es der Anspruch dieser Arbeit, die Vorschriften des vierten Teils des Richtlinienentwurfs rechtlich zu analysieren sowie die Ergebnisse derselben einer eigenen Bewertung zu unterziehen. Dabei beschränkt sich die Untersuchung auf die Vorschriften der im vierten Teil der Richtlinie zu verortenden Artikel 15 und 17, tangieren doch gerade diese die Online-Diensteanbieter. Der Schwerpunkt wird dabei auf Artikel 17 liegen. Denn die Norm wurde in seiner endgültigen Fassung bislang weniger erschöpfend analysiert, als dies bei Artikel 15 der Fall ist, bei dem ein vergleichbarer Diskurs bereits auf nationaler Ebene geführt wurde.¹² Hierzu werden die Vorschriften zunächst in den Rechtsrahmen des Unionsrechts eingebettet, wobei die primärrechtlichen Hintergründe erläutert, die Einhegung in das bisher bestehende System des (europäischen) Urheberrechts skizziert sowie das Verhältnis zu sonstigem Sekundärrecht aufgezeigt wird. Die Gesetzgebungshistorie erfährt dabei eine angemessene kompakte Darstellung, fokussiert sich die Arbeit doch auf die DSM-RL in ihrer jetzigen Form. Im Anschluss daran liegt das Hauptaugenmerk der Ausarbeitung in der Darstellung der Bedeutung der Richtlinie für, beziehungsweise der Auswirkungen derselben auf Online-Diensteanbieter. Mit Blick auf den Umfang der Arbeit wird die alte Rechtslage, die insbesondere im Rahmen des Artikels 17 aus einer eigenständig entwickelten und komplexen Haftungskasuistik besteht,¹³ nur punktuell beleuchtet. Die Analyse der neuen Vorschriften soll dabei Widersprüche aufzeigen, Alternativansätze vorstellen und Lösungsmöglichkeiten einer nationalen Umsetzung skizzieren. Damit könnte der spannungsgeladene Diskurs durch die sachliche Analyse entschärft und Rechtsicherheit durch eine methodische Auseinandersetzung der Vorschriften gefördert werden, die gleichsam dem Gesetzgeber, der Rechtsprechung sowie den beteiligten Interessenver-

¹² Zum nationalen Leistungsschutzrecht m.w.N.: *Koroch*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger auf dem Weg von Berlin nach Brüssel, GRUR 2017, 127, GRUR 2017, 127 (127ff).

¹³ *Gielen/Tiessen*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW 2019, 639 (639); Vertiefend zur alten Haftungskasuistik: *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308.

tretern einen gangbaren Handlungsrahmen an die Hand gibt, in der Hoffnung, diese würde im weiteren Verlauf der Umsetzung fruchtbar gemacht.

D. Der Begriff des Online-Diensteanbieters

Das Verständnis des Begriffs des Online-Diensteanbieters ist mit Blick auf den Fokus der Arbeit essentiell, determiniert er doch die Perspektive der juristischen Analyse. Dieser findet sich nicht im Richtlinienentwurf der DSM-RL selbst. Lediglich in der amtlichen Überschrift zu Kapitel 2 sowie in den Erwägungsgründen 3 und 54 trifft man auf die Formulierung in Bezug auf die Vorschriften der Artikel 15 und 17. Auch im Kommissionsentwurf der Richtlinie wird der Online-Diensteanbieter abstrakt für die Intermediäre verwandt, welche auf Grund ihrer wachsenden Rolle im digitalen Umfeld zur Verbreitung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen durch die Richtlinie reguliert werden sollen.¹⁴ Mithin umfasst der Begriff des Online-Diensteanbieters im vorliegenden Kontext die von den Artikeln 15 und 17 verpflichteten Diensteanbieter. Dabei handelt es sich um Diensteanbieter der Informationsgesellschaft (Artikel 15 Absatz 1) und Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten (Artikel 17 Absatz 1), welche im Laufe der rechtlichen Analyse eine weitergehende Konturierung erfahren.

Kapitel 2: Hauptteil

A. Gesetzgebungshistorie

Anstoß für die DSM-RL gab die im Mai 2015 verabschiedete *Strategie für einen Digitalen Binnenmarkt*.¹⁵ Als Teil eines moderneren europäischen Urheberrechts wurde bereits darin in Titel 2.4 der Kommissionsmitteilung auf die Notwendigkeit hingewiesen, klare Regeln für Online-Diensteanbieter aufzustellen, welche bei der Verbreitung von Online-Inhalten zunehmend eine Rolle spielten sowie für einen ausgewogenen Zivilrechtsschutz bei Urheberrechtsverletzungen zu sorgen.¹⁶ Hierauf aufbauend wurden gesetzgeberische Maßnahmen in der Kommissionsmitteilung für *Schritte zu einem modernen,*

¹⁴ Fromm/Nordemann, *Nordemann*, Urheberrecht, Rn. 45g; Kommissionsvorschlag vom 14.09.2016, COM(2016) 593 final, S. 2.

¹⁵ Kommissionsvorschlag vom 14.09.2016, COM(2016) 593 final, S. 2; Mitteilung der Kommission vom 06.05.2015, COM(2015) 192 final.

¹⁶ Mitteilung der Kommission vom 06.05.2015, COM(2015) 192 final, S. 8.

europäischen Urheberrecht angekündigt.¹⁷ Wiederum zielte dieser inter alia darauf ab, eine gerechte Wertschöpfung der Kreativwirtschaft zu gewährleisten, indem marktabhängigen Diskrepanzen bei der Symbiose von Kreativwirtschaft und Online-Diensteanbietern entgegengewirkt werden sollte.¹⁸ Als dogmatisch-intrinsische Faktoren wurden dabei zum Einen bestehende Rechtsunsicherheiten bezüglich der Frage, wann ein Akt der öffentlichen Wiedergabe vorliegt und zum Anderen die Diskussionen um die Reichweite des Anwendungsbereichs für Plattformbetreiber in Bezug auf die Haftungsprivilegierung, identifiziert.¹⁹ Die angekündigten Maßnahmen gipfelten schlussendlich in dem Richtlinienentwurf zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt im September 2015, wobei als Lösung der zuvor aufgeworfenen Problematik ein Leistungsschutzrecht für Presseverleger in Artikel 11 (jetziger Artikel 15) und eine Haftungsnorm für bestimmte Online-Diensteanbieter in Artikel 13 (jetziger Artikel 17) etabliert wurde.²⁰

In dem sich an den Entwurf anschließenden ordentlichen Gesetzgebungsverfahren kristallisierten sich diese Normen schnell als dominierender Streitgegenstand, nicht nur der gesetzgebenden EU-Institutionen heraus. Auch im gesellschaftlichen Diskurs nahm die Debatte dabei, angefeuert von so manchem Interessenvertreter, Dimensionen eines Glaubenskrieges an.²¹ Die Ankündigung Googles zahlreiche YouTube Kanäle bei Inkrafttreten der Richtlinie schließen zu müssen, Proteste von Teilen der Bevölkerung für ein freies Internet sowie die versuchte Einflussnahme auf EU-Parlamentarier durch massenhaft von Bots erzeugten E-Mails und Twitter-Posts zeugen von der fehlenden Sachlichkeit im gesellschaftlichen Diskurs.²² Seitens der Legislative schlug sich diese Zerrissenheit in den Parlamentsdebatten nieder, die einen ihrer Höhepunkte in der Negativabstimmung zum Erstentwurf der Richtlinie im Europaparlament vom 05.06.2018 erleb-

¹⁷ Mitteilung der Kommission vom 09.12.2015, COM(2015) 626 final.

¹⁸ Mitteilung der Kommission vom 09.12.2015, COM(2015) 626 final, S. 8f.

¹⁹ Mitteilung der Kommission vom 09.12.2015, COM(2015) 626 final, S. 9.

²⁰ Kommissionsvorschlag vom 14.09.2016, COM(2016) 593 final.

²¹ *Wandtke*, Grundsätze der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, NJW 2019, 1841 (1841).

²² *Rieck*, Digitalisierung und zukünftige Medienordnungs- Brüsseler Entscheidungsprozesse, ZUM 2019, 220 (220).

te.²³ Im weiteren Verlauf konnte dennoch der zur Verabschiedung der Richtlinie erforderliche Konsens im EU-Parlament²⁴ und im Europäischen Rat²⁵ gefunden werden, weshalb die Richtlinie, nach Bekanntgabe im Amtsblatt der Union, nunmehr seit dem 06. Juni 2019 in Kraft ist.²⁶

Gleichwohl verblieben auch in den letzten Abstimmungen und der Resonanz hierauf die kritischen Stimmen unüberhörbar.²⁷ Es überrascht daher nicht, dass bereits das erste Nichtigkeitsverfahren in Bezug auf die Richtlinie beim EuGH anhängig ist.²⁸ Obgleich damit der nachhaltige Bestand der Richtlinie in Frage gestellt wird, entfaltet selbige vorerst Rechtswirkung und es obliegt den Mitgliedsstaaten die Richtlinie innerhalb der zweijährigen Umsetzungsfrist gemäß Artikel 29 Absatz 1 Unterabsatz 1 in nationales Recht zu transformieren. Daher gilt es nach wie vor durch die Umsetzung der Richtlinie für einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen der Urheber, denen der Nutzer und denen der Online-Diensteanbieter zu sorgen.²⁹

B. Dogmatischer Hintergrund

Die DSM-RL reiht sich ein in ein Konglomerat aus zur Zeit zehn anderen Richtlinien und zwei Verordnungen, welche speziell das Urheberrecht adressieren und mittelbar oder unmittelbar das Urheberrecht der Mitgliedsstaaten prägen.³⁰ Flankiert werden diese

²³ Protokoll der Sitzung einsehbar unter: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-8-2018-07-05-TOC_DE.html, letzter Zugriff am 26.08.2019.

²⁴ Protokoll der Sitzung einsehbar unter: http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/PV-8-2019-03-26-TOC_DE.html, letzter Zugriff am 26.08.2019.

²⁵ Abstimmungsergebnis einsehbar unter: https://www.consilium.europa.eu/register/en/content/out?&typ=ENTRY&i=VT&DOC_ID=ST-8612-2019-INIT, letzter Zugriff 26.08.2019.

²⁶ *Gielen/Tiessen*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, *EuZW* 2019, 639 (639).

²⁷ Interinstitutional File: 2016/ 0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2, Gemeinsame Erklärung der Niederlande, Luxemburgs, Polens, Italiens und Finnlands.

²⁸ *Redaktion beck-aktuell*, Verlag C.H.BECK, 24. Mai 2019, becklink 2013223.

²⁹ *Brauneck*, "Strategie für den digitalen Binnenmarkt"- ein neues europäisches Urheberrecht, *GRUR Int.* 2015, 889 (889).

³⁰ *Dreier*, *Dreier/Schulze*, Urheberrechtsgesetz, Einleitung Rn. 51e f.

von mehreren allgemeineren Richtlinien und Verordnungen zum Schutz des Geistigen Eigentums, wobei als bedeutendste wohl die Richtlinie 2004/48/EG³¹ zu nennen ist. Insofern stellt sich die Frage, inwiefern die DSM Richtlinie als Teil eines (neuen) europäischen Urheberrechts zu verstehen ist³² und der Richtliniengeber sich auch bei der neuen Richtlinie im Rahmen seiner Kompetenzen bewegt. Letzteres hat maßgeblichen Einfluss auf die Wirksamkeit der DSM-RL und damit die Folgen für Online-Diensteanbieter.

I. Das europäische Urheberrecht

Bezugnehmend auf die zunächst aufgeworfene Frage eines europäischen Urheberrechts lässt sich festhalten, dass auch wenn ein solches von Kommissionspräsidenten Juncker angedacht war,³³ die DSM-RL ein derartiges nicht zu etablieren sucht. Vielmehr wird die europäische Harmonisierung der nationalen Urheberrechte weiter vorangetrieben.³⁴ Soweit teilweise vertreten wird die Kompetenz der EU beschränke sich insgesamt auf die flankierende Harmonisierung nationaler Schutzrechte und es fehle an einer Primärrechtsgrundlage, welche die Etablierung eines Gemeinschaftsurheberrechts zu rechtfertigen vermag,³⁵ so wird diesem Ansatz seit dem im Vertrag von Lissabon verankerten Artikel 118 AEUV³⁶ nach der hier vertretenen Auffassung der Boden entzogen.³⁷ Mit Blick auf die Extension der unionsautonomen Harmonisierung, deren stetiger Motor insbesondere der EuGH war und ist,³⁸ erscheint das Festhalten an vermeintlichen nationalen Abweichungsspielräumen bereits ungeachtet der DSM-RL zudem wie bloße Makulatur. Denn, abgesehen von dem kontinentaleuropäischen *Droit d'auteur-Konzept*,

³¹ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, fortan Enforcement-RL.

³² Brauneck, "Strategie für den digitalen Binnenmarkt"- ein neues europäisches Urheberrecht, GRUR Int. 2015, 889 (889ff).

³³ Dreier, Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Einleitung Rn. 52 a.

³⁴ Artikel 1 Absatz 1.

³⁵ Brauneck, "Strategie für den digitalen Binnenmarkt"- ein neues europäisches Urheberrecht, GRUR Int. 2015, 889 (891).

³⁶ Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union idF von Lissabon.

³⁷ Dreier, Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Einleitung Rn. 48.

³⁸ Dreier, Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Einleitung Rn. 53.

welches in der Praxis aber eher ein Schattendasein fristet,³⁹ erstreckt sich das autonome Verständnis vom Schutzbereich⁴⁰, über nahezu alle Verwertungshandlungen, bis hin zu den fakultativen aber abschließenden Schrankenregelungen.⁴¹ Insofern ist unter dem Begriff europäisches Urheberrecht zwar noch formell ein europäisch extensiv harmonisiertes nationales Urheberrecht zu verstehen. Gleichzeitig mutet diese Formulierung im Lichte der materiellen Angleichung aller wesentlichen Elemente wie Rabulistik an.⁴² Trotz kultureller Unterschiede ist daher eine aktivere Vorreiterrolle des europäischen Gesetzgebers wünschenswert, zumal bereits vielversprechende Modellgesetze als Vorlage existieren.⁴³

II. Eine Richtlinie zur Rechtsangleichung im Binnenmarkt?

Gleichzeitig stößt bereits der partielle Harmonisierungsansatz auf Kritik bezüglich der Wahl der Rechtsgrundlage auf welche die EU in Bezug auf die DSM-RL ihre Rechtsetzungskompetenz stützt.⁴⁴ Gemäß Artikel 4 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 5 Absatz 1 S. 1, Absatz 2 EUV⁴⁵ verbleiben im Rahmen des Grundsatzes der beschränkten Einzelmächtigung alle nicht in den Verträgen der Union zugewiesenen Kompetenzen bei den Mitgliedsstaaten. Somit erfordert eine Gesetzgebungskompetenz der Union eine entsprechende Verantwortungszuweisung an den Unionsgesetzgeber.⁴⁶ Das BVerfG

³⁹ Metzger, Regulierung im Urheberrecht – Herausforderungen und Perspektiven, ZUM 2018, 233 (240).

⁴⁰ EuGH, Urteil vom 16. 7. 2009 - C-5/08 *Infopaq International A/S/Danske Dagblades Forening*, Rn. 37; EuGH, Urteil vom 22. 12. 2010 - C-393/09 *BSA/Kulturministerium*, Rn. 46; EuGH, Urteil vom 4.10.2011 - verb. Rs. C-403/08 – *Football Association Premier League Ltd. u.a.* und C-429/08 – *Murphy*, Rn. 97 f.

⁴¹ Dreier, Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Einleitung Rn. 53; Dazu bereits: Berger, Aktuelle Entwicklungen im Urheberrecht – Der EuGH bestimmt die Richtung, ZUM 2012, 353 (253).

⁴² A.A.: BeckOK UrhR/*Stollwerck* UrhG Europäisches Urheberrecht Rn. 103.

⁴³ Dreier, Das WITTEM-Projekt eines „European Copyright Code“, ZEuP 2011, 831 (831 ff); Dreier, Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, Einleitung Rn. 52 a.

⁴⁴ Brauneck, EU-Urheberrechtsreform/Umverteilung für Verleger und Pflichten für Online-Dienste unionsrechtlich?, EuZW 2017, 450 (450ff).

⁴⁵ Vertrag über die Europäische Union idF von Lissabon.

⁴⁶ Calliess/Ruffert/*Calliess* EU-Vertrag (Lissabon) Art. 5 Rn. 6.

spricht insofern vom Fehlen der Kompetenz-Kompetenz der Union zur Selbstbegründung eigener Kompetenzen.⁴⁷

Explizit, aber wohlgermerkt nicht abschließend,⁴⁸ stützt sich die DSM-RL auf Artikel 53 Absatz 1, 62 und 114 AEUV.⁴⁹ In seiner Essenz geht es dem Richtliniengeber damit um die Rechtsangleichung im Binnenmarkt. Dies spiegeln auch die Erwägungsgründe wider. Diese gehören zwar nicht zum verfügbaren Teil der Richtlinie, gleichwohl misst der EuGH den Erwägungsgründen eine erhöhte Gewichtung bei der Ermittlung der Bedeutung von Normen ein.⁵⁰ So zielt die Richtlinie darauf ab, den Binnenmarkt vor Verzerrung zu schützen,⁵¹ zu dessen Funktionieren gerade auch der unionsrechtliche Urheberrechtsschutz beiträgt.⁵² Ein hohes Maß an Rechtssicherheit und Schutz für die Rechteinhaber könne daher Innovation, Kreativität und Investitionen fördern und durch ein ordnungsgemäßes Funktionieren des Binnenmarktes eine Fragmentierung desselben im digitalen Umfeld verhindern.⁵³

Diese Zielsetzung rechtfertigt jedoch nach teilweise vertretener Ansicht, insbesondere mit Blick auf Artikel 15 DSM-RL, kein Aktivwerden der EU.⁵⁴ Im Rahmen der geteilten Zuständigkeit, in welche auch die Rechtsangleichung im Binnenmarkt fällt,⁵⁵ ist ein Tätigwerden nur unter Achtung der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit möglich.⁵⁶ Für eine Verhältnismäßige Maßnahme fehle es bei der Etablierung eines Schutzes von Pres-

⁴⁷ BVerfG, Urteil vom 30. 6. 2009 - 2 BvE 2/08, Rn. 233 m.w.N.; Gelockert wird dies in engen Grenzen durch die Kompetenzergänzungsklausel aus Artikel 352 AEUV.

⁴⁸ Insoweit spricht die Präambel von: „[...] insbesondere [...]“

⁴⁹ Präambel der DSM-RL.

⁵⁰ *EuGH*, Urteil vom 13.07.1989, Rs. 215/88 – *Casa Fleischhandel*, Rn. 30; *Leisner*, Die subjektiv-historische Auslegung im Gemeinschaftsrecht, *EuR* 2007, 689 (703).

⁵¹ Erwägungsgrund 1.

⁵² Erwägungsgrund 2.

⁵³ Erwägungsgrund 2 iVm Erwägungsgrund 3.

⁵⁴ *Brauneck*, EU-Urheberrechtsreform/Umwerteilung für Verleger und Pflichten für Online-Dienste unionsrechtlich?, *EuZW* 2017, 450 (456).

⁵⁵ Artikel 4 Absatz 2 Buchstabe a) AEUV.

⁵⁶ Artikel 5 Absatz 3 Unterabsatz 1, Absatz 4 EUV.

severöffentlichungen bereits an der Geeignetheit derselben.⁵⁷ Zudem liege in der entsprechenden Verpflichtung der Mitgliedsstaaten die Schaffung eines europäischen Rechtstitels, weshalb Artikel 118 AEUV als *lex specialis* dem Artikel 114 AEUV vorgehe.⁵⁸ Daher fehle es an einer Unionskompetenz.

Dem ist zunächst insoweit zuzustimmen, dass die Geeignetheit im Lichte des fraglichen Erfolgs nationaler Leistungsschutzrechte zweifelhaft erscheint.⁵⁹ Gleichwohl steht der Kommission als Motor der Integration eine Einschätzungsprärogative zu.⁶⁰ Diese wurde ferner in nicht unsachgemäßer Weise ausgeschöpft, indem auf die nationalen Erfahrungen verwiesen, die Folgen einer Unionseinheitlichen Regelung in einer Prognoseentscheidung jedoch anders bewertet wurden.⁶¹ Dies erfolgte auch unter nicht unbeträchtlicher Hinzuziehung von Expertenwissen in Form von umfangreichen Konsultationen.⁶² Daher kann man einem Schutz von Presseveröffentlichungen auf europäischer Ebene, trotz inhaltlicher Bedenken, nicht die tatsächliche abstrakte Eignung absprechen, in kohärenter und systematischer Weise die Schaffung eines funktionsfähigen Marktes für digitale Inhalte zu erreichen.⁶³

⁵⁷ Brauneck, EU-Urheberrechtsreform/Umwerteilung für Verleger und Pflichten für Online-Dienste unionsrechtlich?, EuZW 2017, 450 (455).

⁵⁸ Brauneck, EU-Urheberrechtsreform/Umwerteilung für Verleger und Pflichten für Online-Dienste unionsrechtlich?, EuZW 2017, 450 (456); Grabitz/Hilf/Nettesheim/Stieper AEUV Art. 118 Rn. 20.

⁵⁹ Brauneck, EU-Urheberrechtsreform/Umwerteilung für Verleger und Pflichten für Online-Dienste unionsrechtlich?, EuZW 2017, 450 (455).

⁶⁰ Calliess/Ruffert/Ruffert EU-Vertrag (Lissabon) Art. 17 Rn. 2.

⁶¹ Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final PART 1/3, S. 159 ff (Abrufbar unter: http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=17203, letzter Zugriff 23.05.2019); Brauneck, EU-Urheberrechtsreform/Umwerteilung für Verleger und Pflichten für Online-Dienste unionsrechtlich?, EuZW 2017, 450 (455); <https://netzpolitik.org/2016/neuer-leak-neues-leid-kommission-plant-weiterhin-leistungsschutzrecht-im-eu-urheberrecht/>, letzter Zugriff 31.05.2019.

⁶² Kommissionsvorschlag vom 14.09.2016, COM(2016) 593 final, S 7 m.w.N.

⁶³ Zu diesen Voraussetzungen der Geeignetheit: *EuGH*, Urteil vom 21. Dezember 2011 – Rs. C-28/09, Rn. 126 m.w.N.; a.A.: Brauneck, EU-Urheberrechtsreform/Umwerteilung für Verleger und Pflichten für Online-Dienste unionsrechtlich?, EuZW 2017, 450 (455).

Der Verweis auf Artikel 118 AEUV, als einschlägige Kompetenznorm wäre demgegenüber nur schädlich, sofern es sich bei dem Schutz von Presseveröffentlichung auch um einen europäischen Rechtstitel im Sinne der Norm handelt. Für eine derartige Qualifikation könnte zunächst sprechen, dass der EuGH nicht fordert, dass „*alle Aspekte des Rechts des geistigen Eigentums* „vollständig und erschöpfend“ harmonisiert werden“⁶⁴ und bereits eine verstärkte Zusammenarbeit einen solchen Titel zu begründen vermag.⁶⁵ Dennoch gilt Artikel 118 AEUV gerade nicht für die Harmonisierung nationaler Schutzrechte über Richtlinien.⁶⁶ Die Verpflichtung der Mitgliedsstaaten zur Etablierung eines Schutzes von Presseveröffentlichung stellt, trotz eventuell geringer Abweichungsspielräume, eine derartige Harmonisierung dar. Wie sich anhand anderer weitgehend vollharmonisierender Leistungsschutzrechte zeigt,⁶⁷ nimmt der EuGH hieran auch keinen Anstoß. Im Lichte dessen ist die Unionskompetenz im Ergebnis nicht zu beanstanden.⁶⁸

C. Kasuistik zu sonstigem Unionsrecht

Neben den zuvor genannten Richtlinien und Verordnungen bestehen diverse Rechtsakte, die regelmäßig im Spannungsfeld zum Urheberrecht stehen. Nach der Konzeption des Richtliniengebers lässt die DSM-RL diese sowie die sonstigen Rechtsakte zum Urheberrecht gemäß Artikel 1 Absatz 2 DSM-RL mit Ausnahme eines abschließenden Katalogs von Änderungen in Art 24 DSM-RL allesamt unberührt und beeinträchtigt sie in keiner Weise. Der Begriff der Unberührtheit, aber auch insbesondere der Ausschluss jeglicher Beeinträchtigung darf indes nicht mit dem Ausbleiben jeglicher Wechselwirkung verstanden werden.

Bereits Erwägungsgrund 4 DSM-RL indiziert derartige Verflechtungen, indem er die DSM-RL als Stütze und Ergänzung der in Artikel 1 Absatz 2 explizit genannten Richtli-

⁶⁴ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Stieper AEUV Art. 118 Rn. 16; *EuGH*, Urt. vom 5.5.2015 C-146/13 – *Königreich Spanien / Europäisches Parlament ua*.

⁶⁵ *Wichard*, Calliess/Ruffert/Wichard AEUV Art. 118 Rn. 11.

⁶⁶ Grabitz/Hilf/Nettesheim/Stieper AEUV Art. 118 Rn. 21.

⁶⁷ Exemplarisch: Richtlinie 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. März 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, umgesetzt in §§ 87a ff UrhG.

⁶⁸ A.A.: *Brauneck*, EU-Urheberrechtsreform/Umverteilung für Verleger und Pflichten für Online-Dienste unionsrechtlich?, *EuZW* 2017, 450 (456).

nien qualifiziert. Auf Makroebene kann daher bereits festgehalten werden, dass die Vorschriften des vierten Teils, jedoch insbesondere Artikel 17 DSM-RL in den Regelungskomplex der Richtlinien 2001/29/EG⁶⁹, 2000/31/EG⁷⁰ sowie der Enforcement-RL eingreifen. Ebenso besteht eine Korrelation zu den datenschutzrechtlichen Normtexten der Datenschutzgrundverordnung⁷¹ und der Richtlinie 2002/58/EG⁷². Der Aussagegehalt des Artikels 2 erschöpft sich daher in der deklaratorischen Feststellung, dass die Normtexte, außer den in der DSM-RL genannten Fällen, keine Wortlautänderung erfahren und außerhalb des Anwendungsbereichs der DSM-RL auch keinen Bedeutungswandel.

D. Die Vorschriften des IV. Teils

Mit dem vierten Teil der DSM-RL verfolgt der Richtlinienggeber das Ziel der Schaffung eines funktionierenden und fairen Marktes für das Urheberrecht, welcher an die Notwendigkeiten der digitalen Verbreitung und Verwertung von Werks- und sonstiger Schutzgegenstände anknüpft.⁷³ Neben den sogleich in extenso untersuchten Normen, Artikel 15 und 17, sieht der Richtlinienggeber hierfür weitere Maßnahmen vor. So besteht gemäß Artikel 16 die Möglichkeit der nationalen Etablierung von anteiligen Ausgleichsansprüchen von Verlegern gegenüber Urhebern für Ausgleichszahlung aus Schrankenbestimmungen auf Grundlage der den Verlegern durch die Rechteinhaber

⁶⁹ Richtlinie 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Mai 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, fortan InfoSoc-RL.

⁷⁰ Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr), fortan E-Commerce-RL.

⁷¹ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), fortan DSGVO.

⁷² Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), fortan ePrivacy-RL.

⁷³ Erwägungsgrund 3 idM.

eingräumte Lizenzen.⁷⁴ Ferner enthält die DSM-RL den §§ 32 UrhG ff ähnliche Regeln⁷⁵ für eine faire Vergütung der Urheber und ausübenden Künstler in Form von einem Anspruch auf angemessene Vergütung, den Anspruch auf Vertragsanpassung bei einer ex post unverhältnismäßig vereinbarten Vergütung und einem Widerrufsrecht im Falle der Nichtverwertung.⁷⁶ Flankiert werden diese von Informationsansprüchen, der Verpflichtung zur Bereitstellung alternativer Streitbeilegungsverfahren sowie Umgehungsverbote für Teile der vorherigen Vorschriften.⁷⁷ Ungeachtet etwaiger juristischer Implikationen im Zusammenhang mit den Vorschriften wirken sich diese jedenfalls nicht unmittelbar auf Online-Diensteanbieter aus und bleiben daher im Rahmen der weiteren Analyse außer Betracht.

E. Leistungsschutzrecht für Presseverleger

Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger in Artikel 15 DSM-RL dient nach dem Willen des Richtliniengebers der Sicherung des Qualitätsjournalismus, welcher für eine demokratische Gesellschaft unabdingbar ist.⁷⁸ Es zielt darauf ab, Verleger in die Lage zu versetzen, von *News-Aggregatoren* und Medienbeobachtungsdiensten, deren Geschäftsmodelle auf der Wiederverwendung von Presseveröffentlichung fußt, Lizenzverträge für die Verwendung von Ausschnitten der eigenen Presseveröffentlichungen – sogenannte *Snippets* – abzuschließen.⁷⁹

⁷⁴ In Reaktion auf die Rechtsprechung des *BGH*, Urteil vom 21.4.2016 - I ZR 198/13 und *EuGH*, Urteil vom 12.11.2015 - C-572/13 – *Hewlett-Packard/Reprobil*; *Hentsch*, Die Umsetzung der Urheberrechts-Richtlinie aus Sicht der Games-Branche, MMR 2019, 351 (353).

⁷⁵ *Stieper*, Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, ZUM 2019, 211 (212f).

⁷⁶ Artikel 18, 20 und 22.

⁷⁷ Artikel 19, 21, 23.

⁷⁸ Erwägungsgrund 54.

⁷⁹ *Nordemann/Wolters*, Google, das Leistungsschutzrecht für Presseverleger und das Kartellrecht, ZUM 2016, 846 (846).

I. Passivlegitimation

Zunächst greift das Leistungsschutzrecht nur gegenüber Diensteanbietern der Informationsgesellschaft.⁸⁰ Gegenüber sonstigen Personen besteht daher bereits qua lege kein Verwertungsmonopol. Der Begriff des Diensteanbieters der Informationsgesellschaft richtet sich dabei nach der RL (EU) 2015/1535⁸¹ und erfasst jede in der Regel gegen Entgelt elektronisch im Fernabsatz und auf individuellen Abruf eines Empfängers erbrachte Dienstleistung.⁸² Die Entgeltlichkeit kann dabei auch aus werbefinanzierten Geschäftsmodellen resultieren.⁸³ Die wohl bekanntesten Beispiele der betroffenen Diensteanbieter sind Google News⁸⁴ und Pocket for Firefox⁸⁵, aber auch Unternehmen wie Facebook und YouTube könnten im Einzelfall von dem Leistungsschutzrecht betroffen sein.⁸⁶

II. Aktivlegitimation

Durch das Leistungsschutzrecht privilegierter ist demgegenüber jeder Presseverleger. Dieser erfährt in der DSM-RL keine Legaldefinition. Lediglich der Erwägungsgrund 55 Unterabsatz 2 stellt klar, dass darunter Dienstleister wie Presseverlage oder -agenturen zu verstehen sind, die Presseveröffentlichungen im Sinne dieser Richtlinie veröffentlichen. Dadurch wird ein inhaltlicher Bezug zum Schutzgegenstand hergestellt.⁸⁷ Aktivlegitimiert ist derjenige, welcher den Schutzgegenstand des Leistungsschutzrechts erstmalig rechtmäßig veröffentlicht.

⁸⁰ Artikel 15 Absatz 1 Unterabsatz 1; Sofern in Kapitel 2: Hauptteil E. der Begriff Diensteanbieter verwandt wird bezieht er sich auf den Diensteanbieter der Informationsgesellschaft.

⁸¹ Richtlinie (EU) 2015/1535 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 9. September 2015 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der technischen Vorschriften und der Vorschriften für die Dienste der Informationsgesellschaft.

⁸² Artikel 2 Nr. 5; Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b) RL (EU) 2015/1535.

⁸³ *Ole*, Das europäische Leistungsschutzrecht für Presseverleger, ZUM 2019, 674 (674).

⁸⁴ <https://news.google.com/?hl=de&gl=DE&ceid=DE%3Ade>, letzter Zugriff 23.09.2019.

⁸⁵ <https://getpocket.com/firefox/>, letzter Zugriff 23.09.2019.

⁸⁶ *Stieper*, Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, ZUM 2019, 211 (214).

⁸⁷ *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (376).

Allerdings beschränkt sich die Aktivlegitimation in räumlicher Hinsicht auf jene Verlage, die ihren Sitz innerhalb der EU haben.⁸⁸ Hierzu genügt allerdings, dass entweder der satzungsmäßige Sitz, die Hauptverwaltung oder die Hauptniederlassung eines Verlages ihren Sitz in der Union haben.⁸⁹ Zudem scheint auch eine Aktivlegitimation von natürlichen Personen nicht ausgeschlossen, obgleich diese in Erwägungsgrund 55 nicht explizit adressiert werden. Überträgt man die hinter den Erwägungen von juristischen Personen stehende Wertung der Niederlassungsfreiheit gemäß Art. 54 Abs. 1 AEUV auf natürliche Personen, so müsste diese für ihre Schutzfähigkeit, in Anlehnung an Art. 49 Abs. 1 AEUV, um unter den persönlichen Anwendungsbereich fallen EU-Bürger sein.⁹⁰

III. Schutzgegenstand

Beim Schutzgegenstand handelt es sich um Presseveröffentlichungen, deren Voraussetzungen in Artikel 2 Nr. 4 verankert sind. In positiver Hinsicht zeichnet sich demnach eine solche dadurch aus, dass sie nicht ausschließlich, aber hauptsächlich aus literarischen Werken bestehend eine Einzelausgabe im Rahmen einer unter einem einheitlichen Namen wiederkehrend erscheinenden Ausgabenreihe ist, deren Ziel die Informierung der Öffentlichkeit ist.⁹¹ Dem Schutz unterfällt sie gleichwohl nur, wenn sie auf Initiative und unter der redaktionellen Verantwortung eines Diensteanbieters veröffentlicht wird,⁹² weshalb Internetseiten wie Blogs, bei denen es daran fehlt, keine Presseveröffentlichung darstellen.⁹³

In negativer Abgrenzung sollen Periodika, wie Wissenschaftsjournale, welche zwar ebenfalls informieren und wiederkehrend erscheinen, aber wissenschaftlichen oder

⁸⁸ Art. 15 Abs. 1 Unterabsatz 1: „[...] mit Sitz in einem Mitgliedsstaat[...]“.

⁸⁹ *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (376); Erwägungsgrund 55.

⁹⁰ *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (376);

⁹¹ Artikel 2 Nr. 4 S. 1 Buchstaben a), b).

⁹² Artikel 2 Nr. 4 S. 1 Buchstabe c).

⁹³ Erwägungsgrund 56 a.E; *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (376).

akademischen Zwecken dienen, keine Presseveröffentlichungen darstellen.⁹⁴ Darin kommt wiederum die Schutzrichtung der Presseverleger als Element der Pressefreiheit zum Ausdruck. Insgesamt lässt sich durch den Bezug zur Pressefreiheit auch das, trotz der Einschränkungen, weite Begriffsverständnis erklären.

IV. Schutzzumfang

Mit Blick auf den Schutzzumfang räumt Artikel 15 Abs. 1 S. 1 den Presseverlegern das Recht der Vervielfältigung und der öffentlichen Wiedergabe gemäß Artikel 2 und 3 InfoSoc-RL ein.

1. Öffentliche Wiedergabe

Das Recht der öffentlichen Wiedergabe, welche die öffentliche Zugänglichmachung mit umfasst,⁹⁵ ist ein Recht vorbeugender Art,⁹⁶ dessen Vorliegen mangels Legaldefinition in der InfoSoc-RL anhand mehrerer, vom EuGH entwickelten, Kriterien im Einzelfall zu bestimmen ist.⁹⁷ Dabei sind diese unselbstständigen und verflochtenen Merkmale einzeln oder in ihrem Zusammenwirken heranzuziehen, je nachdem in welchem Maße sie vorliegen.⁹⁸ Ausgangspunkt ist dabei ein weites Begriffsverständnis, um den durch die InfoSoc-RL anvisierten, weitreichenden Schutz für Rechteinhaber zu gewährleisten.⁹⁹ Bei der öffentlichen Zugänglichmachung tritt ergänzend zu den vormalig genannten Elementen als weiteres Kriterium die zeit- und ortsunabhängige Wahl des Zugangs durch die Öffentlichkeit hinzu.¹⁰⁰ Zudem gilt dies gemäß Artikel 3 Absatz 2 InfoSoc-RL

⁹⁴ Artikel 2 Nr. 4 S. 2.

⁹⁵ *EuGH*, Urteil vom 26.03.2015 - C-279/13 – *C More Entertainment AB/Sandberg*, Rn. 24; *Wandtke/Bullinger/Leenen* InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 49 m.w.N.

⁹⁶ *EuGH*, Urt. vom 31.5.2016 – C-117/15 - *Reha Training /GEMA*, Rn. 33.

⁹⁷ *EuGH*, Urteil vom 07.12.2006 - C-306/05, *SGAE/Rafael Hoteles SL*, Rn. 33; *Wandtke/Bullinger/Leenen* InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 4; *Wandtke/Bullinger/Leenen* InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 2 m.w.N.

⁹⁸ *EuGH*, Urt. vom 15. 3. 2012 – C-162/10 - *PPL/Irland*, Rn. 30; *Wandtke/Bullinger/Leenen* InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 5 m.w.N.

⁹⁹ *EuGH*, Urteil vom 07.12.2006 - C-306/05, *SGAE/Rafael Hoteles SL*, Rn. 36; *Wandtke/Bullinger/Leenen* InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 4.

¹⁰⁰ *EuGH*, Urteil vom 26.03.2015 - C-279/13 – *C More Entertainment AB/Sandberg*, Rn. 25; *Wandtke/Bullinger/Leenen* InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 50 m.w.N.

nicht nur für Urheber, sondern auch für die Inhaber der relevantesten Leistungsschutzrechte.¹⁰¹

1) Wiedergabehandlung

Zunächst muss eine Wiedergabehandlung vorliegen.¹⁰² Darunter fällt jede Übertragung ungeachtet der verwendeten technischen Mittel und Verfahren,¹⁰³ auch wenn die bloße Empfangsverbesserung nicht ausreichend ist.¹⁰⁴ Diese Wiedergabehandlung muss, so insbesondere auch im Rahmen der öffentlichen Zugänglichmachung, den Zugang zum Werk verschaffen, was ein Tätigwerden in Kenntnis der Folgen voraussetzt, ohne dass die Adressaten nicht in den Werksgenuss kämen.¹⁰⁵ Dabei ist es irrelevant, ob die bestehende Möglichkeit des Zugangs auch genutzt wird.¹⁰⁶ Ob das Tätigwerden Erwerbszwecken dient ist dabei nicht unerheblich, wenngleich nicht zwingend.¹⁰⁷

2) Öffentlichkeit

Bei den Adressaten, die durch die Wiedergabehandlung die Zugriffsmöglichkeit erhalten, muss es sich um die Öffentlichkeit handeln. Darunter ist eine unbestimmte Anzahl an Personen zu verstehen, bei denen es sich um recht viele handeln muss¹⁰⁸ und diese potentiell aufnahmebereit sind.¹⁰⁹ Diese Öffentlichkeit umfasst in Abgrenzung zur un-

¹⁰¹ Wohlgemerkt zukünftig auch für Presseverleger nach Artikel 15 Absatz 1 S. 1.

¹⁰² *EuGH*, Urteil vom 07.03.2013 - C-607/11 – *ITV Broadcasting*, Rn. 21; *Wandtke/Bullinger/Leenen* InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 9 m.w.N.

¹⁰³ *EuGH*, Urt. vom 4. 10. 2011 – C-403/08, C-429/08 – *FAPL*, Rn. 193; *Wandtke/Bullinger/Leenen* InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 10f m.w.N.

¹⁰⁴ *EuGH*, Urteil vom 07.12.2006 - C-306/05 – *SGAE/Rafael Hoteles SL*, Rn. 45; *Wandtke/Bullinger/Leenen* InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 17 m.w.N; Erwägungsgrund 27 InfoSoc-RL.

¹⁰⁵ *EuGH*, Urteil vom 07.12.2006 - C-306/05 – *SGAE/Rafael Hoteles SL*, Rn. 42; *Wandtke/Bullinger/Leenen* InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 12ff m.w.N.

¹⁰⁶ *EuGH*, Urteil vom 07.12.2006 - C-306/05 – *SGAE/Rafael Hoteles SL*, Rn. 43; *Wandtke/Bullinger/Leenen* InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 13 m.w.N.

¹⁰⁷ *EuGH*, Urt. vom 4. 10. 2011 – C-403/08, C-429/08 – *FAPL*, Rn. 204; *Wandtke/Bullinger/Leenen* InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 19 m.w.N.

¹⁰⁸ *EuGH*, Urteil vom 07.12.2006 - C-306/05 – *SGAE/Rafael Hoteles SL*, Rn. 37; *Wandtke/Bullinger/Leenen* InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 27 m.w.N.

¹⁰⁹ *EuGH*, Urt. vom 31.5.2016 – C-117/15 – *Reha Training/ GEMA*, Rn. 50 m.w.N.

mittelbaren Darbietung nur jene, die am Ort, an welchem die Wiedergabe ihren Ursprung nimmt, nicht anwesend sind¹¹⁰ und muss an ein neues Publikum adressiert sein. Ein neues Publikum erfasst dabei all jene Mitglieder der Öffentlichkeit, welche der Rechteinhaber bei seiner ursprünglichen Wiedergabe nicht bedacht hat,¹¹¹ wobei jeder eigenständige Wiedergabevorgang separat zu betrachten ist.¹¹²

3) Die Handlung von Diensteanbietern der Informationsgesellschaft

Legt man dieses Verständnis zugrunde, so stellt die eigenständige Aufbereitung einer Presseveröffentlichung durch einen Diensteanbieter der Informationsgesellschaft einen neuen Akt der Kommunikation dar, der einer eigenständigen Erlaubnis durch den Presseverleger bedarf, denn er ermöglicht der Internetgemeinschaft und damit der Öffentlichkeit mit Gewinnerzielungsabsicht gezielt die Wahrnehmbarkeit des Schutzgegenstandes.¹¹³

2. Recht der Vervielfältigung

Das Recht der Vervielfältigung umfasst demgegenüber im Falle des Leistungsschutzrechts der Presseveröffentlichung jede direkte oder indirekt körperliche Übernahme des Werkes oder schutzfähiger Teile hiervon.¹¹⁴ Die Körperlichkeit ist dabei im weitesten Sinne zu verstehen, weshalb die Körperlichkeit des Speichermediums für eine Vervielfältigung von digitalen Inhalten genügt.¹¹⁵

¹¹⁰ *EuGH*, Urt. vom 4. 10. 2011 – C-403/08, C-429/08 – *FAPL*, Rn. 200; *Wandtke/Bullinger/Leenen InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 32 m.w.N.*

¹¹¹ *EuGH*, Urteil vom 07.12.2006 - C-306/05 – *SGAE/Rafael Hoteles SL*, Rn. 40; *Wandtke/Bullinger/Leenen InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 41 m.w.N.*

¹¹² *EuGH*, Urteil vom 07.03.2013 - C-607/11 – *ITV Broadcasting*, Rn. 26; *Wandtke/Bullinger/Leenen InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 38f m.w.N.*

¹¹³ So wertungsähnlich bei vergleichbarer Ausgangslage auch: *EuGH*, Urt. vom 7.8.2018 – C-161/17 - *Land Nordrhein-Westfalen/Renckhoff*.

¹¹⁴ *Wandtke/Bullinger/Leenen*, 5. Aufl. 2019, InfoSoc-RL Art. 2 Rn. 2, 3.

¹¹⁵ *Berger*, Aktuelle Entwicklungen im Urheberrecht – Der *EuGH* bestimmt die Richtung, ZUM 2012, 353 (358).

Das führt dazu, dass bereits die Verwendung von Webcrawlern, welche bei der automatisierten Suche nach Presseveröffentlichungen technisch bedingt Kopien derselben erstellen,¹¹⁶ ohne diese öffentlich wiederzugeben oder das Speichern von Suchergebnissen der Einwilligung der Presseverlage bedarf.¹¹⁷ Dabei erstreckt sich der Schutz grundsätzlich auf jedes Element des Presseerzeugnisses, da dieses ungeachtet des Werkscharakters einzelner Elemente unter Schutz gestellt ist.¹¹⁸ Wie eine solche Vervielfältigung ohne öffentliche Wiedergabe nachgewiesen werden kann ist allerdings fraglich. Ist dies technisch nicht möglich, wäre die Verwertungshandlung zur faktischen Bedeutungslosigkeit verdammt.

3. Konkludente Einwilligung der Presseverlage

Technisch setzt die Auffindbarkeit der Presseveröffentlichungen durch Diensteanbieter der Informationsgesellschaft in Form von Newsaggregations- oder Nachrichtenüberwachungsdiensten jedoch voraus, dass die Presseverlage im Quellcode der veröffentlichten Presseveröffentlichungen die Auffindbarkeit zulassen.¹¹⁹ In diesem Verhalten könnte eine konkludente Einwilligung der Presseverlage in die öffentliche Wiedergabe zu sehen sein, sodass das Verlangen nach Monetarisierung gegen den Rechtsgrundsatz *venire contra factum proprium* verstieße. Der BGH hat eine derartige Einwilligung auf nationaler Ebene im Bezug auf die öffentliche Wiedergabe von geschützten Bildern im Rahmen der Google Vorschaubilderfunktion angenommen.¹²⁰

Bereits in dem juristischen Diskurs zum Deutschen Leistungsschutzrecht für Presseverleger wurde indes die Übertragbarkeit dieser Rechtsprechung auf das Leistungsschutz-

¹¹⁶ *Schmidl* in Schmidl, IT-Recht von A-Z, S. 286.

¹¹⁷ *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (377).

¹¹⁸ *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (377).

¹¹⁹ *Kreutzer*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (127).

¹²⁰ *Koroch*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger auf dem Weg von Berlin nach Brüssel, GRUR 2017, 127 (129); *BGH*, Urteil vom 29. 4. 2010 - I ZR 69/08 –*Vorschaubilder*; *BGH*, Urteil vom 19. 10. 2011 - I ZR 140/10– *Vorschaubilder II*.

recht abgelehnt.¹²¹ Ein derartiges stillschweigendes Verständnis ist mit der gesetzgeberischen Wertung des Leistungsschutzrechts unvereinbar und kann daher nicht länger einem Verständnis des objektivierten Empfängerhorizonts entnommen werden.¹²² Der Schutz der Presse schwingt in der Gesetzesintention maßgeblich mit.¹²³ Ein derartiges Verkehrsverständnis würde die Rechteinhaber jedoch dazu zwingen auf eine enorme Breitenwirkung Ihrer Werke zu verzichten, um erst in den Genuss ihrer Privilegierung zu gelangen.¹²⁴ Mithin greift die Pflicht zur Einwilligung auch bei Auffindbarkeit der Inhalte durch die Diensteanbieter.

4. Schutzbereichsbegrenzungen

Gleichzeitig erfährt das Leistungsschutzrecht durch Artikel 15 einige Schutzbereichsbegrenzungen. Innerhalb dieser Ausnahmen ist eine Verwertung, zumindest in Bezug auf das Leistungsschutzrecht, gemeinfrei.

1) Private Nutzung

Zunächst gilt das Leistungsschutzrecht nicht für die private oder nicht kommerzielle Nutzung von Presseveröffentlichungen.¹²⁵ Die Schutzbereichsbegrenzung verwundert in der Konzeption, welche die Richtlinie für das Leistungsschutzrecht gewählt hat. Denn die durch Artikel 15 Abs. 1 Unterabsatz 1 DSM-RL passivlegitimierten Diensteanbieter der Informationsgesellschaft erbringen ihre Dienstleistung bereits per Definition regelmäßig gegen Entgelt.¹²⁶ Damit wird diese Fallgruppe praktisch ein Schattendasein fristen.

¹²¹ Wandtke/Bullinger/Jani, UrhG § 87f Rn. 23.

¹²² Ole, Das europäische Leistungsschutzrecht für Presseverleger, ZUM 2019, 674 (679); Koroch, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger auf dem Weg von Berlin nach Brüssel GRUR 2017, 127, GRUR 2017, 127 (130).

¹²³ Erwägungsgrund 54.

¹²⁴ Zu dieser Symbiose: Kreuzer, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (127); Ackermann, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (380).

¹²⁵ Artikel 15 Absatz 1 Unterabsatz 2.

¹²⁶ Artikel 2 Nr. 5; Artikel 1 Absatz 1 Buchstabe b) RL (EU) 2015/1535; siehe Kapitel 2: Hauptteil E. I. S. 42.

2) Hyperlinking

Zudem ist das reine Setzen von *Hyperlinks* nicht von dem Schutzbereich umfasst.¹²⁷ Gerade die bloße Suchfunktion, welche die Auffindbarkeit von Inhalten im Internet erleichtert, bleibt daher richtigerweise vom Leistungsschutzrecht unberührt. Dies ist im Interesse der Presseverlage, denn ein leichtes Auffinden ihrer Artikel erhöht den Wirkungsbereich derselben.¹²⁸ Bei *Hyperlinks* oder *Surface Links* handelt es sich um Strukturelemente der Textbeschreibungssprache HTML, welche mittels Integration einer URL in ein HTML Dokument den Hinweis auf einen bestimmten Inhalt sowie die technische Möglichkeit des Abrufs des Inhalts bieten.¹²⁹

(1) Keine Verwertungshandlung

Auf Grund dieser bloßen Hinweisfunktion liegt seitens des Link-Setzenden keine Vervielfältigung vor;¹³⁰ es findet gerade keine Übernahme der fremden Inhalte statt, sondern es wird nur ein Hinweis darauf gegeben, wo sie zu finden sind.¹³¹ Nach der Rechtsprechung des EuGH stellt das *Hyperlinking* daher auch keinen Akt der öffentlichen Wiedergabe dar, sofern der Link bereits mit Zustimmung des Rechteinhabers öffentlich zugänglich im Internet verfügbar war.¹³² Denn insoweit fehle es an einem neuen Publikum welches der Rechteinhaber bei der ursprünglichen Wiedergabe nicht hatte adressieren wollte.¹³³ Für kostenlose Presseveröffentlichungen ist dies regelmäßig der Fall.

¹²⁷ Artikel 15 Absatz 1 Unterabsatz 3.

¹²⁸ *Kreutzer*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (127); *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (380).

¹²⁹ *Mankowski*, in Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht: UWG, Wettbewerbsrecht des Internets, Rn. 118.

¹³⁰ Wandtke/Bullinger/Heerma UrhG § 16 Rn. 25.

¹³¹ Spindler/Schuster Elektron. Medien/Müller MarkenG § 14 Rn. 139.

¹³² *EuGH*, Urt. vom 8.9.2016 – C-160/15 – *GS Media BV/ Sanoma Media Netherlands BV ua*; *EuGH*, Urt. vom 13.2.2014 – C-466/12 – *Svensson ua/ Retriever Sverige AB*.

¹³³ *EuGH*, Urt. vom 8.9.2016 – C-160/15 – *GS Media BV/ Sanoma Media Netherlands BV ua*, Rn. 41f m.w.N. = GRUR 2016, 1152 (1154).

(2) Rein deklaratorische Nennung

Damit ist die Nennung des *Hyperlinking* selbst rein deklaratorischer Natur, sofern man nicht davon ausgeht, dass die Rechtsprechung des EuGHs erweitert werden sollte, so dass selbst Links auf Websites unter Umgehung von Zugangshindernissen keine öffentliche Wiedergabe darstellen. Denn weitergehende Einschränkung kennt Artikel 15 Absatz 1 Unterabsatz 3 nicht. Eine derartige Intention ist aber den Gesetzgebungsunterlagen nicht zu entnehmen und würde auch der Zielrichtung der Richtlinie, Rechteinhabern ein hohes Maß an Schutz zu gewähren, zuwiderlaufen.¹³⁴ Denn danach könnten Diensteanbieter der Informationsgesellschaft auch auf Zugangsbeschränkte Presseveröffentlichungen verweisen ohne zahlen zu müssen. Mithin gilt für das *Hyperlinking* die Rechtsprechung des EuGHs.

(3) Framing; eine Klarstellung der Rechtsprechung?

Durch die explizite Nennung des *Hyperlinks* könnte der Richtliniengeber jedoch *e contrario* zum Ausdruck gebracht haben, dass ein *Framelink* von Presseveröffentlichungen eine Verwertungshandlung darstellt, die der Erlaubnis der Presseverlage bedarf. *Ole* bejaht dies mit Verweis auf eine unterschiedliche terminologische Verwendung des EuGHs in Bezug auf die beiden Formen des *Linking*.¹³⁵ Beim *Framelinking* – auch *Inline-* oder *Embedded Linking* – wird die verlinkte Website ohne weitere Aktivierung bereits beim Laden der Seite, auf welcher der *Link* platziert wurde, mit integriert.¹³⁶

Eine derartige Klarstellung wäre mit Blick auf die Umgehungsmöglichkeit, welche das *Framing* für das Leistungsschutzrecht bietet, nachvollziehbar. Denn sofern ein Snippet keine Eigenkompilation der fremden Presseveröffentlichung darstellt, sondern diese lediglich *framed*, wäre dies als Folge der Übertragung der Grundsätze des *Hyperlinkings* auf das *Framing* durch den EuGH¹³⁷ ohne Erlaubnis der Presseverlage möglich.

¹³⁴ Erwägungsgründe 3, 58 a.E.

¹³⁵ *Ole*, Das europäische Leistungsschutzrecht für Presseverleger, ZUM 2019, 674 (678).

¹³⁶ *Mankowski*, in Fezer/Büscher/Obergfell, Lauterkeitsrecht: UWG, Wettbewerbsrecht des Internets, Rn. 120.

¹³⁷ *EuGH*, Beschluss vom 21.10.2014 - C-348/13 – *BestWater International GmbH/Mebes ua* = MMR 2015, 46.

Allerdings spricht Artikel 15 Absatz 1 Unterabsatz 1 davon, dass Presseverlage die Rechte gemäß Artikel 2 und 3 InfoSoc-RL erhalten. Im Lichte des Artikels 1 Absatz 2 ist davon auszugehen, dass diese Verwertungsrechte selbst dabei keine Neudefinition oder Neukonturierung erfahren sollten. Dies würde aber geschehen, sofern man die Nennung des *Hyperlinkings* im engeren Sinne auffassen würde, denn die Wertung des EuGH entspricht einer synchronen Behandlung der beiden Varianten des Linkings. Auch die Gesetzgebungsmaterialien lassen an einer differenzierten Auseinandersetzung mit unterschiedlichen Formen des Linkings missen.

In Ermangelung dessen scheint eine Anknüpfung an eine fehlende einheitliche Terminologie des EuGHs, wie überspannter Formalismus. Dies umso mehr, als dass es in den von *Ole* angesprochenen Urteilen des EuGHs auch Auszüge gibt, die eine gegenläufige Interpretation zulassen. So spricht der Gerichtshof davon, „[...] dass das Setzen von Hyperlinks [...] keine „öffentliche Wiedergabe“ [...] darstellt.“ und „Die gleiche Auslegung [...] auch für ein **solches** Verlinken unter Verwendung der Framing-Technik“ gilt.¹³⁸ Es scheint daher naheliegend die ohnehin deklaratorische Nennung von *Hyperlinks* als Verweis und Bestätigung der EuGH-Rechtsprechung zum Problemkomplex des Linkings aufzufassen.

Mithin ist *Hyperlinking* im Richtlinien text nicht als *Terminus technicus* im engeren Sinne zu verstehen, sondern als Hinweis auf das nach der Rechtsprechung in Grenzen gemeinfreie Linking an sich.¹³⁹ Daher fallen jegliche Links, die nach den vom EuGH aufgestellten Grundsätzen keine öffentliche Wiedergabe darstellen aus dem Schutzbereich des Leistungsschutzrechts.

3) Kleinstteileausnahme

Darüber hinaus gilt das verwandte Schutzrecht weder für einzelne Wörter noch für sehr kurze Auszüge der Presseveröffentlichung.¹⁴⁰ Die Formulierung ist das Ergebnis einer

¹³⁸ EuGH, Urt. vom 8.9.2016 – C-160/15 – *GS Media BV/Sanoma Media Netherlands BV ua*, Rn. 40, Hervorhebungen durch den Verfasser.

¹³⁹ A.A.: *Ole*, Das europäische Leistungsschutzrecht für Presseverleger, ZUM 2019, 674 (678).

¹⁴⁰ Artikel 15 Abs. 1 Unterabsatz 3.

Uneinigkeit innerhalb des Gesetzgebungsverfahrens über die Frage, ob eine solche Ausnahme von dem Werkscharakter der Teile abhängig sein sollte.¹⁴¹ Dies ist nunmehr zu verneinen.¹⁴² Diese Schutzbereichsbeschränkung ist dabei nach dem Willen des Richtliniengabers so auszulegen, dass die Wirksamkeit des Verwertungsrechts nicht beeinträchtigt wird.¹⁴³ Damit dürften *Snippets*, so wie sie zurzeit gängig sind, nicht unter die Begrenzung fallen, denn sie waren maßgeblicher Anstoß das Recht einzuführen.¹⁴⁴

Ob aber zukünftig ganze Überschriften hiervon erfasst sind, es einer Einzelfallabwägung bedarf oder wie beim deutschen Pendant eine starre Wortgrenze zu beachten ist, hängt maßgeblich von dem durch den EuGH zu entwickelndem unionsautonomen Verständnis der Begrifflichkeiten ab.¹⁴⁵ Bis zur Klärung im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren birgt der unbestimmte Terminus damit Rechtsunsicherheit. Vor einer pauschalen Übernahme des Auslegungsverständnisses des deutschen Leistungsschutzrechts kann dabei nur gewarnt werden.¹⁴⁶

4) Fakten

Eine Begrenzung des Schutzbereichs welche keinen Niederschlag im Wortlaut des Artikels 15 gefunden hat, ist das Herausfallen von reinen Fakten.¹⁴⁷ In dem Telos steckt eine grundrechtliche Wertung. Denn der Empfang sowie die Verbreitung von reinen Fakten, insbesondere auch über das Internet, ist durch die Informationsfreiheit verbürgt.¹⁴⁸ Die Verbreitung derselben kann daher nicht über die Hintertür in Form eines Leistungsschutzrechts monopolisiert werden. Dabei zielt die Begrenzung nur auf „reine“ Fak-

¹⁴¹ *Stieper*, Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, ZUM 2019, 211 (214).

¹⁴² *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (377).

¹⁴³ Erwägungsgrund 58 a.E.

¹⁴⁴ Dazu bereits: *Kreutzer*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (127).

¹⁴⁵ *Ole*, Das europäische Leistungsschutzrecht für Presseverleger, ZUM 2019, 674 (678f).

¹⁴⁶ *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (377).

¹⁴⁷ Erwägungsgrund 57 idM.

¹⁴⁸ *Jarass* GrCh EU-Grundrechte-Charta Art. 11 Rn. 10, 15.

ten.¹⁴⁹ Mithin dürften Formulierungen erfasst sein, die auf Grund ihrer Natur nicht anders ausgedrückt werden können, exemplarisch ein Datum, ein Ergebnis, eine Temperaturangabe oder ein sonstiger Wert.¹⁵⁰ Hingegen nicht erfasst ist die inhaltliche Wiedergabe von Tatsachenschilderungen, bei denen die subjektive Darstellungswahl die Tatsachenschilderung prägt. Auch ohne explizite Nennung in den Erwägungsgründen wären die grundrechtlichen Wertungen zu beachten gewesen. Zu beachten ist allerdings, dass die Kleinteileausnahme bereits viele Anwendungsfälle der reinen Fakten umfassen wird. Insofern kommt der Nennung der Tatsachenausnahme eine Auffangfunktion zu.

5) Schutzdauer

In zeitlicher Hinsicht ist das Schutzrecht auf zwei Jahre ab der Veröffentlichung der Presseveröffentlichung begrenzt.¹⁵¹ Dabei berechnet sich die Frist ab dem 1. Januar des Folgejahres der Veröffentlichung, was zu einer maximalen Schutzdauer von drei Jahren führt.¹⁵² Gegenüber den in der Entwurfsfassung vorgesehenen, exorbitanten 20 Jahren¹⁵³ erscheint dies verhältnismäßig kurz. Allerdings geht es im Rahmen der Pressebeurichterstattung primär um Aktualität, weshalb die Relevanz in der Praxis von nachrangiger Bedeutung sein dürfte.¹⁵⁴

Zudem stellt die Richtlinie klar, dass der Schutz keine Rückwirkung entfaltet, sondern erst Presseveröffentlichungen nach Inkrafttreten der Richtlinie erfasst,¹⁵⁵ wohlgermerkt aber nicht erst ab dem Zeitpunkt des Ablaufes der Umsetzungsfrist. Dennoch ist die Regelung unter dem Gesichtspunkt des Vertrauensschutzes in die Rechtsordnung zu begrüßen.

¹⁴⁹ Erwägungsgrund 57 idM.

¹⁵⁰ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (283).

¹⁵¹ Artikel 15 Absatz 4.

¹⁵² *Ole*, Das europäische Leistungsschutzrecht für Presseverleger, ZUM 2019, 674 (682).

¹⁵³ Artikel 11Nr. 4 Kommissionsvorschlag vom 14.09.2016, COM(2016) 593 final.

¹⁵⁴ *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (378).

¹⁵⁵ Artikel 15 Abs. 4 Unterabsatz 2.

5. Schutzbereichsbeschränkungen

Neben den Vorschriften, welche den Schutzbereich des Leistungsschutzrechts begrenzen, enthält Artikel 15 darüber hinaus Vorschriften, welche die Durchsetzbarkeit der Monopolisierung einschränken.

1) Schrankenwirkung

Zunächst greifen in Bezug auf das Leistungsschutzrecht durch die Anwendbarkeit der Artikel 5 bis 8 InfoSoc-RL auch die Schrankenregelungen,¹⁵⁶ wobei insbesondere die der Meinungsfreiheit dienenden Schranken zu Zitaten, zu Zwecken der Kritik und Rezension hervorhebt.¹⁵⁷ Anders als in anderen Teilen der DSM-RL¹⁵⁸ wird auf eine verbindliche Einführung derselben verzichtet, weshalb durch die fakultative Natur derselben eine Rechtsfragmentierung droht, die zu Rechtsunsicherheit führt.¹⁵⁹ Ob das Berufen auf Schranken jedoch im Zusammenhang mit dem Leistungsschutzrecht praktische Relevanz erlangt, bleibt abzuwarten.¹⁶⁰ Zudem greifen auch die Vorschriften über das Verbot der Umgehung technischer Schutzmaßnahmen,¹⁶¹ weshalb manche Schrankenregelungen faktisch nicht durchsetzbar sein können.¹⁶²

2) Keine Durchsetzbarkeit zum Nachteil anderer Berechtigter

Das Leistungsschutzrecht steht unabhängig neben sonstigen an den Presseveröffentlichung bestehenden Rechten und darf diese nicht beeinträchtigen.¹⁶³ Das Leistungsschutzrecht darf daher nicht zum Nachteil sonstiger Rechteinhaber geltend gemacht werden, noch derartige Rechteinhaber an der eigenständigen Verwertung ihrer Werke

¹⁵⁶ Artikel 15 Abs. 3.

¹⁵⁷ Erwägungsgrund 57 a.E.

¹⁵⁸ Artikel 17 Abs. 8 Unterabsatz 2 Buchstaben a), b); 3 ff.

¹⁵⁹ *Stieper*, Ein angemessener Interessenausgleich im Verhältnis von Kreativen zu Rechteinhabern und Verwertungsgesellschaften?, ZUM 2019, 393 (394).

¹⁶⁰ Kritisch dazu: *Ole*, Das europäische Leistungsschutzrecht für Presseverleger, ZUM 2019, 674 (680).

¹⁶¹ Artikel 15 Abs. 3; Artikel 6 InfoSoc-RL.

¹⁶² *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (283).

¹⁶³ *Ole*, Das europäische Leistungsschutzrecht für Presseverleger, ZUM 2019, 674 (680).

hindern.¹⁶⁴ Hier werden in der Praxis vor allem die Vereinbarungen zwischen einzelnen Rechteinhabern und den Presseverlagen virulent. Denn mangels Abweichungs- und Umgehungsverbote, wie sie die DSM-RL in Bezug auf andere urhebervertragsrechtliche Vorschriften normiert,¹⁶⁵ kann der Passus durch privatrechtliche Gestaltung leerlaufen. Bestehen indes seitens Dritter Rechte an dem Presseerzeugnis, so muss der Leistungsschutzberechtigte auch Nutzungen dulden, die im Rahmen durch diese rechtmäßig eingeräumten Lizenzen erteilt wurden.¹⁶⁶

6. Beteiligung der Urheber

Letztlich steht den Rechteinhabern der Presseveröffentlichungen ein Beteiligungsanspruch an den Gewinnen aus dem Leistungsschutzrecht gegenüber den Presseverlagen zu,¹⁶⁷ wobei unionskonforme arbeitsrechtliche Besonderheiten hiervon ausgenommen sind.¹⁶⁸ Diese Beteiligung der Urheber, in der Regel wohl Journalisten,¹⁶⁹ ist Interessengerecht, weil gerade der Schutz des einzelnen Rechteinhabers eine Stoßrichtung der Reformbestrebungen war.¹⁷⁰ Ungeachtet der Frage, inwiefern dies gelungen ist tangiert dies jedoch zumindest die im Fokus dieser Arbeit stehenden Online-Diensteanbieter nicht.

V. Die Rechtfertigung in der Kritik

Weniger die dogmatische Konstruktion des Leistungsschutzrechts selbst, als vielmehr dessen dogmatische Rechtfertigung war Quell der Kritik im rechtswissenschaftlichen Diskurs.

¹⁶⁴ Artikel 15 Abs. 2 Unterabsatz 1.

¹⁶⁵ Artikel 23 Abs. 1.

¹⁶⁶ Artikel 15 Abs. 2 Unterabsatz 2.

¹⁶⁷ Artikel 15 Absatz 5.

¹⁶⁸ Erwägungsgrund 59 a.E.

¹⁶⁹ *Ole*, Das europäische Leistungsschutzrecht für Presseverleger, ZUM 2019, 674 (680).

¹⁷⁰ Kommissionsvorschlag vom 14.09.2016, COM(2016) 593 final, S. 3.

1. Vorbeugung drohenden Marktversagens

Ausgangspunkt ist dabei die Notwendigkeit einer Rechtfertigung für die Monopolisierung eines ansonsten öffentlichen Guts durch die künstliche Verknappung desselben in Form der Schaffung eines Ausschließlichkeitsrechts.¹⁷¹ Im rechtstheoretischen Diskurs finden sich zu dieser Rechtfertigung individualistische- und utilitaristische Erklärungstheorien.¹⁷² Das Leistungsschutzrecht dient der Sicherung der wirtschaftlichen Interessen von Presseverlagen für die organisatorischen und finanziellen Beiträge, welche diese in die Kreation von Presseerzeugnissen durch Dritte stecken.¹⁷³ Damit liegt dem Leistungsschutzrecht ein reiner Investitionsschutz und keine persönlichkeitsrechtliche Komponente zugrunde.¹⁷⁴ Mithin muss eine Rechtfertigung auf einer utilitaristischen Erklärungstheorie fußen. In Form eines ökonomischen Stimulus kann im Rahmen dessen ein drohendes Marktversagen ein Ausschließlichkeitsrecht qua lege legitimieren.¹⁷⁵

1) Value Gap

Ein solches drohendes Marktversagen wird auf dem Markt für Presseerzeugnisse in einem Wertschöpfungsmissstand zwischen Presseverlagen und Diensteanbietern der Informationsgesellschaft, welche Presseerzeugnisse weiterverwerten, gesehen.¹⁷⁶ Bezeichnet wird dies als *Value Gap*. An einer einheitlichen Definition des Begriffs fehlt es zwar,¹⁷⁷ in seinem Kern geht es jedoch darum, dass die Nutzung von kleinen Ausschnitten von Presseveröffentlichungen – *Snippets* – durch *News-Aggregatoren* dazu führt, dass werbefinanzierte Einnahmen der Presseverlage, die pro Aufruf des Artikels be-

¹⁷¹ Suwelack, Leistungsschutzrecht und Upload-Filter aus ökonomischer Perspektive, MMR 2018, 582 (583).

¹⁷² Zu Problemen der Erklärungsansätze im modernen Urheberrecht siehe: Leistner/Hansen, Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter - Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungsbemühungen, GRUR 2008, 479 (479ff).

¹⁷³ Erwägungsgrund 55.

¹⁷⁴ Suwelack, Leistungsschutzrecht und Upload-Filter aus ökonomischer Perspektive, MMR 2018, 582 (582).

¹⁷⁵ Suwelack, Leistungsschutzrecht und Upload-Filter aus ökonomischer Perspektive, MMR 2018, 582 (583).

¹⁷⁶ Erwägungsgrund 54.

¹⁷⁷ Wimmers/Barudi, Der Mythos vom Value Gap, GRUR 2017, 327 (328).

rechnet werden, dadurch zurückgehen, dass Nutzer sich darauf beschränken die *Snippets* zu lesen, ohne die eigentlichen Artikel aufzurufen – *scanning effect* –.¹⁷⁸

2) Wertschöpfungsmissstand oder Stakeholderkreation

Bereits in Reaktion auf den ersten Richtlinienentwurf der Kommission wurde die fehlende empirische Evidenz eines ökonomischen „value gap“ zur Rechtfertigung eines Leistungsschutzrechts angeprangert.¹⁷⁹ Es wird vorgebracht, dass sich die mit Vorschauinhalten „angereicherten *Hyperlinks*“ nicht ohne Grund gegenüber dem reinem *Hyperlink* durchgesetzt haben, bieten erstere durch den möglichen Rückschluss auf seine inhaltliche Relevanz eine signifikant höhere Werbe- und Anreizfunktion diese auszuwählen.¹⁸⁰ Dadurch würden den Presseverlagen erst durch die Nutzung durch *News-Aggregatoren* zusätzliche Aufrufe ermöglicht, welche ansonsten ausblieben – *Traffic-Effekt* –.¹⁸¹ Zu Recht könnte man insofern von einer beiderseits nutzbringenden Symbiose von Such- und Aggregationsanbietern einer- und Presseverlagen andererseits sprechen,¹⁸² die gerade kein Marktversagen zu begründen vermögen.

Den Nachweis eines auf Grund eines Value Gaps drohenden Marktversagens kann diese Arbeit nicht leisten. Allerdings gerät die teils apodiktische Forderung einer, empirisch nachgewiesenen, drohenden qualitativen oder quantitativen Unterversorgung an geistigem Eigentum – in Form von Presseveröffentlichungen – als einzig valide Rechtfertigungsgrundlage zur Schaffung eines Ausschließlichkeitsrechts¹⁸³ mit Blick auf die Historie des Immaterialgüterrechts nahezu zynisch. So sucht man für den überwiegenden

¹⁷⁸ *Suwelack*, Leistungsschutzrecht und Upload-Filter aus ökonomischer Perspektive, MMR 2018, 582 (583).

¹⁷⁹ *Steinbrecher*, EU-Urheberrechtsreform/ viel Schaden, wenig Nutzen!, MMR 2017, 1 (2).

¹⁸⁰ *Kreutzer*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (131).

¹⁸¹ *Suwelack*, Leistungsschutzrecht und Upload-Filter aus ökonomischer Perspektive, MMR 2018, 582 (584).

¹⁸² *Kreutzer*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (127).

¹⁸³ *Koroch*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger auf dem Weg von Berlin nach Brüssel, GRUR 2017, 127 (131).

Teil der heute gängigen und gesellschaftlich weithin anerkannten Ausprägungen des Immaterialgüterrechts vergebens nach empirischen Studien aus der Zeit vor ihrer Einführung, aus der ein wirtschaftliche Anreizfunktion oder ein vergleichbarer Vorteil empirisch zweifelsfrei hervorgeht.

Vielmehr erschöpft sich die dogmatische Herleitung und Rechtfertigung von Immaterialgüterrechten regelmäßig in rechtstheoretischen und –philosophischen Erwägungen, entspringt mithin dem metaphysischen.¹⁸⁴ Daraus resultiert selbstredend keineswegs, dass eine derartige Auseinandersetzung nicht angezeigt oder gar wünschenswert ist. Soweit möglich sollten empirische Erkenntnisse Regulierungsansätze zugrunde gelegt werden.¹⁸⁵ Gleichwohl verliert das Argument den ihm anhaften absoluten Charakter, sofern sich auf Grund der Komplexität der Thematik eindeutige empirische Aussagen nicht treffen lassen. So verhält es sich mit Blick auf die konträren Auffassungen zur Frage des Value Gap wohl im Falle des Leistungsschutzrechts für Presseverleger.¹⁸⁶ Damit erschöpft sich ein Rekurren auf die vermeintliche empirische Evidenz jedoch in der Feststellung der beschränkten Erkenntnisfähigkeit des Status quo ante. Folglich kann dem Richtliniengeber aber auch nicht vorgeworfen werden sein Ermessensspielraum in der Sache ausgeschöpft zu haben.¹⁸⁷

2. Fehlerhafte Folgenabschätzung

Schwerer wiegen demgegenüber die, zwar nicht gänzlich unbeachteten, aber nur am Rande berücksichtigten Erfahrungen mit den Leistungsschutzrechten auf nationaler Ebene.¹⁸⁸ Denn zwar wird in der Folgenabschätzung der Kommission sehr wohl auf die

¹⁸⁴ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, § 13, Rn. 66 ff.

¹⁸⁵ Zur Bedeutung im Immaterialgüterrecht: *Bechtold*, Zur rechtsökonomischen Analyse im Immaterialgüterrecht, GRUR Int 2008, 484 (484ff).

¹⁸⁶ Exemplarisch pro: *Hornschuh*, In Ketten tanzen/ Warum es bei der EU-Urheberrechtsrichtlinie um sehr viel mehr geht als um Urhebervergütung, ZUM 2019, 222 (223); *Grütters*, Perspektiven des Urheberrechts im Informationszeitalter- Der digitale Zugang zur Kultur, ZUM 2019, 207 (209); Exemplarisch Contra: *Wimmers/Barudi*, Der Mythos vom Value Gap, GRUR 2017, 327 (327 f).

¹⁸⁷ Siehe dazu Kapitel 2: Hauptteil B. II, S. 36.

¹⁸⁸ *Kreutzer*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (128); *Nolte*, Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-

nicht überzeugenden Folgen der nationalen Regelungen hingewiesen.¹⁸⁹ Indes bleibt auch in dieser Prognose der Kommission offen, worauf sich die Erwartung eines anderen Effekts bei einer europaweiten Regelung beziehen.¹⁹⁰

Zwar führt der räumliche Geltungsbereich dazu, dass betroffene Diensteanbieter nunmehr im gesamten Unionsgebiet Lizenzbestrebungen ergreifen müssen. Auf Grund der nationalen Fragmentierung der Lizenzvergaben¹⁹¹ spricht jedoch vieles dafür, dass insbesondere die größeren Aggregationsdienste ihre Marktposition nutzen, um sich, wie in Deutschland in Reaktion auf das nationale Pendant geschehen, kostenfreie Lizenzen einräumen zu lassen.¹⁹²

Ob der EuGH derartige Lizenzen zum ökonomischen Wert von Null wie die Schiedsstelle des DPMA im deutschen Leistungsschutzrecht¹⁹³ auf Grund der gesetzgeberischen Wertung des Leistungsschutzrechts als unionsweit unzulässig ansieht ist dabei nicht unwahrscheinlich, aber keinesfalls gesichert.

Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. »Value-Gap«-Debatte), ZUM 2017, 304 (308); *Europäische Kommission*, SWD(2016) 301 final PART 1/3, S 155 ff (Abrufbar unter:

http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=17203, letzter Zugriff 23.05.2019).

¹⁸⁹ *Europäische Kommission*, SWD(2016) 301 final PART 1/3, S. 159 (Abrufbar unter/

http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=17203, letzter Zugriff 23.05.2019).

¹⁹⁰ *Kreutzer*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (127); *Nolte*, Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. »Value-Gap«-Debatte), ZUM 2017, 304 (308).

¹⁹¹ *Sanftleben*, Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, 369 (370 f).

¹⁹² *Nordemann/Wolters*, Google, das Leistungsschutzrecht für Presseverleger und das Kartellrecht, ZUM 2016, 846 (847).

¹⁹³ *Nordemann/Wolters*, Google, das Leistungsschutzrecht für Presseverleger und das Kartellrecht, ZUM 2016, 846 (847); Entscheidung der DPMA Schiedsstelle vom 24.09.2015 – Sch-Urh 13/14, S. 38 (nicht veröffentlicht:

https://www.dpma.de/dpma/wir_ueber_uns/weitere_aufgaben/verwertungsges_urheberrecht/schiedsstelle_vgg/entscheidungen/index.html, letzter Zugriff 22.05.2019).

3. Kompensation wettbewerbsrechtlicher Defizite

Insbesondere beim nationalen Pendant wurde deutlich, wie das Leistungsschutzrecht als Substitut für verfehlte Versuche der Presselandschaft fungieren soll(te), im Wege des Wettbewerbsrechts gegenüber Google gestärkte Verhandlungsposition für Lizenzen zu erhalten.¹⁹⁴ Doch auch die Einführung desselben brachte nicht unmittelbar den gewünschten Erfolg. So konstatierte das LG Berlin, dass Googles Begehren (nur) teilweise kostenlose Lizenzabsprachen von anderen Presseverlagen einzufordern keinen wettbewerbswidrigen GWB Verstoß darstellen.¹⁹⁵ Dabei kam Diensteanbietern wie Google ihre vermittelnde Funktion auf zweiseitigen Märkten zugute, von denen die Presseverleger profitieren.¹⁹⁶ Ungeachtet der dogmatischen Kritik, welche sich das Urteil in der Literatur zurecht ausgesetzt sah¹⁹⁷, sowie dem Umstand, dass es auf Grund einer außergerichtlichen Einigung weder in Rechtskraft erwuchs noch von den höheren Instanzen verworfen werden konnte,¹⁹⁸ steht es symptomatisch für eine scheinbare Wirkungslosigkeit wettbewerbsrechtlicher Mechanismen auf mehrseitigen Marktplätzen im Internet.¹⁹⁹

Einer solchen Substitution wäre indes eine Reformierung des Wettbewerbsrechts an ein im digitalen Zeitalter gewandeltes Bild von marktstarken Unternehmen, welche den Markt über andere Faktoren dominieren, angebracht. Dies hätte den Vorteil, dass die angeprangerten Kollateralschäden durch die Marktbelastung eines Ausschließlichkeits-

¹⁹⁴ *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (379).

¹⁹⁵ LG Berlin, Urteil vom 19. Februar 2016 – 92 O 5/14 Kart = *LG Berlin*, ZUM 2016, 879 (879).

¹⁹⁶ *LG Berlin*, Urteil vom 19. Februar 2016 – 92 O 5/14 Kart, Rn. 193 ff = *LG Berlin*, ZUM 2016, 879 (883).

¹⁹⁷ *Nordemann/Wolters*, Google, das Leistungsschutzrecht für Presseverleger und das Kartellrecht, ZUM 2016, 846 (851) m.w.N; Zustimmend hingegen: *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (380 f).

¹⁹⁸ *Leistner/Metzger*, The EU Copyright Package/ A Way Out of the Dilemma in Two Stages, IIC 2017, 381 (382); *Peifer*, Plattformwirtschaft und das Geistige Eigentum/ High-Noon-Stimmung für Rechteinhaber, GRUR-Prax 2018, 2 (4); <https://www.faz.net/aktuell/feuilleton/debatten/youtube-zahlt-gema-was-die-einigung-bedeutet-14507780.html>, letzter Zugriff 28.08.2019.

¹⁹⁹ Dazu ausführlicher: *Tamke*, Marktmacht in digitalen Märkten nach der 9. GWB-Novelle, NZKart 2018, 503 (503 ff).

rechts vermieden würden,²⁰⁰ bei – idealerweise – gleichzeitiger Förderung des Wettbewerbs. Auch das europäische Leistungsschutzrecht hingegen droht, wie auf nationaler Ebene geschehen, zu einer Zementierung der Situation konträr zur ursprünglichen Intention zu führen.²⁰¹

4. Zwischenergebnis

Insgesamt scheint die Etablierung eines Leistungsschutzrechts für Presseverlage damit zwar insgesamt vertretbar. Eine Adressierung des von der strukturellen Unterlegenheit der Presseverlage gegenüber großen Diensteanbietern geprägten Problems durch das Wettbewerbsrecht wäre indes passender.

VI. Nationale Umsetzung

Zur Implementierung der Richtlinienvorgaben ins nationale Recht wäre eine Anpassung und Ergänzung der §§ 87f ff UrhG erforderlich. Die Änderungen umfassen dabei die Ergänzung der Verwertungsrechte um die Vervielfältigung, die Anpassung der Schutzdauer, die Verankerung des Ausgleichsanspruchs sowie die Übernahme der Definitionen und Schutzbereichsbegrenzungen.

Auch die Nichtigerklärung des nationalen Leistungsschutzrechts für Presseverleger durch den EuGH auf Grund der Verletzung von Notifizierungsvorschriften,²⁰² ändert hieran nichts. Weiterhin ist es systematisch sinnvoll, die bereits existierenden Paragraphen als Anknüpfungspunkt der Implementierung zu wählen und lediglich an die unionsrechtlichen Vorgaben anzupassen.

VII. Alternativansätze

Neben dem nunmehr in Artikel 15 DSM-RL verankerten Modell des Leistungsschutzrechts gab es Alternativvorschläge, welche sich auf europäischer Ebene jedoch nicht

²⁰⁰ *Kreutzer*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (128).

²⁰¹ *Koroch*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger auf dem Weg von Berlin nach Brüssel GRUR 2017, 127 (130).

²⁰² *EuGH*, Urteil vom 12.09.2019 – C-299/17 – *CG Media/Google LLC*.

durchgesetzt haben. Auch wenn sie für die Praxis daher vorerst keine Rolle spielen, würden Sie im Falle eines Scheiterns des Leistungsschutzrechts rechtspolitisch erneut relevant.

1. Das spanische Modell

Zunächst gibt es auch in Spanien bereits nationale Erfahrungen mit dem Schutz von Presseverlagen. Anders als in Deutschland hatte man dort anstelle eines eigenen Ausschließlichkeitsrechts eine ausgleichspflichtige Schrankenregelung geschaffen.²⁰³ Der Vorteil eines derartigen Ansatzes liegt darin, dass er nicht vertraglich umgangen werden kann. Die Übernahme dieses Modells wurde jedoch nicht anvisiert.²⁰⁴ Dies dürfte den desolaten Folgen für die spanische Presselandschaft geschuldet sein, deren Umsätze nach der Einstellung der spanischen Version von Google-News als Reaktion auf die Neuregelung einbrachen.²⁰⁵

Die vorschnelle Annahme der Übertragbarkeit dieser Erfahrung auf die gesamte Union ist bedauerlich. Denn es ist höchst fraglich, ob die europaweiten Einstellungen seiner News Dienste für Google ebenfalls eine Option wären.²⁰⁶ Wie bereits ausgeführt wäre eine nationale Aushandlung von Konditionen bei einer vergütungspflichtigen Schrankenregelung keine Option. Daher wäre eine auf Grund nationaler Lizenzen bestehende Möglichkeit länderweite Sonderkonditionen auszuhandeln ausgeschlossen. Vielmehr bestünde ein alles oder nichts Prinzip. Doch selbst wenn etablierte Unternehmen wie Google diesen drastischen Weg wählten, wäre es auf europäischer Ebene auf Grund der

²⁰³ *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (382).

²⁰⁴ *Brauneck*, EU-Urheberrechtsreform/Umverteilung für Verleger und Pflichten für Online-Dienste unionsrechtmäßig?, EuZW 2017, 450 (455); *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (382).

²⁰⁵ *Kreutzer*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (128).

²⁰⁶ Mit dieser Tendenz: *Stieper*, Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, ZUM 2019, 211 (215); A.A.: *Kreutzer*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (128).

Marktgröße wahrscheinlicher, dass dadurch entstehende Marktlücken durch spezialisierte Geschäftsmodelle geschlossen würden.

2. Inhabervermutung

Ein zweiter Ansatz knüpft an die Rechtfertigung des Richtliniengebers an, es bedürfe des Ausschließlichkeitsrechts, um die Presseverlage in die Lage zu versetzen an einem komplexen Urheberrechtsmarkt Lizenzverträge abschließen zu können.²⁰⁷ Denn die Verlage hätten Schwierigkeiten Ihre Aktivlegitimation bezüglich geschützter Inhalte in Presseveröffentlichungen nachzuweisen.²⁰⁸

Um dem zu begegnen bedürfte es indes keines neuen Leistungsschutzrechts.²⁰⁹ Vielmehr hätte eine simple Ergänzung der Inhabervermutung in Artikel 5 lit. b) Enforcement-RL genügt.²¹⁰ Ein derartiges Vorgehen wäre, soweit man den Einwand nicht als vorgeschoben ansieht,²¹¹ als weitaus minimalinvasiverer Eingriff vorzugswürdiger gewesen.

F. Bestimmte Nutzungen geschützter Inhalte durch Online Dienste

Bei Artikel 17 DSM-RL (respektive Artikel 13 der Entwurfsfassung) handelt es sich wohl um die umstrittenste Norm des Richtlinienwerks.²¹² Dass es sich bei dem Artikel mit seinen zehn Absätzen und den Erwägungsgründen 61 bis 71 um die längste Norm der Richtlinie handelt und für den Betrachter dementsprechend schwer zugänglich ist, trägt

²⁰⁷ Nordemann/Wolters, Google, das Leistungsschutzrecht für Presseverleger und das Kartellrecht, ZUM 2016, 846 (846).

²⁰⁸ Kreutzer, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (129).

²⁰⁹ Kreutzer, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (129).

²¹⁰ Kreutzer, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (129).

²¹¹ Kreutzer, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (129).

²¹² Spindler, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (283); Weidert/Uhlenhut/von Lintig: Kampf gegen Upload-Filter – Teil 1: Aktuelle Rechtslage der Betreiberhaftung, GRUR-Prax 2019, 269 (269).

insofern nicht zur Befriedung bei. Dabei ist Artikel 17 DSM-RL nach der Intention des Gesetzgebers die Reaktion auf einen immer komplexeren Markt, bei dem das Teilen von Online-Inhalten über Diensteanbieter zum Hauptquell des Zugriffs auf Online-Inhalte geworden ist.²¹³ Im Rahmen dessen sucht die Vorschrift einen angemessenen Ausgleich der betroffenen Interessen zu erreichen. Einerseits soll der breite Zugang zu kulturellen und kreativen Werken nicht behindert werden, sodass die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle nicht behindert wird.²¹⁴ Andererseits sollen Rechteinhaber für eine angemessene Beteiligung an ihrer Werksnutzung Gewissheit darüber erlangen, wann beim Hochladen und Teilen Ihrer Schutzgegenstände eine Erlaubnis von Ihnen nötig ist und wer diese, auf Grund der Vornahme einer Verwertungshandlung, einholen muss.²¹⁵

I. Inhalt der Regelung

In einer ersten Untergliederung des Artikel 17 kann man festhalten, dass die ersten drei Absätze die Umstände der neuen Haftungsregel umreißen, während die Absätze 4 bis 8 verschiedene Aspekte etwaiger Haftungsbegrenzungen im weiteren Sinne adressieren. Anschließend enthalten die Absätze 9 und 10 flankierende Regelungen zu prozessualen Fragen und der Ausarbeitung von *Best practice* Konzepten.

1. Passivlegitimation

Die Verantwortlichkeit nach Absatz 1 trifft Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten²¹⁶. Der Begriff hat im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens deutliche Einschränkungen erfahren, da er in der Fassung des Kommissionsentwurfs zu diffus und uferlos formuliert war.²¹⁷ Eine Legaldefinition findet sich in Artikel 2 Nr. 6. Danach ist ein solcher ein Diensteanbieter der Informationsgesellschaft nach obigem Verständnis,²¹⁸ auf

²¹³ Erwägungsgrund 61.

²¹⁴ Erwägungsgrund 61.

²¹⁵ Erwägungsgrund 61; *Pfennig*, Forderungen der deutschen Urheber und ausübenden Künstler zum Reformprozess des Urheberrechts der EU, ZUM 2018, 252 (256).

²¹⁶ Sofern in Kapitel 2: Hauptteil F. der Begriff Diensteanbieter verwandt wird bezieht dieser sich auf einen Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten.

²¹⁷ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (283).

²¹⁸ Siehe Kapitel 2: Hauptteil E. I., S. 42.

den weitere Charakteristika zutreffen; mithin ein spezieller Diensteanbieter der Informationsgesellschaft. Die Merkmale, die diesen kennzeichnen, sind zum Einen, dass einer seiner Hauptzwecke darin besteht, Nutzern das Hochladen und Weiterleiten von Inhalten zu ermöglichen und die Inhalte zu speichern.²¹⁹ Zum anderen organisiert der Diensteanbieter und bewirbt selbige zum Zwecke der Gewinnerzielung.²²⁰

1) Eine große Menge an geschützten Inhalten

Erster objektiver Anknüpfungspunkt ist dabei die große Menge an geschützten Inhalten, welche beim Diensteanbieter zum Teilen von Onlineinhalten gespeichert sind und auf die öffentlich zugegriffen werden kann. Der Begriff „groß“ setzt nach seinem Wortsinn das Übertreffen eines Vergleichswertes voraus.²²¹ „Menge“ hingegen ist als eine bestimmte Anzahl zu verstehen;²²² stellt daher ein quantitativ zu bestimmendes Kriterium dar.

Als Leitlinie zur Auslegung kann dabei Erwägungsgrund 63 herangezogen werden. Danach soll die „große Menge“ nach den Umständen des Einzelfalls bestimmt werden. Kriterien können dabei unter anderem das Publikum, mithin die Rezipienten der Inhalte, oder die Anzahl der Dateien mit geschützten Inhalten sein.

(1) Ausgangspunkt

Die Anzahl an Dateien, welche geschützte Inhalte enthalten, ist dabei bereits denklogisch ein entscheidender Faktor. Die Zahlen dürften zukünftig als Ausgangspunkt für die Bewertung fungieren. Allerdings ergibt sich aus der Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung, dass es keinen einheitlichen, absoluten Zahlenwert geben wird, der die „große Menge“ determiniert. Die Bestimmung des Vergleichswertes ist dabei das Einfallstor der Einzelfallbetrachtung.

²¹⁹ Erwägungsgrund 62.

²²⁰ Artikel 2 Nr. 6.

²²¹ <https://www.duden.de/rechtschreibung/grosz>, letzter Zugriff 06.06.2019.

²²² <https://www.duden.de/rechtschreibung/Menge>, letzter Zugriff 07.06.2019.

(2) Faktoren zur Referenzbildung

Quantitative Faktoren, die zur Bestimmung eines Vergleichswert herangezogen werden könnten, sind die Größe der Dateien mit geschützte Inhalten, die Anzahl an gespeicherten und zugänglich gemachten Werken insgesamt (inklusive derjenigen ohne geschützte Inhalte) oder die Anzahl an Werken mit eindeutig rechtsverletzendem Charakter. Insbesondere Letzteres ist zwar im Wortlaut nicht angelegt, aber nach dem Telos des Artikel 17 zielführend und wurde bereits an anderer Stelle von der Rechtsprechung als relevantes Kriterium bei der Bestimmung der Verantwortlichkeit von Diensteanbietern herangezogen.²²³

a. Das Publikum

Die Nennung des Publikums als Faktor zur Bestimmung der Menge in Erwägungsgrund 63 überrascht hingegen. Denn zunächst scheint der Gesetzgeber anders als bei den Dateien gerade nicht auf die Anzahl derselben abzustellen. Damit würde das Publikum allerdings zu Einem qualitativen Faktor, bei dem exemplarische Erwägungen der Geneigntheit des Publikums rechtsverletzende Inhalte zu konsumieren relevant würden. Zum anderen dürften konkrete Informationen zum Publikum ohnehin nur schwer bestimmbar sein, da diese entweder anonym sind oder aber eine Offenlegung von Informationen aus datenschutzrechtlichen Gründen unstatthaft ist.²²⁴ Wie diese effektiv und systematisch in den Vergleichswert einbezogen werden können ist nicht ersichtlich. Daher wäre die Anzahl an Rezipienten ein vorzugswürdiges Kriterium. Denn eine große Anzahl an Konsumenten der geschützten Inhalte stellt eine entsprechend große Gefahr für die Rechteinhaber dar, weshalb das intendierte hohe Maß an Schutz für die Rechteinhaber²²⁵ eine Einflussnahme auf die große Menge rechtfertigt.

²²³ Zuletzt: *BGH*, Beschluss vom 20.9. 2018 – I ZR 53/17 – *uploaded*, Rn. 3.

²²⁴ Siehe hierzu Kapitel 2: Hauptteil F. I. 4. 3) (3) c. b) (b), S. 110.

²²⁵ Erwägungsgrund 3.

b. Nutzer

Mit derselben Erwägung kann man auch die Anzahl an Nutzern, welche geschützte Inhalte hochladen, in die Bewertung mit einfließen lassen.²²⁶ Denn mehr Nutzer, bedeutet mehr potentielle Uploads und damit auch mehr relevante Verwertungshandlungen der Online-Diensteanbieter im Sinne des Artikel 17 Absatz 1. Andersherum müsste eine besonders kleine Nutzer- und Publikumszahl wiederum einen einschränkenden Einfluss auf die große Menge haben.

2) Organisation und Bewerben der Inhalte

Die große Menge an geschützten Inhalten allein genügt jedoch nicht, um ein als Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten qualifiziert zu werden. Denn die geschützten Inhalte der Nutzer müssen vom Diensteanbieter organisiert und beworben werden. Ersteres setzt eine systematische Strukturierung der Inhalte durch den Diensteanbieter voraus.²²⁷ Sofern derartiges von den Nutzern selbst vorgenommen wird, fehlt es an einem Organisieren durch diesen. Die Zuordnung der Inhalte zu Kategorien ist dabei eine Möglichkeit der Organisation im Sinne des Artikels,²²⁸ wobei es ausreichen dürfte, wenn Nutzer ihre Inhalte die vom Diensteanbieter vorgegebenen möglichen Kategorien zuordnen. Auch das Anbieten einer Suchfunktion zum Auffinden bestimmter Inhalte genügt den Anforderungen an eine systematische Strukturierung.²²⁹ Das Bewerben der Inhalte hingegen erfasst insbesondere zweierlei Fälle. Zum Einen fällt, entgegen des allgemeinen Sprachverständnisses, das gezielte Einfügen von Werbung in die Inhalte darunter.²³⁰ Damit wird zuvörderst die gängige Praxis von Diensten wie YouTube und Spotify adressiert.²³¹ Zum Anderen fällt aber auch, anders als teilweise vertreten,²³² das

²²⁶ A.A.: *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (284).

²²⁷ <https://www.duden.de/rechtschreibung/organisieren>, letzter Zugriff 07.07.2019.

²²⁸ Erwägungsgrund 62.

²²⁹ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (284).

²³⁰ Erwägungsgrund 62; *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (284).

²³¹ Exemplarisch: <https://www.youtube.com/intl/en-GB/ads/>, letzter Zugriff 16.09.2019.

klassische Werben der Inhalte zur Akquirierung eines größeren Publikums unter den Fall des Werbens im Sinne des Artikels 2 Nr. 6 Unterabsatz 1.²³³

(1) Ein Schlupfloch für Filesharer?

Allerdings droht durch diese zusätzlichen Merkmale ein Wertungswiderspruch. Denn Diensteanbieter, deren Tätigkeit sich auf die Speicherung und Ermöglichung des Hochladens sowie Teilens fremder Inhalte beschränkt, fallen aus dem persönlichen Anwendungsbereich des Artikel 17 heraus, selbst wenn die Dienste größtenteils zum Teilen Urheberrechtsverletzender Inhalte genutzt werden.²³⁴ Das führt insbesondere dann zu unbilligen Ergebnissen, wenn derartige Diensteanbieter der Informationsgesellschaft nicht bereits auf Grund eines extensiven und wertenden Verständnisses der öffentlichen Zugänglichmachung bereits außerhalb der DSM-RL als Täter haften würden.²³⁵ *Spindler* verweist zur Korrektur dieses unbilligen Ergebnisses auf die Formulierung des Erwägungsgrundes 62 Unterabsatz 2, wonach „*Verfahren zur Freistellung von der Verantwortlichkeit gemäß dieser Richtlinie nicht für Diensteanbieter gelten, deren Hauptzweck es ist, sich an Urheberrechtsverletzungen zu beteiligen oder sie zu erleichtern*“; mithin zuvörderst *Filesharing* Dienste.

(2) Dogmatische Lösung der Friktion

Auch wenn das intendierte Ergebnis *Spindlers*, die Haftung derartiger Diensteanbieter, erstrebenswert ist, ist Erwägungsgrund 62 Unterabsatz 2 ein fragliches Korrektiv zu diesem Zweck. Denn vergegenwärtigt man sich, dass erst die Eröffnung des Anwendungsbereichs zur Verantwortlichkeit nach der DSM-RL führt, so kann mit „*Verfahren zur Freistellung der Verantwortlichkeit nach der Richtlinie*“ nur der später in extenso

²³² *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (284).

²³³ Erwägungsgrund 62: „[...] indem Inhalte mit dem Ziel, ein größeres Publikum anzuziehen [...] beworben werden [...]“.

²³⁴ *Spindler* verweist exemplarisch auf Rapidshare, dessen Seite allerdings nicht länger abrufbar ist: <https://rapidshare.com/>, letzter versuchter Zugriff 07.07.2019.

²³⁵ Vgl. dem Fall: *EuGH*, Urteil vom 17.06.2018 – C-610/15 – *Stichting Brein/Ziggo BV ua*; siehe dazu auch: Kapitel 2: Hauptteil F. I. 3., S. 79 ff.

analysierte Absatz 4 des Artikels 17 gemeint sein.²³⁶ Denn dieser stellt unter bestimmten Umständen von der durch Artikel 17 Absatz 1 erst etablierten Verantwortung frei.²³⁷ Auch die englische Version der Richtlinie, die von „*liability exemption mechanism*“ spricht, weist auf ein derartiges Verständnis hin. Insofern ist die Heranziehung des Gedankens in einem Erwägungsgrund, der den Anwendungsbereich adressiert unpassend.

a. Extensive Auslegung

Eine Möglichkeit die in Frage stehenden Dienste unter den Begriff des Diensteanbieters für das Teilen von Online-Inhalten zu subsumieren wäre ein am Telos der Norm orientiertes extensives Begriffsverständnis. Danach sollen gerade Diensteanbieter, deren Hauptzweck illegales *Filesharing* darstellt, als Inkarnation der Bedrohung einer fairen Vergütung von Rechtsinhabern stets als Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten zu verstehen sein. Da in der europäischen Exegese der Wortlaut klassischer Weise einen geringeren Stellenwert besitzt als in der nationalen Methodenlehre,²³⁸ scheint ein derartiges Verständnis möglich.

b. Analogieschluss

Gleichwohl erscheint ein Analogieschluss in derart gelagerten Fällen in Anbetracht des Konflikts mit dem Wortlaut, als äußerste Grenze der Auslegung, vorzugswürdig. Die Regelungslücke ist das Herausfallen von Diensteanbietern aus dem Anwendungsbereich des Artikels 17, welche nach Ihrem Hauptzweck große Mengen urheberrechtsverletzender Inhalte Dritter speichern und das Hochladen und Teilen derselben ermöglichen, ohne diese zu strukturieren und zu bewerben. Planwidrig ist diese Lücke, da sich aus Erwägungsgrund 62 Unterabsatz 2 ergibt, dass sich kein *Diensteanbieter*²³⁹ mit dem vormaligen Hauptzweck nicht auf die Haftungsprivilegierung nach Absatz vier berufen

²³⁶ Siehe Kapitel 2: Hauptteil F. I. 4., S. 85 ff.

²³⁷ Artikel 17 Absatz 4: „[...] [Der Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten ist] *verantwortlich, es sei denn [...]*“.

²³⁸ Meyer, Die Grundsätze der Auslegung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, Jura 1994, 455 (456).

²³⁹ Hier beschränkt sich die Formulierung gerade nicht auf Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten.

können sollten. Dafür müssten diese aber zunächst unter den Anwendungsbereich fallen. Der Widerspruch dürfte ein Resultat der Eingrenzungsbestrebungen des ursprünglich als zu weit empfundenen Anwendungsbereichs durch weitere Merkmale sein. Auch besteht nach dem intendierten hohen Maß an Schutz für die Rechteinhaber eine vergleichbare Interessenlage an der Einbeziehung gerade derartiger Diensteanbieter in den Anwendungsbereich. Im Ergebnis handelt es sich bei diesen daher immer um Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten.

3) Nur ein Hauptzweck heiligt die Haftung

Ein weiteres einschränkendes Merkmal des Diensteanbieters zum Teilen von Online-Inhalten ist, dass es diesem gerade darauf ankommen muss, Inhalte Dritter zu speichern und zu teilen. Artikel 2 Nr. 6 Unterabsatz 1 spricht insoweit von „*Hauptzweck bzw. einer der Hauptzwecke*“. Nur dann trifft ihn die Verantwortlichkeit. Die konzeptionelle Zielgerichtetheit ist dabei grundsätzlich als Intention²⁴⁰ des Diensteanbieters, mithin als subjektives Merkmal, zu verstehen. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist jedoch eine Objektivierung der subjektiven Zwecksetzung geboten. Mithin müssen das tatsächliche Leistungsangebot sowie deren konkrete Ausgestaltung als objektive Merkmale herangezogen werden, um daraus auf den subjektiven Hauptzweck, oder die Hauptzwecke, zu schließen. Eine vertragliche Festlegung etwaiger Hauptzwecke kann daher im Einzelfall als deklaratorisches Indiz herangezogen werden, vermag aber nicht den Hauptzweck über reale Pflichtenkonstellationen hinweg konstitutiv zu bestimmen.²⁴¹

Bei dem Zweck muss es sich in jedem Fall um den wichtigsten oder aber einen der wichtigsten unter mehreren gleichbedeutenden Zwecken handeln. Wie sich aus Erwägungsgrund 62 Unterabsatz 1 ergibt, genügt bereits ein übergeordneter anderer Hauptzweck, der nicht im Ermöglichen vom Hochladen und Weiterleiten urheberrechtlich geschützter Inhalte zur direkten oder indirekten Gewinnerzielung besteht, um nicht unter den

²⁴⁰ <https://www.duden.de/rechtschreibung/Zweck>, letzter Zugriff 07.07.2019.

²⁴¹ Hierzu im Bezug auf Cloud-Dienste: *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (284).

Begriff des Diensteanbieters zu fallen.²⁴² Daraus ergibt sich gleichsam e contrario, dass auch die Gewinnerzielungsabsicht Element des Hauptzweckes sein muss.

(1) Bedeutender Online-Inhaltsdienst

Die ins Auge gefasste Zwecksetzung wird zudem in Erwägungsgrund 62 Unterabsatz 1 konkretisiert, wonach Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten nur solche *„Online-Dienste [sind], die auf dem Markt für Online-Inhalte eine wichtige Rolle spielen, indem Sie mit anderen Online-Inhaltsdiensten, wie Audio- und Video-Streamingdiensten, um dieselben Zielgruppen konkurrieren.“* Es ist bedauerlich, dass diese Einschränkung keinen Weg in den verfügbaren Teil der Vorschrift gefunden hat. Stärker als die anderen Merkmale kommt darin zum Ausdruck, dass der Gesetzgeber im Rahmen der in Erwägungsgrund 3 genannten intendierten Reaktion auf neue Geschäftsmodelle ein konkretes Geschäftsmodell vor Augen hatte, welches nach der gesetzgeberischen Wertung einer Haftung unterliegen sollte. In teleologischer Auslegung wird der Begriff des Diensteanbieters zum Teilen von Online-Inhalten gleichwohl an diesem Geschäftsmodell zu messen sein.²⁴³

a. Online-Inhaltsdienst

Der Online-Inhaltsdienst wird nicht näher erläutert, allerdings nennt Erwägungsgrund 62 Audio- oder Video-Streamingdienste als Beispiel. Das Charakteristikum ist daher die Bereitstellung von digitalen Inhalten Dritter, mithin Daten die in digitaler Form erstellt und bereitgestellt werden.²⁴⁴ Neben Video- oder Audio-Inhalten kommen insofern auch Bild- oder Text-Dateien in Frage. Zu den Vertretern dieses Geschäftsmodells wären etwa YouTube.com, Vimeo.com, Giphy.com, reddit.com, Instagram.com oder Facebook.com zu zählen.

²⁴² Spindler, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (284).

²⁴³ Spindler, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (284).

²⁴⁴ Angelehnt an die Begriffsbestimmung in Artikel 2 Nr. 1 Richtlinie (EU) 2019/770 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2019 über bestimmte vertragsrechtliche Aspekte der Bereitstellung digitaler Inhalte und digitaler Dienstleistungen.

b. Konkurrierende Zielgruppen

Diese müssen um dieselben Zielgruppen konkurrieren. Darunter dürften regelmäßig Verbraucher, zu verstehen sein, welche die Inhalte zu Unterhaltungszwecken konsumieren. Gewerblicher Streamingkonsum scheint demgegenüber nicht gänzlich ausgeschlossen, aber vernachlässigbar. Damit würden in der Tat Dienste aus dem Anwendungsbereich herausfallen, deren Geschäftsmodell nicht primär auf die Bereitstellung digitaler Inhalte zum Konsum oder zur Information abzielen, obgleich dies Teil des Geschäftsmodells ist. Zu nennen wären etwa Datingwebsites, die Fotos und Lebensläufe speichern und teilen, bei denen aber die Kontaktaufnahme im Vordergrund steht, weshalb eine andere Adressatengruppe angesprochen wird.²⁴⁵ Dieselbe Argumentation ließe sich ebenfalls für Foren fruchtbar machen, bei denen die Inhalte lediglich der thematischen Untermauerung dienen.²⁴⁶

c. Nur wer wichtig ist haftet

Aber auch unter den betroffenen Online-Inhaltsdiensten sollen nur jene der Haftungs vorschrift unterfallen die wichtig sind. Der Maßstab der Bedeutung muss marktwirtschaftlich verstanden werden. Denn die Ausnahme von der Haftungsprivilegierung erfolgte vor dem Hintergrund, dass die Privilegierung auf Grund der Größe und Marktstärke heutiger Intermediäre wie YouTube als nicht mehr zeitgemäß angesehen wurde.²⁴⁷ Kriterien zur Bestimmung der Wichtigkeit könnten daher dem Wettbewerbsrecht entnommen werden. Dabei sollten selbstredend nicht nur Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung unter den Begriff „wichtig“ fallen. Dies drohte durch die Einengung des Schutzbereichs über Gebühr die Intention eines hohen Maßes an Schutz für die Rechteinhaber²⁴⁸ auszuholen. Allerdings könnten die zur Klassifizierung einer marktbeherrschenden Stellung ausgearbeiteten Elemente zur Bestimmung fruchtbar

²⁴⁵ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (284).

²⁴⁶ <https://www.medienpolitik.net/2019/04/plattformen-werden-verantwortung-uebernehmen/>, letzter Zugriff 09.07.2019.

²⁴⁷ Kritisch hierzu: *Wimmers/Barudi*, Der Mythos vom Value Gap, GRUR 2017, 327 (332).

²⁴⁸ Erwägungsgrund 3.

gemacht werden.²⁴⁹ Aber auch die bereits im Rahmen der großen Menge genannten Werte wie Nutzerzahl sollten eine Rolle spielen. Letztlich dürfte auch das Kriterium der Umsatzstärke virulent werden. In jedem Fall erlaubt das Merkmal das Ausfiltern kleiner, wirtschaftlich unbedeutender Unternehmen.

(2) Negativabgrenzung²⁵⁰

Die in Artikel 2 Nr. 6 Unterabsatz 2 aufgezählten Dienste, die nur teilweise in Erwägungsgrund 62 Unterabsatz 2 aufgeführt sind, fallen explizit nicht unter den Begriff des Diensteanbieters zum Teilen von Online-Inhalten. Gleichzeitig dienen Sie dem Rechtsanwender als Orientierungshilfe für das zuvor vorgestellte, abstraktere Merkmal des Hauptzwecks. Denn nach der gesetzgeberischen Wertung liegt dieser bei den genannten Diensten nicht in dem vormals genannten Ziel.

Bei nicht gewinnorientierten Online-Enzyklopädiën oder bildungsbezogenen, wissenschaftlichen Repositorien und Entwicklungs- und Weitergabepattformen für quelloffene Software fehlt es an der Gewinnorientierung. Wissensvermittlung und im letzteren Fall die Verbreitung von schadresistenter Software stehen regelmäßig im Vordergrund. Bei Anbietern elektronischer Telekommunikationsdienste, Online-Marktplätzen und Cloud-Diensten liegt der Hauptzweck demgegenüber nicht im Teilen geschützter Inhalte.²⁵¹ Online-Marktplätze zielen auf den gezielten entgeltlichen Austausch von Gegenständen ab, Kommunikationsdienste hingegen auf die direkte Kommunikation von einzelnen Individuen. Die bloße technische Möglichkeit zum Teilen massenhafter Inhalte durch entsprechend große Chats scheint demnach nicht ausreichend.²⁵² Ebenso wenig die gängige Funktion von Cloud-Diensten, Inhalte mit anderen Nutzern zu teilen,²⁵³

²⁴⁹ BeckOK InfoMedienR/*Paal*, AEUV Art. 102 Rn. 18 ff; Im nationalen Recht § 18 GWB.

²⁵⁰ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (284).

²⁵¹ Im Ergebnis auch: *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (284).

²⁵² Kritisch dazu: *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (284).

²⁵³ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (284).

womit Cloud-Diensten der Hauptzweck des privaten Speicherns und standortsunabhängigen Abrufens von Daten als Rechtsreflex zugewiesen wird. Damit wird gleichsam das Teilen von Inhalten indiziell nur dann als relevant erachtet, wenn es ohne Einschränkungen des Wirkungskreises vorgenommen wird oder werden kann. Eine derartige Einschränkung findet sich in der bisherigen Rechtsprechung zum Teilen von Inhalten nicht.

4) Zwischenergebnis

Im Lichte der vorstehenden Ausführungen kann man von einem stark eingeschränkten persönlichen Anwendungsbereich des Artikels 17 sprechen, welches eine ausufernde Haftung mitnichten erkennen lässt. Es scheint fast so, als hätte der Richtliniengeber versucht, die Definition auf Unternehmen wie YouTube zurechtzuschneiden. Gleichzeitig bergen die einschränkenden Merkmale partielle Wertungswidersprüche, die eines juristischen Korrektivs bedürfen. Letztlich sind diese auch derart allgemein gehalten, dass sie zwar Wertungsspielräume für Einzelfallgerechtigkeit zulassen, dem Markt für Online-Diensteanbieter ohne herausgearbeitete Fallgruppen der Rechtsprechung jedoch keine hinreichende Orientierungsgrundlage bieten.

2. Haftungsgrund

Ist ein Diensteanbieter der Informationsgesellschaft nunmehr im Ergebnis auch ein Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten nach obigem Verständnis, so nimmt er fortan gemäß Artikel 17 Absatz 1 Unterabsatz 1 selbst einen Akt der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung nach Artikel 3 InfoSoc-RL vor, *„wenn er der Öffentlichkeit Zugang zu von seinen Nutzern hochgeladenen urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenstände verschafft.“*

1) Hochgeladene geschützte Inhalte der Nutzer

Das Vorliegen hochgeladener geschützter Inhalte durch die Nutzer dürfte regelmäßig unproblematisch überprüfbar sein. Es liegt vor, wenn die Inhalte auf den Servern der Diensteanbieter gespeichert werden. Dabei ist es irrelevant, ob es sich bei den Inhalten

um persönlich geistige Schöpfungen oder Leistungsschutzrechte handelt.²⁵⁴ Essentiell für das weiterführende Verständnis ist jedoch, dass die Nutzer regelmäßig beim Hochladen von geschützten Inhalten ins Internet einen Akt der öffentlichen Wiedergabe nach dem eingangs dargelegtem Verständnis vornehmen.²⁵⁵

Denn, betrachtet man den Akt des Hochladens von geschützten Informationen durch den Nutzer eines Dienstes zum Teilen von Online-Inhalten im Lichte dieser Faktoren (zur vereinfachten Darstellung nehme man YouTube), so ist ein Upload eines Videos vom Nutzer zweifelsohne eine von diesem aktiv kontrollierte Tätigkeit, welche jeden Internetnutzer weltweit in die Lage des potentiellen Genusses des Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes versetzt. Er wählt aus, ob das Video im öffentlichen Bereich der Plattform hochgeladen wird oder nicht. Das aufnahmebereite Publikum der Internetcommunity ist auch in jedem Fall neu, stellt doch der Upload einen eigenständigen technischen Vorgang dar, welcher grundsätzlich eigenständig legitimiert werden müsste. Letztlich steht eine etwaige fehlende Erwerbsabsicht, die jedoch gerade bei YouTube bereits seit einiger Zeit immer öfters im Vordergrund steht,²⁵⁶ der Bewertung als öffentliche Zugänglichmachung nicht zwangsläufig entgegen.²⁵⁷

Da der EuGH im Falle einer erfolgreichen Zugänglichmachung die Kenntnis des Handelnden unterstellt,²⁵⁸ ist eine andere Bewertung bei hypothetischer nachgewiesener Nichtkenntnis möglich, aber rein spekulativ. Auch geht aus der Richtlinie hervor, dass der Richtliniengeber von einer öffentlichen Wiedergabe des Nutzers ausgeht, denn ansonsten wäre der Verweis auf Ausnahmen und Beschränkungen, auf welche sich die Nutzer berufen können, obsolet.²⁵⁹ Denn Schranken sind nur dort erforderlich, wo dem Rechteinhaber zugewiesene Verwertungshandlungen betroffen sind.

²⁵⁴ Wortlaut des Artikels 17 Absatz 1 Unterabsatz 1: „[...]Werk oder sonstige Schutzgegenstände[...].“

²⁵⁵ Kapitel 2: Hauptteil E. IV. 1., S. 44 f; *EuGH*, Urteil vom 27.03.2014 - C-314/12 – *UPC Telekabel Wien / Constantin Film Verleih u.a.*, Rn. 24 ff.

²⁵⁶ *Döring*, Professionalisierung und Kommerzialisierung auf YouTube, mrez 2014, 24 (24).

²⁵⁷ *EuGH*, Urteil vom 07.12.2006 - C-306/05, *SGAE/Rafael Hoteles SL*, Rn. 44.

²⁵⁸ *Wandtke/Bullinger/Leenen* InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 15.

²⁵⁹ Artikel 17 Absatz 7, Ausführlich zu den Schranken siehe: Kapitel 2: Hauptteil F. I. 4. 2), S. 92 ff.

2) Öffentliche Zugangsverschaffung des Diensteanbieters

An diesen, in dem Akt des Hochladens regelmäßig enthaltenen, Akt der öffentlichen Wiedergabe knüpft nunmehr der Wortlaut des Artikel 17 Absatz 1 Unterabsatz 1, die Zugangsverschaffung durch den Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten. Die Zugangsverschaffung der Nutzerinhalte gegenüber der Öffentlichkeit ist dabei prima facie ein selbstständig zu prüfendes Tatbestandsmerkmal, welches vom Diensteanbieter erfüllt sein muss, damit seine Tätigkeit als eigenständige öffentliche Wiedergabe oder öffentliche Zugänglichmachung qualifiziert werden kann. Dies legt eine zweistufige Prüfung in Bezug auf einen einzelnen Vorgang im Lebenssachverhalt nahe. Zunächst schaut der Rechtsanwender, ob ein Upload vorliegt, der gleichsam eine öffentliche Zugänglichmachung darstellt und daran anschließend bewertet dieser, ob dieser Akt gleichsam eine öffentliche Zugangsverschaffung des Diensteanbieters ist.

Es scheint dabei naheliegend den Begriff der Öffentlichkeit sowie den der Zugangsverschaffung entsprechend der Verwendung im Kontext der öffentlichen Wiedergabe durch den EuGH zu verstehen. Hierfür spricht die Gesetzgebungshistorie, die enge inhaltliche Verflechtung von Artikel 17 Absatz 1 und Artikel 3 InfoSoc-RL, aber auch die Deckungsgleichheit der Begriffswahl mit dem vom EuGH entwickelten Faktor der Zugangsverschaffung. Zwar bezieht sich die Rechtsprechung des EuGHs bezüglich der Auslegungseinheit gleichlautender Begrifflichkeiten auf Grund der Kohärenz des Unionsrechts bislang auf positivierete Tatbestandsmerkmale.²⁶⁰ Gleichwohl kann man dieser Dopplung eine indizielle Wirkung, insbesondere mit Blick auf den Regelungszusammenhang nicht absprechen. Gleiches gilt, wenngleich unproblematisch, für das Merkmal der Öffentlichkeit. Da derselbe Vorgang betrachtet wird, kann insofern auf die obigen Ausführungen verwiesen werden.

(1) Zugangsverschaffung des Diensteanbieters

Schwieriger ist demgegenüber die Frage nach der Zugangsverschaffung durch den Diensteanbieter, knüpft der Begriff der Zugangsverschaffung trotz extensiver Recht-

²⁶⁰ *EuGH*, Urteil vom 30.06.2011 – C-271/10 – *VEWA/Belgische Staat*; Rn. 27; *EuGH*, Urteil vom 13.10.2011 – C-431/09, C-432/09 – *Airfield ua/Sabam ua*, Rn. 44.

sprechung bislang an ein aktives Verhalten des Diensteanbieters zum Teilen von Online-Inhalten an.²⁶¹ Zum Zeitpunkt des Uploads durch den Nutzer erschöpft sich die Tätigkeit des Diensteanbieters zum Teilen von Online-Inhalten jedoch in einer rein technischen-passiven Haltung, da die Vorgänge automatisiert ablaufen.²⁶² Damit könnte es an der erforderlichen Kontrolle für eine entsprechende Qualifizierung fehlen. Allerdings stünde eine solche in einer Linie mit einer Reihe von Entscheidungen des EuGHs, welche die eigenständige Vornahme der öffentlichen Zugänglichmachung durch Diensteanbieter im Rahmen eines extensiv wertenden Verständnisses weit ins Vorfeld von Dritthandlungen verlegt.²⁶³

Dass im Rahmen eines derartigen Verständnisses auch Multimedia-Hosting Plattformen in wertender Betrachtung eine eigenständige Verwertungshandlung vornehmen könnten, zeigt die jüngste Vorlage des BGHs, welche eben dies in Bezug auf die Tätigkeit von YouTube zu ergründen sucht.²⁶⁴ Für die Entscheidung relevante Faktoren könnten dabei insbesondere die bereits im Rahmen des persönlichen Anwendungsbereichs von Artikel 17 erörterten Merkmale der Strukturierung und Bewerbung sein, wodurch Kriterien der bisherigen Rechtsprechung zur Haftung von Intermediären in die Prüfung des Anwendungsbereichs verlagert werden.²⁶⁵ Letzteres würde den Faktor der Gewinnerzielungsabsicht wieder verstärkt in den Vordergrund rücken. Ersteres könnte hingegen als Indiz dafür gewertet werden, dass der Diensteanbieter seine rein technisch bedingte passive Funktion verlässt und daher eine Privilegierungswürdigkeit fehlt.²⁶⁶

²⁶¹ Vgl. die nicht abschließende Aufzählung von Fällen, in denen eine Zugangsverschaffung bejaht wurde: Wandtke/Bullinger/Leenen InfoSoc-RL Art. 3 Rn. 14.

²⁶² Frey, Grundsätze und Fortentwicklung des europäischen Haftungssystems für Host-Provider, ZUM 2019, 40 (42).

²⁶³ Exemplarisch: EuGH, Urt. vom 26.4.2017 – C-527/15 – *Stichting Brein I*, EuGH, Urteil vom 14.6.2017 – C-610/15 – *Stichting Brein II*.

²⁶⁴ BGH, Beschluss vom 20.9.2018 – I ZR 53/17 – *uploaded*; BGH, Beschluss vom 13.9.2018 – I ZR 140/15 – *YouTube*.

²⁶⁵ Gielen/Tiessen, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, EuZW 2019, 639 (642).

²⁶⁶ Frey, Grundsätze und Fortentwicklung des europäischen Haftungssystems für Host-Provider, ZUM 2019, 40 (43).

Auch die Gefahrgeneigtheit des Dienstes, welche vom BGH mit adressiert wurde²⁶⁷ dürfte eine Rolle in der Beurteilung spielen. Im Ergebnis würde damit eine Einzelfallprüfung des Verhaltens von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten erfolgen. Insbesondere wäre der Rechtsanwender für eine ordentliche Subsumtion, trotz eventueller Prüfung derselben Merkmale im Anwendungsbereich dazu angehalten, selbige erneut in der Zugänglichmachung heranzuziehen und zu bewerten.

(2) Die Krux liegt im Detail

Dieses Verständnis ist jedoch irreführend, da die Qualifikation wer durch Zugangverschaffung die Handlung vornimmt gerade der Quell der Rechtsunsicherheit war, welche durch die Vorschrift behoben werden sollte.²⁶⁸ Das bisher dargelegte Verständnis würde indes diese Rechtsunsicherheit perpetuieren. Getreu seines Wortlauts wäre die Essenz der Norm, dass eine öffentliche Wiedergabe des Diensteanbieters zum Teilen von Online-Inhalten für Handlungen der öffentlichen Zugänglichmachung seiner Nutzer dann vorliegt, wenn er diese öffentlich zugänglich macht; ein Zirkelschluss.

Intendiert war die zweifelsfreie Verantwortlichkeit der Diensteanbieter. Das ergeben die Gesetzgebungsmaterialien,²⁶⁹ wie auch die Ursprungsfassungen des Artikel 17 (dort noch Artikel 13), welche allerdings noch keinerlei Bezug auf etwaige Verwertungshandlungen nahm, sondern sich abstrakt in der Zuweisung der Verantwortlichkeit erschöpfte.²⁷⁰ Daher kann Artikel 17 Absatz 1 im Ergebnis nur so verstanden werden, dass, als Folge einer gesetzgeberischen Grundsatzentscheidung, Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten eine eigenständige Verwertungshandlung gemäß Artikel 3 InfoSoc-RL vornehmen, wenn Ihre Nutzer einen Akt der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung vornehmen.²⁷¹ Darin liegt eine vom Einzelfall unabhängige

²⁶⁷ BGH, Beschl. vom 20.9.2018 – I ZR 53/17– *uploaded: „[...] der Dienst für legale Anwendungen genutzt wird, der Betreiber aber Kenntnis davon hat, dass auch eine erhebliche Anzahl urheberrechtsverletzender Inhalte (mehr als 9500 Werke) verfügbar sind [...]“.*

²⁶⁸ Mitteilung der Kommission vom 09.12.2015, COM(2015) 626 final, S. 11.

²⁶⁹ Erwägungsgrund 61.

²⁷⁰ Kommissionsvorschlag vom 14.09.2016, COM(2016) 593 final, Artikel 13.

²⁷¹ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (284); *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (378).

gesetzliche Fiktion. Der falsch gewählte Wortlaut muss hierzu hinter der gesetzgeberischen Intention zurücktreten.

3) Zwischenergebnis

Damit nimmt ein Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten fortan gemäß Artikel 17 Absatz 1 einen Akt der öffentlichen Wiedergabe im Sinne des Artikels 3 InfoSoc-RL vor, sofern ein Nutzer beim Hochladen von Inhalten einen Akt der öffentlichen Wiedergabe vornimmt. Die im Wortlaut angelegte Rechtsunsicherheit kann dabei mittels der Methoden der juristischen Exegese einem interessengerechten Ergebnis zugeführt werden.

3. Haftungsumfang

Da Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten nunmehr eine eigenständige Verwertungshandlung vornehmen, haften diese als (Neben-)Täter wegen eines Eingriffs in das Verwertungsrecht des Berechtigten,²⁷² sie sind insoweit verantwortlich.²⁷³ Diesbezüglich stellt Artikel 17 Absatz 3 Unterabsatz 1 klar, dass im Falle der öffentlichen Wiedergabe durch den Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten die Haftungsprivilegierung des Artikels 14 E-Commerce-RL keine Anwendung findet.

1) Intermediärhaftung und das Urheberrecht

Auch vor Einführung der DSM-RL war eine Haftung von Diensteanbietern der Informationsgesellschaft für Urheberrechtsverletzungen regelmäßig nur unter Beachtung der Haftungsprivilegierungsnormen der E-Commerce-RL möglich. Denn diese fungieren im Online-Umfeld regelmäßig als Vermittler – Intermediär – die grundsätzlich einer sozial erwünschten Tätigkeit nachgehen, um die Nutzung des Internets zu ermöglichen oder zu erleichtern, welche aber gleichsam die Grundlage für Urheberrechtsverletzungen mit unterschiedlicher Gefahrneigung schaffen.²⁷⁴ Als Host Provider kann man in diesem Kontext eine spezielle Form des Intermediärs begreifen, der im Auftrag seiner Nutzer

²⁷² Bereits so angelegt in der Konzeption der Entwurfsfassung: *Peifer*, Plattformwirtschaft und das Geistige Eigentum/ High-Noon-Stimmung für Rechteinhaber, GRUR-Prax 2018, 2 (3).

²⁷³ Artikel 17 Absatz 4 a.A.

²⁷⁴ *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308 (308).

fremde Informationen speichert.²⁷⁵ Da dies essentieller Bestandteil beim Upload von Nutzerinhalten ist, sind Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten auch Hostanbieter.

Artikel 14 ECommerce RL stellt den Hostprovider von der Verantwortlichkeit bezüglich dieser Informationen frei, sofern der Host keine Kenntnis von rechtsverletzenden Inhalten hat und nach Kenntniserlangung rechtswidrige Informationen entfernt oder den Zugang zu ihnen sperrt.²⁷⁶ Dabei hat der europäische Richtliniengeber, anders als etwa im angelsächsischen Rechtsraum, einen horizontalen Ansatz zur Verantwortungsfreiheit verfolgt.²⁷⁷ Obgleich häufig synonym verwendet, sollte die Verantwortlichkeit daher nicht mit dem deckungsgleichen zivilrechtlichen Begriff der Haftung gleichgesetzt werden. Vielmehr handelt es sich um eine Norm, die über die Grenzen von Rechtsgebieten und deren Teilbereiche hinaus Wirkung entfaltet.²⁷⁸

Dass diese horizontale Beschränkung der Verantwortlichkeit selbst wiederum vertikale Einschränkungen erfährt ist nicht unüblich und kann sogar als Umkehr des Regel-Ausnahmeverhältnisses kritisiert werden.²⁷⁹ Einen Anknüpfungspunkt hierzu bietet Artikel 14 E-Commerce-RL in seinem Absatz 3 selbst, wonach Anordnungen von Gerichten und Behörden zur Beendigung und Verhinderung von Rechtsverletzungen statthaft bleiben. Solche Anordnungen gegenüber Intermediären sind für das Immaterialgüterrecht im Allgemeinen gemäß Artikel 11 Satz 3 Enforcement-RL und für das Urheberrecht im speziellen gemäß Artikel 8 Absatz 3 InfoSoc-RL von den Mitgliedsstaaten verpflichtend bereitzuhalten.

²⁷⁵ *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308 (310).

²⁷⁶ *Grabitz/Hilf/Nettesheim/Marly*, E-Commerce-RL, Vorbemerkung zu Abschnitt 4, Rn. 1, Artikel 14 Rn. 7.

²⁷⁷ *Yannopoulos*, The Immunity of Internet Intermediaries Reconsidered?, erschienen in: *The Responsibilities of Online Service Providers*, S. 45.

²⁷⁸ *Yannopoulos*, The Immunity of Internet Intermediaries Reconsidered?, erschienen in: *The Responsibilities of Online Service Providers*, S. 45.

²⁷⁹ *Yannopoulos*, The Immunity of Internet Intermediaries Reconsidered?, erschienen in: *The Responsibilities of Online Service Providers*, S. 46.

Aus diesem Zusammenspiel der drei Richtlinien, ergänzt um die einzelstaatlichen Besonderheiten bei der Umsetzung, ergibt sich ein Spannungsfeld, welche Rechtsfragen aufwirft, aus denen sich über die Jahre mit Hilfe der Rechtsprechung eine abgestufte Haftungskasuistik herauskristallisiert hat.²⁸⁰ Die Darstellung derselben in extenso sprengt den Rahmen dieser Arbeit. Gleichwohl verdeutlichen die jüngsten Vorlagefragen des BGHs, dass Rechtsunsicherheiten im Rahmen des Regelungskomplexes weiterhin bestehen und auch Anstoß für die Neuregulierung gaben.²⁸¹ Denn die zentrale Frage des BGH, ob ein Diensteanbieter der Informationsgesellschaft und gleichzeitig Host wie YouTube, einen Akt der öffentlichen Wiedergabe vornimmt, wenn seine Nutzer Inhalte öffentlich wiedergeben²⁸², ist zumindest im Rahmen des Artikels 17 beantwortet.

2) Die neue Richtlinie im alten Spannungsfeld

Artikel 17 Absatz 3 ist im Lichte des zuvor gesagten wohl so zu verstehen, dass auch Artikel 17 eine vertikale Ausnahme zu Artikel 14 E-Commerce-RL im Bereich des Urheberrechts darstellt. Allerdings ergibt sich die Nichtanwendbarkeit der Haftungsprivilegierung bereits aus dem Umstand, dass der Diensteanbieter eine eigenständige Verwertungshandlung vornimmt. Denn sofern er dies tut verlässt der Diensteanbieter seine passive und rein technische Position, welche die Rechtfertigung für die Privilegierung darstellt.²⁸³ Auch wenn die Neutralitätsrechtsprechung des EuGH kritisiert wurde,²⁸⁴ ergibt sich daraus ein Exklusivitätsverhältnis von E-Commerce-RL und InfoSoc-RL.²⁸⁵ Damit ist aber auch die Ausnahmeregelung des Artikels 17 Absatz 3 lediglich deklarato-

²⁸⁰ Dazu: *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308 (38 ff).

²⁸¹ *Frey*, Grundsätze und Fortentwicklung des europäischen Haftungssystems für Host-Provider, ZUM 2019, 40 (41).

²⁸² *BGH*, Beschluss vom 20.9.2018 – I ZR 53/17 – *uploaded*; *BGH*, Beschluss vom 13.9.2018 – I ZR 140/15 – *YouTube*.

²⁸³ *Frey*, Grundsätze und Fortentwicklung des europäischen Haftungssystems für Host-Provider, ZUM 2019, 40 (43).

²⁸⁴ Verweise auf Kritiker: *Frey*, Grundsätze und Fortentwicklung des europäischen Haftungssystems für Host-Provider, ZUM 2019, 40, Fn. 26.

²⁸⁵ *BGH*, Beschluss vom 13.9.2018 – I ZR 140/15 – *YouTube*, Rn. 16; *Frey*, Grundsätze und Fortentwicklung des europäischen Haftungssystems für Host-Provider, ZUM 2019, 40 (42).

rischer Natur. Gleichwohl ist diese Klarstellung, ob bewusst oder unbewusst sei dahingestellt, zur Förderung der Rechtssicherheit begrüßenswert.

Gleichzeitig bleibt Artikel 14 E-Commerce-RL und das damit verbundene Haftungssystem außerhalb des Anwendungsbereichs des Artikels 17 unberührt.²⁸⁶ Denn Artikel 17 regelt ein spezielles Haftungsverfahren.²⁸⁷ Mithin kann es nicht als Präjudiz für sonstige Diensteanbieter der Informationsgesellschaft, insbesondere sonstige Hostprovider zu herangezogen werden. Damit bleiben bestehende Fragen der bisherigen Haftungskasustik bedauerlicherweise unbeantwortet. Vielmehr stellt sich die Frage, wie sich der neu geregelte Spezialfall in das bereits komplexe Haftungssystem von Intermediären einfügt. Eine Chance des Unionsgesetzgebers zur Förderung der Rechtssicherheit im bisherigen Haftungssystem ist damit in jedem Fall vertan.

Als spezielles Haftungssystem ist die Haftung als Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten abschließend. Eine parallele Haftung als Täter nach den neuen Vorschriften und als Störer im nationalen alten Haftungssystem zu gleich scheidet daher aus.²⁸⁸ Denn ansonsten liefe die Haftungsbefreiung gemäß Artikel 17 Absatz 4 Gefahr durch eine Inanspruchnahme als Störer entwertet zu werden.

Gegen ein solches *lex specialis* Verhältnis wird vorgebracht, dass insbesondere die Privilegierung von Jungunternehmen²⁸⁹, die Verfügbarkeit von Rechtsbehelfen nach Unionsrecht und nationalem Recht nicht beeinträchtigen darf.²⁹⁰ Danach gelte die Störerhaftung uneingeschränkt neben der Haftung im Rahmen des Artikels 17 weiter.²⁹¹ Auch wenn der Wortlaut des Erwägungsgrunds 66 eine Orientierung an Artikel 11 Satz 3 En-

²⁸⁶ *Gielen/Tiessen*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, *EuZW* 2019, 639 (641).

²⁸⁷ Artikel 17 Absatz 3 Unterabsatz 2; Erwägungsgrund 66 Unterabsatz 1.

²⁸⁸ So aber für eine spezielle Konstellation: *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, *CR* 2019, 277 (288).

²⁸⁹ Siehe zur Privilegierung von Jungunternehmern: Kapitel 2: Hauptteil F. 4. 3) (5) a., S. 119 f.

²⁹⁰ Erwägungsgrund 66 Unterabsatz 1.

²⁹¹ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, *CR* 2019, 277 (288).

forcement-RL und Artikel 8 Absatz 3 InfoSoc-RL nahelegt, kann dies dennoch nur gelten, sofern die Haftungsrahmen identisch sind. Denn eine dem Artikel 14 Absatz 3 E-Commerce-RL vergleichbare Ausnahmeklausel enthält Artikel 17 gerade nicht.

Damit richtet sich die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern, welche Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten sind, bei Verletzungen des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte ausschließlich nach Artikel 17. Die nicht Beeinträchtigung von Rechtsbehelfen wird daher erst relevant, wenn die Verantwortlichkeit der Dienste nach dem speziellen Haftungsverfahren der neuen Norm zu bejahen ist.

3) Vertikale Ausnahme zur Haftungsprivilegierung strukturfalsch

Umso bedauerlicher ist, dass Artikel 17 speziell nur die Haftung im Urheberrecht adressiert,²⁹² und nicht die Verantwortlichkeit von Diensteanbietern zum Teilen von Online-Inhalten an sich. Denn die sich wandelnde Rolle von Plattformbetreibern wie YouTube, die von ihrer neutralen und passiven Haltung durch das Katalogisieren fremder Inhalte sukzessive abrücken,²⁹³ kann durchaus als konzeptionelles Defizit einer überholten E-Commerce-RL angesehen werden. Auch wenn das Urheberrecht den Anstoß für ein Handeln des Unionsgesetzgebers gab, wäre es indes passender, die Vorschrift allgemein, und nicht auf die urheberrechtlichen Verwertungshandlungen beschränkt, durch eine Überarbeitung der Haftungsprivilegierungen der E-Commerce-RL an die neuen Begebenheiten anzupassen.

Denn in der Identifizierung einer Subkategorie von Diensteanbietern, deren Verhalten – obgleich objektiv automatisiert und dadurch rein technisch und passiv –²⁹⁴ von einer Einflussnahme zeugt, die eine Verantwortungszuweisung gestattet, liegt eine Wertung, die sich auf persönlichkeitsrechtliche oder wettbewerbsrechtliche Verletzungen durchaus übertragen lässt. Der Schutz des geistigen Eigentums überwiegt auch nicht grund-

²⁹² Erwägungsgrund 66 Unterabsatz 1 Satz 2.

²⁹³ *Schmid*, Digitalisierung und zukünftige Medienordnung- Medienpolitische Perspektive – Kontrolle der Plattformen als Medien, ZUM 2019, 226 (228); *Nordemann*, Upload Filters and the EU Copyright Reform, IIC 2019, 275 (276) geht noch weiter und spricht von: “[...] which do not act neutrally [...]”.

²⁹⁴ *Frey*, Grundsätze und Fortentwicklung des europäischen Haftungssystems für Host-Provider, ZUM 2019, 40 (43).

sätzlich ohne weiteres sonstige grundrechtlich verbürgten Positionen.²⁹⁵ Auf nationaler Ebene gibt es bereits Bestrebungen, um die Intermediäre auch in diesen Bereichen in die Verantwortung zu nehmen.²⁹⁶ Derartige nationale Ansätze stehen jedoch immer im Konflikt mit den Wertungen der E-Commerce-RL, wie die Kritik an den nationalen Ansätzen zeigt.²⁹⁷

Die Notwendigkeit einer Anpassung der E-Commerce-RL hat der Richtliniengeber letztlich auch selbst erkannt, wie jüngst publik gewordene Arbeitspapiere der Kommission zur Reformierung der E-Commerce-RL bezeugen.²⁹⁸ Darin wird die Rolle von Plattformen im Zusammenhang mit Online-Rechtsverletzungen im weiteren Sinne ausdrücklich als Quell der Reformierungsbestrebungen genannt.²⁹⁹ Wie sich die spezielle Haftungsnorm des Artikels 17 zu einer reformierten E-Commerce-RL verhält, darf mit Spannung erwartet werden.

4) Zwischenergebnis

Im Ergebnis haftet der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten daher jedenfalls uneingeschränkt als Täter; es treffen ihn potentiell alle in der Enforcement-RL verankerten und von den Mitgliedsstaaten vorzuhaltende Rechtsbehelfsmöglichkeiten. Neben dem Anspruch auf Unterlassung gemäß Artikel 11 S. 1 Enforcement-RL, welcher Diensteanbietern der Informationsgesellschaft auch bisher über Artikel 8 Absatz 3 Info-Soc-RL und Artikel 11 Satz 2 Enforcement-RL trotz Haftungsprivilegierung ab Kenntnisnahme oder deren Möglichkeit zustand, dürfte der relevanteste Anspruch der auf Schadensersatz sein, den Mitgliedsstaaten gemäß Artikel 13 Enforcement-RL vorhalten müssen. Die Folgefragen der Anforderungen an die Kenntnis werden vom Richtlinien-

²⁹⁵ *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Rn. 41; *EuGH ZUM* 2012, 29– *Scarlet Extended*, Rn. 43.

²⁹⁶ Siehe exemplarisch das Netzwerkdurchsetzungsgesetz.

²⁹⁷ *Liesching*, Die Durchsetzung von Verfassungs- und Europarecht gegen das NetzDG, *MMR* 2018, 26 (26 ff).

²⁹⁸ <https://netzpolitik.org/2019/geleaktes-arbeitspapier-eu-kommission-erwaegt-neues-gesetz-fuer-plattformen/>, letzter Zugriff 25.07.2019.

²⁹⁹ <https://netzpolitik.org/2019/geleaktes-arbeitspapier-eu-kommission-erwaegt-neues-gesetz-fuer-plattformen/>, S. 2, letzter Zugriff 25.07.2019.

geber nicht aufgegriffen weshalb deren Beantwortung in anderem Zusammenhang weiterhin vom EuGH abhängt. Die Antwort des Gerichtshofs auf die jüngsten Vorlagefragen im Bezug auf die Vorsatzanforderungen im Rahmen der alten Haftungskasuistik könnten dabei indizielle Wirkung auch für Artikel 17 entfalten.³⁰⁰

4. Haftungsbefreiung

Natürlich gilt aber auch im Rahmen des Artikel 17 die Haftung nicht uneingeschränkt. Denn die Vornahme einer öffentlichen Zugänglichmachung durch den Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten kann durch die Erlaubnis des entsprechenden Rechteinhabers, eine sonstige gesetzliche Schrankenvorschrift oder die Haftungsbefreiungsvorschrift des Artikels 17 Absatz 4 entfallen.

1) Gestattung des Rechteinhabers

Wie Artikel 17 Absatz 1 Unterabsatz 2, gestützt von Erwägungsgrund 64 Satz 2, deklaratorisch festhält, sind Diensteanbieter nunmehr zur Einholung der Erlaubnis des Rechteinhabers für das Hochladen geschützter Inhalte durch ihre Nutzer verpflichtet. Dogmatisch folgt dies bereits zwingend aus der Qualifizierung des Verhaltens der Diensteanbieter als nach Artikel 3 InfoSoc-RL relevante Verwertungshandlung. Reziprok erfolgt die öffentliche Zugänglichmachung der Diensteanbieter im Falle des Vorliegens einer solchen Erlaubnis rechtmäßig. Dies kann etwa, aber nicht ausschließlich, über den Abschluss von Lizenzverträgen erfolgen.³⁰¹ An der Fixierung im verfügenden Teil wird deutlich, dass die Anreizfunktion der Haftungsregelung zum Abschluss von Lizenzen für einen funktionsfähigen Urheberrechtsmarkt einen hohen Stellenwert zukommt.³⁰² Gleichwohl schränkt die Erforderlichkeit die Vertragsfreiheit nicht ein, wie Erwägungsgrund 61 a.E. verdeutlicht. Danach soll eine Erlaubnis weder erteilt werden müssen, noch besteht der Zwang zum Abschluss eines Lizenzvertrages. Für den Fall das dennoch ein Lizenzvertrag das Teilen gestattet, sind zwei verschiedene Konstellationen zu unterscheiden.

³⁰⁰ *BGH*, Beschluss vom 20.9.2018 – I ZR 53/17 – *uploaded*; *BGH*, Beschluss vom 13.9.2018 – I ZR 140/15 – *YouTube*.

³⁰¹ Artikel 17 Absatz 1 Unterabsatz 2 ist insofern nicht abschließend: „[...] etwa durch [...]“.

³⁰² Erwägungsgründe 61 a.E., 3 a.E.

(1) Lizenz des Diensteanbieters

Bei der Ersten hat ein Diensteanbieter eine Lizenz mit Rechteinhabern für seine Verwertungshandlung erworben. Gemäß Artikel 17 Absatz 2 gilt diese Erlaubnis auch für die Handlungen der Nutzer, sofern diese weder gewerblich handeln, noch mit ihrer Tätigkeit erhebliche Einnahmen erzielen. Erwägungsgrund 69 Satz 1 a.E. konkretisiert dies. Danach handelt derjenige nicht gewerblich, dessen Tätigkeit nicht der Gewinnerzielung dient oder die Gewinne im Verhältnis zu den von der Erlaubnis abgedeckten Handlungen unerheblich sind.

a. Rechtskrafterstreckung mit Unwägbarkeiten

Zu Recht wird kritisiert, dass die Abgrenzung dieses, dogmatisch bei der nationalen Umsetzung thematisierten „*Novums*“ der Rechtskrafterstreckung im Einzelfall schwierig zu bestimmen ist.³⁰³ Denn die Übergänge zwischen privat und gewerblich verschwimmen auf Plattformen wie YouTube und Instagram durch Prosumer, welche sich weder konkret der einen, noch der anderen Kategorie zuordnen lassen.³⁰⁴ Auch auf Grund der Bandbreite und Vielfalt der möglichen Erscheinungsformen von User generated Content (UGC-Inhalte)³⁰⁵ wird sich die Grenzziehung der Unerheblichkeitsschwelle als eine diffizile Abwägung im Einzelfall gestalten.³⁰⁶ Zudem bleiben die Detailfolgen der Regel unklar.³⁰⁷

³⁰³ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (285).

³⁰⁴ *Valant*, Consumer protection in the EU, EPRS 2015, PE 565.904, S. 16.

³⁰⁵ *Nolte*, Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. »Value-Gap«-Debatte), ZUM 2017, 304 (306); *Sanftleben*, Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, 369 (371).

³⁰⁶ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (285).

³⁰⁷ *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (378).

b. Falscher Anreiz für Nutzer

Eine wohl unbedachte Nebenfolge der Konstruktion der Rechtskrafterstreckung ist, dass ein zusätzlicher Anreiz für Nutzer gesetzt wird, sich nicht selber um eine Erlaubnis des Rechteinhabers zu bemühen. Denn eine Lizenz des Diensteanbieters würde im privaten Rahmen mit unerheblichem Gewinn seine Verwertungshandlung legitimieren. Dieser Effekt liefe der Zielsetzung eines funktionierenden Marktes im Bereich des Urheberrechtes zuwider.³⁰⁸ Allerdings mag diese Anreizfunktion in Anbetracht des Umstands, dass primär der Diensteanbieter als *cheapest-cost-avoider* von Rechteinhabern in Anspruch genommen wird und Nutzer im Netz häufig nur schwer identifizierbar sind³⁰⁹ vernachlässigbar sein.

c. Privilegierung ineffizienter Filesharer

Im Extremen würde die einschränkungslose Lizenzerstreckung im nicht gewerblichen Bereich dazu führen, dass gezielte Urheberrechtsverletzungen von Nutzern, welche weder gewerblich agieren, noch nennenswerte Umsätze mit ihrer Tätigkeit erzielen, über den Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten erlaubt werden. Dies ist unbillig; denn zwar ist es mit der Zielrichtung eines hohen Maßes an Schutz für die Rechteinhaber³¹⁰ grundsätzlich zu vereinbaren. Auch lässt sich nicht bestreiten, dass Diensteanbieter wie YouTube auch derartige Videos durch Werbeschaltungen monetarisieren. Gleichwohl haftet der Erstreckungswirkung der Lizenz eine Form der Legitimierung an, welche rechtspolitisch bedenklich ist. Die Lizenzen dienen insofern als „*Kulturflatrate für Intermediäre*“, als deren Folge ein erheblicher Kontrollverlust für die Rechteinhaber in Bezug auf die Nutzung ihrer Werke einherginge, was das Urheberrecht auszuhöhlen droht.³¹¹ Dies umso mehr, als dass trotz der grundsätzlichen Vertragsfreiheit eine Haftungsfreistellung nach Artikel 17 Absatz 4 ein ernsthaftes Bemühen auch um gezielt urheberrechtsverletzende Inhalte erforderlich würde.³¹² Paradoxerweise gereicht auch eine teleologische Ausnahme für illegale Filesharer in Bezug auf die Rechtskrafterstre-

³⁰⁸ Erwägungsgrund 3, 61 a.E.

³⁰⁹ *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308 (310).

³¹⁰ Erwägungsgrund 3.

³¹¹ *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308 (316).

³¹² Art. 17 Abs. 4 lit. a; siehe dazu: Kapitel 2: Hauptteil F. I.4.3)(2), S. 102 ff.

ckung dem Diensteanbieter nicht zum Vorteil; denn dies würde für ihn grundsätzlich die Haftung für deren Inhalte bedeuten. Gleichzeitig sind die Erwägungen theoretischer Natur, denn in der Praxis dürfte sich der Diensteanbieter bei einer Weigerung des Rechteinhabers für die entsprechende Lizenz zumindest darauf berufen können, dass er sich um selbige bemüht habe.³¹³ Oder aber der Umstand, dass der Nutzer eventuell gezielt Urheberrechtsverletzungen begeht wird prozessual nicht darlegbar, beziehungsweise beweisbar sein.

d. Die Unbilligkeit von Doppellizenzen

Ferner resultiert aus der Beschränkung der Rechtskrafterstreckung auf bestimmte Fälle e-contrario, dass grundsätzlich im gewerblichen Bereich oder in solchen Fällen, in denen die Gewinne als erheblich anzusehen sind, eine Doppellizensierung stattfinden kann. Dem Grunde nach ist dies die logische Konsequenz der Identifizierung zweier getrennter Verwertungshandlungen von Nutzer und Diensteanbieter. Da sich diese aber faktisch auf einen einheitlichen Akt des Hochladens mit deckungsgleichem Wirkungsgrad bezieht, stellt sich die Frage nach der Billigkeit einer solchen. Denn die öffentliche Wiedergabe des Diensteanbieters und der des Nutzers sind zwei Seiten derselben Medaille und faktisch nicht trennbar.

Ziel der Richtlinie ist es, die Rechteinhaber oder deren Vertreter in die Lage zu versetzen für die Nutzung ihrer Schutzgegenstände eine angemessene Vergütung verlangen zu können.³¹⁴ Die Schwierigkeit bei der alten Rechtslage resultierten dabei einerseits aus der aufgezeigten Rechtsunsicherheit, gegenüber wem Rechteinhaber Ansprüche geltend machen konnten,³¹⁵ andererseits aus der Anonymität im Netz, was das Herantreten an die Nutzer erschwert bis unmöglich macht.³¹⁶ Durch die Entscheidung, dass der Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten eine eigenständige Verwertungshandlung vornimmt, wird der Rechteinhaber oder sein Vertreter nunmehr in die Lage ver-

³¹³ Zu diesem Tatbestandsmerkmal der Enthftung gemäß Art. 17 Abs. 4 siehe: Kapitel 2. Hauptteil F. I.4.3)(2), S. 99 ff.

³¹⁴ Erwägungsgrund 61.

³¹⁵ Erwägungsgrund 61.

³¹⁶ *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308 (309).

setzt, stets zumindest an den Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten heranzutreten, um bezüglich einer Lizenz zu verhandeln.

Existiert bereits eine Lizenz zum Online-Teilen der Inhalte besteht jedoch keinerlei Bedürfnis, den Rechteinhaber oder seinen Interessenvertreter zu stärken. Denn er kann bereits die Verwertung durch den Upload monetarisieren. Das Recht, erneut Profit aus demselben Vorgang zu schlagen, privilegiert den Rechteinhaber über Gebühr und stellt gerade keine gerechte Lösung und ein ausgewogenes Gleichgewicht zwischen den Parteien her.³¹⁷

(2) Lizenzen der Nutzer

In diesem Sinne lässt sich auch die zweite Lizenzkonstellation erklären, welche in der Erwähnung findet. Bei dieser hat der Nutzer bereits bei etwaigen dritten Rechteinhabern die für seine Verwertungshandlung notwendigen Lizenzverträge abgeschlossen. Gerade bei professionellen und/oder gewerblichen Nutzern dürfte dies regelmäßig der Fall sein. Nach Erwägungsgrund 69 S. 2 soll in dem Fall, indem eine solche Lizenz explizit die Verfügbarmachung über Dienste von Anbietern zum Teilen von Online-Inhalten umfasst, diese Erlaubnis auch die Verwertungshandlung genehmigen. Dabei ist Genehmigung funktional und nicht im Sinne des § 184 BGB zu verstehen. Gemeint ist, dass die Lizenz zwischen Nutzer und Rechteinhaber auch die Verwertungshandlung des Diensteanbieters gestattet.

a. Rechtskrafterstreckung auf Diensteanbieter

Es verwundert, dass diese Erwägung keinen Niederschlag im Richtlinienwortlaut gefunden hat, da die damit bezweckte Rechtskrafterstreckung einer inter partes abgeschlossenen Lizenz auf Dritte nicht selbstverständlich ist. Denn es entspricht nicht zwingend dem objektiven Interesse der Parteien, sodass eine solche Erstreckung sich bereits aus der Exegese der Vertragsabreden ergeben würde. Zwar erfordert eine vollumfängliche rechtmäßige öffentliche Zugänglichmachung via Upload über einen Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten grundsätzlich zwangsläufig auch eine Einwilligung des Rechteinhabers. Aus Sicht des Rechteinhabers ist aber die getrennte

³¹⁷ Erwägungsgrund 61 a.E.

Vergabe zweier Lizenzen an diese wirtschaftlich lukrativer. Genauso ist ein Interesse des Nutzers an der Einbeziehung des Diensteanbieters in die Lizenzwirkung trotz der Symbiose zwischen beiden zwar altruistisch, aber nicht lebensnah. Denn dem Nutzer erwachsen keine unmittelbar nachteiligen Folgen aus der Nichteinbeziehung. Damit spricht der Grundsatz der Vertragsfreiheit und deren inter partes Wirkung zunächst gegen die Einbeziehung.

Getragen wird die Erwägung hingegen von dem allgemeinen Ziel eines fairen Marktes im Bereich des Urheberrechts, welcher eine angemessene Vergütung der Rechteinhaber sicherstellt.³¹⁸ Denn durch die Möglichkeit von Doppellizensierungen für einen einheitlichen Akt der öffentlichen Zugänglichmachung würde der Rechteinhaber wie dargelegt über Gebühr privilegiert,³¹⁹ was keinem ausgewogenen Gleichgewicht der Parteien entspräche.³²⁰

Zudem wird an dieser Stelle auch die gängige Praxis im Rahmen von Nutzungsverträgen bei Diensteanbietern adressiert. Diese lassen sich in Bezug auf die Inhalte Ihrer Nutzer regelmäßig ein weltweites, nicht-exklusives, kostenfreies Nutzungsrecht einräumen, welches explizit das Recht der öffentlichen Wiedergabe bzw. Zugänglichmachung umfasst.³²¹ Mangels der Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs nicht bestehender Rechte setzt dies stets voraus, dass der Nutzer, der geschützte Inhalte Dritter verwendet, die Befugnis hat, dem Diensteanbieter selbiges einzuräumen.³²² Über die Erstreckungswirkungen würden derartige Klauseln, zumindest im Wirkungsgebiet der Richtlinie, obsolet.

b. Keine Beschränkung auf explizite Rechteeinräumung

Allerdings beschränkt Erwägungsgrund 69 S. 2 die Erstreckungswirkung auf jene Fälle, bei denen das Online Teilen von Inhalten ausdrücklich erlaubt wurde. E contrario sind

³¹⁸ Erwägungsgrund 3, 61 a.E.

³¹⁹ Siehe: Kapitel 2: Hauptteil F.I.4.1)(1)d., S. 88.

³²⁰ Erwägungsgrund 61 a.E.

³²¹ Exemplarisch: <https://www.youtube.com/t/terms>, letzter Zugriff 19.08.2019.

³²² Paul, Hoeren/Sieber/Holznagel, Multimedia-Recht, Teil 7.4, Rn. 78.

konkludente oder implizite Gestattungen nicht ausreichend, was ein Umgehungsrisiko sowie Rechtsunsicherheit birgt. Auch besteht wie aufgezeigt, sofern eine Lizenz tatsächlich vorliegt, kein Bedürfnis für eine weitere Lizenzierung. Damit ist „ausdrücklich“ nicht in abstracto zu verstehen, sondern vielmehr am Telos orientiert. Mithin genehmigt jede, tatsächlich vorhandene und wirksame, Lizenz des Nutzers zur öffentlichen Wiedergabe durch einen Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten auch die Verwertungshandlung von letzterem.

c. Keine Beweiserleichterung für den Diensteanbieter

Dies mindert den intendierten hohen Schutzstandard für Rechteinhaber auch nicht wesentlich, denn Erwägungsgrund 69 S. 3 stellt klar, dass keine Vermutungsregel greift, dass Nutzer für die Inhalte alle notwendigen Rechte eingeholt haben. Mithin obliegt dem Diensteanbieter die Nachweispflicht, dass Lizenzen der Nutzer bestehen, welche seine Handlung genehmigen. Dies ergibt sich im nationalen Recht bereits aus dem Günstigkeitsprinzip.³²³ Indes könnte den Rechteinhaber eine sekundäre Beweislast treffen, wenn ein Lizenzvertrag zwischen Nutzer und Rechteinhaber glaubhaft gemacht werden kann. Denn dieser wird, anders als der Diensteanbieter, ohne weitere Schwierigkeiten auf den Inhalt etwaiger Lizenzen zurückgreifen können. Dass dies in Mehrparteienkonstellationen zwangsläufig zu Beweisschwierigkeiten führt ist unbestreitbar. Fortan wird der Diensteanbieter, insbesondere bei gewerblichen Nutzern, klären müssen, inwieweit diese alle notwendigen Rechte besitzen. Kann der Nachweis einer expliziten Gestattung jedoch im Ergebnis geführt werden, so muss jedenfalls in teleologischer Auslegung des 17 Absatz 2 iVm Erwägungsgrund 69 die Lizenz als Genehmigung für den Diensteanbieter verstanden werden, auch wenn sich dies nur aus den Erwägungsgründen der DSM-RL ergibt.

(3) Zwischenergebnis

Zusammenfassend haftet der Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten daher nicht, wenn eine Lizenz, gleich ob mit dem Diensteanbieter oder dem Nutzer geschlossen, das Hochladen und Teilen erlaubt.³²⁴ Die Schwierigkeiten für den Online-

³²³ BeckOK ZPO/*Bacher* ZPO § 284 Rn. 72.

³²⁴ Dagegen jedoch: *Weiden*, Aktuelle Berichte – April 2019, GRUR 2019, 370 (371).

Diensteanbieter liegen hierbei im tatsächlichen Bereich. Die Inhalte, die gerade bei größeren Diensteanbietern massenhaft hochgeladen werden³²⁵, divergieren durch die teilweise kombinierte Verwendung von zahlreichen Musik-, Kunst-, Film- und Sprachwerken extrem.³²⁶ Diese wiederum werden entweder territorial fragmentiert von Verwertungsgesellschaften oder den Rechteinhabern selbst wahrgenommen.³²⁷ Das in diesem Umfeld alle abrufbaren Inhalte lizenziert sind oder jemals sein können ist utopisch. *Sanftleben* weist zu Recht in diesem Zusammenhang auf das Fehlen von Strukturen für umfassende Lizenzen für UGC-Inhalte hin.³²⁸ Inwieweit die in der Richtlinie selbst angelegten Möglichkeiten für Extended Collective Licensing diesbezüglich Abhilfe schaffen bleibt abzuwarten,³²⁹ ist aber nicht Gegenstand der hiesigen Analyse. Im Ergebnis wird es daher auch zukünftig Situationen geben, in denen die Diensteanbieter nicht über die notwendige Erlaubnis für die Uploads ihrer Nutzer verfügen. Auch drohen Doppellizenzierungen, zu der es jedoch keine rechtliche Verpflichtung gibt.

2) Keine Haftung beim Eingriff von Schranken

Ein bis dato wenig beachtetes Thema ist die Auswirkung von Ausnahmen und Beschränkungen, welche die öffentliche Wiedergabe der Nutzer legitimieren, auf die Verwertungshandlung der Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten. Dennoch ist ein Blick hierauf lohnend.

³²⁵ Exemplarisch durchschnittlicher Upload von Inhalten pro Minute auf YouTube.com für ausgewählte Zeiträume: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/207321/umfrage/upload-von-videomaterial-bei-youtube-pro-minute-zeitreihe/>, letzter Zugriff 16.09.2019.

³²⁶ *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (378).

³²⁷ *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (378f).

³²⁸ *Sanftleben*, Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, 369 (370).

³²⁹ *Stieper*, Ein angemessener Interessenausgleich im Verhältnis von Kreativen zu Rechteinhabern und Verwertungsgesellschaften?, ZUM 2019, 393 (400).

(1) Die europäischen Schrankenregelungen

Auf europäischer Ebene sind die Ausnahmen und Beschränkungen des Urheberrechts in Artikel 5 der InfoSoc-RL verankert. Relevant für Artikel 17 ist dabei Artikel 5 Absatz 3 InfoSoc-RL. Danach steht es den Mitgliedsstaaten frei auf nationaler Ebene für die erschöpfend aufgezählten Nutzungsszenarien eine Schranke inter alia für die öffentliche Zugänglichmachung zu etablieren. Eine solche bewirkt, dass die eigentlich zustimmungsbedürftige Verwertungshandlung ohne Einwilligung des Rechteinhabers vorgenommen werden darf.³³⁰ Diese Schrankenregelungen sind fakultativ, bei einer Umsetzung gleichwohl unionskonform zu verstehen.³³¹ Konträr zu den Verwertungshandlungen sind diese dabei strikt auszulegen.³³²

(2) Relevanz im Rahmen der DSM-RL

In Bezug auf Artikel 17 Absatz 1 spielen insbesondere die für die Meinungsfreiheit essentiellen Schrankenregelungen eine gewichtige Rolle. Denn Online-Plattformen wie YouTube und Facebook sind zu einem zentralen Medium avanciert, welches zur massenhaften Informationsverbreitung und Meinungskundgabe genutzt werden.³³³ Auch der Richtlinienggeber hat dies nicht verkannt und in Artikel 17 Absatz 7 Unterabsatz 1 und Erwägungsgrund 70 Unterabsatz 1 zum Ausdruck gebracht, dass insbesondere die Verfügbarkeit von geschützten Inhalten, deren Verwendung von Nutzern auf Grund des Eingreifens von Ausnahmeregelungen oder Beschränkungen rechtmäßig ist, nicht beeinträchtigt werden soll.

Mehr noch, gemäß Artikel 17 Absatz 7 Unterabsatz 2 sind die in Artikel 5 Absatz 3 Buchstaben d) und k) InfoSoc-RL noch fakultativ aufgeführten Schranken der Zitate, Kritik und Rezension sowie der Karikatur, Parodie und Pastiches fortan, zumindest im Rahmen des Hochladens geschützter Inhalte durch Nutzer, obligatorisch. Dabei ist Artikel 17 Absatz 7 Unterabsatz 2 Buchstabe a) deutlich weiter gefasst als sein Pendant in

³³⁰ Wandtke/Bullinger/Leenen InfoSoc-RL Art. 5 Rn. 1, 4.

³³¹ Wandtke/Bullinger/Leenen InfoSoc-RL Art. 5 Rn. 1.

³³² Wandtke/Bullinger/Leenen InfoSoc-RL Art. 5 Rn. 1.

³³³ *Specht*, Der Host-Provider in aktiver Rolle – ein Äquivalent zur Gehilfenhaftung in einem abgestuften Haftungskonzept?, ZUM 2018, 877 (878).

Artikel 5 Absatz 3 Buchstabe d) InfoSoc-RL. So gibt es keine Beschränkung einer rechtmäßigen Erstveröffentlichung sowie kein Erfordernis der Quellangabe. Zudem legt die Aufzählung ein Aliudverhältniss der drei Varianten nahe, obgleich im Rahmen der Kohärenz der Unionsordnung auch hier von Zitat als Oberbegriff für Kritiken und Rezensionen ausgegangen werden sollte.³³⁴

Diese Schranken seien zur Wahrung eines Gleichgewichts der betroffenen Interessen des in der Charta verbrieften Rechts auf freie Meinungsäußerung und Kunst seitens der Nutzer sowie eines einheitlichen Schutzstandards notwendig.³³⁵ So richtig die Harmonisierung verpflichtender Schranken auf europäischer Ebene ist,³³⁶ so bedauerlich ist, dass, anders als bei den eigens durch die DSM-RL eingeführten Schrankenregelungen,³³⁷ hier nur eine partielle Schrankengewährleistung verfolgt wurde. Ein hollistischer Ansatz wäre vorzugswürdig gewesen, um einer drohenden Fragmentierung des Sekundärrechts im Rahmen des ohnehin unübersichtlichen Artikel 17 vorzubeugen. Gleichwohl verdeutlicht der Schritt, welche Bedeutung der Richtliniengeber den Schranken im konkreten Fall beigemessen hat.

(3) Die Auswirkungen auf den Diensteanbieter

Fortan etabliert Artikel 17 Absatz 1 nach dem hier zugrunde gelegten Verständnis zwei unterschiedliche Verwertungshandlungen im Akt des Hochladens, die vordergründig konsequenterweise getrennt zu betrachten sind. Bei einer genaueren Analyse ergibt sich indes ein weitaus komplexeres Bild. Für den Nutzer ergeben sich zunächst keine Neuerungen. Sein Akt der öffentlichen Wiedergabe ist qua lege gestattet, sofern die Voraussetzungen der Artikel 5 Absatz 3 InfoSoc, respektive Artikel 17 Absatz 7 Unterabsatz 2 vorliegen. Beispiele für derartige Handlungen sind Parodien in Form von GIFs,³³⁸ Film- oder Spielrezensionen.

³³⁴ *EuGH*, Urteil vom 30.06.2011 – C-271/10 – *VEWA/Belgische Staat*; Rn. 27; *EuGH*, Urteil vom 13.10.2011 – C-431/09, C-432/09 – *Airfield ua/Sabam ua*, Rn. 44.

³³⁵ Erwägungsgrund 70.

³³⁶ *Dreier*, Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick, GRUR 2019, 771 (771).

³³⁷ *Dreier*, Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick, GRUR 2019, 771 (772).

³³⁸ https://de.wikipedia.org/wiki/Graphics_Interchange_Format, letzter Zugriff 20.05.2019.

a. Die Verwertungshandlung der Diensteanbieter

Betrachtet man hingegen den Akt der Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten, so ergibt bereits der persönliche Anwendungsbereich, dass die öffentliche Zugänglichmachung primär der kommerziellen Gewinnerzielung dient. Dabei fungieren diese weder selbst als Künstler noch stammt die Kritik oder Rezension von ihnen. Im Lichte der engen Auslegung der Schrankenbestimmungen decken selbige mithin nicht die Handlung des Diensteanbieters. Daher ist diese Handlung der öffentlichen Wiedergabe erlaubnispflichtig gemäß Artikel 17 Absatz 1 Unterabsatz 2.

Gleichwohl scheint es angemessen die besondere Konstellation des Artikels 17 Absatz 1 zu berücksichtigen. Denn erneut liegt die Friktion in der Identität des betrachteten Akts des Hochladens. Sinn und Zweck der Regelungen ist, wie bereits herausgearbeitet wurde, ein funktionierender Markt im Bereich des Urheberrechtes im digitalen Umfeld.³³⁹ Die Rechteinhaber sollen in die Lage versetzt werden für die Verwertung ihrer Werke eine angemessene Vergütung zu erlangen.³⁴⁰

Demgegenüber war es nach der hier vertretenen Auffassung nicht die Intention der Richtlinie, neue Verwertungsbereiche im Anwendungsbereich vormaliger Schrankenregelungen zu etablieren. Dies ergibt sich bereits aus dem Stellenwert, welche den Schrankenregelungen der Richtlinienggeber selbigen zuweist.³⁴¹ Mit dem Verweis auf das hohe Maß an Schutz für den Rechteinhaber ließe sich derartiges durchaus vertreten,³⁴² da die hohen Gewinne der Plattformen inter alia mit der Nutzung durch Schranken gerechtfertigten Inhalten der Rechteinhaber generiert werden.

Nach der hier bevorzugten Auffassung stellt dies hingegen eine nicht bezweckte Privilegierung des Rechteinhabers über Gebühr dar, die kein angestrebtes angemessenes Gleichgewicht der Interessen fördert. Denn selbst wenn die Schwierigkeit der Identifizierung des handelnden Nutzers im Internet nicht bestünden, so würde der Rechtein-

³³⁹ Erwägungsgrund 3, 61.

³⁴⁰ Erwägungsgrund 61.

³⁴¹ Erwägungsgrund 70.

³⁴² Erwägungsgrund 3.

haber oder sein Interessenvertreter keine Vergütung dem Nutzer gegenüber geltend machen können. Damit sind die Interessen des Rechteinhabers in Fällen des Eingreifens von Schranken qua lege entwertet. Erneut fehlt es an einem schutzwürdigen Defizit, welches es für einen funktionsfähigen Markt im Bereich des digitalen Urheberrechts auszugleichen gilt.³⁴³

Auch das Fehlen eines Erschöpfungsgrundsatzes im Rahmen der Schrankenregelungen³⁴⁴ steht dieser Auffassung nicht entgegen, denn Betrachtungsgegenstand der öffentlichen Wiedergabe ist ein einzelner Akt des Hochladens.

b. Rechtskrafterstreckung

Es stellt sich daher die Frage, wie dieses Ergebnis im Rahmen der Richtlinienvorgaben dogmatisch verankert werden kann. In Anlehnung an das zuvor herausgearbeitete kongruente Verständnis der Rechtskrafterstreckung von Lizenzvergaben, könnte selbiges für die Schrankenwirkung gelten. Denn wenn bereits eine *inter partes* Absprache zwischen zwei Parteien die Verwertung von Diensteanbietern gestatten kann, so könnte dies a fortiori für eine Gestattung *qua lege* gelten. Würden die Mitgliedsstaaten einen derartigen Weg wählen, so würde die inhaltliche Reichweite einer Schrankenregelung – namentlich des Artikels 5 Abs. 3 lit. d), k) InfoSoc-RL tangiert, weshalb diese am Drei Stufen Test gemäß Artikel 5 Absatz 5 InfoSoc-RL zu messen wäre.³⁴⁵

Der erforderliche bestimmte Einzelfall wäre die quantitativ beschränkte³⁴⁶ Situation des Hochladens geschützter Inhalte Dritter im Internet unter Zuhilfenahme eines Diensteanbieters zum Teilen von Online-Inhalte bei gleichzeitigem Eingriff der fraglichen Schranken. Auch wenn dies auf Grund der immensen Zahl an Nutzern hoch ausfällt, scheint diese Begrenzung als Qualifizierung eines bestimmten Einzelfalls zu genügen, bedenkt man die exponentiell weitaus höhere Anzahl an Nutzungen von geschützten

³⁴³ Erwägungsgrund 3, 61.

³⁴⁴ Wandtke/Bullinger/Leenen InfoSoc-RL Art. 5 Rn. 5.

³⁴⁵ Wandtke/Bullinger/Leenen InfoSoc-RL Art. 5 Rn. 3, 161; *EuGH*, Urt. vom 1. 12. 2011 – C-145/10 – *Painer/Standard VerlagsGmbH u. a.*, Rn. 110.

³⁴⁶ *Sanftleben*, Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int 2004, 200 (207).

Inhalten im Internet an sich. Auch gilt es zu bedenken, dass eine starre Grenze nicht existiert.³⁴⁷

Die normale Verwertung würde nicht tangiert,³⁴⁸ da durch Schranken gerechtfertigte Handlungen grundsätzlich nicht kommerzialisierbar sind. Letztlich würde durch die bereits qua lege wirtschaftliche Entwertung dieser Handlungen auch die berechtigten Interessen der Rechteinhaber nicht über Gebühr verletzt.³⁴⁹

Allerdings leidet der Ansatz, ungeachtet der streitbaren und verkürzt dargestellten Subsumtion im Rahmen des Drei Stufen Tests, an mehreren fundamentalen Schwächen. Zunächst fehlt es an einem dogmatischen Anknüpfungspunkt im Rahmen der DSM-RL, denn der Richtlinienggeber war sich offensichtlich der Konsequenzen seines dogmatischen Eingriffs nicht vollauf bewusst. Darüber hinaus enthält der Schranken katalog des Artikel 5 InfoSoc-RL mit Absatz 1 Buchstabe a) eine Vorschrift – in Bezug auf das Vielfältigungsrecht gemäß Artikel 2 InfoSoc-RL – die eine derartige Drittwirkung für Intermediäre enthält,³⁵⁰ was in systematischer Hinsicht gegen eine Rechtskrafterstreckung ohne dogmatischen Anknüpfungspunkt spricht. Im Zusammenhang mit dem strikten Auslegungsverständnis der Schrankenregelungen erscheint dieser Lösungsansatz daher im Gesamtbild nicht überzeugend.

c. Berücksichtigung in der Fiktion

Vorzugswürdig scheint demgegenüber eine Anknüpfung an die zuvor herausgearbeitete Fiktion der öffentlichen Wiedergabe durch den Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten. Diese knüpft an die Verwertungshandlung der öffentlichen Wiedergabe durch den Nutzer an. Bisher wurde dabei isoliert die Verwertungshandlung desselben betrachtet. Im Lichte der vorherigen Ausführungen könnte der Fokus nunmehr um das Merkmal des Eingreifens von Ausnahmen oder Beschränkungen ergänzt werden. Nur

³⁴⁷ Wandtke/Bullinger/Leenen InfoSoc-RL Art. 5 Rn. 162.

³⁴⁸ Wandtke/Bullinger/Leenen InfoSoc-RL Art. 5 Rn. 163.

³⁴⁹ Wandtke/Bullinger/Leenen InfoSoc-RL Art. 5 Rn. 164.

³⁵⁰ Wandtke/Bullinger/Leenen InfoSoc-RL Art. 5 Rn. 20.

wenn es an solchen fehlt, greift die Fiktion der öffentlichen Wiedergabehandlung des Diensteanbieters.

Die weitere Entfernung vom Wortlaut des Absatzes 1 würde erneut primär von einem teleologischen Verständnis getragen, welches ein kongruentes Gesamtbild der Norm gestattet. Der vom Richtliniengeber intendierte hohe Stellenwert der Meinungs- und Informationsfreiheit würde gewahrt, indem die gerade für kleine und unbedeutende Nutzer essentielle Breitenwirkung der Dienste³⁵¹ im Rahmen des Eingriffs von Kommunikationsschranken weitestgehend einschränkungslos nutzbar bliebe. Dadurch würde der Meinungsfreiheit als schlechthin konstitutives Element einer demokratischen Gesellschaftsordnung,³⁵² der ein überragendes Gewicht zukommt, gebührend Rechnung getragen.

Eine drohende Haftung würde indes gerade diese kommerziell wenig interessanten Fälle gefährden. Dies zwar nicht zwangsläufig durch die den Diensteanbieter in Absatz 4 auferlegten Pflichten,³⁵³ aber durch die teils bereits angedrohten Anpassungen der Geschäftsmodelle der Diensteanbieter, etwa durch Schließung von Nutzerkanälen.³⁵⁴ Die Ausklammerung qua lege gestatteter Verwertungshandlungen aus dem Anwendungsbereich entspricht daher dem gerechten Ausgleich der betroffenen Interessen.³⁵⁵ Daher ist das Verständnis des Artikels 17 Absatz 1 dahingehend konkretisiert zu verstehen, dass ein Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten eine öffentliche Wiedergabe vornimmt, sofern der Nutzer beim Hochladen einen Akt der öffentlichen Wiedergabe vornimmt, der nicht bereits auf Grund einer Ausnahme oder Beschränkung gestattet ist. Letztlich könnte die mit der Symbiose der Verwertungshandlung verbundene Breiten-

³⁵¹ Prognose der Nutzer sozialer Netzwerke bis 2021:

<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/219903/umfrage/prognose-zur-anzahl-der-weltweiten-nutzer-sozialer-netzwerke/>, letzter Zugriff 18.08.2019.

³⁵² Exemplarisch: *EuGH*, Urteil vom 12. 12. 2006 - C-380/03 – *BRD/Europäisches Parlament ua.*, Rn. 154; *EuGH*, Urteil vom 2. 4. 2009 - C-421/07 – *Landsret/Dänemark*, Rn. 26.

³⁵³ Siehe dazu: Kapitel 2: Hauptteil F.I.4.3), S. 99 ff.

³⁵⁴ *Rieck*, Digitalisierung und zukünftige Medienordnung- Brüsseler Entscheidungsprozesse, ZUM 2019, 220 (220).

³⁵⁵ Erwägungsgrund 61.

wirkung auch im Falle von Ausgleichspflichten für Schrankenregelungen Berücksichtigung finden, weshalb auch insofern keine Unbilligkeiten entstehen.

(4) Zwischenergebnis

Legt man dieses Verständnis zugrunde, so besteht für den Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten auch dann keine Haftungssituation, wenn Nutzer des Dienstes geschützte Inhalte Dritter hochladen, dies aber auf Grund einer Ausnahme oder Beschränkung des Urheberrechts oder der verwandten Schutzrechte gerechtfertigt ist. Denn die Haftung gemäß Artikel 17 Absatz 4 knüpft an die Notwendigkeit einer Erlaubnis für die Inhalte. Die Schwierigkeit liegt erneut in der Überprüfbarkeit desselben, denn ob – und wenn ja inwieweit – eine Schranke greift ist wiederum Einzelfallabhängig. Von Rechtssicherheit für Online-Diensteanbieter kann erneut keine Rede sein.

3) Die Haftungsfreistellung nach Artikel 17 Absatz 4 DSM-RL

Doch auch sofern weder eine Lizenz vorliegt noch eine gesetzliche Gestattung haften die Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten nicht zwangsläufig. Vielmehr sieht Artikel 17 Absatz 4 die Möglichkeit vor, dass der Diensteanbieter den Beweis erbringen kann,³⁵⁶ dass er einen kumulativ zu erfüllenden und in Buchstabe a) bis c) des Artikels 17 verankerten Pflichtenkatalog eingehalten hat.

Erwägungsgrund 66 Unterabsatz 1 sieht darin eine spezielles Haftungsverfahren,³⁵⁷ welches dem Umstand Rechnung trägt, dass die öffentliche Zugänglichmachung der Diensteanbieter sich, anders als sonst üblich, nicht auf eigene Inhalte, sondern jene seiner Nutzer bezieht. Dieses Verfahren soll gleichzeitig unionskonforme nationale Rechtsbehelfe für Rechtsverletzungen der Diensteanbieter außerhalb des Urheberrechts sowie die Möglichkeit von Anordnungen gegenüber selbigen durch Gerichte oder Verwaltungsbehörden unberührt lassen.³⁵⁸ Im Ergebnis sollen die Vorschriften des Ar-

³⁵⁶ Artikel 17 Absatz 4: „[...] es sei denn der Anbieter der Dienste erbringt den Nachweis [...].“

³⁵⁷ So auch: *Wandtke*, Grundsätze der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, NJW 2019, 1841 (1845).

³⁵⁸ Erwägungsgrund 66 Absatz 1 Satz 2.

tikels 17 Absatz 4 damit jedenfalls nicht als Präjudiz für sonstige Haftungsregeln verstanden werden.

(1) Verhältnismäßigkeit als Grundsatz des Pflichtenkatalogs

Zudem ergibt sich aus Artikel 17 Absatz 5, dass die Frage ob die einzelnen, dem Diensteanbieter abverlangten, Pflichten eingehalten wurden, im Lichte der Verhältnismäßigkeit zu bestimmen ist. Dabei enthält der Absatz eine nicht abschließende Liste relevanter Faktoren.³⁵⁹ Die Formulierung des Absatzes irritiert. Denn auch wenn Absatz 5 im rechtlichen Diskurs gerne pauschal angeführt wird, um den drohend ausufernden Pflichtenkatalog nach Absatz 4 zu beschränken, etabliert der Wortlaut prima facie eine „Zweistufen-Betrachtung“.³⁶⁰ Bei diesem lässt der Absatz 5 einen Verstoß gegen ein durch Absatz 4 autonom und objektiv bestimmten Pflichtenkatalog im Einzelfall kraft wertender Betrachtung entfallen.³⁶¹ Auch der englischen Version liegt ein derartiges Wortlautverständnis zugrunde.³⁶² Dass dies nicht der nationalen Zivilrechtsdogmatik entspricht ist dabei für das Verständnis der Richtlinie nachrangig und wird lediglich im Rahmen der nationalen Umsetzung relevant.³⁶³

a. Intention des Gesetzgebers

Allerdings sollte Artikel 17 Absatz 5 in unmittelbarem Zusammenhang mit Erwägungsgrund 66 Unterabsatz 2 gelesen werden. Danach ist zur Beurteilung der Frage, ob ein Diensteanbieter alle Anstrengungen nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards unternommen hat, um hochgeladene rechtsverletzende Inhalte der Nutzer zu verhindern, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu berücksichtigen. Dieser Teil des Erwägungsgrundes bezieht sich zweifelsohne auf den gleichlautenden Wortlaut des Artikels

³⁵⁹ Die Katalogmerkmale werden im jeweils relevanten Kontext erläutert; siehe:

³⁶⁰ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (287).

³⁶¹ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (287);

³⁶² Artikel 17 Absatz 5: „[...]In determining whether the service provider has complied with its obligations under paragraph 4[...]“.

³⁶³ So aber: *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (287).

17 Absatz 4 Buchstabe c) und damit um den abstrakt zu bestimmenden Pflichtenkatalog. Die in Erwägungsgrund 66 Unterabsatz 2 nicht abschließend konkretisierten Merkmale für die Abwägung entsprechen dabei partiell denjenigen aus Artikel 17 Absatz 5.³⁶⁴ An anderen Erwägungsgründen, welche auf die Verhältnismäßigkeit rekurrieren, fehlt es. Ein redaktioneller Fehler beim Versuch, den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit abstrakt für den gesamten Pflichtenkatalog des Absatz 4 zu formulieren, liegt daher nahe. In historisch-systematischem Verständnis bezieht sich Absatz 5 daher sehr wohl auf den Pflichtenkatalog aus Absatz 4.³⁶⁵

b. Primärrechtliche Pflicht

Darüber hinaus ergibt sich die Notwendigkeit der Verhältnismäßigkeit des objektiven Pflichtenkataloges nach Artikel 17 Absatz 4 unmittelbar aus dem Primärrecht. Denn die Auferlegung der Sorgfaltspflichten, bei deren Nichteinhaltung der Diensteanbieter zivilrechtlich haftet, stellt eine Einschränkung in die nach Artikel 16 der Charta geschützte Unternehmerische Freiheit der Diensteanbieter dar.³⁶⁶ Gemäß Artikel 52 Absatz 1 Satz 2 der Charta müssen derartige Einschränkungen verhältnismäßig sein.

Damit ist bei der Exegese des Pflichtenkataloges der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu wahren. Gleichsam müssen aber auch die nationalen Gerichte bei der Anwendung der nationalen Transformation den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren, stellte dies doch eine Durchführung des Unionsrechts im Sinne des Artikels 51 Absatz 1 Satz 1 der Charta dar.³⁶⁷ Insofern fällt Artikel 17 Absatz 5 eine Doppelfunktion zu. Daraus resultiert im Ergebnis jedoch auch die Notwendigkeit einer Abstufung des Pflichtenkataloges, der den Besonderheiten des Einzelfalls gebührend Rechnung trägt. Ein allgemeinverbindlicher Pflichtenkatalog als Orientierung für jeden Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten ist mithin nicht möglich. Vielmehr wird eine von der Rechtsprechung zu entwickelnde Haftungskasuistik es mit der Zeit erlauben, Fallgruppen zu bil-

³⁶⁴ Namentlich: „Größe der Dienste/Umfang der Dienste; Kosten der Mittel/Kosten [...] die entstehen.“

³⁶⁵ So auch: *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (381).

³⁶⁶ Vgl. bezüglich der Auferlegung von Maßnahmen für Diensteanbieter: *EuGH*, Urteil vom 16.2.2012 - C-360/10 – *SABAM/Netlog*, Rn. 44; *EuGH*, Urteil vom 5.2.2010 – C-70/10 – *Scarlet Extended*, Rn. 46.

³⁶⁷ *Streinz/Streinz/Michl* EU-Grundrechte-Charta Art. 51 Rn. 12.

den. Erneut wurde der Rechtssicherheit mangels fixer Orientierungsvorgaben ein Bärenrendienst erwiesen.³⁶⁸

(2) Bemühen lohnt sich

Zunächst hat der Diensteanbieter gemäß Artikel 17 Buchstabe a) den Nachweis zu erbringen, dass er „*alle Anstrengungen unternommen hat, eine Erlaubnis einzuholen.*“ Hierfür muss sich der Diensteanbieter ernsthaft bemühen, den Rechteinhaber oder seine Interessenvertreter zu kontaktieren und in aufrichtiger Verhandlungsbereitschaft auf eine Erlaubniserteilung hinzuwirken.³⁶⁹ Auf Grund der Freiheit des Rechteinhabers oder dessen Vertreters eine Erlaubnis nicht zu erteilen,³⁷⁰ kann im Gegenzug auch nicht vom Diensteanbieter verlangt werden, jegliches Angebot der Gegenseite akzeptieren zu müssen.³⁷¹ Die Nachprüfbarkeit der Verhandlungsbereitschaft beschränkt sich daher auf eine Evidenzkontrolle.

a. Keine Präventivlizenzen

Wiederum steht der Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten vor praktischen Schwierigkeiten. Denn vor dem Upload durch den Nutzer kennt der Diensteanbieter die fraglichen Inhalte, die Schutzgegenstände enthalten, nicht. Eine umfassende Lizenz, welche alle potentiellen Beiträge abdeckt und die dem Gesetzgeber vorschwebte,³⁷² ist im Lichte der zuvor ausgeführten Grundsätze der Marktfragmentierung nur im Einzelfall möglich. Im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit greift die Pflicht, sich um eine Erlaubnis zu bemühen, daher grundsätzlich erst in dem Augenblick, in dem die Inhalte hochgeladen werden und daher die Kenntnismöglichkeit besteht.

³⁶⁸ Spindler, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (287).

³⁶⁹ Spindler, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (285).

³⁷⁰ Erwägungsgrund 61 a.E.

³⁷¹ Spindler, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (285).

³⁷² Sanftleben, Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, 369 (370).

b. Repressivmaßnahmen aufs Zumutbare begrenzt

Aber auch danach begrenzt die Verhältnismäßigkeit die dem Diensteanbieter abverlangten Mühen. Die Größe des Dienstes³⁷³, die Komplexität der Rechtsverhältnisse an den Inhalten als Art der Schutzgegenstände³⁷⁴ sowie die Kosten für die Ermittlung der Rechteinhaber oder deren Vertreter³⁷⁵ sind dabei als Kriterien heranzuziehen. Recherchen bei verwaisten Werken oder zusammengesetzten Werken werden dadurch begrenzt.³⁷⁶ In diesem Zusammenhang werden auch die von Rechteinhabern gemäß Artikel 17 Absatz 1 bereitgestellten Informationen³⁷⁷ für die Beurteilung eine essentielle Rolle spielen, erleichtern sie eventuell Recherchen unter Umständen doch erheblich.

c. Zwischenergebnis

Die Verankerung der Pflicht sich um Lizenzen zu bemühen unterstreicht erneut, dass die Lizenzlösung das erste Mittel der Wahl für den Richtliniengeber war.³⁷⁸ Die drohende Haftung fungiert insofern als Mittel zum Zweck um Verhandlungsbereitschaft zu kreieren. Auf Grund der aufgezeigten Schwierigkeiten im Bereich der Lizenzen privilegiert dies aber gleichzeitig marktstarke Unternehmen, die eher in der Lage sind, entsprechende Lizenzen einzuholen und Mainstreaminhalte, bezüglich denen ein gesteigertes Interesse für eine Lizenzierung besteht,³⁷⁹ abzudecken. Damit beschränkt sich der intendierte funktionierende Markt nur auf manche Teilnehmer, zudem auf die wirtschaftsstarke. Dies wiederum führt das hohe Maß an Schutz für den einzelnen Rechteinhaber ad absurdum.³⁸⁰

³⁷³ Artikel 17 Absatz 5 Buchstabe a) Variante 3.

³⁷⁴ Artikel 17 Absatz 5 Buchstabe a) Variante 4.

³⁷⁵ Artikel 17 Absatz 5 Buchstabe b) Alternative 2.

³⁷⁶ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (285).

³⁷⁷ Siehe dazu: Kapitel 2: Hauptteil F.I.4.3)(3)a., S. 98 ff.

³⁷⁸ *Sanfleben*, Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, 369 (370).

³⁷⁹ *Sanfleben*, Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, 369 (371).

³⁸⁰ Erwägungsgrund 3.

(3) Alle Anstrengungen zur Verhinderung von Rechtsverletzungen

Ferner muss ein Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten gemäß Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b) „nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternehmen“, um die Verfügbarkeit von nicht lizenzierten Schutzgegenständen zu verhindern, sofern ihm hierzu vom Diensteanbieter „die einschlägigen und notwendigen Informationen bereitgestellt wurden“. Ohne, dass sie tatsächlich Erwähnung finden, sind die Anstrengungen der Diensteanbieter nach hohen branchenüblichen Standards der allgemein anerkannte Anknüpfungspunkt für *Upload-Filter*.³⁸¹ Nur so lässt sich technisch die Verfügbarkeit geschützter Inhalte ohne Erlaubnis präventiv verhindern.

Dass Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b) grundsätzlich eine präventive Pflicht zu etablieren sucht, ergibt sich dabei zum Einen aus einem systematischen Verständnis zu Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe c), der explizit die Situation regelt, in dem Inhalte beim Diensteanbieter verfügbar sind.³⁸² Zum anderen geht der Richtlinienggeber in Erwägungsgrund 66 Unterabsatz 2 a.E. davon aus, dass sich Situation nicht ausschließen lassen, in denen die Verfügbarkeit von Inhalten erst nach Informierung durch den Rechteinhaber hierüber unterbunden werden kann. Dies setzt aber e contrario voraus, dass die Norm grundsätzlich von einer präventiven Inhaltskontrolle ausgeht.³⁸³

a. Obliegenheit der Rechteinhaber

Ausgangspunkt für die Anstrengungen der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten sind die vom Rechteinhaber zur Verfügung gestellten Informationen. Sie stecken die Inhalte ab, bezüglich derer die Anstrengungen zu ergreifen sind. Rechtlich stellen sie eine Obliegenheit der Rechteinhaber dar. Sie sind nicht verpflichtet dieser nach-

³⁸¹ *Pravemann*, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, 783 (784); *Sanftleben*, Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, 369 (371); *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (285).

³⁸² A.A.: *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (379).

³⁸³ *Pravemann*, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, 783 (786).

zukommen, tun sie dies jedoch nicht, verschlechtert sich ihre Rechtsposition dergestalt, dass sie keinerlei Ansprüche gegenüber den Diensteanbietern haben, da diese für die Abrufbarkeit derartiger rechtsverletzender Inhalte nicht haften.³⁸⁴

a) Kommissionsempfehlungen als Ausgangspunkt

Wie die Bereitstellung in concreto auszusehen hat hängt dabei maßgeblich von den Leitlinien der Kommission ab, welche diese nach Artikel 17 Absatz 10 in regelmäßigen Dialogen mit allen beteiligten Interessenvertretern unter Federführung der Kommission herausarbeitet.

(a) Verfahren zur Bereitstellung

Hierbei gilt es zum einen zu klären, ob eine Bereithaltung von Informationen, welche die Diensteanbieter aktiv abfragen müssen, der Obliegenheit gerecht wird oder eine aktive Übermittlung von Informationen an selbige notwendig ist. Während „Bereitstellen“³⁸⁵ ersteres nahelegt,³⁸⁶ spricht Erwägungsgrund 66 von „zur Verfügung stellen oder [...] mitteilen“, weshalb beide Ansätze vertretbar sind.

(b) Form der Bereitstellung

Inhaltlich sollten die Informationen in jedem Fall in maschinenlesbarer Form bereitgestellt werden, auch wenn die Norm keine konkrete Form vorschreibt.³⁸⁷ Etwas anderes wäre nicht nur impraktikabel, sondern würde auch den Regelungszusammenhang der Haftungsnorm in Gänze ignorieren. Hierbei geht es gerade um die Online-, mithin elektronische Nutzung von geschützten Inhalten. Letztlich wäre eine beliebige Bereitstellungsform eine unverhältnismäßige Belastung der Diensteanbieter und daher im Rahmen des Artikels 17 Absatz 4 nicht statthaft.

³⁸⁴ Erwägungsgrund 66 Unterabsatz 5 a.E.

³⁸⁵ Wortlaut Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b).

³⁸⁶ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (286).

³⁸⁷ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (286).

b) Ein Register für ein registerloses Recht?

Eine Möglichkeit bestünde in der Etablierung eines öffentlichen Registers für Werke des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte, wie es bereits im Rahmen des gewerblichen Rechtsschutzes für Immaterialgüterrechte existiert. Eine Eintragung wäre lediglich rein deklaratorisch und freiwillig und erschöpft sich in seiner Konkretisierungsfunktion in der Obliegenheit. Alles andere liefe der Notwendigkeit zuwider, die Entstehung des Urheberschutzes und Leistungsschutzes nicht von formellen Voraussetzungen abhängig zu machen.³⁸⁸ Die Eintragung als Substitut für die Informierung des Diensteanbieters nach Art. 17 Urheberrechtlicher Richtlinie ist gerade keine derartige; ist es doch ebenso wie die Informationspflicht lediglich eine Obliegenheit, die den Rechteinhaber bezüglich spezieller Ansprüche bei Nichtvornahme schlechter stellt, seine grundsätzlich gegebene Schutzstellung aber nicht tangiert.

(a) Vorteile für kleine Diensteanbieter

Der Vorteil eines solchen öffentlichen Registers wäre auch, dass es ein standardisiertes und transparentes Verfahren gäbe, was insbesondere kleinen Rechteinhabern eine unkomplizierte Möglichkeit gäbe, ihren Obliegenheiten zu entsprechen. Denn ein solches Register könnte Monopolstellungen von wenigen marktstarken Plattformen wie YouTube, welche über umfassende Datenbanken von Schutzgegenständen verfügen, verhindern. Vor derartigen de-facto-Copyright-Registern von Privatunternehmen wurde bereits seitens der Bundesregierung gewarnt.³⁸⁹ Ein öffentliches Register fördert daher den Wettbewerb, baut Marktzugangshindernisse für neue Diensteanbieter ab, die sich sonst erst um derartige Referenzdatenbanken kümmern müssten und schafft auf einem fragmentierten Markt von diversen Werksarten und sonstigen Schutzgegenständen Rechtsicherheit bezüglich der zu berücksichtigenden Schutzgegenstände.

³⁸⁸ Art. 5 Abs. 2 Revidierte Berner Übereinkunft zu Schutz von Werken der Literatur und Kunst.

³⁸⁹ *Europäischer Rat*, Interinstitutional File: 2016/ 0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2, Erklärung der Bundesregierung, Punkt Nr. 5.

(b) Klare Inhaberverhältnisse

Durch die Transparenz eines einheitlichen Registers ließen sich auch Folgeprobleme aus den konkreten Disputen ausklammern. So wäre die Frage nach der Inhaberschaft des Rechtes bereits bei der Eintragung zu klären, beziehungsweise durch die Einsichtsfähigkeit auch von Dritter Seite korrigierbar.³⁹⁰ Die Integrität des Registers gereicht mithin allen Parteien durch mehr Rechtssicherheit zum Vorteil. In Anbetracht des grenzüberschreitenden Charakters sollte ein solches Register beim EUIPO etabliert werden. Ob ein derart ambitionierter Vorstoß forciert wird und sich auch realisieren lässt bleibt abzuwarten, wäre aber begrüßenswert.

b. Hohe branchenübliche Standards

Die Anstrengungen der Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten müssen anhand hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt erfolgen. Hiermit werden konkrete technische Verfahren der Diensteanbieter adressiert, die eingesetzt werden können, um die Verfügbarkeit geschützter Inhalte, bei denen die Erlaubnis zum Upload fehlt zu verhindern.³⁹¹ Sie bilden daher ein objektiv nachprüfbares Indiz zum Nachweis der Enthftung nach Artikel 17 Absatz 4³⁹² und ist entsprechend bedeutsam für Diensteanbieter.

a) Begriffliche Unschärfe

Die Kombination von „Hohen Standards“ und „Branchenüblichkeit“ legt ein Verständnis nahe, welches Verfahren umfasst, die besonders effizient die Zweckverwirklichung umsetzen, andererseits dennoch üblicherweise in der Branche verwandt werden und damit gerade nicht die neuesten Entwicklungen umfassen.³⁹³ Gleichsam sind die Stan-

³⁹⁰ *Spindler* schlägt in diesem Zusammenhang trusted Flagger vor: *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (286).

³⁹¹ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (286).

³⁹² *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (286).

³⁹³ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (286).

dards damit dem technischen Wandel unterworfen, wie auch Erwägungsgrund 66 Unterabsatz 2 nahelegt.³⁹⁴ Wieder werden die Leitlinien der Kommission gemäß Artikel 17 Absatz 10 eine entscheidende Rolle bezüglich konkreter Standards und etwaiger Subkategorisierungen der Diensteanbieter nach Branchen spielen. YouTubes ContentID könnte grundsätzlich ein Beispiel eines derartigen hohen Standards sein, bei dem Musikhälte mit einer hohen Präzision erkannt werden.³⁹⁵

b) Die Bedeutung der Verhältnismäßigkeit

Im Rahmen des Verfahrens nach Absatz 10, bei dem es, wie zu Recht kritisiert wird, an expliziten Verfahrensregeln fehlt,³⁹⁶ ist allerdings insbesondere zu berücksichtigen, dass auch die Standards dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen müssen.³⁹⁷ Daher kommen nur solche technischen Standards als hohe branchenübliche Standards für die berufliche Sorgfalt in Betracht. Damit hängt auch die Subsumtion von *Upload-Filtern* unter die hohen branchenüblichen Standards von der zumutbaren Belastung derselben für die Diensteanbieter ab. Die Beurteilung dessen trifft letztlich der EuGH. Erneut resultiert daraus Einzelfallgerechtigkeit, welche allerdings vorgelagerte Rechtsunsicherheit kompensieren muss.

c. Keine Pflicht zur allgemeinen Überwachung

Die Anstrengungen der Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten finden ihre Grenzen in dem in Artikel 17 Absatz 8 Unterabsatz 1 statuierten und von Erwägungsgrund 66 Absatz 2 a.A. getragenen Verbot allgemeiner Überwachungspflichten. Dieses Verbot muss deckungsgleich zum in Artikel 15 E-Commerce-RL etablierten Verbot allgemeiner Überwachungspflichten verstanden werden. Dies ergibt sich zunächst aus dem Grundsatz der Kohärenz und Einheitlichkeit des Unionsrechts,³⁹⁸ zum anderen aus

³⁹⁴ Erwägungsgrund 66 Unterabsatz 2: „[...] inklusive möglicher künftiger Entwicklungen [...]“.

³⁹⁵ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (286).

³⁹⁶ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (286).

³⁹⁷ Siehe dazu: Kapitel 2_Hauptteil F.I.4.3)(1), S. 97 f.

³⁹⁸ *EuGH*, Urteil vom 30.06.2011 – C-271/10 – *VEWA/Belgische Staat*; Rn. 27; *EuGH*, Urteil vom 13.10.2011 – C-431/09, C-432/09 – *Airfield ua/Sabam ua*, Rn. 44.

dem Regelungszusammenhang des Artikels 17. Ferner ist das sekundärrechtliche Verbot nach der Rechtsprechung des EuGHs Ausfluss in der Charta verbürgter Positionen,³⁹⁹ weshalb eine Abweichung des Unionsgesetzgebers auf Sekundärrechtsebene unstatthaft ist. Damit kann auch die Rechtsprechung des EuGHs zum Allgemeinen Überwachungsverbot im Rahmen der DSM-RL fruchtbar gemacht werden. Da der EuGH sich in dieser explizit zum Verhältnis von einem Filtersystem zum Verbot allgemeiner Überwachungspflichten äußerte,⁴⁰⁰ hängt die Vereinbarkeit von *Upload-Filter* in Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b) mit Artikel 17 Absatz 8 Unterabsatz 1 maßgeblich von dieser Rechtsprechung ab.

a) Upload-Filter

Bei einem *Upload-Filter* handelt es sich um ein Computerprogramm, welches Daten, die auf einen Server hochgeladen werden inhaltlich überprüft, indem er diese mit einer bestehenden Referenzdatenbank abgleicht.⁴⁰¹ Die Referenzdatenbank enthält charakteristische Daten in Form von Hashwerten zu bestimmten Inhalten,⁴⁰² in dem Regelungszusammenhang der DSM-RL zu bestimmen Liedern, Filmen etc. Ergibt die inhaltliche Überprüfung eine Übereinstimmung zwischen Referenzwerten und Upload-Inhalten, so folgt eine im Programmcode bestimmte Reaktion. Diese kann darin bestehen, dass der Upload abgebrochen wird, sodass die Inhalte nicht online zugänglich werden. Herzstück ist mithin die Inhaltserkennungstechnik. Beispiele derartiger Programme sind das bereits erwähnte ContentID,⁴⁰³ aber auch der von Shazam verwendete Algorithmus oder PhotoDNA.⁴⁰⁴ Auch Facebook verwendet *Upload-Filter*.⁴⁰⁵ Mithin sind diese zumindest von den größten Unternehmen bereits auf freiwilliger Basis im Einsatz.

³⁹⁹ *EuGH*, Urteil vom 16.2.2012 - C-360/10 – *SABAM/Netlog*, Rn. 39 ff; *Hofmann*, Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – »Much Ado About Nothing«?, ZUM 2019, 617 (625 f).

⁴⁰⁰ *EuGH*, Urteil vom 16.2.2012 - C-360/10 – *SABAM/Netlog*, Vorlagefrage: „[...] ein System der Filterung der von den Nutzern seiner Dienste auf seinen Servern gespeicherten Informationen [...]“.

⁴⁰¹ <https://www.ionos.de/digitalguide/websites/online-recht/upload-filter/>, letzter Zugriff 03.09.2019.

⁴⁰² <https://www.ionos.de/digitalguide/websites/online-recht/upload-filter/>, letzter Zugriff 03.09.2019.

⁴⁰³ <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=de>, letzter Zugriff 05.09.2019.

⁴⁰⁴ *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (381).

b) Verhältnismäßigkeit der Filter

Damit erschöpft sich die Frage der Vereinbarkeit darin, ob *Upload-Filter* auch obligatorisch zur Prävention von Urheberrechtsverletzungen von Diensteanbietern zum Teilen von Online-Inhalten verlangt werden können. Dies wiederum hängt maßgeblich davon ab, ob sie abstrakt oder aber im konkreten Fall verhältnismäßig sind. Zunächst wird mit dem hohen Maß an Schutz der Rechteinhaber zweifelsohne ein legitimer Zweck verfolgt.⁴⁰⁶ Auch sind *Upload-Filter* abstrakt dazu geeignet⁴⁰⁷ diesen Zweck zu verwirklichen, denn sie verhindern rechtsverletzende öffentliche Wiedergaben. Zudem sind keine gleichwirksamen Mittel ersichtlich, die weniger einschneidend wirken, weshalb auch die Erforderlichkeit gegeben ist.⁴⁰⁸ Denn Repressivmaßnahmen sind weniger effektiv und eine manuelle Präventivprüfung dürfte regelmäßig auf Grund der Masse an Inhalten unmöglich sein.⁴⁰⁹

Daher ist die Frage der Angemessenheit der *Upload-Filter* entscheidend. Dazu müssten *Upload-Filter* ein angemessenes Gleichgewicht der in der Charta verbrieften und durch die Nutzung derartiger Filter betroffenen Grundrechte der Betroffenen schaffen.⁴¹⁰ Denn der Schutz des geistigen Eigentums, auf welches sich der Rechteinhaber berufen kann, gilt weder uneingeschränkt noch bedingungslos.⁴¹¹ Seitens der Nutzer sind daher das Recht auf frei Meinungsäußerung gemäß Artikel 11 der Charta und der Schutz der personenbezogenen Daten gemäß Artikel 8 der Charta zu berücksichtigen.⁴¹² Seitens der Diensteanbieter wiederum fällt die unternehmerische Freiheit nach Artikel 16 der

⁴⁰⁵ <https://www.ionos.de/digitalguide/websites/online-recht/upload-filter/>, letzter Zugriff 03.09.2019.

⁴⁰⁶ Calliess/Ruffert/*Kingreen* EU-GRCharta Art. 52 Rn. 67.

⁴⁰⁷ Calliess/Ruffert/*Kingreen* EU-GRCharta Art. 52 Rn. 68.

⁴⁰⁸ Calliess/Ruffert/*Kingreen* EU-GRCharta Art. 52 Rn. 69.

⁴⁰⁹ Exemplarisch: <https://de.statista.com/statistik/daten/studie/207321/umfrage/upload-von-videomaterial-bei-youtube-pro-minute-zeitreihe/>, letzter Zugriff 16.09.2019.

⁴¹⁰ *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Rn. 43 f; *EuGH* ZUM 2012, 29– *Scarlet Extended*, Rn. 46.

⁴¹¹ *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Rn. 41; *EuGH* ZUM 2012, 29– *Scarlet Extended*, Rn. 43.

⁴¹² *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Rn. 48 ff; *EuGH* ZUM 2012, 29– *Scarlet Extended*, Rn. 51.

Charta ins Gewicht.⁴¹³ Diese primärrechtliche Dimension der Problematik wurde in der Diskussion um die *Upload-Filter* weitestgehend verkannt.⁴¹⁴

(c) Nicht unnötig kompliziert und kostspielig

Zunächst sind dem Gerichtshof zufolge nur solche Maßnahmen zumutbar, welche nicht unnötig kompliziert und kostspielig sind, da alles andere die unternehmerische Freiheit der Diensteanbieter zu weit einschränke würde.⁴¹⁵ Mithin sind nur solche Filtersysteme statthaft, welche erschwinglich sind und ohne größeren Aufwand im System des Diensteanbieters implementiert werden können. Da der Anwendungsbereich des Diensteanbieters bereits derart eng gefasst ist, dass im Ergebnis größtenteils marktstarke Unternehmen adressiert werden, lässt sich schwer sagen, ob dieses Argument bei der Nutzung bereits existierender *Upload-Filter* durchgreift und ein *Upload-Filter* auf Grund dessen unzumutbar wäre. Indes werden Diensteanbieter

(a) Rücksichtnahme auf Schranken

Zudem urteilte der EuGH, dass gegen eine Angemessenheit von *Upload-Filtern* die Gefahr spricht, dass selbige zur Sperrung rechtmäßiger Informationen führen.⁴¹⁶ Dabei ließ dieser explizit die drohende Gefahr von Overblocking genügen, die aus dem Unvermögen des Programms resultierte, zwischen rechtmäßigen und unrechtmäßigen Inhalten unterscheiden zu können.⁴¹⁷ Die Ursache dafür wurde im Urheberrecht selbst gesehen, denn die Schranken und Ausnahmen des Urheberrechts, allen voran jene die

⁴¹³ *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Rn. 44; *EuGH ZUM 2012*, 29– *Scarlet Extended*, Rn. 46.

⁴¹⁴ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (287).

⁴¹⁵ *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Rn. 46; *EuGH ZUM 2012*, 29– *Scarlet Extended*, Rn. 48.

⁴¹⁶ *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Rn. 50; *EuGH ZUM 2012*, 29– *Scarlet Extended*, Rn. 52.

⁴¹⁷ *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Rn. 50; *EuGH ZUM 2012*, 29– *Scarlet Extended*, Rn. 52.

Ausfluss von Meinungs- und Informationsfreiheit sind,⁴¹⁸ seien inter alia ein Grund der die Verwendung geschützter Inhalte legitimieren könnte.⁴¹⁹ Die Wertung der Schranken zugunsten der Allgemeinheit wirkt sich daher im Rahmen der Verhältnismäßigkeit stark zu Lasten des Interesses der Rechteinhaber aus.

Wie zuvor aufgezeigt hat der Richtlinienggeber diese Wertung des EuGH erkannt und in der DSM-RL übernommen indem klargestellt wird, dass durch Maßnahmen der Diensteanbieter rechtmäßige Inhalte, insbesondere jene die auf Grund einer Schrankenregelung gestattet sind, nicht beeinträchtigt werden dürfen.⁴²⁰ Damit kann von vornherein nur der Einsatz derartiger *Upload-Filter* vom Diensteanbieter verlangt werden, die nicht Gefahr laufen, rechtmäßige Inhalte zu blockieren.

Fraglich ist, ob sich durch die neue Obligation nach Artikel 17 Absatz 7 Unterabsatz 2 der Mitgliedsstaaten, bestimmte Schranken einzuführen, an dieser Bewertung etwas ändert. Denn die Rechtsfragmentierung der fakultativen Schranken war ein vom EuGH explizit genannter Grund für die Gefahr des Overblocking.⁴²¹

Dem kann jedoch in seiner Pauschalität nicht gefolgt werden, denn das Verkennen von eingreifenden Beschränkungen und Ausnahmen eines *Upload-Filters* kann neben der Rechtsfragmentierung auch und sogar zuvörderst aus der Komplexität möglicher Inhalte mit Schutzgegenständen und der Unzulänglichkeit des Algorithmus zur technischen Differenzierung resultieren. Diese Gefahr wird bei Software zur Sounderkennung sowie sonstigen Inhaltserkennungstechnologien unterschiedlich hoch eingeschätzt, wenngleich die Gefahr selbst nicht bestritten wird.⁴²²

⁴¹⁸ Als Ausfluss der Meinungs- und Informationsfreiheit: *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Rn. 48.

⁴¹⁹ *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Rn. 50; *EuGH ZUM 2012*, 29– *Scarlet Extended*, Rn. 52.

⁴²⁰ Erwägungsgrund 70.

⁴²¹ *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Rn. 50; *EuGH ZUM 2012*, 29– *Scarlet Extended*, Rn. 52.

⁴²² *Stieper*, Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, *ZUM 2019*, 211 (216); *Wandtke/Hauck*, Art. 17 DSM-Richtlinie – Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht, *ZUM 2019*, 627 (633 f);

Damit dürften Filter, die rechtmäßige von unrechtmäßigen Inhalten nicht unterscheiden können, einen unangemessenen Eingriff in die Meinungs- und Informationsfreiheit darstellen und keine zumutbare Maßnahme für Diensteanbieter gemäß Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b) sein. Das bereits nach der alten Rechtslage eine faktische Gefahr des Overblocking besteht ist dabei dogmatisch kein valides Argument.⁴²³ Auch ist es möglich und auch nicht unwahrscheinlich, dass das Fortschreiten der Technik in Zukunft zu einer anderen Neuevaluation führt.

(b) Informationelle Selbstbestimmung

Darüber hinaus sah der Gerichtshof in der Notwendigkeit der Verarbeitung von Informationen der Nutzer, welche eine Identifizierung derselben erlauben, mithin personenbezogenen Daten im Sinne der DSGVO,⁴²⁴ einen unzumutbaren Eingriff in Artikel 8 der Charta durch das im konkreten Fall streitige Filtersystem.⁴²⁵ Mithin spricht auch die Friktion mit dem Datenschutzrecht im Einzelfall gegen die Zumutbarkeit von *Upload-Filtern*.

Der Wertung dieser Rechtsprechung wird in der DSM-RL allgemein durch Erwägungsgrund 85 Rechnung getragen, dem zufolge alle Datenverarbeitungsvorgänge nach der DSM-RL im Einklang mit der Charta und dem Sekundärrecht zum Datenschutzrecht⁴²⁶ stehen müssen. Artikel 17 Absatz 9 Unterabsatz 3 in Verbindung mit Erwägungsgrund 70 Absatz 2 idM konkretisiert diese allgemeinen Vorgaben, indem Artikel 17 nicht aus

Wimmers/Barudi, Der Mythos vom Value Gap, GRUR 2017, 327 (335); *Pravemann*, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, 783 (787 f); kritisch dazu: *Gerpott*, Artikel 17 der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie- Fluch oder Segen?, MMR 2019, 420 (422 f).

⁴²³ Mit dieser Tendenz: *Weidert/Uhlenhut/von Lintig*, Kampf gegen Upload-Filter – Teil 2: Die neue Urheberrechtsrichtlinie, GRUR-Prax 2019, 295 (297).

⁴²⁴ Artikel 4 Nr. 1, Erwägungsgrund 26 DSGVO.

⁴²⁵ *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Rn. 49; *EuGH ZUM* 2012, 29– *Scarlet Extended*, Rn. 51.

⁴²⁶ Genannt werden: DSGVO; Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 12. Juli 2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), fortan ePrivacy-RL.

sich selbst heraus als Rechtfertigung zur Identifizierung von einzelnen Nutzern oder zur generellen Verarbeitung von personenbezogenen Daten herangezogen werden darf, es sei denn sie stehen im Einklang mit dem Datenschutzrecht.

Das bedeutet zunächst, dass alle Anstrengungen der Diensteanbieter, die im Rahmen des Artikels 17 Absatz 4 Buchstabe b) ergriffen werden, an den Rechtmäßigkeitsanforderungen des Datenschutzrechts, allen voran des Artikel 6 DSGVO, gemessen werden müssen. Allerdings kann mit Blick auf das Verständnis des Artikel 8 der Charta durch den EuGH eine Datenverarbeitung durch einen *Upload-Filter* weder als erforderliche rechtliche Verpflichtung angesehen werden,⁴²⁷ noch als Argument für ein Überwiegen der Interessen der Diensteanbieter dienen.⁴²⁸ Letztlich würde auch eine Einwilligung der Nutzer von der primärrechtlichen Wertung überlagert.⁴²⁹

Damit wäre ein *Upload-Filter* nur statthaft, sofern dadurch keine, nicht bereits aus sonstigen Gründen erlaubte, Verarbeitung von personenbezogenen Daten der Nutzererfolgen würden. Inwiefern dies durch *privacy by design*⁴³⁰ und Anonymisierung von Daten bei *Upload-Filter* möglich ist, ist äußerst fraglich.⁴³¹ Gleichwohl scheint es erneut mit Blick auf technische Entwicklungen nicht unmöglich. Sofern dies jedoch nicht sichergestellt werden kann, entsprechen derartige Filtersysteme nicht den hohen branchenüblichen Standards, welche Diensteanbieter für ihre Anstrengungen einsetzen müssen.

(c) Keine proaktive Überwachungspflicht

Die bisherigen Argumente führen einzeln und/oder zusammen zur Unangemessenheit im Einzelfall. Der Gerichtshof versteht jedoch – untermauert durch die vorherigen Erwägungen – unter dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten Fälle, in denen sämtliche Daten jedes seiner Kunden aktiv überwacht werden sollen, um jeder künftigen

⁴²⁷ Artikel 6 Absatz 1 Satz 1 Buchstabe c) DSGVO.

⁴²⁸ Artikel 6 Absatz 1 Satz 1 Buchstabe f) DSGVO.

⁴²⁹ Artikel 6 Absatz 1 Satz 1 Buchstabe a) DSGVO.

⁴³⁰ BeckOK DatenschutzR/*Paulus* DS-GVO Art. 25 Rn. 4 ff.

⁴³¹ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (290).

Rechtsverletzung des geistigen Eigentums vorzubeugen.⁴³² Ein Filtersystem, das sämtliche auf den Servern eines Dienstes gespeicherten Daten ermittelt, welche geschützte Inhalte enthält und sodann die als unzulässig eingestufteten Inhalte blockiert, stellt einen derartigen Fall dar. Daher fallen solche Systeme nach dem Verständnis des EuGHs unter – unzulässige – präventive aktive Überwachungspflichten.

Die Folge dessen wäre eine generelle Unzulässigkeit von *Upload-Filtern*. Denn die Ermittlung sämtlicher Daten, die von Nutzern hochgeladen werden, zum Abgleich mit der Referenzdatenbank ist ein intrinsisches Merkmal von *Upload-Filtern* nach vormaliger Definition. Durch die implizite Verankerung der *Upload-Filter* durch den Gesetzgeber selbst könnte diese Bewertung jedoch überholt sein. Denn die Rechtsprechung des Gerichtshofs zielt auf eine Gesamtbetrachtung von InfoSoc-RL, Enforcement-RL und E-Commerce-RL ab⁴³³ und spiegelt damit einen deutlich allgemeiner gefassten gesetzgeberischen Kontext wieder, als der – zumindest im Verhältnis zu den benannten Richtlinienwerken – konkrete Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b) darstellt.

Wie bereits dargelegt zielt die Konzeption der Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b) auch gerade nicht auf eine repressive Verhinderung erneuter zukünftiger Verletzungen des Urheberrechts durch *Upload-Filter* in Form eines *take down* und *stay down* ab.⁴³⁴ Diese wären mit der Rechtsprechung des EuGH vereinbar,⁴³⁵ allerdings spricht gegen ein rein solches Verständnis des Artikel 17 Absatz 4 insgesamt, die Existenz des Artikels 17 Absatz 4 c), der Erwägungsgrund 66 Unterabsatz 2 a.E. sowie die Ausnahme für Jungunternehmen nach Artikel 17 Absatz 6.⁴³⁶

Dafür müsste sich der der primärrechtlichen Wertung zugrunde liegende Kern im Rahmen des Artikels 17 Absatz 4 Buchstabe b) jedoch von der der vorherigen Rechtspre-

⁴³² *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Rn. 38, 51, 52; *EuGH ZUM* 2012, 29– *Scarlet Extended*, Rn. 40, 53.

⁴³³ *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Rn. 52, Tenor.

⁴³⁴ A.A: *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (379).

⁴³⁵ *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308 (310).

⁴³⁶ Siehe dazu: Kapitel 2: Hauptteil F.I.4.3)(5)a., S. 119 ff.

chung unterscheiden. Andernfalls bliebe dem Unionsgesetzgeber nur eine Korrektur auf Ebene des Primärrechts. Der graduelle Unterschied könnte im Ausmaß der Anlasslosigkeit liegen. Denn die Inhalte, auf die sich die Verpflichtung der Diensteanbieter erstreckt, sind nicht sämtliche geschützten Inhalte, sondern ausschließlich jene, zu denen der Diensteanbieter die nötigen Informationen bereitstellt.⁴³⁷

Allerdings drehte sich die Verpflichtung zur Filterung in der Vorlagefrage beim EuGH auch um die Inhalte der klagenden Verwertungsgesellschaft SABAM⁴³⁸ und mithin einen wie auch immer gearteten abgrenzbaren Bestand an geschützten Inhalten. Dass im Rahmen des Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b) Rechteinhaber oder Verwertungsgesellschaften nicht nach Möglichkeit ihren gesamten Bestand an geschützten Inhalten zur Verfügung stellen, ist unwahrscheinlich, wenn nicht gar lebensfremd.

Damit liegt aber im Kern dieselbe primärrechtliche Wertung zugrunde. Die Anlasslosigkeit entspringt dem mangelnden Verletzungsrisiko des Gesamtbestandes an geschützten Inhalten. Denn dadurch würde ein Generalverdacht geschaffen, welcher die Unterschiede der bisher zulässigen repressiven Überwachung zur präventiven Überwachung vollständig entwertet und eine Abgrenzung von allgemeinen Überwachungspflichten zu ersterem unmöglich macht. Hier bricht sich der Unterschied zur repressiven Überwachung der Inhalte zur Vermeidung weiterer Verletzungen Bahn. Denn auf Grund der durch die erste Verletzung geschaffene Gefahrenlage – man könnte soweit von intendierter Wiederholungsgefahr sprechen – ist die Bewertung der zuvor aufgeworfenen grundrechtlich geschützten Interessen eine gänzlich andere, was eine andere Beurteilung gestattet. Dies ist aber bei der Konzeption des Artikels 17 Absatz 4 Buchstabe b) gerade nicht der Fall. Denn die Obliegenheit der Informationsbereitstellung der Rechteinhaber steht gänzlich zu deren Disposition derselben, ohne dass ein Verletzungsrisiko vorliegen müsste. Damit greift aber dieselbe grundrechtliche Wertung wie in der vom Gerichtshof zu beurteilenden Situationen.

⁴³⁷ *Gielen/Tiessen*, Die neue Plattformhaftung nach der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, *EuZW* 2019, 639 (644).

⁴³⁸ *EuGH*, Urteil vom 16.02.2012, C-360/10 – *Sabam/Netlog NV*, Sachverhalt.

d. Die Quadratur des Kreises⁴³⁹ als Folge

Mithin fallen *Upload-Filter* unter das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten, sofern sie eine Filterung sämtlicher Daten der Nutzer erfordert. Daraus resultiert eine grundsätzliche Unvereinbarkeit der Intention der Norm mit seinen eigenen Voraussetzungen. Denn Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b) fordert ein präventives tätig werden der Diensteanbieter.⁴⁴⁰ Zeitgleich kann die bis dato einzig diskutierte technische Möglichkeit derartiger Präventivmaßnahmen – in Form der *Upload-Filter* – auf Grund des Verbots allgemeiner Überwachungspflichten nicht vom Diensteanbieter verlangt werden.

Diese Perplexität ist mit Anstoß des Eingangs angedeuteten Nichtigkeitsverfahrens Polens nach Artikel 263 AEUV. Allerdings ist die Nichtigkeit der Norm nicht zwingende Folge ihrer Perplexität. Wie bereits erwähnt setzt Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b) die *Upload-Filter* nicht explizit voraus.⁴⁴¹ Auch ergibt sich aus Erwägungsgrund 66 Unterabsatz 2 a.E., dass der Richtliniengeber – wenngleich nicht als Regelfall – davon ausging, dass geschützte Inhalte erst nach Kenntniserlangung von der Rechtsverletzung durch den Rechteinhaber entfernt werden können.

Damit ergibt die offene Formulierung des Tatbestandes mit der Verhältnismäßigkeit als wertendes Korrektiv die Möglichkeit eines primärrechtskonformen Verständnisses des Artikels 17 Absatz 4, bei dem sich die hohen branchenüblichen Standards in Repressivmaßnahmen erschöpfen, bis an deren Stelle technische Verfahren treten können, welche eine präventive Verhinderung von rechtsverletzenden Inhalten in Einklang mit dem Verbot allgemeiner Überwachungsmaßnahmen und bei Verhältnismäßiger Belastung der betroffenen Interessen gewährleisten.

⁴³⁹ Spindler, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (287).

⁴⁴⁰ Siehe dazu: Kapitel 2: Hauptteil F.I.4.3)(3), S. 104.

⁴⁴¹ Wandtke/Hauck, Art. 17 DSM-Richtlinie – Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht, ZUM 2019, 627 (633).

(4) Notice and take down sowie stay down

Letztlich fordert Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe c) vom Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten, dass er – um einer Haftung zu entgehen – nach einem begründeten Hinweis des Rechteinhabers unverzüglich die entsprechenden Inhalte entfernt und alle Anstrengungen unternimmt, um ein künftiges Hochladen dieser Werke zu verhindern.⁴⁴² Dem Grunde nach schildert Buchstabe c) das im Zusammenspiel der bisherigen Regelungen etablierte Verfahren des *notice and take down* sowie anschließenden *stay down*.⁴⁴³

a. Einschränkende Merkmale

Einschränkend gegenüber dem gängigen Verfahren greift Buchstabe c) indes nur bei einem Hinweis des Rechteinhabers der hinreichend begründet ist.⁴⁴⁴ Hinweise Dritter lösen die Verpflichtung zum Handeln ohne schuldhaftes Zögern mithin nicht aus.⁴⁴⁵ Der Inhalt des qualifizierten Hinweises muss daher zum einen jedenfalls den Nachweis der Rechtsinhaberschaft enthalten. Daneben muss der beanstandete Inhalt zweifelsfrei bezeichnet sein. Letztlich muss angegeben werden, aus welchem Grund der Inhalt unerlaubt verfügbar ist.

b. Kerngleiche Verstöße

Bezüglich der Frage, ob die Verpflichtung zum stay down auch „*kerngleiche Verstöße*“⁴⁴⁶ umfasst, wie in der deutschen Doktrin zur Störerhaftung, ist zweifelhaft.⁴⁴⁷ Der Wortlaut spricht von der Verhinderung des „*künftigen Hochladens **dieser** Werke*“,⁴⁴⁸ was ein

⁴⁴² Erwägungsgrund 66 Unterabsatz 4.

⁴⁴³ *Ohly*, Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308 (312).

⁴⁴⁴ Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe c), Absatz 9 Unterabsatz 2; *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (288).

⁴⁴⁵ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (288).

⁴⁴⁶ *BGH*, Urteil vom 11.3.2004 - I ZR 304/01 – *Internetversteigerung*, Tenor; *BGH*, Urteil vom 30.4.2008 - I ZR 73/05 – *Internetversteigerung III*, Rn. 5.

⁴⁴⁷ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (288).

⁴⁴⁸ Hervorhebungen sind Ergänzungen des Verfassers; Arti. 17 Abs. 4 lit. c.

enges Verständnis nahe legt. Auch die Nähe zu allgemeinen Überwachungspflichten, die auch auf nationaler Ebene Anstoß für Kritik in Bezug auf die Rechtsprechung der kerngleichen Verstöße gibt,⁴⁴⁹ lässt eine derartige Subsumtion fernliegend erscheinen. Mit hin ist ein solches Verständnis des Buchstaben c) abzulehnen.

c. Redundanz gegenüber Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe b)

Folge des hier vertretenen Verständnisses zur Frage der *Upload-Filter* ist eine weitgehende Redundanz zwischen Buchstabe c) und b) in seinen faktischen Auswirkungen. Zunächst sind die Anforderungen aber nichts deckungsgleich, denn da laut Erwägungsgrund 66 Unterabsatz 4 Buchstabe c) unabhängig von Buchstabe b) greifen soll, sind die zuvor vorgestellten einschränkenden Merkmale nicht auf Buchstabe b) zu übertragen. Demnach genügt jegliche Form der Kenntnis einer Rechtsverletzung gleich durch wen oder wie diese erlangt wurde. Zum anderen entspricht dies lediglich dem jetzigen status quo, welcher sich durch neuere Entwicklungen verändern kann.

(5) Ausnahmen vom Grundsatz

Die vorgestellten Pflichten des Artikels 17 Absatz 4 entsprechen dem Regelfall, der zu einer Enthftung führt. Von dieser Regel sind zwei spezielle Fälle zu unterscheiden, in denen die Anforderungen an den Diensteanbieter variieren.

a. Beschränkter Pflichtenkatalog für Start Ups

Zunächst enthält Artikel 17 Absatz 6 einen eingeschränkten Pflichtenkatalog für Jungunternehmen. Durch diese soll der speziellen Situation von Startups Rechnung getragen werden, um die Entwicklung neuer Geschäftsmodelle, die nutzergenerierte Inhalte verwenden, nicht zu gefährden.⁴⁵⁰ Dabei enthält Artikel 17 Absatz 6 eine zweistufige Haftungserleichterung. Die Extension der Vorschrift war recht umstritten, die Festlegung jedoch zuvörderst eine rechtspolitische Frage. Mit Blick auf die von wenigen Marktstarken Unternehmen geprägte Situation im Bereich der Diensteanbieter zum Teilen von

⁴⁴⁹ Dazu bereits: *Spindler*, Präzisierungen der Störerhaftung im Internet - Besprechung des BGH-Urteils „Kinderhochstühle im Internet“, GRUR 2011, 101 (106); *Spindler*, Haftung ohne Ende? Über Stand und Zukunft der Haftung von Providern, MMR 2018, 48 (49).

⁴⁵⁰ Erwägungsgrund 67.

online-Inhalten sei jedoch angemerkt, dass der zeitliche Privilegierungszeitraum von drei Jahren⁴⁵¹ bedenklich kurz gegriffen ist, um sich nachhaltig am Markt etablieren zu können. Die Wirksamkeit der Schutzregelung wird daher die Zukunft zeigen.

a) Die Privilegierung

Unterabsatz 1 sieht zunächst vor, dass sich die Verpflichtung von Diensteanbietern, deren Dienst weniger als drei Jahre alt ist und deren Jahresumsatz 10 Millionen nicht übersteigt, darin erschöpft, nach Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe a) alle Anstrengungen zu unternehmen, um eine Erlaubnis für die Inhalte seiner Nutzer einzuholen und nach einem Hinweis der Rechteinhaber, der den Anforderungen des Artikels 17 Absatz c) gerecht wird, rechtsverletzende Inhalte zu sperren bzw. zu entfernen. Die Voraussetzungen müssen kumulativ vorliegen⁴⁵² und die Berechnung des Jahresumsatzes erfolgt nach der Empfehlung der Kommission,⁴⁵³ weshalb für Diensteanbieter zumindest bezüglich dieser Grenzwertes Rechtssicherheit geschaffen wurde.

Trotz der Relativierung des Buchstabens b) durch die hier vertretene Auffassung ist die Bedeutung der Privilegierung nicht zu unterschätzen, denn neben der Bemühung um Lizenzen beschränkt sich die Haftung des Diensteanbieters auf ein *take down*, das Verhindern künftiger Uploads kann von diesem hingegen nicht verlangt werden. Damit werden solche Diensteanbieter bessergestellt als nach der herkömmlichen Haftungsprivilegierung unter Artikel 14 E-Commerce-RL und damit besser als Diensteanbieter der Informationsgesellschaft, die nicht unter den Anwendungsbereich der DSM-RL fallen.

b) Rückausnahme

Unterabsatz 2 des Artikels 17 Absatz 6 verschärft die Anforderungen der Diensteanbieter, die unter Unterabsatz 1 fallen, wiederum, wenn „– *berechnet auf Grundlage des vorangegangenen Kalenderjahrs – die durchschnittliche monatliche Anzahl unterschiedlicher Besucher der Internetseite*“ 5 Millionen übersteigt. Diese müssen sich auch um ein

⁴⁵¹ Gerpott, Artikel 17 der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie- Fluch oder Segen?, MMR 2019, 420 (424).

⁴⁵² Art. 17 Abs. 6 Unterabsatz 1: „[...] und [...]“.

⁴⁵³ Empfehlung der Kommission vom 6. Mai 2003 betreffend die Definition der Kleinstunternehmen sowie der kleinen und mittleren Unternehmen (Abl. L 124 vom 20.5.2003, S. 36).

stay down rechtsverletzender Inhalte bemühen. Ihr Pflichtenkatalog ist mithin kongruent zu dem der Artikel 17 Absatz 4 Buchstaben a) und c). Durch diese Verschärfung wird der erhöhten Breitenwirkung von Rechtsverletzungen bei Diensten mit vielen Nutzern Rechnung getragen. Teilweise wird diesbezüglich eine Abweichung auf nationaler Ebene von der konkreten Zahl der Union gefordert.⁴⁵⁴ Allerdings ist der Mehrwert einer solchen Abweichung mit Blick auf das Risiko einer Unionsrechtswidrigkeit nicht ersichtlich.

Zu beachten ist bei der Berechnung, dass auf Grund der Berechnung auf Grundlage des Vorjahres die erstmalige Überschreitung des Grenzwertes die zusätzliche Haftung erst für das zukünftige Kalenderjahr auszulösen vermag.⁴⁵⁵ Zum anderen kommt es beim Grenzwert ausdrücklich auf unterschiedliche Nutzer an. Mehrfachaufrufe durch dieselben Nutzer sind demnach irrelevant, wenngleich im Einzelfall unter Umständen technisch nicht bestimmbar.

c) Umgehungsverbot

Nach Erwägungsgrund 67 a.E. sollen die Privilegierungsvorschriften ausschließlich tatsächlichen Jungunternehmen zugute kommen und nicht für Vereinbarungen missbraucht werden, um die Vorteile über die ersten drei Jahre auszudehnen. Neu gegründete Dienste, die lediglich bereits existierende Dienste fortführen, sollen daher nicht unter die Privilegierung des Artikel 17 Absatz 6 fallen.⁴⁵⁶ Da der Erwägungsgrund keinen Niederschlag im Richtlinienwortlaut selbst gefunden hat ist Absatz 6 daher beim Vorliegen derartiger Ketten-Startups⁴⁵⁷ teleologisch zu reduzieren.

b. Teleologische Reduktion für *Filesharer*

Der zweite Sonderfall findet im Wortlaut des Artikels 17 keine Erwähnung. Erwägungsgrund 62 Unterabsatz 2 stellt jedoch klar, dass das Verfahren zur Freistellung von der

⁴⁵⁴ Dreier, Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick, GRUR 2019, 771 (776).

⁴⁵⁵ Art. 17 Abs. 6 Unterabsatz 2.

⁴⁵⁶ Erwägungsgrund 67 a.E.

⁴⁵⁷ Spindler, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (288).

Verantwortlichkeit – Artikel 17 Absatz 4 – nicht für derartige Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten dienen soll, deren „Hauptzweck in es ist, sich an Urheberrechtsverletzungen zu beteiligen oder sie zu erleichtern.“ Darunter dürften regelmäßig *Filesharing* Plattformen fallen, die bereits häufig Gegenstand von Verfahren wegen Urheberrechtsverletzungen waren.⁴⁵⁸ Dass dieser Gedanke keinen Niederschlag im verfügbaren Teil der Richtlinie gefunden hat ist verwunderlich.⁴⁵⁹ Gleichwohl lässt sich – gestützt auf den Erwägungsgrund – Artikel 17 Absatz 4 teleologisch reduzieren, um so stets zu einer Haftung derartiger Diensteanbieter zu gelangen.

4) Zwischenergebnis

Zusammenfassend sind im Rahmen des Artikels 17 damit zwei Konstellationen denkbar, in denen ein Diensteanbieter für Inhalte seiner Nutzer nicht haftet. Entweder es liegt eine Erlaubnis des Rechteinhabers oder eine sonstige gesetzliche Gestattung der Nutzung durch den Nutzer vor. Im Rahmen der Erlaubnis ist dabei aus Perspektive der Diensteanbieter insbesondere auf die Wirkungserstreckung von Lizenzen der Nutzer zu achten. Vertragliche Anzeigepflichten existierender Lizenzen bei Nutzung der Dienste wäre eine Möglichkeit für Diensteanbieter Kenntnis hiervon zu erlangen und sich etwaige Regressansprüche offen zu halten. Oder aber der Diensteanbieter kann sich durch Nachweis der Einhaltung des Pflichtenkatalogs nach Artikel 17 Absatz 4 von der Haftung befreien, wobei der Pflichtenkatalog für Jungunternehmen durch Absatz 6 abgemildert wird, während sich Diensteanbieter, die gezielt Urheberrechtsverletzungen ermöglichen oder erleichtern, das Berufen auf die Haftungsbefreiung in Gänze verwehrt bleibt.

Hierzu muss er sich um die Lizenzen für die Inhalte, welche seine Nutzer hochladen, bemühen. Zudem muss der Diensteanbieter grundsätzlich technische Maßnahmen ergreifen, um präventiv die Verfügbarkeit rechtsverletzender Inhalte zu verhindern. Sofern technische Maßnahmen jedoch eine Überprüfung sämtlicher Daten seiner Nutzer erfordert – wie bei *Upload-Filtern* – sind diese den Diensteanbietern nicht zumutbar. In

⁴⁵⁸ Exemplarisch: *EuGH*, Urt. vom 14.6.2017 – C-610/15 – *Stichting Brein/Zigo BV ua*.

⁴⁵⁹ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (288).

diesem Fall beschränkt sich die Verpflichtung auf eine Entfernung und zukünftige Verhinderung der Verfügbarkeit ab Kenntniserlangung. Die Verwendung von *Upload-Filtern* in diesem Fall kann dem Diensteanbieter auferlegt werden. In jedem Fall aber muss der Diensteanbieter aber ab einem qualifizierten Hinweis des Rechteinhabers verletzende Inhalte entfernen und die künftige Verfügbarkeit verhindern, was wiederum die Verwendung von *Upload-Filtern* einschließt.

So widersprüchlich dieses Verständnis auf den ersten Blick auch scheint, so gestattet nur eine derartige Auslegung ein kongruentes Verständnis des Artikels 17 Absatz 4 zur Rechtsprechung des EuGHs. Dabei kann man sich des Eindrucks nicht erwehren der Richtliniengeber habe nicht verstanden in welche Regelungszusammenhänge er regulierend eingreift. Eine bahnbrechende Erweiterung des Pflichtenkatalogs für Diensteanbieter durch die DSM-RL bleibt damit vorerst aus. Allerdings könnten technische Entwicklungen dies zukünftig potentiell ändern. Dazu hätte es allerdings keiner neuen Haftungsnorm gebraucht, denn eine wertende Veränderung im Rahmen der Verhältnismäßigkeit entsprechender Maßnahmen hätte auch in der bisherigen Haftungskasuistik seinen Niederschlag gefunden.

5. Sonstige Pflichten der Diensteanbieter

Neben der Haftung des Diensteanbieters für die öffentlich wiedergegebenen Inhalte seiner Nutzer obliegen diesem im Rahmen des Artikels 17 auch weiteren Verpflichtungen, welche der Vollständigkeit halber eine gebotene Konturierung erfahren.

1) Hinweispflicht auf Schrankenregelung

Zum Einen müssen Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten ihre Nutzer darüber informieren, dass von Schranken geregelte Nutzungshandlungen durch diese gestattet sind.⁴⁶⁰ Dies soll Unsicherheiten auf Seiten der Nutzer verhindern und so einem eventuellen *chilling effect*⁴⁶¹, zumindest seitens dieser vorbeugen. Da dieser Hinweis in

⁴⁶⁰ Artikel 17 Absatz 9 Unterabsatz 4.

⁴⁶¹ Zum Effekt durch die Diensteanbieter: *Nolte*, Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. »Value-Gap«-

den AGB der Diensteanbieter verankert wird, fragt sich aber eher, ob dies überhaupt faktisch zur Kenntnis genommen wird.

2) Transparenzpflichten gegenüber Rechteinhabern

Auch gegenüber den Rechteinhabern bestehen Informationspflichten in Form von Transparenzpflichten gemäß Artikel 17 Absatz 8 Unterabsatz 2. Diese setzen ein „Ersuchen“ der Rechteinhaber voraus, müssen daher nicht proaktiv verfolgt werden. Inhaltlich erstrecken sich die Informationen auf die von den Diensteanbietern im Rahmen des Absatzes 4 ergriffenen Verfahren sowie die Nutzung von Inhalten bezüglich derer Lizenzvereinbarungen zwischen Rechteinhabern und Diensteanbieter existieren.

Dabei soll dies weder zur Offenlegung von Geschäftsgeheimnissen noch zur Erteilung detaillierter und individueller Informationen zu jedem einzelnen Schutzgegenstand verpflichten, wobei vertragliche weitergehende Verpflichtungen unberührt bleiben.⁴⁶² Die angemessene Transparenz, die durch das Spannungsfeld zwischen Transparenz und Geheimhaltung Einzelfallabhängige Abwägungsfragen aufwirft,⁴⁶³ dient ähnlich anderen Informationspflichten der DSM-RL⁴⁶⁴ der Kompensation der strukturellen Unterlegenheit der Rechteinhaber oder deren Interessenvertreter. Dadurch sollen effizientere Vertragsverhandlungen mit den Diensteanbietern möglich sein. Aus dieser Schutzrichtung ergibt sich auch, dass – wie kritisiert wird –⁴⁶⁵ die Nutzer im Rahmen der Transparenzpflichten keine Berücksichtigung fanden. Hier realisiert sich erneut die Hauptzielsetzung der Richtlinie, ein hohes Maß an Schutz für die Rechteinhaber.⁴⁶⁶ Allerdings steht zumindest im Rahmen der Dialoge gemäß Artikel 17 Absatz 10 zumindest Nutzerorga-

Debatte), ZUM 2017, 304 (307); Metzger, Regulierung im Urheberrecht – Herausforderungen und Perspektiven, ZUM 2018, 233 (238).

⁴⁶² Erwägungsgrund 68.

⁴⁶³ Gerpott, Artikel 17 der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie- Fluch oder Segen?, MMR 2019, 420 (425).

⁴⁶⁴ Artikel 19.

⁴⁶⁵ Spindler, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (289).

⁴⁶⁶ Erwägungsgrund 3.

nisationen ein Anspruch gegenüber Diensteanbieter in Bezug auf die technischen Verfahren nach Absatz 4 zu.⁴⁶⁷

3) Außergerichtliche Rechtsbehelfe und Streitbeilegung

Zudem sollen die Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten Nutzern im Falle der Sperrung oder Entfernung von Inhalten Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren bereitstellen.⁴⁶⁸ Diese müssen unverzüglich bearbeitet werden und erfordern eine Überprüfung durch einen Menschen.⁴⁶⁹ Dies trägt der Zielsetzung der Beschwerden Rechnung, die Verfügbarkeit von Inhalten, deren Nutzer sich auf Ausnahmen und Beschränkungen berufen können, zu gewährleisten.⁴⁷⁰ Zu Recht weist *Spindler* darauf hin, dass derartige Beschwerdeverfahren – ähnlich wie im Rahmen des Netzwerkdurchsetzungsgesetzes – durch das Fehlen von aktiven Ansprüchen der Nutzer auf einen Upload der Inhalte, relativ nutzlos sind.⁴⁷¹ Zudem drohen dadurch Inhalte, die einen Beitrag zum aktuellen Tagesgeschehen leisten sollen, unter den Tisch zu fallen. Denn nachträglichen Uploads fehlt im schnelllebigen Informationszeitalter der Aktualitätsbezug.

Ferner sollen alternative Streitbeilegungsmechanismen im Sinne der ODR-RL von den Diensteanbietern bereitgehalten werden.⁴⁷² Diese sind ein beliebter Mechanismus der Kommission⁴⁷³ und sind potentiell in der Lage, Gerichte und Behörden zu entlasten. Ihre Wirksamkeit hängt indes maßgeblich von der Akzeptanz der Nutzer ab.⁴⁷⁴ Letztlich dür-

⁴⁶⁷ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (288).

⁴⁶⁸ Art. 17 Abs. 9 Unterabsatz 1.

⁴⁶⁹ Art. 17 Abs. 9 Unterabsatz 1.

⁴⁷⁰ Erwägungsgrund 70 Unterabsatz 1 a.E.

⁴⁷¹ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (289).

⁴⁷² *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere "Upload-Filter" – Bittersweet?, CR 2019, 277 (289).

⁴⁷³ Vgl. auch Art. 21.

⁴⁷⁴ *Sanftleben*, Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, 369 (372 f).

fen die hier aufgelisteten Möglichkeiten aber einen effektiven gerichtlichen oder behördlichen Rechtsschutz auch nicht versagen.⁴⁷⁵

4) Dialoge der Kommission

Zu guter Letzt sind die Diensteanbieter einer der Interessenträger, die an den Kommissionsdialogen beteiligt sind, welche nach Artikel 17 Absatz 10 zur Ausarbeitung von Leitlinien zur Zusammenarbeit von Rechteinhabern und Diensteanbietern im Rahmen des Artikels 17 beitragen sollen (?). Dies ist mehr eine Obliegenheit denn eine Pflicht, da ohne die Partizipation die Einflussnahme auf die Leitlinien schwindet. Diese werden jedoch der essentielle Eckpfeiler insbesondere im Umgang mit Artikel 17 Absatz 4 darstellen. Diese dürfen daher mit Spannung erwartet werden.

II. Nationale Umsetzung

Auf nationaler Ebene erfordert die zukünftig täterschaftliche Haftung des Diensteanbieters zum Teilen von Online-Inhalten für öffentliche Wiedergaben seiner Nutzer primär Änderungen des UrhG sowie des TMG. Dabei gilt es zu beachten, dass Artikel 17 die bereits bestehenden dogmatischen Strukturen unberührt lässt.⁴⁷⁶ Daher sollten bestehende Vorschriften in ihrem Wortlaut unangetastet bleiben und nur um das Erforderliche ergänzt werden.

1. Ergänzung des TMG

Ein erster Ansatz bestünde in der Erweiterung des § 10 TMG um einen Absatz 3. Darin könnte die deklaratorische Nichtanwendbarkeit des § 10 TMG auf Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten gemäß Artikel 17 Absatz 3 Unterabsatz 1 für die Fälle verankert werden, in denen diese eine Verwertungshandlung nach dem UrhG vornehmen. Die Definition des neuen Diensteanbieters wäre parallel in einem neuen § 2 Nr. 1 a) TMG zu verankern. Obwohl Artikel 17 ausschließlich im Bereich urheberrechtlicher Rechtsverletzung Anwendung findet, ist ein derartiger Ansatz vertretbar.⁴⁷⁷ Indes genügt

⁴⁷⁵ Art. 17 Abs. 9 Unterabsatz 1; Erwägungsgrund 70 Unterabsatz 2.

⁴⁷⁶ Artikel 1 Absatz 2, 24, Erwägungsgrund 4.

⁴⁷⁷ Vgl. hierzu § 7 Absatz 4 TMG, welcher ebenfalls nur bei der Verletzung von Verletzungen des geistigen Eigentums greift.

dies nicht der mitgliedsstaatlichen Umsetzungsverpflichtung aus Artikel 17 Absatz 1. Diese fordert nämlich eine Klarstellung bezüglich des Umstandes, dass die Diensteanbieter selbst einen Akt der öffentlichen Wiedergabe vornehmen.

Aus dem Umstand, dass jemand, der gemäß § 14 TMG von der Haftung befreit ist und auf Grund seiner technisch passiven Haltung keinen Akt der öffentlichen Wiedergabe vornimmt, kann jedoch nicht der Schluss gezogen werden, dass in den Fällen, in denen die Haftungsprivilegierung nicht greift automatisch eine Verletzungshandlung im Sinne der Normen vorliegt.⁴⁷⁸ „Die Nichtanwendbarkeit einer Haftungsbegrenzungsnorm sagt [insofern gerade][...] nichts über die Haftungsbegründung [selbst aus].⁴⁷⁹ Daher ist eine Ergänzung der §§ 15 Absatz 2, 19a UrhG notwendig. Als korrelat wäre weiterhin die Ergänzung des § 10 TMG möglich, obgleich nicht zwingend. Denn es ergibt sich aus der Qualifizierung als Täter bereits, dass der Diensteanbieter sein Verhalten gerade nicht auf rein technisch notwendige und passive Handlungen beschränkt.⁴⁸⁰

2. Ergänzung des UrhG

Auch wenn eine zentrale Ergänzung des UrhG für den Rechtsanwender komfortabler wäre, ist eine dezentrale Regulierung auf Grund der tangierten Normbereiche des UrhG dogmatisch sauberer und daher vorzugswürdiger.

1) Die Verwertungshandlung

Im Rahmen der Ergänzung der §§ 15 und 19a UrhG um einen Absatz 2a beziehungsweise Absatz 2 sollte klargestellt werden, dass auch ein Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten im Sinne des neuen § 2 Nr. 1a) TMG einen Akt der öffentlichen Wiedergabe beziehungsweise der öffentlichen Zugänglichmachung unter den in dieser Arbeit dargelegten Umstände vornimmt. Der korrekte *Terminus technicus* für eine derartige

⁴⁷⁸ Frey, Grundsätze und Fortentwicklung des europäischen Haftungssystems für Host-Provider, ZUM 2019, 40 (43).

⁴⁷⁹ Frey, Grundsätze und Fortentwicklung des europäischen Haftungssystems für Host-Provider, ZUM 2019, 40 (43); Hervorhebungen stammen von dem Verfasser.

⁴⁸⁰ Frey, Grundsätze und Fortentwicklung des europäischen Haftungssystems für Host-Provider, ZUM 2019, 40 (42);

Fiktion ist der Ausdruck „gilt als“,⁴⁸¹ weshalb ein solcher Wortlaut zu wählen wäre. Inhaltlich ist dabei darauf zu achten, dass die Verwertungshandlung des Diensteanbieters zum Teilen von Online-Inhalten nur dann stattfindet, wenn ein Nutzer des Dienstes einen Akt der öffentlichen Wiedergabe oder öffentlichen Zugänglichmachung vornimmt, welcher nicht durch eine Ausnahme oder Schrankenregelung gestattet ist. Dadurch würde die Rechtsunsicherheit aus der verfehlten Formulierung des Artikels 17 Absatz 1 beseitigt⁴⁸² und der hier vertretenen Beachtung der Schranken in der Fiktion der Verwertungshandlung Rechnung getragen.⁴⁸³

2) Enthaftung nach Artikel 17 Absatz 4

Das spezielle Haftungsfreistellungsverfahren spricht von der Verantwortlichkeit und scheint daher prima facie als eine spezielle Vorschrift zur Verantwortlichkeit gemäß § 10a TMG verankert zu sein, wonach die Verantwortlichkeit des Diensteanbieters zum Teilen von Online-Inhalten für die neue Verwertungshandlung desselben nach dem UrhG gegeben ist, es sei denn der hier aufzulistende Pflichtenkatalog des Artikels 17 Absatz 4 sei eingehalten worden. Dabei würde indes die Korrelation zur neu etablierten Verwertungshandlung verkannt.

Daher scheint es angemessener das Haftungsfreistellungsverfahren ebenfalls im UrhG zu etablieren. Anknüpfungspunkt hierzu sollten die §§ 97 ff UrhG sein. Hierzu könnte in § 101b UrhG die Haftung von Diensteanbietern zum Teilen von Online-Inhalten geregelt werden, wonach diesen gegenüber die vorstehenden Ansprüche bestehen, es sei denn sie können sich enthaften. Die Verankerung der Beweislastumkehr ist dabei zwingend.

Inhaltlich wird es unumgänglich sein, die abstrakten Parameter aus dem Richtlinienwortlaut zu übernehmen.⁴⁸⁴ Anders werden die nach Artikel 17 Absatz 10 vorgesehene Ausarbeitungen eines Best-Practice für die Zusammenarbeit nach Artikel 17 Absatz 4

⁴⁸¹ Rütters/Fischer/Birk, Rechtstheorie mit juristischer Methodenlehre, § 4, Rn. 132a.

⁴⁸² Siehe dazu: Kapitel 2 F.I.2.2)(2), S. 75.

⁴⁸³ Siehe dazu: Kapitel 2 F.I.4.2)(4), S. 96.

⁴⁸⁴ *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (381).

nur schwierig zu berücksichtigen sein. Nur der Interpretation zugängliche Tatbestandsmerkmale werden es erlauben die Anforderungen an die Erfahrungen sowie die technische Entwicklung anzupassen. Obgleich sich hierdurch prima facie Rechtsunsicherheit auf nationaler Ebene vermeintlich verfestigt, gilt es zu bedenken, dass gerade die Möglichkeit der Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls durch die Gerichte es selbigen erst ermöglicht, interessengerechte Einzelfallentscheidungen zu treffen. Dieser Vorteil eines flexiblen Systems gegenüber einem starren Haftungsapparat ist dabei gerade im Interesse kleinerer Diensteanbietern.

3) Obligatorische Schrankenregelungen

Die in Artikel 17 Absatz 7 Unterabsatz 2 genannten Schrankenregelungen müssen nunmehr verbindlich in Abschnitt 6 des UrhG verankert werden. Obgleich die Verpflichtung zur Schrankenetablierung nur in der speziellen Konstellation zwischen Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten und Rechteinhabern greift ist zu hoffen, dass der nationale Gesetzgeber die Chance ergreift, um diese allgemeinverbindlich zu regeln. Dogmatische Widersprüche zur nationalen Berücksichtigung im Rahmen der freien Benutzung von Konstellationen, welche unter die europäischen Schrankenregelungen fallen, könnten hierdurch nachhaltig eine Klärung erfahren.⁴⁸⁵

4) Vertrag zu Gunsten Dritter

Zudem sollten die § 31 ff UrhG um eine Norm ergänzt werden die klarstellt, dass sich die Einräumung eines Nutzungsrechts – oder einer Lizenz – zur öffentlichen Wiedergabe an Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten oder deren Nutzer im Rahmen ausgearbeiteten Bedingungen⁴⁸⁶ auch auf den Diensteanbieter beziehungsweise den Nutzer erstreckt. Dabei sollte die Beweislastregel des Erwägungsgrundes 69 a.E. ebenfalls mit aufgenommen werden.

5) Informationsansprüche und Aufklärungspflichten

Ferner sollten die Informationsansprüche der Rechteinhaber gegenüber den Diensteanbietern zum Teilen von Online-Inhalten gemäß Artikel 17 Absatz 8 Unterabsatz 2 im

⁴⁸⁵ Exemplarisch: *BGH*, Urt. vom 28.7.2016 – I ZR 9/15 – *auf fett getrimmt*.

⁴⁸⁶ Siehe dazu: Kapitel 2: Hauptteil F.I.4.1)(1), (2), S. 86 ff.

Rahmen des Abschnitts 5 des UrhG verankert werden, exemplarisch als § 32 f UrhG. Auch die Informationspflicht gemäß Artikel 17 Absatz 9 Unterabsatz 4 wäre, obgleich exotisch, wäre im 5. Abschnitt am besten verortet.

6) Außergerichtliche Streitbelegungs- und Rechtsbehelfsverfahren

Gleiches gilt für die außergerichtlichen Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren gemäß Artikel 17 Absatz 9 Unterabsatz 1 und 2, welche die Diensteanbietern zum Teilen von Online-Inhalten für Nutzer bei Sperrung von Inhalten zur Verfügung stellen müssen.

3. Unzulänglichkeiten bisheriger Ansätze

Die bisherigen Vorstellungen der Umsetzung der „Anstrengungen nach hohen branchenüblichen Standards“ auf nationaler Ebene sind dabei – trotz bester Intention – inkompatibel mit den unionsrechtlichen Vorgaben.⁴⁸⁷ Vorgeschlagen wurde eine Bagatellgrenze als Ausgangspunkt, unterhalb derer die Werknutzung in Form der öffentlichen Zugänglichmachung gemeinfrei wäre.⁴⁸⁸ Bei Überschreitung des Grenzwertes hätte der Rechteinhaber, der seiner Informationspflicht gegenüber dem Diensteanbieter zum Teilen von Online-Inhalten mittels Hinterlegung eines digitalen Fingerprints, mit denen er sein Werk oder sonstigen Schutzgegenstand versieht, die Auswahl zwischen drei Optionen.⁴⁸⁹ Er kann die entsprechenden Inhalte sperren lassen, einen entsprechenden Lizenzvertrag abschließen oder durch den Verzicht auf weitere Maßnahmen eine dauerhafte lizenzfreie Nutzung des Werkes oder sonstigen Schutzgegenstandes erlauben.⁴⁹⁰ Sofern Werke oder sonstige Schutzgegenstände ohne entsprechende Fingerprints auf Plattformen hochgeladen werden, sollen derartige Nutzungen durch eine pauschale Abgabe durch die Diensteanbieter gegenüber den Rechteinhabern abgegolten werden, was

⁴⁸⁷ <https://www.cdu.de/artikel/cdu-vorschlag-zur-umsetzung-der-eu-urheberrechtsreform-die-wichtigsten-fragen-und-antworten>; letzter Zugriff 28.06.2019; *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU insbesondere Upload-Filter, CR 2019, 277 (290); *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (381).

⁴⁸⁸ *Gerpott*, Artikel 17 der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie- Fluch oder Segen?, MMR 2019, 420 (423).

⁴⁸⁹ *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (380).

⁴⁹⁰ *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (380).

praktisch nur im Zusammenspiel mit Verwertungsgesellschaften umsetzbar sein dürfte.⁴⁹¹

1) Schrankeneinführung unionsrechtswidrig

Zunächst sieht Artikel 17 keinerlei Bagatellgrenzen für gemeinfreie Nutzungen vor, noch sprechen die Schlussanträge des Generalanwalts in der Sache *Metall auf Metall* dafür, dass sich eine solche als Ausfluss der wiederstreitenden Interessen der betroffenen Grundrechte im Rahmen der Verhältnismäßigkeit rechtfertigen lassen.⁴⁹² Ferner weist *Spindler* zu recht daraufhin, dass die in Bezug auf die Schranken vollharmonisierenden Richtlinien auf Unionsebene⁴⁹³ keinen dogmatischen Anknüpfungspunkt für die Einführung eigener Schranken auf nationaler Ebene bieten.⁴⁹⁴

2) Bloßer Verzicht keine konkludente Einwilligung

Außerdem würde eine konkludente Einräumung einer dauerhaften Lizenz durch den Verzicht auf weitere Maßnahmen das durch die DSM-RL angestrebte hohe Maß an Schutz für die Rechteinhaber konterkarieren.⁴⁹⁵ Auch *Volkman* sieht in dem nicht Ergreifen von Maßnahmen keinen Rechtbindungswillen zur Lizenzeinräumung gemäß § 31 UrhG.⁴⁹⁶

⁴⁹¹ *Hentsch*, Die Umsetzung der Urheberrechts-Richtlinie aus Sicht der Games-Branche, MMR 2019, 351 (355).

⁴⁹² *Generalanwalts Szpunar*, Schlussanträge vom 12.12.2018, C-476/17 – *Pelham u.a. v Hütter u.a.*, Rn. 100; *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere „Upload-Filter“ – Bittersweet?, CR 2019, 277 (290).

⁴⁹³ Hiermit ist insbesondere Art. 5 InfoSoc-RI gemeint.

⁴⁹⁴ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere „Upload-Filter“ – Bittersweet?, CR 2019, 277 (290); so auch im Allgemeinen: *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (380f).

⁴⁹⁵ Erwägungsgrund 3.

⁴⁹⁶ *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (380).

3) Falsches Verständnis als Ausgangslage

Diese verfehlten Mühen gründen sich allerdings auf einem Verständnis, welches *Upload-Filter* im Rahmen des Artikels 17 Absatz 4 Buchstabe b) als statthaft erachtet und deshalb zu verhindern sucht. Nach dem hier vertretenen Verständnis ist dies jedoch nicht nötig. Letztlich sei aber angemerkt, dass der Ansatz, anders als suggeriert, in keinsten Weise die Pflicht zur Verwendung von *Upload-Filtern* abwendet.⁴⁹⁷ Denn der Abgleich von Uploads mit bei den Diensteanbietern hinterlegten digitalen Fingerprints setzt technisch gerade ein Filtersystem voraus. Auch würde auf Grund der Rechtswahl bei Urheberrechtsverletzungen – *lex loci protectionis* – eine nationale Umsetzung ohne *Upload-Filter* durch die nationale Rechtsfragmentierung in Gänze entwertet.⁴⁹⁸ Insoweit erscheint der Vorschlag perplex.

4) Weiterführende Ansätze

Dass sich dieser, wie von der CDU angedacht, als Best Practice durchgesetzt ist mithin unwahrscheinlich.⁴⁹⁹ Vielversprechender klingt demgegenüber die in der Erklärung der Bundesregierung bei der Abstimmung des Ministerrats angedeutete Verwendung sogenannter „Flags“.⁵⁰⁰ Danach könnten die Nutzer dergestalt in Upload-Verfahren eingebunden werden, dass sie Dateien kennzeichnen können, welche berechtigter Weise Inhalte Dritter nutzen.⁵⁰¹ Derartig gekennzeichneten Inhalten könnten dann unmittelbar

⁴⁹⁷ *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (380).

⁴⁹⁸ <https://conflictoflaws.net/2019/resistance-is-futile-how-private-international-law-will-undermine-national-attempts-to-avoid-upload-filters-when-implementing-the-dsm-copyright-directive/>, letzter Zugriff 26.07.2019.

⁴⁹⁹ <https://www.cdu.de/artikel/cdu-vorschlag-zur-umsetzung-der-eu-urheberrechtsreform-die-wichtigsten-fragen-und-antworten>; letzter Zugriff 28.06.2019

⁵⁰⁰ *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU, insbesondere „Upload-Filter“ – Bittersweet?, CR 2019, 277 (290); Interinstitutional File: 2016/ 0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2, Erklärung der Bundesregierung, Punkt Nr. 5.

⁵⁰¹ Beispielsweise wegen des Eingreifens einer Schrankenregelung; Interinstitutional File: 2016/ 0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2, Erklärung der Bundesregierung, Punkt Nr. 5.

von einer natürlichen Person überprüft, anstatt automatisch gesperrt zu werden.⁵⁰² Dadurch würden entsprechende Inhalte zwar unter Umständen prüfungsbedingt verzögert hochgeladen, allerdings gäbe es keine automatische Sperrung der Inhalte, gegen welche Nutzer in außergerichtlichen Beschwerdeverfahren vorgehen müssten. Mit dem vormals aufgeworfenen kritischen Blick auf die Qualität der *Upload-Filter* außerhalb von Werken der Musik oder sonstigen Schutzrechten an Elementen derselben, bietet die menschliche Kontrolle, wohlgemerkt vorerst, die Gewähr, das Risiko von *Overblocking* zu verringern. Die massenhafte, wenn nicht gar missbräuchliche, Nutzung derartiger *Flags* durch Nutzer und eine damit verbundene Belastung insbesondere kleinerer Unternehmen über Gebühr ist hingegen die Gefahr eines derartigen Ansatzes.

Die Abhängigkeit von der Mitwirkungsbereitschaft der Nutzer zeigt sich auch an anderer Stelle. So schwebt der Bundesregierung die Einführung von *trusted flaggern* vor, deren Einwände vereinfacht zur Sperrung von Inhalten führen kann.⁵⁰³ Die Einführung einer solchen Kategorie von vertrauenswürdigen Nutzern setzt die Identifizierung derselben voraus. In diesem Zusammenhang gilt es die datenschutzrechtliche Problematik zu beachten.⁵⁰⁴

4. Zwischenergebnis

Es zeigt sich, dass der inkonsistente und umfangreiche Regelungsansatz des Richtliniengebers auf nationaler Ebene eine dezentrale Umsetzung erfordert. Auch eine Konkretisierung der Vorgaben des Richtliniengebers scheint kaum möglich. Der Rechtssicherheit ist dies nicht zuträglich. Gleichzeitig verdeutlicht es die Notwendigkeit eines möglichst zügigen und transparenten Prozess nach Artikel 17 Absatz 10.

⁵⁰² Interinstitutional File: 2016/ 0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2, Erklärung der Bundesregierung, Punkt Nr. 5.

⁵⁰³ Interinstitutional File: 2016/ 0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2, Erklärung der Bundesregierung, Punkt Nr. 5.

⁵⁰⁴ Dazu siehe: Kapitel 2: Hauptteil F.I.4.3)(3)c.b), S. 110.

III. Zwei Alternativschritte aus dem Dilemma⁵⁰⁵

Obgleich durch die endgültige Fassung des Artikels 17 überholt gebietet sich ein Hinweis darauf, dass im rechtswissenschaftlichen Diskurs eine Alternative zum Richtlinienansatz diskutiert wurde, vom Richtliniengeber jedoch nicht aufgegriffen wurde.⁵⁰⁶ Dabei wurden die Vorteile eines derartigen Lösungsansatzes insbesondere in der Vermeidung der durch *Upload-Filter* verursachten dogmatischen Friktionen gesehen.⁵⁰⁷

Dieser Ansatz differenziert zwischen der öffentlichen Wiedergabe vollständiger Inhalte Dritter durch die Nutzer von Diensteanbietern und der partiellen Verwendung von geschützten Inhalten Dritter im Rahmen von durch Nutzer kreierten Inhalte – *user generated content* –.⁵⁰⁸ Bezüglich vollständiger Inhalte wurde eine der jetzigen Regelung des Artikels 17 Absatz 1 nicht unähnliche Verwertungshandlung der für Diensteanbieter gefordert, welche durch Strukturieren der Inhalte von ihrer rein passiven Position abrücken.⁵⁰⁹

Demgegenüber sollte für *user generated content* eine der deutschen Privatkopieregelung vergleichbare ausgleichspflichtige Schrankenregelung etabliert werden.⁵¹⁰ Die Kosten der Ausgleichszahlung sollten von den Diensteanbietern getragen werden, welche

⁵⁰⁵ *Leistner/Metzger*, The EU Copyright Package/ A Way Out of the Dilemma in Two Stages, IIC 2017, 381 (381).

⁵⁰⁶ *Volkman*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter/ verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, 376 (381).

⁵⁰⁷ *Sanftleben*, Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, 369 (373).

⁵⁰⁸ *Leistner/Metzger*, The EU Copyright Package/ A Way Out of the Dilemma in Two Stages, IIC 2017, 381 (383f).

⁵⁰⁹ *Leistner/Metzger*, The EU Copyright Package/ A Way Out of the Dilemma in Two Stages, IIC 2017, 381 (384).

⁵¹⁰ *Leistner/Metzger*, The EU Copyright Package/ A Way Out of the Dilemma in Two Stages, IIC 2017, 381 (383).

diese im Rahmen ihres Geschäftsmodells einpreisen können.⁵¹¹ Dadurch würde der dieser Tage sozial anerkannten Online-Nutzung Inhalte Dritter Rechnung getragen.

Dem Vorschlag wurde entgegengehalten, dass dieser Probleme des vom Richtlinienggeber gewählten Ansatzes verschiebt anstatt diese zu lösen.⁵¹² Denn praktische Schwierigkeiten bei der Lizenzeinholung werden lediglich durch schwierig zu bestimmende Grenzen ab wann vollständige Werke oder Werkteile übernommen werden,⁵¹³ substituiert. Zudem stellt sich die Frage, wie die angemessenen Ausgleichszahlungen zu bestimmen sind.⁵¹⁴

Der Unterschied ist indes, dass bei einer ausgleichspflichtigen Schrankenregelung der Disput zwischen Diensteanbietern und Rechteinhabern über Ausmaß und Höhe von Ausgleichszahlungen der Verwendung nachgelagert geführt wird. Das Verhindern der Verfügbarkeit von Inhalten spielt insoweit keine Rolle. Der Gefahr von Overblocking und drohenden *chilling effects* würde damit abgeholfen. Die Einführung einzelner obligatorischer Schrankenregelungen in der Endfassung der DSM-RL geht in Richtung eines solchen Ansatzes, bleibt aber hinter dem Umfang einer ugc-Schranke deutlich zurück.

Kapitel 3: Schlussbetrachtung

A. Zusammenfassung

Insgesamt lässt sich zunächst festhalten, dass Artikel 15 und 17 auf Grund offener Tatbestandsmerkmale und rechtsdogmatischer Friktionen ein nicht zu unterschätzendes Maß an Rechtsunsicherheit für Online-Diensteanbieter bergen.

⁵¹¹ *Leistner/Metzger*, The EU Copyright Package/ A Way Out of the Dilemma in Two Stages, IIC 2017, 381 (383).

⁵¹² *Grandjean*, EU-Urheberrechtsreform – Ergebnisse und Analysen Tagungsbericht zum III. ZUM-Symposium des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 1.2.2019 in München, ZUM 2019, 409 (410).

⁵¹³ *Leistner/Metzger*, The EU Copyright Package/ A Way Out of the Dilemma in Two Stages, IIC 2017, 381 (383).

⁵¹⁴ *Grandjean*, EU-Urheberrechtsreform – Ergebnisse und Analysen Tagungsbericht zum III. ZUM-Symposium des Instituts für Urheber- und Medienrecht am 1.2.2019 in München, ZUM 2019, 409 (410).

I. Artikel 15

Zunächst stellt das Leistungsschutzrecht für Presseverleger eine umfangreichere Version des von News- und Aggregationsdiensten in Deutschland bereits bekannten Leistungsschutzrechts für Presseverleger dar. Die Auswirkungen der europäischen Neuregelungen auf Online-Diensteanbieter betreffen dabei zuvörderst die geschützten Handlungen, die nunmehr auch die Vervielfältigung umfassen und die ausgedehnte Schutzdauer, bei der die Praxisrelevanz indes fraglich ist. Unwägbarkeiten entstehen zudem aus der Auslegungsbedürftigkeit der Kleinteileausnahme sowie der Regelung zum *Hyperlinking*. Insgesamt halten sich die Auswirkungen auf Online-Diensteanbieter damit aber im deutschen Rechtsraum in Grenzen. Die dabei zu beachtenden Grundsätze gilt es aber nunmehr in der gesamten Union zu berücksichtigen.

II. Artikel 17

Auf Grund des Artikels 17 nehmen zukünftig spezielle Online-Diensteanbieter einen Akt der öffentlichen Wiedergabe vor, sofern Ihre Nutzer geschützte Inhalte öffentlich wiedergeben, ohne auf Grund einer Ausnahme oder Beschränkung hierzu berechtigt zu sein. Für diese Verwertungshandlung bedürfen sie konsequenterweise einer Erlaubnis des Rechteinhabers, sofern nicht eine Lizenz des Nutzers für dessen öffentliche Wiedergabe besteht. Eine solche würde nämlich die Wiedergabe des Online-Diensteanbieters gestatten. Fehlt es daran, muss der Diensteanbieter nachweisen, dass er sich im Rahmen des ihm Zumutbaren um eine Erlaubnis des Rechteinhabers bemühte, technische Maßnahmen ergriff, um präventiv die Verfügbarkeit von Inhalten, bei denen die notwendige Erlaubnis fehlt und zu denen sie die notwendigen Informationen der Rechteinhaber bekommen haben, zu verhindern und nach qualifizierter Kenntniserlangung durch den Rechteinhaber trotzdem verfügbar gewordene Inhalte zu entfernen oder den Zugriff zu diesen zu sperren und eine erneute Verfügbarkeit derselben zukünftig zu verhindern. Für die präventive Verhinderung dürfen dem Diensteanbieter dabei keine Verwendung von Techniken abverlangt werden, welche die Überprüfung sämtlicher Daten der Nutzer erfordert (*Upload-Filter*). Kam es bereits zu einer Rechtsverletzung ist die Verwendung solcher Filter hingegen zumutbar, um erneute Verletzungen durch dieselben Inhalte vorzubeugen.

Daneben müssen derartige Online-Diensteanbieter effektive und schnelle Beschwerdeverfahren einrichten, um als rechtmäßig beanstandete geblockte Inhalte durch eine natürliche Person überprüfen zu lassen. In diesem Zusammenhang müssen die Online-Diensteanbieter auch außergerichtlich Streitschlichtungsverfahren bereithalten.

B. Abschließende Stellungnahme

Die vorangegangenen Ausführungen zeigen, dass insgesamt ein unionskonformes Verständnis beider Normen möglich ist. Trotz der extensiven Verwendung offener und im erhöhten Maße ausfüllungsbedürftiger Tatbestandsmerkmale fügen sich die Normen dergestalt in das bisherige europäische Urheberrechtssystem ein, dass sie für den geschulten Rechtsanwender auslegungsfähig sind. Bedenken bezüglich der Bestimmtheit bestehen daher im Ergebnis nicht. Gleichwohl lassen sie keine pauschalen Handlungsempfehlungen für Online-Diensteanbieter in der Praxis zu. Insofern wird diese Arbeit seinen eingangs formulierten Ambitionen nicht gerecht. Online-Diensteanbietern sind darauf angewiesen die Ergebnisse der Kommissionsdialoge⁵¹⁵ sowie die Entwicklungen der Rechtsprechung zu verfolgen in der Hoffnung, dass dadurch nachhaltige Rechtssicherheit geschaffen wird. Ein Beitrag den der nationale Gesetzgeber in diesem Prozess leisten kann ist die Erwägungsgründe, welche wie gezeigt für das Gesamtverständnis der Norm unerlässlich sind, sich jedoch nicht im verfügbaren Teil der Richtlinie finden, in den Umsetzungsakt aufzunehmen.

I. Artikel 15

In Bezug auf Artikel 15 müssen Online-Diensteanbieter fortan die Nutzung, welche über das *Hyperlinking* von Presseerzeugnissen hinausgeht und nicht aus sonstigen Gründen aus dem Schutzbereich fällt lizenzieren lassen. Es wird sich zeigen, ob das Leistungsschutzrecht auf europäischer Ebene, wie intendiert, Presseverlage finanziell besserstellen wird oder sich das Problem nur bis zur Etablierung der nächsten Generation neuer Geschäftsmodelle verlagert. In diesem Zusammenhang sei angemerkt, dass die Konservierung bekannter und bewährter Strukturen keinem Selbstzweck dient, sondern die

⁵¹⁵ Dies Primär in Bezug auf Artikel 17 Abs. 10.

demokratische Willensbildung des Volkes zu bewahren sucht.⁵¹⁶ Sofern auch diese alten Strukturen in Form von Presseverlagen auf neue Technologien setzen, welche das Bilden von Informationsblasen durch personalisierte Berichterstattung fördert, verlieren aber auch diese ihre Schutzwürdigkeit.⁵¹⁷ Daher sollte sich eine Regulierung der Presse-landschaft auf mehr konzentrieren, als die finanzielle Absicherung dieser Strukturen.

II. Artikel 17

In Bezug auf Artikel 17 lässt sich nicht leugnen, dass die DSM-RL als Steuerungselement im Rahmen der gesamtgesellschaftlichen informationstechnischen Umwälzungen dient.⁵¹⁸ Mit der Evaluationsklausel in Artikel 30 der Richtlinie hat der europäische Gesetzgeber dabei eingestanden, dass die Regelung unter Umständen korrekturbedürftig ist. Es bleibt zu hoffen, dass diese Überprüfungen nicht bloß ein formales Lippenbekenntnis ohne Handlungsbereitschaft bleiben. Gleichwohl birgt Artikel 17 nicht die dogmatischen Umwälzungen, welche ihr im Diskurs unterstellt werden.⁵¹⁹

1. Missachtung bisheriger Haftungskasuistik

Denn bei seinem gewählten Ansatz hat der Richtliniengeber verkannt in welche größeren Regelungszusammenhänge er eingreift. Dadurch entstehen die aufgezeigten Widersprüche die einer Korrektur innerhalb der juristischen Exegese erfordern. Das hier herausgearbeitete Verständnis, welches nicht stets dem naheliegenden Wortlaut folgt und zuweilen in einem Widerspruch zu diesem steht, im Gesamtbild aber ein kongruentes Verständnis erlaubt, zeugt hiervon.

Klärungsbedürftige Zusammenhänge des bisherigen, bei weitem nicht fehlerfreien Haftungssystems zwischen E-Commerce-RL, Enforcement-RL InfoSoc-RL, welches aber in

⁵¹⁶ *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (382).

⁵¹⁷ *Ackermann*, Leistungsschutzrecht für Presseverleger- Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375 (382 ff).

⁵¹⁸ Mit einem negativen Blick auf diese Entwicklung: *Hornschuh*, In Ketten tanzen/ Warum es bei der EU-Urheberrechtsrichtlinie um sehr viel mehr geht als um Urhebervergütung, ZUM 2019, 222 (225).

⁵¹⁹ *Hofmann*, Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – »Much Ado About Nothing«, ZUM 2019, 617 (617).

Form einer speziellen fallgruppenorientierten Einzelfallkasuistik in der Praxis allmählich Konturen annahm und durch Beantwortung der jüngsten Vorlagefragen weiter ausdifferenziert wird, profitiert nicht von der neuen Spezialregelung.

Im Gegenteil, die neuen, von Einzelfallabwägungen abhängigen, offenen Tatbestandsmerkmale des Artikel 17 werden selbst wiederum von den Gerichten in langwieriger Sisyphusarbeit durch Fallgruppenbildung mit Leben gefüllt werden. Dass dies ohne weitere Widersprüche gelingen dürfte wäre begrüßenswert wenngleich im Lichte der bereits aufgezeigten Widersprüche verwunderlich. Leidtragende sind dabei alle beteiligten Interessenträger, welche unter dem Damoklesschwert der vermeintlichen neuen Rechtssicherheit die Prozesse zur Klärung der auszulegenden Rechtsbegriffe führen dürfen.

2. Eine Hommage für ein freies Internet

Dabei sollte bei zukünftigen Regulierungsversuchen verstärkt die Erkenntnis berücksichtigt werden, dass eine wesentliche Facette des Spannungsfelds aus dem Umstand resultiert, dass die im Fokus der Richtlinie stehenden Plattformen allesamt als zentraler öffentlicher Raum unserer Zeit fungieren.⁵²⁰ Diese sollten dabei mitnichten gänzlich unreguliert bleiben. Dennoch gilt es *in dubio pro libertate* die Bewegung- und Handlungsfreiheit nach Möglichkeit unangetastet zu lassen.

Die Gestaltungsfreiheit von Diensteanbietern dieser Räume zur Förderung der Nutzerfreundlichkeit dient dabei ungeachtet der wirtschaftlichen Komponenten auch dazu, diese Räume einer breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Davon profitieren nicht zuletzt auch die Rechteinhaber selbst. Schließlich sind die effektivsten Entwicklungen gegen urheberrechtsverletzende Inhalte im Internet des letzten Jahrzehnts nicht die legislativen Entwicklungen, sondern vielmehr attraktive Geschäftsmodelle wie Spotify und Netflix, gegenüber denen der Konsum illegaler Inhalte nicht lohnend ist.

⁵²⁰ *Hornschuh*, In Ketten tanzen- Warum es bei der EU-Urheberrechtsrichtlinie um sehr viel mehr geht als um Urhebervergütung, ZUM 2019, 222 (224).

Denn die Räume samt ihrer Risiken werden von den Rechteinhabern bewusst genutzt. Sie eröffnet Ihnen neue Absatzmärkte und potentielle Kundschaft. Dieser Partizipationswunsch darf die Rechteinhaber dabei nicht rechtlos stellen. Gleichzeitig kann aber ein der Internetstruktur immanentes Missbrauchsrisiko, welches bei Nutzung ein allgemeinen Lebens- oder Geschäftsrisiko darstellt, nicht gänzlich auf andere Interessenträger übertragen werden.⁵²¹ Umso weniger auf jene, mit denen gerade eine Symbiose zur Wertschöpfung von Werken und sonstigen Schutzgegenständen besteht.⁵²²

Die rein technische Möglichkeit von Online-Diensteanbietern die umfassende Kontrolle der Rechteinhaber über Ihre Werke, die sie durch Verwendung neuer Techniken aus der Hand gegeben haben, zu substituieren, sollte daher an konkrete Gefährdungen der ersten gekoppelt werden. Damit verbietet sich jedoch jede anlasslose Präventivkontrolle der Internetinhalte durch Plattforminhaber ungeachtet der konkreten Ausgestaltung. Daher endet die Verantwortlichkeit der Plattformbetreiber, sofern sie selbst nicht die Verletzung aktiv begründen, bei einem *notice and take down* sowie *stay down*. Diese entspricht aber bereits der bestehenden Rechtssituation.

3. Berücksichtigung von Alternativvorschlägen

In diesem Zusammenhang zielen die Alternativvorschläge der Jurisprudenz auf ein passenderes Gleichgewicht ab. Eine Schrankenregelung samt Ausgleichszahlungen hätte zwar in der Tat seine eigenen Tücken. Allerdings findet dies auf einer Sekundärebene statt, welche die Möglichkeiten der Werksnutzung weniger stark tangiert. Denn bezüglich des Informationsaustauschs und der Werksnutzung auf den Plattformen für Online-Inhalte würde für Nutzer gerade Rechtsicherheit geschaffen. Diese könnten auf legale Weise urheberrechtliches Material zusammenstellen und dadurch einen gesellschaftlichen Mehrwert kreieren, während die Plattforminhaber sich mit den Rechteinhabern und deren Vertretern über die Ausgleichszahlungen ohne eine Beschränkung des digita-

⁵²¹ Dazu im Allgemeinen: *Becker*, Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können, ZUM 2019, 636 (641 ff).

⁵²² In Bezug auf das Leistungsschutzrecht: *Kreutzer*, Das Leistungsschutzrecht für Presseverleger – Ein gescheiterter Ansatz!, ZUM 2017, 127 (127)

len Umfelds einigen (müssten). Damit wäre ein derartiger Ansatz weitaus minimalinvasiver für den Markt für digitale Inhalte und vorzugswürdig.

4. Informationsansprüche gegen Rechtsverletzer

Zusätzlich sollten die Rechteinhaber verstärkt in die Lage versetzt werden gegen Verletzer vorgehen zu können. Erneut wären Online-Diensteanbieter Adressaten derartiger Ansprüche. Wären diese für Rechteinhaber effektiv identifizierbar, würde die Notwendigkeit einer sonstigen Inanspruchnahme der Online-Diensteanbieter als *cheapest-cost-avoider* schwinden. Derartige Informationsansprüche kollidieren zwar mit IT-rechtlichen, insbesondere datenschutzrechtlichen Apodikten, sollte aber gleichwohl erwogen werden. Denn die grundsätzlich für die Meinungsfreiheit begrüßenswerte Anonymität im Internet sollte gerade nicht als Deckmantel für Urheberrechtsverletzungen genutzt werden können.

III. Fazit

Im Ergebnis stellt Titel IV daher keine interessengerechten Lösungen für einen funktionierenden Urheberrechtsmarkt bereit und wirkt einseitig belastend zu Ungunsten von Online-Diensteanbietern bei gleichzeitiger Förderung von Monopolisierungsstrukturen im Internet, ohne dass hierdurch allgemein Rechtssicherheit geschaffen würde. Die eingangs aufgeworfene Hypothese hat sich mithin bestätigt.

C. Ausblick

Die nächsten Entwicklungen, die mit Spannung erwartet werden dürfen, sind die ersten Ergebnisse der angekündigten Dialoge der Interessenvertreter, der Ausgang des Nichtigkeitsverfahrens gegen die DSM-RL sowie die Stellungnahme des Gerichtshofs in den Vorlegesachen *uploaded* und *YouTube*.⁵²³

Von der Beantwortung der Vorlagefragen hängt maßgeblich das weitere Verhältnis des neuen Haftungstatbestandes mit den Grundsätzen der alten Haftungskasuistik ab. Denn

⁵²³ BGH, Beschluss vom 20.9.2018 – I ZR 53/17 – *uploaded*; BGH, Beschluss vom 13.9.2018 – I ZR 140/15 – *YouTube*.

die beiden Haftungsinstitute sind nicht deckungsgleich, weshalb Wertungswidersprüche zwischen den beiden Instituten drohen.

Die Ergebnisse der Dialoge sollten insbesondere bezüglich der Frage Klarheit schaffen, inwiefern sich das hier dogmatisch gefundene Ergebnis zur Frage der präventiven Verwendung von *Upload-Filtern* mit der Auffassung der Kommission deckt. Die auf dieser Auffassung fußenden Leitlinien der Kommission, welche die praktische Handhabung mit Artikel 17 Absatz 4 primär prägen wird, könnte dabei unmittelbar Einfluss auf die Entscheidung des EuGHs haben. Eine Nichtigerklärung durch den EuGH ist dabei möglich, aber wie das hier ausgearbeitete kongruente Verständnis zeigt nicht zwingend. Ungeachtet der rechtlichen Entwicklungen könnten Diensteanbieter selbige nicht abwarten wollen und bereits präventiv Filtermaßnahmen etablieren, wodurch *Upload-Filter* schneller Realität würden, als zwingend notwendig.⁵²⁴

⁵²⁴ Mit dieser Tendenz ebenfalls: *Pravemann*, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, 783 (788).

Eigenständigkeitserklärung und Einwilligung in die Plagiatsprüfung

I. Hiermit versichere ich, dass ich die vorstehende Arbeit eigenständig und ausschließlich unter Zuhilfenahme der angegebenen Hilfsmittel verfasst habe.

II. Zudem willige ich in die Überprüfung desselben mittels einer Plagiatssoftware ein.

Ort, Datum _____

Unterschrift _____