

Prof. Dr. Gerald Spindler
Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht,
Multimedia- und Telekommunikationsrecht
Rechtsvergleichung
Institut für Wirtschafts- und Medienrecht



Georg-August-Universität Göttingen

Prof. Dr. Spindler, Platz der Göttinger Sieben 6, 37073 Göttingen

Platz der Göttinger Sieben 6
D-37073 Göttingen

Tel.: (0551) 39 - 27243
Fax: (0551) 39 - 24633
E-Mail: info@gerald-spindler.de

14. Dezember 2019

Gutachten

zur Urheberrechtsrichtlinie (DSM-RL)

Europarechtliche Vereinbarkeit (Artikel 17),

Vorschläge zur nationalen Umsetzung

und

zur Stärkung der Urheberinnen und Urheber

erstattet im Auftrag der Fraktion BÜNDNIS90/DIE GRÜNEN im deutschen Bundestag

I. Executive Summary

1. In Art. 17 DSM-RL sind die Pflichten nach Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL zur Einholung von Lizenzen und (falls dies misslingt) zur Kontrolle von Inhalten nach Maßgabe der von Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen übermittelten Information deutlich zu unterscheiden (S. 12 ff.)
2. Die Pflicht zur Lizenzeinholung führt zu einer allgemeinen proaktiven Kontrolle aller Inhalte auf einer Plattform (S. 13 f.).
3. Diese Pflicht steht in Widerspruch zum vom EuGH grundrechtlich abgeleiteten Verbot der allgemeinen Überwachungspflichten (EuGH SABAM/Netlog) und ist daher europarechtswidrig wegen Verstoßes gegen Grundrechte der Diensteanbieter wie auch der Nutzer und Nutzerinnen. Auch eine europarechtskonforme Auslegung kann diesen Widerspruch nicht beseitigen, da sie nicht im Einklang mit Wortlaut und Systematik von Art. 17 DSM-RL stünde (S. 27 f.)
4. Diese Pflicht kann auch nicht durch Verweis auf Art. 17 Abs. 5 DSM-RL (Verhältnismäßigkeitsgrundsatz) relativiert werden, da die Lizenzeinholung die vorherige Kontrolle bedingt (S. 34 f.).
5. Sollte Art. 17 DSM-RL nicht als EU-widrig angesehen werden, müssen bei der Umsetzung zur Wahrung der Grundrechte Sicherungsmechanismen zugunsten der Nutzer und Nutzerinnen eingeführt werden.
 - a. Im Rahmen der Definition nach Art. 2 Abs. 6 DSM-RL können die Mitgliedstaaten die „große“ Zahl an Inhalten ebenso wie den Begriff des „organisiert“ näher konkretisieren. Die negative Abgrenzung sollten Mitgliedstaaten dagegen unmittelbar aus Art. 2 Abs. 6 DSM-RL übernehmen (S. 40).
 - b. Ein Verbot von Upload-Filtern ist nicht möglich (S. 44).
 - c. Für die Umsetzung von Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a), Abs. 4 b) DSM-RL kann der Mitgliedstaaten die Verfahren zur Definition von hohen branchenüblichen Standards ausgestalten, muss dabei aber die Leitlinienkompetenz der EU-Kommission nach Art. 17 Abs. 10 DSM-RL berücksichtigen (S. 45).
 - d. Für Standards, die in geregelten Verfahren angenommen werden, können Mitgliedstaaten eine Vermutung einführen, dass Diensteanbieter bei Beachtung dieser Standards die Pflichten nach Art. 17 DSM-RL eingehalten haben. Eine abschließende Konkretisierung ist nicht möglich (S. 45).
 - e. Gleiches gilt für die Zusammenarbeit von Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen mit Diensteanbietern: Mitgliedstaaten können zwar Plattformen einführen, auf denen die Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen ihre Rechte melden können; mehr als eine Vermutungswirkung kann allerdings auch hier nicht eingeführt werden (S. 50).
 - f. Um Missbrauch von vermeintlichen Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen zu verhindern, sollten Haftungstatbestände und Identifizierungspflichten eingeführt werden, wiederum mit Berücksichtigung der Leitlinie der Kommission nach Art. 17 Abs. 10 DSM-RL (S. 50 f.)
 - g. Zugunsten der Nutzer und Nutzerinnen ist ein Recht auf Schrankendurchsetzung gegenüber dem Plattformbetreiber einzuführen, ggf. auch unterstützt durch eine

Verbandsklagebefugnis gegen solche Filter und Beschwerdemechanismen, die gegen Art. 17 Abs. 7, 9 DSM-RL verstoßen (S. 62).

- h. Generelle Schranken wegen Bagatellgrenzen oder für user generated content können nicht eingeführt werden, auch wenn diese vergütet werden (S. 60).
 - i. Die Mitgliedstaaten haben die Möglichkeit, Verfahren zur Sicherung der Schrankendurchsetzung zwingend einzuführen, insbesondere die Möglichkeit für Nutzer und Nutzerinnen, Inhalte zu kennzeichnen („flagging“), die unter die Schranken fallen (S. 65).
 - j. Nutzer und Nutzerinnen haften für missbräuchliches Flagging nach allgemeinen Regeln (§ 97 UrhG) (S. 67).
 - k. Die Mitgliedstaaten können das Beschwerdeverfahren näher ausgestalten, insbesondere ein Verfahren einzuführen, wonach der Rechteinhaber und die Rechteinhaberin innerhalb kürzester Frist reagieren muss, andernfalls der Inhalt freigegeben wird (S. 67).
6. In kollisionsrechtlicher Hinsicht wendet jeder Mitgliedstaat seine Verfahren bzw. Umsetzungen der DSM-RL an, auch hinsichtlich der Diensteanbieter. Daraus resultiert aller Wahrscheinlichkeit nach ein Geoblocking durch die Diensteanbieter, sofern der Kommission nicht durch die Leitlinien nach Art. 17 Abs. 10 DSM-RL eine EU-weite einheitliche Ausgestaltung gelingt – was aber keine Harmonisierung darstellt und die Mitgliedstaaten nicht bindet (S. 70).
7. Hinsichtlich der urhebervertraglichen Vorgaben der DSM-RL ergeben sich nur geringe Anpassungserfordernisse. Deutschland ist weitgehend nicht gehindert, über die Vorgaben der DSM-RL hinauszugehen (S. 53 ff.).
8. Die DSM-RL führt auch zur Stärkung der Situation der Urheber
- a. Sollte Art. 17 DSM-RL nicht europarechtswidrig sein, führt die Einführung der Pflicht zur Lizenzeinholung tendenziell zu einer Verbesserung der Situation der Rechteinhaber und Rechteinhaberrinnen. Ob Urheber, die keine Rechte Rechteverwertern eingeräumt haben, davon profitieren, ist offen (S. 53).
 - b. Die DSM-RL führt erstmals europaweit zwingende Vorschriften für das Urhebervertragsrecht ein, was uneingeschränkt zu begrüßen ist, insbesondere das Recht auf angemessene Vergütung.
 - c. Hinsichtlich der Verhandlungsmechanismen sieht Art. 13 DSM-RL Mediationen oder andere neutrale Schlichtungsinstanzen vor, was ebenfalls zu begrüßen ist, da Konfliktlösungen zwischen Urhebern und Rechteverwertern erleichtert werden können.
 - d. Im Prinzip stellt auch die europaweite, allerdings den Mitgliedstaaten überlassene optionale Einführung der „Extended collective licensing“ einen gewichtigen Fortschritt dar, zumal die Urheber Rechte zum opt-out haben, aber sonst ähnlich wie bei einer vergütungspflichtigen Schranke an den wirtschaftlichen Verwertungen beteiligt werden. Allerdings beschränkt sich Art. 12 DSM-RL auf das Territorium eines Mitgliedstaates ebenso wie auf bestimmte spezifische Fälle.

II. Inhaltsverzeichnis

I.	Executive Summary	2
II.	Inhaltsverzeichnis.....	4
III.	Gutachtenauftrag.....	6
IV.	Gang der Untersuchung	7
V.	Rechtsfragen der Haftung der Hostprovider nach Art. 17 DSM-RL	7
A.	Vereinbarkeit von Art. 17 DSM-RL mit primären Europarecht	7
1.	Das bisherige Haftungssystem für Intermediäre.....	7
2.	Systematik des Art. 17 DSM-RL.....	9
a)	Definition der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten.....	9
(1)	Vielzahl von Inhalten in organisierter Form	9
(2)	Negative Abgrenzung	10
(3)	Cloud-Dienste	11
b)	Eigenständige Verletzung von Verwertungsrechten durch Hostprovider, Art. 17 Abs. 1 DSM-RL	11
c)	Pflichtenprogramm der Hostprovider	12
(1)	Pflicht zur Überprüfung auf nötige Lizenzen (Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL)	13
(2)	Pflichten und Verantwortlichkeitsbegrenzung durch Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL.....	15
(3)	Notice-and-stay-down	17
(4)	Verhältnismäßigkeitsprinzip.....	18
d)	Schranken zugunsten der Nutzer und Nutzerinnen	19
e)	Verbot der allgemeinen Überwachungspflichten und Verhältnis zur E-Commerce-RL	20
f)	Einfluss des Stakeholder-Dialogs und der Leitlinien der Kommission auf Art. 17 DSM-RL	20
3.	Betroffene Grundrechte	21
4.	Das Verbot von allgemeinen Überwachungspflichten und Art. 17 DSM-RL.....	22
a)	Allgemeine Überwachungspflichten und die EU-Grundrechtscharta	22
(1)	Ableitung aus EU-Grundrechten.....	22
(2)	Anwendung auf Art. 17 DSM-RL.....	27
b)	Gegentendenzen in der Rechtsprechung des EuGH und Bedeutung für Art. 17 DSM-RL.....	30
(1)	Sperrpflichten der Access Provider	30
(2)	Prüfung auf sinngleiche Inhalte als spezifische Überwachungspflichten.....	33

(3) Anwendung auf Art. 17 DSM-RL.....	34
c) Ergebnis	35
5. Datenschutzgrundrechte	35
6. Hilfsweise: Mögliche Kompensationen zur Wahrung der Grundrechte.....	36
B. Umsetzung von Art. 17 DSM-RL in nationales Recht.....	38
1. Reichweite von Art. 17 DSM-RL: vollharmonisierender Charakter.....	38
2. Umsetzung der Definitionen aus Art. 2 Abs. 6 DSM-RL.....	40
3. Beschränkung und Ausgestaltung der Pflichten der Hostprovider.....	41
a) Pflichten zur Einholung von Lizenzen nach Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL	41
b) Beschränkung und Ausgestaltung von Upload-Filtern nach Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL.....	44
(1) Ausschluss von Upload-Filtern?.....	44
(2) Ausgestaltung	45
(3) Bereitzustellende Informationen durch Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen.....	50
c) Kollektivlizenzen	52
4. Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der Urheberinnen und Urheber.....	53
a) Verbesserung der Situation der Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen durch Art. 17 DSM-RL?	53
b) Verhandlungsmechanismen	54
a) Kollektive Lizenzen	55
b) Faire Vergütung in Verwertungsverträgen.....	57
c) Zusammenfassung	60
5. Schranken zugunsten der Nutzer und Nutzerinnen	60
a) Abschließende Aufzählung von Schranken in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL und Art. 5 InfoSoc-RL – keine zusätzlichen Schranken in Mitgliedstaaten	60
b) Anspruch auf Schrankendurchsetzung gegen Provider.....	62
c) Absicherung der Schranken durch verbindliche Technik: Flagging	65
d) Ausgestaltung von Verfahrensrechten?	67
e) Verbandsklage	68
6. Ausgestaltung und Begrenzung der Rechtsfolgen?	68
7. Vergleich mit anderen Umsetzungsgesetzen (Entwürfe)	68
C. Internationales Privatrecht.....	70
D. Urheberrechtliche Pflichten von Plattformen, die nicht der DSM-RL unterfallen	72

III. Gutachtauftrag

Die Fraktion der GRÜNEN im deutschen Bundestag hat den Unterzeichner mit der rechtlichen Begutachtung folgender Fragen beauftragt:

„1. Artikel 17 — Haftung von Plattformen

a) Inwiefern ist Artikel 17 der DSM-RL vereinbar mit höherrangigem Europäischem Recht?

Unter Berücksichtigung von Primärrecht, Sekundärrecht und Gerichtsurteilen

b) Kann eine richtlinienkonforme, nationale Umsetzung technische Vorfilterungspflichten der Plattformbetreiber im Haftungsregime des Artikels 17 generell oder partiell ausschließen?

inkl. kurzer Zusammenfassung des aktuellen Stands von technischen Filtersystemen und deren Vor- und Nachteile,

c) Welche Ansatzpunkte bestehen nach der Richtlinie zur Minimierung des Einsatzes und der Risiken von technischen Vorfilterungen, wenn diese nicht generell ausgeschlossen werden können?

Insbesondere durch:

- Konkretisierung des Anwendungsbereichs (Artikel 2 Nr.6)
- durch verfahrensspezifische Regelungen (Ausgestaltung des Lizenzverfahrens, Flagging, Initiativlast zw. Plattformbetreiber und Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen, Beschwerdeverfahren, Kollektive Lizenzierung mit erweiterter Wirkung)
- Stärkung der Nutzerrechte: (z.B.: subjektive Ansprüche auf Upload, Information)
- vergütungspflichtige Schranken
- gesetzgeberische Differenzierung und Klarstellung der Sorgfaltspflichten

d) Welche urheberrechtlichen Pflichten haben Plattformen, die von der DSM-Richtlinie ausgenommen sind? Nur in Grundzügen vor dem Hintergrund des Vorabentscheidungsverfahrens beim EuGH (Youtube; Uploaded)

e) Welche Folgen hat eine unterschiedliche, nationale Umsetzung von Artikel 17 durch die Mitgliedstaaten vor dem Hintergrund des internationalen bzw. europäischen Privatrechts? (Nur in Grundzügen)

2. Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der Urheber

Welchen rechtlichen Gestaltungsspielraum lässt die Richtlinie dem Gesetzgeber, um die Rechtsposition von Urheberinnen und Urhebern verbessern? Insbesondere mit Blick auf:

- Gestaltung von Verhandlungsmechanismen (digitale Mediationsplattformen/automatisierbare elektronische Vertragsabschlüsse) (Artikel 13)
- Kollektive Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung (Artikel 12)
- Faire Vergütung in Verwertungsverträgen und ausübenden Künstler/Künstlerinnen (Artikel 18 ff)“

IV. Gang der Untersuchung

Entsprechend dem Gutachtauftrag werden zunächst die grundlegenden Fragen der Vereinbarkeit des Art. 17 DSM-RL mit primärem Europarecht, insbesondere der EU-Grundrechtscharta untersucht, so dann unter der Prämisse der Zulässigkeit von Art. 17 DSM-RL die verschiedenen Möglichkeiten zur nationalen Umsetzung.

V. Rechtsfragen der Haftung der Hostprovider nach Art. 17 DSM-RL

A. Vereinbarkeit von Art. 17 DSM-RL mit primärem Europarecht

1. Das bisherige Haftungssystem für Intermediäre

Ursprünglich wurden Hostprovider, zu denen auch soziale Netzwerkbetreiber oder Plattformen für user generated content wie Youtube gehören, ohne weiteres von der Haftungsprivilegierung des Art. 14 ECRL (bzw. § 10 TMG) erfasst, sodass sie erst ab Kenntnis eines rechtswidrigen Inhalts verantwortlich sind, oder dann, wenn „in bezug auf Schadenersatzansprüche, (...) er sich auch keiner Tatsachen oder Umstände bewusst (ist), aus denen die rechtswidrige Tätigkeit oder Information offensichtlich wird“ (Art. 14 Abs. 1 S. 1 b) ECRL) – was die Rechtsprechung entsprechend auf YouTube anwandte.¹ Der EuGH hat allerdings in der L’Oreal-Entscheidung deutlich gemacht, dass diese Privilegierung nur für passive, neutrale Hostprovider gilt, nicht für solche, die die Nutzer und Nutzerinnen aktiv unterstützen (z.B. durch Designhilfen für Angebote).² Von der Haftungsprivilegierung unberührt blieben von Anfang an Unterlassungsansprüche, in Deutschland aufgrund der Störerhaftung, die die Rechtsprechung in zahlreichen Entscheidungen detailliert ausgeformt hat, was hier nicht näher nachgezeichnet werden kann. Im Kern haftet ein

¹ OLG Hamburg Urte. v. 1.7.2015 – 5 U 87/12, MMR 2016, 269; OLG München Urte. v. 28.1.2016 – 29 U 2798/15, CR 2016, 750 = GRUR 2016, 612.

² EuGH Urte. v. 12.7.2011 – C-324/09, L’Oreal Rn. 116.

Hostprovider als Störer nach entsprechender Mitteilung durch den Geschädigten für die Zukunft (!) auf Unterlassung, wenn er zumutbare Prüf- und Kontrollpflichten verletzt (z.B. nicht verhindert, dass der Rechtsverletzer erneut gleichartige Inhalte auf den Server lädt).³ Festzuhalten ist aber, dass auch aus urheberrechtlicher Sicht der Hostprovider selbst keine Rechtsverletzung begeht in dem Sinne, dass er selbst Täter bzw. Verletzer eines Verwertungsrechts eines Rechteinhabers bzw. Rechteinhaberin ist; er war allenfalls fahrlässiger Nebentäter und konnte daher (abgesehen von der Störerhaftung) von der Haftungsprivilegierung nach Art. 14 ECRL bzw. § 10 TMG profitieren.

Diese Beurteilung änderte sich jedoch mit dem Wandel der EuGH-Rechtsprechung zum Recht auf öffentliches Zugänglichmachen, § 19a UrhG bzw. Art. 3 InfoSoc-RL⁴. In den Fällen *GS Media*, *Filmspeler* und *Pirate Bay*⁵ nahm der EuGH bereits die Verwertungshandlung weit hinein in den Bereich der Beihilfe und eigene Tathandlungen an.⁶ In concreto handelte es sich um das Setzen von Hyperlinks (*GS Media*), einer Plattform mit Empfehlungen zur Piraterie ohne selbst Inhalte zu hosten (*Pirate Bay*) oder Hardware-Produkte mit voreingestellter Software, die auf Piraterie-Plattformen führte.

Ob der EuGH im anhängigen *Youtube*-Verfahren⁷ ebenso entscheiden würde, ist zwar nicht ausgemacht, da hier – anders als bei *Filmspeler* und *Piratebay* – nicht unbedingt von einer zielgerichteten Förderung von urheberrechtsverletzenden Handlungen Dritter ausgegangen werden kann.⁸ Art. 17 Abs. 1 DSM-RL lässt sich aber in die Logik dieser Entscheidungen einpassen,

³ Einzelheiten bei *Spindler*, in: *Spindler/Schmitz*, TMG, 2. Aufl. 2018, § 7 TMG Rn. 41 ff. mit zahlreichen wNachw; s. auch *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (640 f.).

⁴ 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, ABl. L 167, S. 10 ff. vom 22.6.2001

⁵ EuGH Urt. v. 8.9.2016 – C-160/15, GRUR 2016, 1152 mAnm. *Ohly* – *GS Media/Sanoma* ua.; EuGH v. 26.4.2017 – C-527/15, GRUR 2017, 610 mAnm. *Neubauer/Soppe* – *Stichting Brein/Wullems* [Filmspeler]; EuGH v. 14.6.2017 – C-610/15, GRUR 2017, 790 mAnm. *Leistner*, GRUR 2017, 755 – *Stichting Brein/Ziggo* ua. [The Pirate Bay].

⁶ Krit. hierzu zu Recht *Leistner*, GRUR 2017, 755; *Leistner*, ZUM 2016, 580, 583; *Leistner*, ZUM 2016, 980; *Ohly*, GRUR 2016, 1155, die von einem Ersatzgesetzgeber sprechen.

⁷ S. dazu die anhängigen Verfahren Rs. C-682/18 – YouTube und Rs. C-683/18 – Elsevier; zum Vorlagebeschluss: BGH Beschl. v. 13.9.2018 – I ZR 140/15, CR 2019, 100 ff. – Youtube.

⁸ Auch der vorlegende BGH sieht eine eigene Tatbestandshandlung durch Plattformen wie Youtube wegen mangelnder Kenntnis und Automatisierung nicht als gegeben; BGH Beschl. v. 13.9.2018 – I ZR 140/15, CR 2019, 100 Rn. 30 ff. mAnm. *Ohly* – Youtube; aA offenbar *Stieper* ZUM 2019, 211 (216 f.).

sofern man ein allgemeines Bewusstsein des Plattformanbieters genügen lässt und fehlende Neutralität⁹ unterstellt.¹⁰

2. Systematik des Art. 17 DSM-RL

Um die Vereinbarkeit von Art. 17 DSM-RL mit primären Europarecht¹¹ zu überprüfen, muss zunächst die Systematik von Art. 17 DSM-RL im Hinblick auf die Pflichten der Provider im Sinne von Art. 2 Abs. 6 DSM-RL („Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“)¹² herausgearbeitet werden:

- a) *Definition der Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten*
 - (1) *Vielzahl von Inhalten in organisierter Form*

Der Diensteanbieter nach Art. 2 Abs. 6 DSM-RL soll sich dadurch auszeichnen, dass zumindest „einer der Hauptzwecke darin besteht, eine große Menge an von Nutzern hochgeladenen, urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen, wobei der Anbieter diese Inhalte organisiert und zum Zwecke der Gewinnerzielung bewirbt“. Offenbar kommt es demnach nicht auf die Zahl der Nutzer und Nutzerinnen selbst, sondern die „große Menge“ an urheberrechtlichen geschützten Werken an.¹³

Ferner müssen die *Inhalte organisiert* sein; was hierunter zu verstehen ist, wird von der DSM-RL nicht näher präzisiert. Genügen dürfte es hier schon, wenn eine Suchfunktion für die Suche nach bestimmten Inhalten vorgehalten wird, ebenso die Schaffung von bestimmten Kategorien, unter denen Inhalte zu finden sind.¹⁴ Schließlich muss der Anbieter die Inhalte „bewerben“. Darunter ist entgegen der missverständlichen Formulierung nicht zu verstehen, dass der Anbieter die konkreten Inhalte (des *user generated content*) bewirbt, damit Dritte dann diese Inhalte aufrufen, sondern selbst begleitende Werbung zu diesen Inhalten schaltet.¹⁵ Selbst Nachrichtendienste, die den Nutzer und Nutzerinnen Kommentare erlauben, könnten also darunterfallen, da

⁹ Dieses Merkmal hatte der EuGH im Hinblick auf Art. 14 E-Commerce-RL ausdrücklich betont, EuGH, v. 12.7.2011 - C-324/09, CR 2011, 597 Rn. 113 ff. - L'Oréal/eBay u.a.; EuGH, v. 23.3.2010 - C-236/08, CR 2010, 318 n. 114 ff. - Google France SARL u.a./Louis Vuitton Malletier SA u.a.; zum Ganzen ausführlich mwNachw *Spindler* in: *Spindler/Schmitz*, TMG, 2. Aufl. 2018 § 10 Rn 16, § 7 Rn. 8 ff., Vor § 7 Rn. 15; ferner *Ott*, K&R 2012, 387 ff.; *Leistner*, ZUM 2012, 722, 724 f.

¹⁰ Insofern zu weitgehend *F.Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1222), der meint, dass schon zuvor die jetzt in Art. 17 DSM-RL geregelte Haftung zusammen mit der Störerhaftung auf die Verantwortlichkeit der Plattformen hinauslief; *F.Hofmann*, ZUM 2019, 617 (623); ähnlich auch *C.Volkman* CR 2019, 376 (377) Rn. 8.

¹¹ Sekundäres Europarecht muss hier aus der Betrachtung ausgeblendet werden, da die DSM-RL andere Richtlinien oder Verordnungen als *lex posterior* verdrängen kann.

¹² Im Folgenden wird zur Vereinfachung anstelle des Begriffs „Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten“ nur der Terminus „Hostprovider“ verwandt.

¹³ Allerdings verweist ErwGr 63 wiederum auch auf das Publikum, um Art. 2 Nr. 6 RL zu präzisieren.

¹⁴ Zust. *Peters/Schmidt* GRUR Int. 2019, 1006 (1006).

¹⁵ Zust. *F.Hofmann*, ZUM 2019, 617 (628).

auch Texte Urheberrechtsschutz genießen und per se unter bestimmten Kategorien mit vielen Nutzer und Nutzerinnen geteilt und oft mit Werbung verbunden werden.

Zwar würden Dienste wie *Rapidshare*, die selbst nicht über Suchfunktionen verfügen (daher nicht organisieren) oder die nicht spezifisch bei Inhalten Werbung platzieren, nicht unter die DSM-RL fallen – was im Hinblick auf die Zahl der dortigen Urheberrechtsverletzungen eigenartig anmutet. Jedoch trägt dem ErwGr 62 DSM-RL Rechnung, der am Ende explizit darauf verweist, dass “das Verfahren zur Freistellung von der Verantwortlichkeit gemäß dieser Richtlinie nicht für Diensteanbieter gelten (soll), deren Hauptzweck es ist, sich an Urheberrechtsverletzungen zu beteiligen oder sie zu erleichtern.”

(2) Negative Abgrenzung

Angesichts der potenziell großen Reichweite bemüht sich Art. 2 Nr. 6 UAbs. 2 DSM-RL aber auch um eine negative Abgrenzung. Dabei kann als generelles Kriterium ErwGr 62 herangezogen werden, der verdeutlicht, dass keine Dienste betroffen sein sollen,

“deren wichtigster Zweck ein anderer ist als der, Nutzern das Hochladen und Weiterleiten einer großen Menge von urheberrechtlich geschützten Inhalten zu ermöglichen, um aus dieser Tätigkeit Gewinne zu ziehen.”

Demnach sollen alle *nicht-kommerziellen Angebote* ausgenommen bleiben, mit Blick auf *Wikipedia* insbesondere non-profit Online-Enzyklopädien, aber auch wissenschaftliche Repositorien. Ebenso sollen Plattformen für Open Source Software ausgenommen werden, selbst kommerzielle Plattformen wie „Online-Marktplätze“. Entscheidend ist anscheinend im Hinblick auf die letztgenannte Ausnahme, dass andere Inhalte als *user generated content* im Wesentlichen entgeltlich vertrieben werden; denn auch hier sind Plattformen für *user-generated content* ohne Weiteres denkbar. Die Probleme der Abgrenzung werden ferner deutlich, wenn die Anbieter elektronischer Kommunikationsdienste gem. RL 2018/1972¹⁶ ausgenommen sein sollen (OTT-Dienste), womit dann auch *WhatsApp-Gruppen* als nummergebundener interpersoneller Kommunikationsdienst nicht mehr unter die DSM-RL fielen,¹⁷ auch wenn sie bei genügend großen Gruppen die gleichen Funktionen wie etwa ein Account unter *Facebook* hinsichtlich des Teilens von Inhalten erfüllen können.

¹⁶ Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Dezember 2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. L 321, 36 ff. v. 17.12.2018.

¹⁷ Zur Eigenschaft als OTT-Dienst: *Spindler* in *Spindler/Schmitz TMG*, 2. Aufl. 2018, § 1 Rn. 26 ff.; *Grünwald/Nüßling*, MMR 2016, 91, 92 f.

Nicht zu unterschätzen im Hinblick auf eine teleologische Auslegung ist dabei ErwGr 62, der verlangt, der hervorhebt, dass der Anwendungsbereich

„...sich nur auf Online-Dienste beziehen (soll), die auf dem Markt für Online-Inhalte eine wichtige Rolle spielen, indem sie mit anderen Online-Inhaltediensten, wie Audio- und VideoStreamingdiensten, um dieselben Zielgruppen konkurrieren“.

Damit könnten zahlreiche Dienste, die auch urheberrechtsgeschützte Inhalte verwenden, wie Dating bzw. Flirtportale mit Lichtbildern und Texten ihrer Nutzer und Nutzerinnen, aus dem Anwendungsbereich ausgenommen werden.¹⁸

(3) Cloud-Dienste

Last but not least sollen auch „Cloud-Dienste, die ihren Nutzer und Nutzerinnen das Hochladen von Inhalten für den Eigengebrauch ermöglichen, (...) keine Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten im Sinne dieser Richtlinie“ sein. So sinnvoll dies auf den ersten Blick klingt, und damit *GoogleDrive*, *MicrosoftOneDrive*, *iCloud* etc. aus dem Anwendungsbereich auszunehmen scheint, ergeben sich bei näherer Betrachtung doch erheblich Zweifel. Denn fast alle Clouddienste ermöglichen das Teilen von Inhalten, selbst das gleichzeitige Bearbeiten von Inhalten. Dienste wie *MicrosoftOneDrive* sind geradezu darauf ausgelegt, mit anderen Nutzern und Nutzerinnen Inhalte gemeinsam zu nutzen. Wie hier sinnvoll eine Abgrenzung erreicht werden soll, erscheint problematisch; allein eine vertragliche Festlegung der Nutzer und Nutzerinnen darauf, dass sie keine urheberrechtsgeschützten Inhalte mit anderen teilen dürfen, reicht kaum aus. Umgekehrt machen weder Lizenzvereinbarungen noch technische Maßnahmen einen Sinn, da damit die Arbeit auf den Clouddiensten erheblich beeinträchtigt würde. Letztlich fallen die Clouddienste aber aus dem Raster von Art. 17 Abs. 1, weil sie in den seltensten Fällen der Öffentlichkeit (Vielzahl von Personen) die Inhalte anbieten, sodass es *per se* an einer Verwertungshandlung fehlt.¹⁹

b) Eigenständige Verletzung von Verwertungsrechten durch Hostprovider, Art. 17 Abs. 1 DSM-RL

Ansatzpunkt von Art. 17 DSM-RL ist zunächst die Festlegung, dass auch der Hostprovider im Sinne von Art. 2 Abs. 6 DSM-RL das Recht auf öffentliches Zugänglichmachen nach Art. 3 InfoSoc-RL verletzt, auch wenn es sich um Inhalte Dritter handelt, die diese auf die Plattform des

¹⁸ So zutr. *Henrich*, <https://www.medienpolitik.net/2019/04/plattformen-werden-verantwortung-uebernehmen/>, zuletzt abgerufen am 17.4.2019; wie hier ebenfalls *Peters/Schmidt* GRUR Int. 2019, 1006 (1008).

¹⁹ AA *Peters/Schmidt* GRUR Int. 2019, 1006 (1007), allerdings ohne zu erläutern, worin die nötige Öffentlichkeit liegen soll.

Hostprovider heraufgeladen haben (user generated content). Damit wird die Tätigkeit des Hostproviders nicht wie bisher im nationalen Recht als Beihilfe bzw. akzessorische Handlung qualifiziert, sondern als eigenständige Verletzung der Rechte des Rechteinhabers bzw. Rechteinhaberin (eigene Täterschaft).²⁰ Ob Art. 17 DSM-RL eine konsequente Umsetzung der oben erwähnten EuGH-Rechtsprechung (GS Media, Filmspeler etc.) ist, kann aufgrund des nicht konkreten Rechtsverletzungsvorsatzes mit Fug und Recht bezweifelt werden,²¹ was letztlich der EuGH in der anhängigen Youtube-Rechtssache entscheiden wird.

Gem. Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 DSM-RL muss ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten die Erlaubnis von den in Art. 3 Abs. 1 und 2 InfoSoc-RL genannten Rechteinhabern und Rechteinhaberrinnen einholen, also von Urhebern, ausübenden Künstlern, Tonträger- und Filmherstellern sowie Sendeunternehmen. Eine Erstreckung dieses Einwilligungserfordernisses auf andere verwandte Schutzrechte wie namentlich den Lichtbildschutz gem. § 72 UrhG wird von der Richtlinie nicht verlangt und erscheint in Anbetracht der Komplexität der Vorschrift auch nicht erforderlich. Durch die Nichteinbeziehung einfacher Lichtbilder ließe sich zugleich die Problematik des Uploads fremder Fotos auf Plattformen wie Instagram – wenn auch nicht beseitigen, so doch immerhin – entschärfen.

c) Pflichtenprogramm der Hostprovider

Art. 17 DSM-RL schreibt im Kern zwei Pflichten von Host Providern im Sinne der Definition von Art. 2 Abs. 6 DSM-RL vor:

- primär die Pflicht zur Einholung von Lizenzen, Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL
- falls dies nicht gelingt, sekundär die Pflicht, das Zugänglichmachen von Inhalten Dritter, die Urheberrechte verletzen, zu verhindern, ohne die hierfür erforderlichen Maßnahmen näher zu präzisieren, Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL.

Zudem verlangt Art. 17 Abs. 4 c) DSM-RL, dass urheberrechtswidrige Inhalte Dritter, die auf die Plattform geladen wurden und über die der Provider benachrichtigt wurde, vom Provider

²⁰ S. auch *F.Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1219); *F.Hofmann*, ZUM 2019, 617 (620 f.); *Wandtke/Hauck*, ZUM 2019, 627 (629); *Pravemann* GRUR 2019, 783 (784); *C.Volkman* CR 2019, 376 (378) Rn. 11; *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (642), allerdings mit der kaum haltbaren Annahme, dass dann keine Störerhaftung mehr eingreifen würde – diese bleibt aber aufgrund der auf Unterlassung bezogenen Haftung nach wie vor bestehen.

²¹ Wie hier *Leistner*, ZUM 2016, 580 (586); dafür aber *F.Hofmann*, GRUR 2018, 21 (28), *F.Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1222); *F.Hofmann*, ZUM 2019, 617 (620, 623 f.); *Holzmüller*, ZUM 2017, 301 (302), *Stieper*, ZUM 2017, 132 (137 f.).

gelöscht bzw. gegenüber dem Zugriff Dritter gesperrt werden und auch in Zukunft nicht mehr auf die Plattform geladen werden können (notice-and-stay-down).²²

(1) Pflicht zur Überprüfung auf nötige Lizenzen (Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL)

Mit anderen Worten muss der Hostprovider im ersten Schritt zunächst überprüfen, ob Inhalte auf seiner Plattform einer Lizenz bedürfen; in diesem Fall muss er dann die nötigen Lizenzen einholen. Die Pflicht der Hostprovider, Lizenzen einzuholen, da sie generell als möglicher Verletzer des Rechts auf öffentliches Zugänglichmachen gelten, führt zunächst faktisch zu einer allgemeinen proaktiven Nachforschungspflicht der Provider auf ihren Plattformen, da sie ansonsten – vorbehaltlich Art. 17 Abs. 4 DSM-RL – urheberrechtlich verantwortlich sind.

In diesem Rahmen sind zwei Unterpflichten auseinanderzuhalten: die Pflicht, die Inhalte auf möglichen Bedarf an Lizenzen (bzw. Urheberrechtswidrigkeit) zu kontrollieren, und die Pflicht, für diese (!) festgestellten Inhalte sich um die Rechteeinholung zu kümmern (Lizenzeinholungspflicht). Für die Pflicht, die Inhalte zu kontrollieren, ist maßgeblich, ob der Hostprovider dies aus eigenem Antrieb heraus (proaktiv) oder erst aufgrund von Informationen durch die Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen tun muss. Darauf scheint vor allem Erwägungsgrund 66 hinzu deuten, der oftmals von zur Verfügung gestellten Informationen durch die Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen und die Zusammenarbeit mit Diensteanbietern spricht. Allerdings bezieht sich ErwGr 66 hier immer wieder darauf, dass damit die Inhalte Dritten nicht verfügbar sein sollten; damit bezieht sich ErwGr 66 offensichtlich auf Art. 17 Abs. 4 b) DRM-RL, der explizit darauf abstellt, dass die Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen entsprechende Informationen zur Verfügung stellen. Für die Pflicht, überhaupt erst zu eruieren, ob lizenzpflichtige Inhalte vorhanden sind, spielt Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL offenbar keine Rolle, da Art. 17 Abs. 4 DSM-RL eine gestufte Haftung vorsieht: Erst wenn alle Anstrengungen unternommen worden sind, Lizenzen einzuholen – was denknotwendig voraussetzt, dass vorher geprüft wurde, ob lizenzpflichtige Inhalte überhaupt vorhanden sind – und dies misslungen ist, erst dann greift Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL ein. Auf diese wichtige Unterscheidung und Systematik wird später zurückzukommen sein.

Für die geforderten ausreichenden Anstrengungen zur Einholung der Lizenzen bzw. Erlaubnisse (Art. 17 Abs. 4 a)) DSM-RL) ist das ernsthafte Bemühen des Diensteanbieters erforderlich, sei es mit Verwertungsgesellschaften oder einzelnen Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen, im

²² Hierzu näher *Spindler*, CR 2019, 277 (288); *F.Hofmann*, ZUM 2019, 617 (621 f.); auch *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (646)

Sinne von Kontaktaufnahmen und ernsthafter Verhandlungsbereitschaft. Dabei kommt es nicht darauf an, ob der Rechteinhaber und die Rechteinhaberin die Rechte für angemessene Vergütungen erteilen will; eine Pflicht zum Lizenzvertrag gibt es weder seitens des Rechteinhaber und Rechteinhaberinnens²³ noch seitens des Diensteanbieters²⁴ – allenfalls lassen sich hier kartellrechtliche Erwägungen anstellen. Ob der Mitgliedstaat einen Kontrahierungszwang vorsehen kann, erscheint angesichts des DSM-RL-Textes eher zweifelhaft.²⁵

Der Diensteanbieter muss aber keine übertriebenen Recherchen anstellen, um einen Rechteinhaber oder Rechteinhaberin zu ermitteln, etwa bei verwaisten Werken, da auch hier das Verhältnismäßigkeitsprinzip nach Art. 17 Abs. 5 DSM-RL greift. Besondere Probleme werfen hier urheberrechtlich geschützte Werke von Urhebern auf, die nicht professionell tätig sind, von Hobbyfotografen bis hin zu Amateurvideos oder Texten. Denn hier wird es in der Regel an entsprechenden Lizenzangeboten fehlen; oftmals wird es für den Hostprovider bereits schwierig sein, den Rechteinhaber oder die Rechteinhaberin zu ermitteln. Zu Recht wird auch hier darauf abgestellt, dass den Hostprovider keine überspannten Pflichten treffen dürfen. Jenseits einer kollektiven Lizenzierung nach Art. 12 DSM-RL²⁶ sollte es ausreichen, dass nicht-professionellen Urhebern eine „Monetarisierung“ durch Beteiligung an den Werbeeinnahmen angeboten wird.²⁷ Allein auf eine mutmaßliche Einwilligung – wie sie früher vom BGH etwa zur Rechtfertigung der Bildersuche bei Google herangezogen wurde²⁸ – kann seit der Entscheidung des EuGH in der Rechtssache Renckhoff²⁹ nicht mehr abgestellt werden.

Der Diensteanbieter ist aber verpflichtet, die Nachweise über seine Verhandlungsbereitschaft und seine Recherche nach Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen zu erbringen, was eine entsprechende Dokumentation erfordert. Im günstigsten Fall sollten die Lizenzen automatisiert abgefragt werden können – die DSM-RL sieht hier aber keine Verfahren vor.³⁰

²³ In ErwGr 61 DSM-RL wird am Ende ausdrücklich erwähnt, dass Rechteinhaber nicht verpflichtet seien, Lizenzen zu erteilen.

²⁴ ErwGr. 64 DSM-RL spricht insoweit nur davon, dass Diensteanbieter die Erlaubnis der Rechteinhaber „etwa durch den Abschluss einer Lizenzvereinbarung“ einholen „sollten“; wie hier *F.Hofmann*, ZUM 2019, 617 (620); Contra legem daher *Wandtke/Hauck*, ZUM 2019, 627 (630), die von einer Abschlusspflicht aufgrund der Anstrengungen nach Art. 17 Abs. 4 a) DSM-RL sprechen.

²⁵ Wie hier *F.Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1223 f.).

²⁶ Darauf stellt im Wesentlichen *Dreier*, GRUR 2019, 771 (777 f.) ab, erkennt aber auch die Grenzen dieses Ansatzes.

²⁷ Zutr. *F.Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1226).

²⁸ BGH Urt. v. 29.04.2010 - I ZR 69/08 GRUR 2010, 628 – Vorschaubilder; krit. dazu *Spindler* GRUR 2010, 785.

²⁹ EuGH Urt. v. 7.8.2018 – C-161/17 GRUR 2018, 911 – Renckhoff (Cordoba).

³⁰ Indes sieht Art. 17 Abs. 10 lediglich die zukünftige Erarbeitung weiterer Leitlinien zur Anwendung des Art. 17, insbes. Abs. 4 durch die Kommission und die verschiedenen Interessenträger vor.

In diesem Rahmen wird der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nach Art. 17 Abs. 5 DSM-RL zur Relativierung von Art. 17 Abs. 1 DSM-RL bzw. der Pflichten der Hostprovider im Sinne von moderaten Sorgfaltspflichten herangezogen, sodass eine umfassende Rechteklärung ex ante nicht erforderlich sei, da Hostprovider anders als klassische Rechteverwerter (Presse, Medien) keine lückenlose Kontrolle über Inhalte hätten.³¹ So sehr dies hinsichtlich der Rechteeinholung gelten mag (also dem Bemühen um Lizenzen), übersieht dies jedoch, dass Voraussetzung für jegliche Rechteeinholung zunächst die Überprüfung der Inhalte überhaupt auf ihre Urheberrechtswidrigkeit ist. Ohne eine Kontrolle aller Inhalte kann nicht geklärt werden, ob und wie viele Rechte eingeholt werden müssen. Eine nur stichprobenartig erfolgende Kontrolle wird von der DSM-RL nicht vorgesehen.

Dies gilt auch für eine teilweise vertretene Einschränkung der Pflicht nach Art. 17 Abs. 1 DSM-RL auf eine Kontrolle nur aufgrund vorheriger Benachrichtigung durch Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen.³² Dies steht im eindeutigen Widerspruch zur Systematik von Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL und Abs. 4 b) DSM-RL.³³

(2) Pflichten und Verantwortlichkeitsbegrenzung durch Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL

Diese Haftung wird in einem zweiten Schritt durch Art. 17 Abs. 4 DSM-RL begrenzt, dessen Pflichten in Abs. 4 a – c von denen in Art. 17 Abs. 1 DSM-RL zu trennen sind. Denn die hier in Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL vorgesehenen „Anstrengungen“, damit Inhalte, über die die Provider unterrichtet wurden, nicht verfügbar sind, greifen nur ein, wenn der Provider zuvor alle Anstrengungen zur Einholung einer Lizenz unternommen hat. Erst dann greifen die anderen Pflichten nach Art. 17 Abs. 4 b), c) DSM-RL ein – die durchaus auch als eine Art Haftungsprivilegierung gelesen werden können. Denn nach (!) erfolglosen Anstrengungen für eine Lizenz muss der Hostprovider zwar überwachen und prüfen, dass sich keine Inhalte auf seiner Plattform befinden, die gegen Rechte von Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen verstoßen – aber nur dann, wenn die Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen die nötigen Informationen hierfür bereitgestellt haben (Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL). Ohne Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL wäre der Provider grundsätzlich haftbar, wenn er nicht für alle relevanten Inhalte eine Lizenz eingeholt hätte. Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL beschränkt diese Haftung aber, indem die Anstrengungen eben nur für die vom

³¹ So *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1224).

³² So aber *C. Volkmann* CR 2019, 376 (378) Rn. 24 ff.

³³ S. dazu unten V.A.4.a)(2).

Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen bereitgestellten Informationen gelten sollen. Dabei zeigt ErwGr 66 Abs. 5 DSM-RL, dass die Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen aktiv diese Informationen mitteilen muss.³⁴ Dies heißt aber umgekehrt: Verfügt er über keine Informationen, muss er auch keine Anstrengungen nach Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL unternehmen.

Damit wird die eigentlich umfassende Nachforschungspflicht in Art. 17 Abs. 1 DSM-RL jedenfalls für die nachfolgende Haftung relativiert. Demgemäß ist es nicht fernliegend, in Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL lediglich eine Erweiterung der notice-and-stay-down Pflichten oder des notice-and-take-down Verfahrens nach Art. 14 ECRL zu sehen, quasi als Vorfeld-Schutz.³⁵ Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL entspräche damit einer Art vorgezogenen Benachrichtigung über alle relevanten Inhalte³⁶ – demgegenüber verlangt Art. 14 ECRL die Benachrichtigung des Providers über einen spezifischen, inkriminierten Inhalt, den der Provider dann auf seiner Plattform identifizieren kann.

Demgemäß ist es von vornherein unrichtig, in Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL eine allgemeine Pflicht zu Upload-Filtern zu sehen, die unabhängig (!!) von Informationen der Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen bestehen würde. Denn Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL bezieht die nötigen Anstrengungen eindeutig nur auf diese Informationen, nicht aber generell auf alle Inhalte, die auf der Plattform des Host-Providers gespeichert wurden.

Die Richtlinie nennt hier zwar keine automatischen Verfahren, sondern stellt allein in Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL darauf ab, dass der Hostprovider „nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen“ unternommen hat, um diese Inhalte nicht verfügbar zu machen. Aus Art. 17 Abs. 9 DSM-RL und der dort expliziten Vorgabe, dass die Beschwerden von Nutzer und Nutzerinnen durch Menschen zu prüfen sind, führt im Umkehrschluss dazu, dass zumindest automatisierte Upload-Filter zu den möglichen Maßnahmen nach Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL gehören können; im Beschwerdeverfahren nach Art. 17 Abs. 9 DSM-RL sind sie dagegen zwingend ausgeschlossen. Wie die hohen branchenüblichen Standards ermittelt werden sollen, wer hieran teilnimmt in welchem Verfahren, wird von der DSM-RL nicht weiter präzisiert.

Ferner erklärt die DSM-RL nicht, in welcher Form die Informationen bereitzustellen sind; natürlich wird hier eine maschinenlesbare Information am sinnvollsten sein, verlangen kann sie der

³⁴ Zust. *Peters/Schmidt* GRUR Int. 2019, 1006 (1009).

³⁵ *Pravemann* GRUR 2019, 783 (786) spricht zu Recht von einem „Notice-and-prevent“-Verfahren; s. auch *Wandtke/Hauck*, ZUM 2019, 627 (634).

³⁶ S. auch *F.Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1225).

Diensteanbieter aber nicht. Ob diese Informationen korrekt sind, muss der Diensteanbieter offenbar nicht prüfen, sodass auch jedes behauptete Urheberrecht genügen könnte; Gegenansprüche von Betroffenen sieht die DSM-RL nicht vor.³⁷

(3) Notice-and-stay-down

Darüber hinaus sieht Art. 17 Abs. 4 c) DSM-RL das aus der E-Commerce-RL bekannte Notice-and-take-down Verfahren vor, allerdings ausdrücklich erweitert um die Pflicht, ein erneutes Hochladen der urheberrechtsverletzenden Inhalte in Anwendung der Maßstäbe des Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL zu verhindern, mithin wieder nach den „hohen branchenüblichen Standards“ (*stay-down*). Die Pflicht wird jedoch nur bei einem „hinreichend begründeten Hinweis des Rechteinhabers“ ausgelöst, damit offenbar nicht bei Hinweisen durch Dritte (im Gegensatz zu Art. 14 E-Commerce-RL³⁸), aber auch nicht bei allgemein gehaltenen Hinweisen. Die Pflichten werden dabei unabhängig davon ausgelöst, ob der Diensteanbieter seinen Pflichten nach Art. 17 Abs. 4 a und b nachgekommen ist, ErwGr 66 UAbs. 6 DSM-RL.

Offen bleibt aus deutscher Sicht auch, ob etwa die Doktrin „kerngleicher“ Verstöße Anwendung finden sollte,³⁹ sodass auch ähnliche Inhalte vom Bann des „stay-down“ betroffen wären.⁴⁰ Ähnlich wie bei Art. 14 E-Commerce-RL sollte aufgrund der Nähe zu den allgemeinen Überwachungspflichten auch hier gelten, dass es die gleichen Inhalte sein müssen, da sonst der Automatisierung nur schwer zugängliche Kontrollen eingeführt werden müssten.⁴¹ In eine vergleichbare Richtung geht jetzt die Entscheidung des EuGH für Persönlichkeitsrecht in der Rechtssache Glawischnig-Piesczek.⁴²

Da der Diensteanbieter verpflichtet ist, den Upload von „sinngleichen“ oder ähnlichen Inhalten zu verhindern, ähnelt die Pflicht des notice-and-stay-down Verfahrens den präventiven

³⁷ Bislang sind derartige Fälle von missbräuchlichen „notices“ und Informationen wenig diskutiert, im Gegensatz etwa zur unberechtigten Schutzverwarnung, s. dazu in jüngerer Zeit BGH Urt. v. 1.12.2015 – X ZR 170/12, GRUR 2016, 630 Rdnr. 15 ff; s. dazu auch ausführlich BeckOGK/Spindler, 1.12.2019, BGB, § 823 Rn. 220 ff. m.w.N.

³⁸ Siehe dazu, Empfehlung der Kommission vom 1.3.2018 für wirksame Maßnahmen im Umgang mit illegalen Online-Inhalten, C(2018) 1177 final, Kap. I Nr. 4 f), Kap. II Nr. 5-8, die als Hinweisgeber jede natürliche Person oder Einrichtung vorsieht.

³⁹ Zur Kerntheorie etwa BGH Beschl. v. 3.4.2014 – I ZB 42/11, GRUR 2014, 706 mwN; BGH Urt. v. 12.7.2012 – I ZR 18/11, GRUR 2013, 370 Rn. 29 ff; BGH Urt. v. 17.8.2011 – I ZR 57/09, GRUR 2011, 1038 Rn 39; Specht in Dreier/Schulze (6. Aufl. 2018) UrhG § 97 Rn. 59, 67; zur Anwendung der Kerntheorie bei Bildberichterstattung, s. jüngst LG Frankfurt aM Beschl. v. 16.5.2018 – 2-03 O 270/17, ZUM 2019, 71, 72; BGH v. 23.6.2009 – VI ZR 232/08, ZUM-RD 2009, 499 Rn. 7 mwN.

⁴⁰ S. dazu etwa D.Holznagel CR 2017, 463 ff.

⁴¹ Siehe dazu Spindler in Spindler/Schmitz TMG, 2. Auflage 2018, § 7 Rn. 51 f. mwN.; Holznagel/Höfinger in Hoyer/Sieber, 44. EL 2017, Teil 18.1 Rn. 56 ff; Paal in BeckOK InfoMedienR, 23. Edition Stand: 01.02.2019, TMG § 7 Rn. 65.

⁴² EuGH Urt. v. 3.10.2019 – C-18/18 - Glawischnig-Piesczek; s. dazu auch Spindler, NJW 2019, 3274.

Verfahren in Art. 17 Abs. 4b) DSM-RL, allein mit dem Unterschied, dass für Art. 17 Abs. 4c) DSM-RL eine spezifische Nachricht bezogen auf einen bereits gespeicherten Inhalt erforderlich ist.

(4) Verhältnismäßigkeitsprinzip

Hinsichtlich der von Art. 17 Abs. 4 a – c) DSM-RL geforderten Anstrengungen greift aber auch das in Art. 17 Abs. 5 DSM-RL verankerte Verhältnismäßigkeitsprinzip ein. Demnach wird bei der

„Feststellung, ob der Diensteanbieter den in Absatz 4 festgelegten Verpflichtungen nachgekommen ist, (...) im Lichte des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit unter anderem Folgendes berücksichtigt:

- a) die Art, das Publikum und der Umfang der Dienste sowie die Art der von den Nutzern des Dienstes hochgeladenen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände; und
- b) die Verfügbarkeit geeigneter und wirksamer Mittel und die Kosten, die den Anbietern dieser Dienste hierfür entstehen.“

Nach Einschätzungen einiger Autoren⁴³ sollen damit etwa kleinere oder junge Unternehmen nicht den gleichen Standards wie größeren Unternehmen unterliegen, sogar gänzlich von der Pflicht nach Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL ausgenommen sein – sofern nicht andere Kriterien dies ausgleichen, etwa wie die Art der hochgeladenen Werke. Dies lässt sich allerdings schwerlich mit Art. 17 Abs. 6 DSM-RL – der Ausnahme für Start-Ups – vereinbaren,⁴⁴ die im Richtliniengebungsverfahren in ihrer Ausgestaltung heftig umstritten war und damit abschließend Ausnahmen für kleine oder jüngere Unternehmen festschreibt.

Allerdings ist auch das Verhältnis von Art. 17 Abs. 4 zu Abs. 5 DSM-RL nicht völlig klar: Da im Zivilrecht (und damit auch im Urheberrecht (außerhalb des Urheberstrafrechts)) *objektive Verhaltensstandards* maßgeblich sind,⁴⁵ ist offen, welche Rolle Art. 17 Abs. 5 DSM-RL spielen soll. Es kann keinesfalls um die Bestimmung eines „individuellen Schuldvorwurfs“ gehen, da damit die Sorgfaltsanforderungen konterkariert werden. Andererseits spricht Art. 17 Abs. 5 DSM-RL nicht explizit davon, dass diese Kriterien bei der Bestimmung der Standards berücksichtigt

⁴³ So etwa *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (643 f.); wohl auch *F.Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1227).

⁴⁴ S. dazu unten V.B.3.b)(1).

⁴⁵ Siehe etwa *Lorenz* in BeckOK/BGB (49. Edition Stand: 01.02.2019) BGB § 276 Rn. 5, 20 f. mwN; *Schaub* in BeckOGK/BGB, Stand: 01.03.2019, § 276, Rn. 72 ff.; siehe ferner *Spindler* in *Spindler/Schuster*, 4. Aufl., im Erscheinen, § 97 Rn 19; *Specht* in *Dreier/Schulze*, 6. Aufl. 2018, UrhG § 97 Rn. 58.

werden sollen, sondern „nur“ im Hinblick auf die Frage, ob der Diensteanbieter den Anforderungen nachgekommen ist. Entweder werden dadurch die hohen branchenüblichen Standards zugunsten einer Einzelfallbetrachtung entwertet oder es handelt sich um eine Art Zweistufen-Betrachtung, die – wie gesagt – nicht der üblichen zivilrechtlichen Dogmatik entspricht. Dabei hält ErwGr 66 UAbs. 4 DSM-RL sogar fest, dass es „nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Verfügbarkeit nicht genehmigter Inhalte in manchen Fällen nur vermieden werden kann, wenn die Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen den Anbieter benachrichtigt haben“, mit anderen Worten keine den Kriterien entsprechenden Technologien zur Verfügung stehen.

Schließlich ist anders als in Art. 17 Abs. 4 unklar, wer die Darlegungs- und Beweislast für die jeweiligen Faktoren trägt: Eine generelle Aussage verbietet sich hier, da Art. 17 Abs. 5 DSM-RL sowohl *verschärfend* als auch *entlastend* wirken kann. Je nachdem sollte auch die entsprechende Beweislast verteilt werden.

d) *Schranken zugunsten der Nutzer und Nutzerinnen*

Hinsichtlich der Schranken zugunsten der Nutzer und Nutzerinnen sieht Art. 17 Abs. 7 DSM-RL vor, dass Nutzer und Nutzerinnen sich jederzeit auf zu ihren Gunsten eingreifende Schranken des Zitatrechts, der Kritik und der Rezension (Art. 17 Abs. 7 a) DSM-RL) sowie der Nutzung zum Zweck von Karikaturen, Parodien und Pastiches (lit. b) berufen können. Die Rechte der Nutzer und Nutzerinnen sollen durch ein Beschwerdeverfahren gewährleistet werden, Art. 17 Abs. 9 DSM-RL. Im Rahmen dieses Beschwerdeverfahrens ist schließlich von Bedeutung, dass Art. 17 Abs. 9 DSM-RL vorsieht, dass

„Im Rahmen des in Unterabsatz 1 vorgesehenen Verfahrens eingereichte Beschwerden sind unverzüglich zu bearbeiten, und Entscheidungen über die Sperrung des Zugangs zu hochgeladenen Inhalten bzw. über die Entfernung hochgeladener Inhalte sind einer von Menschen durchgeführten Überprüfung zu unterziehen.“

Damit versucht die DSM-RL den Spagat zwischen (automatisiertem) Urheberrechtsschutz einerseits und der Gewährleistung von Schranken und Meinungsfreiheit andererseits in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL, was durch ErwGr 70 Abs. 1 DSM-RL gerade im Hinblick auf die EU-Grundrechtscharta nochmals betont wird. Demnach sollen die Maßnahmen nicht bewirken, dass urheberrechtlich freie Werke oder solche, die unter Schranken fallen, nicht verfügbar sind.

Andere Schranken, etwa die Wissenschaftsschranke nach Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL werden leider nicht erwähnt, sodass diese hiervon nicht erfasst werden, was allerdings schwer verständlich wäre, da Art. 17 DSM-RL sich nur auf urheberrechtlich geschützte Werke beziehen kann, weshalb alle Schranken des Art. 5 InfoSoc-RL Anwendung finden müssen – und nicht nur die in

Art. 17 Abs. 7 genannten, auch wenn diese am ehesten relevant sein werden. Zwar werden auch diese Schranken dann eingreifen, sodass es sich nicht um urheberrechtswidrige Inhalte handelt; nur kann der Nutzer und Nutzerinnen sich nicht auf sie berufen und durchsetzen, da Art. 17 Abs. 7, 9 DSM-RL nur die genannten Schranken aufführt.

e) Verbot der allgemeinen Überwachungspflichten und Verhältnis zur E-Commerce-RL

Art. 17 Abs. 8 DSM-RL wiederum erklärt, dass

„Die Anwendung dieses Artikels (...) nicht zu einer Pflicht zur allgemeinen Überwachung führen (darf).“

Ferner bestimmt Art. 17 Abs. 3 DSM-RL das Verhältnis zur Haftungsprivilegierung in Art. 14 der E-Commerce-RL:

„(3) Nimmt ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder der öffentlichen Zugänglichmachung unter den in diesem Artikel festgelegten Bedingungen vor, so findet die Beschränkung der Verantwortlichkeit nach Artikel 14 Absatz 1 der Richtlinie 2000/31/EG auf die in diesem Artikel beschriebenen Situationen keine Anwendung.“

Unterabsatz 1 des vorliegenden Absatzes lässt die mögliche Anwendung von Artikel 14 Absatz 1 der Richtlinie 2000/31/EG auf die Anbieter derartiger Dienste für Zwecke außerhalb des Geltungsbereichs dieser Richtlinie unberührt.“

Ob dieser Ausschluss der allgemeinen Überwachungspflichten europarechtlich genügt, um den verfassungsrechtlich begründeten Anforderungen des EuGH standzuhalten, wird noch zu überprüfen sein.⁴⁶

f) Einfluss des Stakeholder-Dialogs und der Leitlinien der Kommission auf Art. 17 DSM-RL

Schließlich sieht Art. 17 Abs. 10 DSM-RL einen von der Kommission einzusetzenden Dialog mit den Stakeholdern – also Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen, Diensteanbietervertreter, aber auch Organisationen der Nutzer und Nutzerinnen – vor, damit die Kommission Leitlinien zur Ausgestaltung des Verfahrens nach Art. 17 Abs. 4 DSM-RL bzw. zur Auslegung erarbeiten soll. Dabei sollen *expressis verbis* auch die Grundrechte der Betroffenen berücksichtigt werden.

⁴⁶ S. unten V.A.4.

3. Betroffene Grundrechte

Aus der geschilderten Struktur des Art. 17 DSM-RL werden die betroffenen Grundrechte in ihrem mehrseitigen Verhältnis (Nutzer und Nutzerinnen – Plattform – Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen – drittbetroffene Nutzer und Nutzerinnen (Inhalte abrufende Nutzer und Nutzerinnen) deutlich.⁴⁷

Zunächst sind unmittelbar die Plattformbetreiber in ihren Grundrechten auf Berufsfreiheit bzw. Unternehmerische Freiheit (Art. 15, 16) und ihrer Eigentumsfreiheit Art. 17 EU-Grundrechtscharta betroffen. Denn die ihnen auferlegten Pflichten resultieren in entsprechenden Kosten und belasten ihre Geschäftsmodelle. Nicht umsonst hat der EU-Richtlinienggeber entsprechende Ausnahmen für Start Ups, Art. 17 Abs. 6 DSM-RL, sowie einen allgemeinen Verhältnismäßigkeitsmaßstab in Art. 17 Abs. 5 DSM-RL aufgenommen, der auch auf den konkreten Betrieb und Umfang einer Plattform rekurriert.

Ferner sind selbstverständlich die Rechte der Nutzer und Nutzerinnen, die Inhalte auf die Plattformen hochladen, in ihrem Grundrecht auf Meinungsfreiheit, Art. 11 EU-Grundrechtscharta berührt. Ferner können diese Nutzer und Nutzerinnen auch in ihren datenschutzrechtlichen Grundrechten, Art. 8 EU-Grundrechtscharta betroffen sein, da das Blockieren von Inhalten unter Umständen die Identifizierung des jeweiligen Nutzers und Nutzerin erfordert; gleiches gilt für den Fall, indem der Provider eine Lizenz einholen muss, die dem jeweiligen Nutzer und Nutzerinnen zugutekommen soll.

Aber auch dritte Nutzer und Nutzerinnen, die selbst zwar keine Inhalte hochladen, aber Inhalte anderer Nutzer und Nutzerinnen betrachten oder nutzen, sind in ihrer Informationsfreiheit (Art. 11 EU-Grundrechtscharta) betroffen, da sie nicht frei Inhalte anderer erhalten können. Wie der EuGH schon in der SABAM/Netlog-Entscheidung⁴⁸ und später (Access-Provider betreffenden) Entscheidung UPC Telekabel⁴⁹ festgestellt hat, sind die Rechte Dritter ebenfalls durch derartige Maßnahmen tangiert.

Auf der „Gegenseite“ stehen die Grundrechte der Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen aus Art. 17 EU-Grundrechtscharta als Eigentumsrecht, aber auch Art. 7 EU-Grundrechtscharta als Persönlichkeitsrecht, sofern die eigentlichen Urheberinnen und Urheber betroffen sind (und nicht nur Rechteverwerter).

⁴⁷ Ähnlich auch *F. Hofmann*, ZUM 2019, 617 (625 f.)

⁴⁸ EuGH Urt. v. 16.2.2012 – C-360/10, MMR 2012, 334 – SABAM vs. Netlog.

⁴⁹ EuGH Urt. v. 27.3.2014 – C-314/12 – UPC Telekabel.

4. Das Verbot von allgemeinen Überwachungspflichten und Art. 17 DSM-RL
 - a) *Allgemeine Überwachungspflichten und die EU-Grundrechtscharta*
 - (1) *Ableitung aus EU-Grundrechten*

Einschlägig und abgeleitet aus den genannten Grundrechten ist insbesondere das *Netlog-Urteil* des EuGH.⁵⁰ In dem Verfahren ging es um eine Klage einer belgischen Verwertungsgesellschaft gegen einen Hostprovider (soziales Netzwerk), welche diesen verpflichten sollte, proaktiv alle Datenübermittlungen bzw. Aktivitäten darauf hin zu untersuchen, ob Urheberrechtsverletzungen vorliegen.

Der EuGH zog in seinem Netlog-Urteil ausdrücklich die in der EU-Grundrechtscharta verbrieften Rechte der Meinungs- und Informationsfreiheiten heran (und beschränkte sich nicht auf das Sekundärrecht), um ein allgemeines Überwachungsverfahren, wie es die belgische Verwertungsgesellschaft *SABAM* gegenüber *Netlog* – einem Hostprovider – verlangte, für unzulässig zu erklären. Für das verlangte Filtersystem stellte der EuGH zunächst fest:

„36 In diesem Zusammenhang steht fest, dass die Einführung des Filtersystems bedeuten würde,

— dass der Hosting-Anbieter zunächst unter sämtlichen Dateien, die von den Nutzern und Nutzerinnen seiner Dienste auf seinen Servern gespeichert werden, die Dateien ermittelt, die Werke enthalten können, an denen Inhaber von Rechten des geistigen Eigentums Rechte zu haben behaupten,

— dass er sodann ermittelt, welche dieser Dateien in unzulässiger Weise gespeichert und der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden, und

— dass er schließlich die Zurverfügungstellung von Dateien, die er als unzulässig eingestuft hat,

blockiert.

37 Somit würde eine solche präventive Überwachung eine aktive Beobachtung der von den Nutzer und Nutzerinnen beim Hosting-Anbieter gespeicherten Dateien erfordern, und sie würde sowohl fast alle auf diese Weise gespeicherten Informationen als auch sämtliche Nutzer und Nutzerinnen der Dienste dieses Anbieters betreffen (vgl. entsprechend Urteil *Scarlet Extended*, Randnr. 39).

⁵⁰ EuGH Urt. v. 16.2.2012 – C-360/10, MMR 2012, 334 - SABAM vs. Netlog.

38 Angesichts des Vorstehenden ist festzustellen, dass die dem Hosting-Anbieter auferlegte Anordnung, das streitige Filtersystem einzurichten, ihn verpflichten würde, eine aktive Überwachung fast aller Daten sämtlicher Nutzer und Nutzerinnen seiner Dienste vorzunehmen, um jeder künftigen Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums vorzubeugen. Daraus folgt, dass diese Anordnung den Hosting-Anbieter zu einer allgemeinen Überwachung verpflichten würde, die nach Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 verboten ist (vgl. entsprechend Urteil *Scarlet Extended*, Randnr. 40).“

Diese Feststellungen sind für die vorliegende Frage der Europarechtswidrigkeit von Art. 17 DSM-RL von besonderem Interesse, da sie die Nähe der damals untersuchten Pflichten zu denjenigen des Art. 17 DSM-RL aufzeigen.

Der EuGH hält hinsichtlich der betroffenen Grundrechte in Fortführung der in der Entscheidung *Promusicae* bereits herausgearbeiteten Grundsätze fest, dass der Schutz des Rechts am geistigen Eigentum nach Art. 17 Abs. 2 EU-Grundrechtscharta nicht schranken- und bedingungslos gewährleistet wird, insbesondere eine Abwägung gegenüber Grundrechten anderer Betroffener vorzunehmen ist.⁵¹ Dementsprechend betont der EuGH im *Netlog*-Urteil:

„44 Unter Umständen wie denen des Ausgangsverfahrens müssen die nationalen Behörden und Gerichte daher insbesondere ein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Schutz des Rechts am geistigen Eigentum, den Inhaber von Urheberrechten genießen, und dem Schutz der unternehmerischen Freiheit, der Wirtschaftsteilnehmern wie den Hosting-Anbietern nach Art. 16 der Charta zukommt, sicherstellen (vgl. Urteil *Scarlet Extended*, Randnr. 46).“

Für die Grundrechte der Host-Provider hält der EuGH eine solche Pflicht zur allgemeinen Recherche bzw. Überprüfung der Inhalte für grundrechtswidrig:

„46 Somit würde eine solche Anordnung zu einer qualifizierten Beeinträchtigung der unternehmerischen Freiheit des Hosting-Anbieters führen, da sie ihn verpflichten würde, ein kompliziertes, kostspieliges, auf Dauer angelegtes und allein auf seine Kosten betriebenes Informatiksystem einzurichten, was im Übrigen gegen die Voraussetzungen von Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2004/48 verstieße, wonach die Maßnahmen zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums nicht unnötig kompliziert oder kostspielig sein dürfen (vgl. entsprechend Urteil *Scarlet Extended*, Randnr. 48).

⁵¹ EuGH v. 16.2.2012 – C-360/10, MMR 2012, 334 – *SABAM vs. Netlog* Rn. 41 f.; EuGH Urt.v. 29.1.2008 – C 275/06, – *Promusicae*, Slg. 2008, I-271, Rn. 62 – 68, insbesondere Rn. 68; jüngst wiederum bestätigt in EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17 Rn. 56 ff. – *Spiegel Online*.

47 Unter diesen Umständen ist festzustellen, dass die Anordnung, das streitige Filtersystem einzurichten, als Missachtung des Erfordernisses der Gewährleistung eines angemessenen Gleichgewichts zwischen dem Schutz des Rechts am geistigen Eigentum, das Inhaber von Urheberrechten genießen, und dem Schutz der unternehmerischen Freiheit, der Wirtschaftsteilnehmern wie den Hosting-Anbietern zukommt, einzustufen ist (vgl. entsprechend Urteil Scarlet Extended, Randnr. 49).“

Aber nicht nur die Grundrechte der Provider sieht der EuGH als unverhältnismäßig beeinträchtigt an, sondern auch diejenigen der Nutzer und Nutzerinnen:

„48 Darüber hinaus würden sich die Wirkungen dieser Anordnung nicht auf den Hosting-Anbieter beschränken, weil das streitige Filtersystem auch Grundrechte der Nutzer der Dienste dieses Anbieters beeinträchtigen kann, und zwar ihre durch die Art. 8 und 11 der Charta geschützten Rechte auf den Schutz personenbezogener Daten und auf freien Empfang oder freie Sendung von Informationen.

49 Die Anordnung, das streitige Filtersystem einzurichten, würde nämlich zum einen die Ermittlung, systematische Prüfung und Verarbeitung der Informationen in Bezug auf die auf dem sozialen Netzwerk von dessen Nutzern geschaffenen Profile bedeuten, wobei es sich bei den Informationen in Bezug auf diese Profile um geschützte personenbezogene Daten handelt, da sie grundsätzlich die Identifizierung der genannten Nutzer ermöglichen (vgl. entsprechend Urteil Scarlet Extended, Randnr. 51).

50 Zum anderen könnte die fragliche Anordnung die Informationsfreiheit beeinträchtigen, weil die Gefahr bestünde, dass das System nicht hinreichend zwischen einem unzulässigen und einem zulässigen Inhalt unterscheiden kann, sodass sein Einsatz zur Sperrung von Kommunikationen mit zulässigem Inhalt führen könnte. Denn es ist unbestritten, dass die Antwort auf die Frage der Zulässigkeit einer Übertragung auch von der Anwendung gesetzlicher Ausnahmen vom Urheberrecht abhängt, die von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat variieren. Ferner können bestimmte Werke in bestimmten Mitgliedstaaten gemeinfrei sein, oder sie können von den fraglichen Urhebern kostenlos ins Internet gestellt worden sein (vgl. entsprechend Urteil Scarlet Extended, Randnr. 52).“⁵²

Diese Interpretation des Verbots der allgemeinen Überwachungspflichten entspricht weitgehend der schon zuvor in Deutschland abgeleiteten Unterscheidung von allgemeinen und spezifischen

⁵² EuGH v. 16.2.2012 – C-360/10, MMR 2012, 334 - SABAM vs. Netlog.

Überwachungspflichten: Dabei wurde teilweise von „proaktiven Überwachungspflichten“ gesprochen, der dem Verbot des § 7 Abs. 2 bzw. Art. 15 Abs. 1 ECRL unterfallen würden.⁵³ Entscheidend ist dabei weniger die Quantität an Kontrollen, als vielmehr ob sie aus einem konkret zu bestimmenden Anlass erfolgt oder anlassunabhängig.⁵⁴ Das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten bezieht sich auf die nicht veranlasste, alle Inhalte betreffende Kontrolle des Angebots. Nicht von dem Verbot erfasst sind demgegenüber Pflichten, die dem Anbieter gerichtlich oder behördlich auferlegt werden⁵⁵ und aus Anlass eines konkreten Falles etwa von ihm verlangen, eine konkrete Rechtsverletzung zu beseitigen. Demgegenüber werden spezifische, einer Anordnung nachfolgende Überwachungspflichten zur Verhinderung gleicher Rechtsverstöße („stay-down“) nicht von dem Verbot der anlassunabhängigen Überwachungspflichten erfasst⁵⁶ - was der EuGH in der sogleich zu besprechenden Entscheidung *Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland* bestätigt hat.⁵⁷

Allerdings erlaubt Art. 15 Abs. 2 ECRL es (nur!) den nationalen Behörden, die Anbieter zur Unterrichtung über mutmaßlich rechtswidrige Tätigkeiten oder Informationen zu verpflichten, ohne dass diese Anordnungsmöglichkeit auf Straftaten oder bestimmte Kategorien von Tätigkeiten beschränkt wäre.⁵⁸ Auf privatrechtliche Beziehungen findet diese Ausnahme jedoch keine Anwendung.

⁵³ OLG Hamburg Urt. v. 22.8.2006 - 7 U 50/06, MMR 2006, 744, 747; MünchKommStGB/*Altenhain*, § 7 TMG Rn. 6; Spindler/Schuster/*Hoffmann*, § 7 TMG Rn. 33 ff.; Hoeren/Sieber/*Holznagel/Sieber/Höfinger*, 44. EL 2017, Teil 18.1 Rn. 54 ff.; *Leistner*, ZUM 2012, 722, 724 unter Verweis auf die Rspr. seit BGH Urt. v. 12.7.2007 - I ZR 18/04, BGHZ 173, 188, 202 = MMR 2007, 634, 637 mAnm *Köster/Jürgens* – Jugendgefährdende Medien bei eBay.

⁵⁴ StRspr BGH Urt. v. 11.3.2004 - I ZR 304/01, BGHZ 158, 236, 251 f. = MMR 2004, 668, 671 f. mAnm *Hoeren* – Internet-Versteigerung I; BGH Urt. v. 19.4.2007 - I ZR 35/04, BGHZ 172, 119, 134 = MMR 2007, 507, 511 mAnm *Spindler* – Internet-Versteigerung II; BGH Urt. v. 30. 4. 2008 - I ZR 73/05, GRUR 2008, 702, 705 – Internet-Versteigerung III; BGH Urt. v. 22. 7. 2010 - I ZR 139/08, GRUR 2011, 152 Rn. 48 – Kinderhochstühle im Internet I, dazu *Spindler*, GRUR 2011, 101; BGHZ 191, 19 Rn. 21 = GRUR 2011, 1038 – Stiftparfüm; BGH Urt. v. 12. 7. 2012 – I ZR 18/11, BGHZ 194, 339 Rn. 19 = GRUR 2013, 370 mAnm *Hühner* – Alone in the Dark; BGH Urt. v. 16. 5. 2013 – I ZR 216/11, GRUR 2013, 1229 Rn. 35 – Kinderhochstühle im Internet II; BGH Urt. v. 5.2.2015 – I ZR 240/12, GRUR 2015, 485 Rn. 51 – Kinderhochstühle im Internet III; BGH Urt. v. 19.3.2015 – I ZR 94/13, GRUR 2015, 1129 Rn. 37- Hotelbewertungsportal, BGH Urt. v. 1.3.2016 – VI ZR 34/15, BGHZ 209, 139 Rn. 23 = GRUR 2016, 855 – Ärztebewertung III (*jameda.de*).

⁵⁵ Erwägungsgrund Nr. 47 der RL 200/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 8.6.2000 über bestimmte rechtliche Aspekte der Dienste der Informationsgesellschaft, insbesondere des elektronischen Geschäftsverkehrs, im Binnenmarkt (ECRL), ABl. Nr. L 178 v. 17.7.2000, S. 1, 6; Begr. RegE zu § 8 Abs. 2 S. 1 TDG, BT-Drs. 14/6098, S. 23; BeckRTD-Komm/*Jandt*, § 7 TMG Rn. 44; BeckOK InfoMedienR/*Paal*, § 7 TMG Rn. 52.

⁵⁶ BGH Urt. v. 11.3.2004 - I ZR 304/01, BGHZ 158, 236, 252 = MMR 2004, 668, 671 f. mAnm *Hoeren* – Internet-Versteigerung I; BGH Urt. v. 17. 8. 2011 - I ZR 57/09, BGHZ 191, 19 Rn. 25 ff. = GRUR 2011, 1038 – Stiftparfüm; BGHZ 194, 339 Rn. 31 = GRUR 2013, 370 mAnm *Hühner* – Alone in the Dark; BGH Urt. v. 16. 5. 2013 – I ZR 216/11, GRUR 2013, 1229 Rn. 44 – Kinderhochstühle im Internet II; zum Umfang der spezifischen Prüfungspflichten *Holznagel*, Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung, S. 109 ff.; v. *Samson-Himmelstjerna*, Haftung von Internetauktionshäusern, Rn. 356 ff.

⁵⁷ EuGH Urt. v. 3.10.2019 – C-18/18 - *Glawischnig-Piesczek*; s. dazu auch *Spindler*, NJW 2019, 3274.

⁵⁸ s. auch Erwägungsgrund Nr. 26 ECRL.

Im Bereich des Markenrechts hatte der EuGH in der Entscheidung *L'Oreal v Ebay*⁵⁹ für Anordnungen gegen den Hostprovider ebay im Hinblick auf gleichartige Rechtsverletzungen die gleiche Ansicht vertreten:

„139 Erstens geht aus Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 in Verbindung mit Art. 2 Abs. 3 der Richtlinie 2004/48 hervor, dass die Maßnahmen, die vom Anbieter des betreffenden Onlinedienstes verlangt werden, nicht darin bestehen können, aktiv alle Angaben eines jeden seiner Kunden zu überwachen, um jeder künftigen Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums über die Seite dieses Anbieters vorzubeugen. Im Übrigen wäre eine solche allgemeine Überwachungspflicht nicht mit Art. 3 der Richtlinie 2004/48 zu vereinbaren, wonach die Maßnahmen im Sinne dieser Richtlinie gerecht und verhältnismäßig sein müssen und nicht übermäßig kostspielig sein dürfen.

140 Zweitens hat, wie gleichfalls Art. 3 der Richtlinie 2004/48 zu entnehmen ist, dass die Anordnung erlassende Gericht dafür zu sorgen, dass die festgelegten Maßnahmen keine Schranken für den rechtmäßigen Handel errichten. In einer Rechtssache wie der des Ausgangsverfahrens, in der es um etwaige Markenverletzungen im Rahmen des vom Betreiber eines Online-Marktplatzes erbrachten Dienstes geht, schließt dies ein, dass die an diesen Betreiber gerichtete Anordnung kein allgemeines und dauerhaftes Verbot zum Gegenstand haben oder bewirken kann, auf diesem Marktplatz Waren dieser Marken zum Verkauf anzubieten.“

Auch wenn der EuGH hier nicht explizit in eine Grundrechtsabwägung eintritt,⁶⁰ lassen diese Gründe doch wiederum erkennen, dass der Hostprovider nicht von sich aus alle Inhalte auf mögliche Rechtsverletzungen überprüfen muss. Zulässig sind demnach Anordnungen gegen Hostprovider, die diese zur Identifizierung der Teilnehmer auf den Plattformen (trotz des gebotenen Datenschutzes) sowie zur Verhinderung gleichartiger Rechtsverletzungen verpflichten.⁶¹

⁵⁹ EuGH, Urt. v. 12.7.2011– C-324/09 - *L'Oreal v ebay*.

⁶⁰ Ansatzweise in EuGH, Urt. v. 12.7.2011– C-324/09 - *L'Oreal v ebay* Rn. 143 unter Verweis auf die *Promusicae*-Entscheidung des EuGH.

⁶¹ EuGH, Urt. v. 12.7.2011– C-324/09 - *L'Oreal v ebay* Rn. 142 ff.

Schließlich kommen die vom EuGH zwar nicht ausdrücklich so bezeichneten, vom BVerfG sinngemäß und vom EGMR ausdrücklich so benannten „chilling effects“⁶² für die Meinungsfreiheit der Nutzer und Nutzerinnen aufgrund einer allgemein gehaltenen Kontrolle des Kommunikationsverhaltens sowie ein „overblocking“ von rechtskonformen Inhalten hinzu.⁶³ Damit wird es letztlich dabei bleiben, dass Nutzer und Nutzerinnen individuell gegenüber Diensteanbietern ihre Rechte bzw. die Schranken durchsetzen müssen – was zum einen faktisch dazu führen dürfte, dass im Zweifel entsprechende Uploads unterbleiben, selbst wenn sie gerechtfertigt wären, zum anderen zu den von der Rechtsprechung verfassungsrechtlich bereits adressierten „chilling effects“ gegenüber der Meinungsfreiheit führen können.⁶⁴ Auch der BGH betont die potenziell abschreckende Wirkung von allgemeinen Kontrollen und Überwachungsmaßnahmen auf die Ausübung der Meinungsfreiheit durch Nutzer und Nutzerinnen in sozialen Netzwerken und hebt in diesem Zusammenhang die Möglichkeit anonymer Nutzungen hervor.⁶⁵

(2) Anwendung auf Art. 17 DSM-RL

Fraglich ist, ob die in der Netlog-Entscheidung zugrunde liegende Konstellation mit Art. 17 DSM-RL vergleichbar ist – und dann dem Verdikt der Europarechtswidrigkeit anheimfallen würde. Wie bereits dargelegt, träfe dies für Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL nicht zu, da hier die Kontrolle durch den Hostprovider nur im Hinblick auf die vom Rechteinhaber oder der Rechteinhaberin zur Verfügung gestellten Informationen bezieht; eine allgemeine Überwachung bzw. Kontrolle grundsätzlicher Natur unabhängig von solchen Informationen wäre damit nicht gegeben, sodass die Grundsätze des Netlog-Urteils nicht eingreifen würden.⁶⁶

Allein die Betrachtung von Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL würde allerdings – wie dargelegt – zu kurz greifen:⁶⁷ Denn primär verpflichtet Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL den Hostprovider zur Kontrolle aller Inhalte daraufhin, ob sie Urheberrechte von Rechteinhabern und

⁶² Zu „chilling effects“ bzw. Anlehnungen an den Begriff im Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit, siehe etwa BVerfG Beschl. v. 25.10.2005 – 1 BvR 1696/98, NJW 2006, 207, 209; EGMR v. 29.3.2001, App. no. 38432/97, Rn. 58 – Thoma v. Luxembourg; EGMR v. 2.11.2006, App. no. 13071/03, Rn. 49 – Standard Verlags GmbH v. Austria; EuGH v. 8.4.2014, Rs. C-293/12 und C-594/12, Rn. 37; zur ausdrücklichen Verwendung des Begriffes „chilling effects“ im Zusammenhang mit dem NetzDG durch die Bundesregierung siehe ferner NetzDG RegE S. 24; krit. dazu *Guggenberger*, ZRP 2017, 98, 100.

⁶³ S. auch die ausführliche Rechtsprechungsübersicht zum Begriff der „Chilling Effects“ bei *Asion*, <https://www.telemedicus.info/article/2765-Chilling-Effects-UEbersicht-ueber-die-Rechtsprechung.html> mit umfangreichen Nachw.

⁶⁴ Ähnlich *Kaesling*, JZ 2019, 586 (589); *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (645), die hier aber von „overblocking“ sprechen; *Becker*, ZUM 2019, 636 (641).

⁶⁵ BGH Urt. v. 23.6.2009 – VI ZR 196/08, BGHZ 181, 328 Rn. 38 = MMR 2009, 608 – spickmich.de; s. auch *Ohly*, AfP 2011, 428, 436; *Härting*, CR 2009, 21, 23; *Ballhausen/Roggenkamp*, K&R 2008, 403, 406; ferner *Ladeur/Gostomzyk*, NJW 2012, 710, 714 mwN zum „chilling effect“.

⁶⁶ So auch *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (644); *Peters/Schmidt* GRUR Int. 2019, 1006 (1015).

⁶⁷ So aber etwa *Peters/Schmidt* GRUR Int. 2019, 1006 (1015).

Rechteinhaberinnen verletzen – denn wie ausgeführt dehnt Art. 17 Abs. 1 DSM-RL das Recht auf öffentliches Zugänglichmachen auf den Hostprovider aus, macht ihn daher zum unmittelbaren Täter. Der Hostprovider muss daher – wie Art. 17 Abs. 4 a) formuliert – „alle Anstrengungen“ unternehmen, um Lizenzen einzuholen. Erst wenn er dies erfolglos unternommen hat (Art. 17 Abs. 4 a): „und“), greift Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL ein. Dies setzt aber zwingend voraus, dass der Hostprovider sich über die vorhandenen Inhalte und deren Rechtesituation vergewissert;⁶⁸ andernfalls macht die in Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL statuierte Pflicht zur Lizenz-einholung keinen Sinn. Denn welche Lizenzen sollte er einholen müssen, wenn der Diensteanbieter nicht weiß, zu welchen Inhalten?

Dies gilt auch gegenüber Auslegungsbemühungen, die angesichts der komplexen Rechteeinholung und der Unmöglichkeit, alle Inhalte zu kontrollieren, auf dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz fußen und den Hostprovider nur zu „moderaten Sorgfaltspflichten“ anhalten wollen.⁶⁹ Dies mag hinsichtlich der Rechteeinholung selbst gelten, ändert aber nichts daran, dass überhaupt zunächst alle Inhalte daraufhin überprüft werden müssen, ob sie überhaupt und wenn ja welche Rechte verletzen. In diesem Zusammenhang ist rein vorsorglich festzuhalten, dass der Begriff des „Upload-Filters“ insoweit unzutreffend ist, da es im Kern um die allgemeine Überwachung der Inhalte auf der Plattform geht – und nicht nur um die Kontrolle beim Heraufladen von durch Nutzer und Nutzerinnen generierte Inhalte.

Zu berücksichtigen ist dabei auch, dass nach der Systematik von Art. 17 Abs. 4 und Abs. 9 DSM-RL – dem Beschwerdeverfahren – zunächst ein Inhalt gesperrt bzw. blockiert wird und erst nach einer Beschwerde des Nutzers und Nutzerin gegebenenfalls wegen eingreifender Schranken freigeschaltet wird. Damit entstehen aber die oben erwähnten „chilling effects“ für die Meinungsfreiheit, erst recht wenn diese auf aktuelle Geschehnisse Bezug nehmen.⁷⁰ Am deutlichsten wird dies bei einer Sperrung von Livestreams, für die ein Beschwerdeverfahren darauf hinausläuft, dass diese den Livecharakter verlieren, da sie erst nach dem gestreamten Ereignis freigeschaltet würden.⁷¹ Auch hier wäre wieder mehr als unklar, was „moderate Sorgfaltspflichten“ bedeuten würde, da der Diensteanbieter sich quasi ständig oder zumindest stichprobenartig in den Livestream einschalten müsste, um konstant die Rechtmäßigkeit des Streaming zu überprüfen.

⁶⁸ Ansatzweise auch *Wandtke/Hauck*, ZUM 2019, 627 (635 f.)

⁶⁹ So *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1224).

⁷⁰ *Senftleben* ZUM 2019, 369 (372 f.)-

⁷¹ Darauf weisen zu Recht *Weiden* GRUR 2019, 370 (372) und *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (645) hin.

Da die Pflicht nach Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL – und nicht diejenige nach Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL – genauso wie die im Netlog-Verfahren verlangte generelle Kontrolle auf die Prüfung aller urheberrechtlich relevanten Inhalte zu jedem Zeitpunkt hinausläuft, spricht vieles dafür, dass hier ein Verstoß gegen das Verbot der allgemeinen Überwachungspflicht vorliegt.⁷² Mit anderen Worten verstößt Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL gegen die angemessene Abwägung der betroffenen Grundrechte sowohl der Provider als auch der betroffenen Nutzer und Nutzerinnen gegenüber denjenigen der Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen.

Schließlich ist die Befürchtung nicht von der Hand zu weisen, dass selbst im Rahmen von Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL bei der Beschränkung der Überwachung auf die von Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen zugelieferten Inhalte diese Listen an Inhalten derart umfassend ausfallen, dass faktisch doch eine allgemeine Überwachung aller Inhalte eintritt.⁷³

Teilweise wird in diesem Zusammenhang für eine restriktive Interpretation von Art. 17 Abs. 4 DSM-RL plädiert, um gerade die EU-Grundrechtswidrigkeit aufgrund einer sonst eintretenden generellen Überwachungspflicht zu verhindern.⁷⁴ Demnach sollen die Hostprovider erst aufgrund von entsprechenden Informationen und Benachrichtigungen tätig werden und sogar nachträglich (!) Genehmigungen einholen können. Begründet wird dies mit ErwGr 66 Abs. 5 DSM-RL ebenso wie mit Art. 17 Abs. 4 b)) DSM-RL.⁷⁵ Damit wird aber das zweistufige System von Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) und Abs. 4 b) DSM-RL verkannt; denn dass das Eingreifen von Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL davon abhängt, dass zuvor (!!) der Hostprovider sich um die Einholung von Lizenzen etc. bemüht hat, kann angesichts des eindeutigen Wortlauts und der Systematik nicht weg diskutiert werden. Dementsprechend bezieht sich ErwGr 66 Abs. 5 DSM-RL auch nicht auf Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL, sondern auf Art. 17 Abs. 4 b) und c) DSM-RL,⁷⁶ was anhand der Formulierungen eindeutig erkennbar ist. Der richtige Schluss ist hier nicht eine irgendwie geartete Reduktion der Pflichten aus Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL entgegen dem Wortlaut der Richtlinie, sondern die Feststellung der Europarechtswidrigkeit.

⁷² Ähnliche Zweifel bei *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (644); s. auch *Senftleben* ZUM 2019, 369 (372).

⁷³ So *Senftleben* ZUM 2019, 369 (372), der daraus die EU-Grundrechtswidrigkeit folgert.

⁷⁴ Dafür *C.Volkmann* CR 2019, 376 (378) Rn. 21 ff.

⁷⁵ So ausdrücklich *C.Volkmann* CR 2019, 376 (378) Rn. 24 ff., in die gleiche Richtung *Pravemann* GRUR 2019, 783 (787).

⁷⁶ Zutr. *Pravemann* GRUR 2019, 783 (787), insoweit widersprüchlich.

Die Pflicht nach Art. 17 Abs. 1 DSM-RL wäre demnach nur dann mit der vom Netlog-Urteil vorgegebenen Abwägung vereinbar, wenn sie wie in Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL vorgesehen sich nur auf die von Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen übermittelten Informationen beziehe.

b) Gegentendenzen in der Rechtsprechung des EuGH und Bedeutung für Art. 17 DSM-RL

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass sich in der Rechtsprechung des EuGH auch gegenläufige Tendenzen zeigen. So hat der EuGH in der UPC-Telekabel-Entscheidung⁷⁷ grundsätzlich Sperrpflichten der Access-Provider anerkannt, was ebenfalls die Frage der Abwägung der Grundrechte von Nutzern und Nutzerinnen, Providern und Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen betrifft. In ähnlicher Weise grenzte der EuGH jüngst in der Glawischnig-Piesczek v. Facebook-Entscheidung⁷⁸ allgemeine von spezifischen Überwachungspflichten ab. Im Einzelnen:

(1) Sperrpflichten der Access Provider

In der UPC-Telekabel-Entscheidung betont der EuGH wiederum die schon in der Netlog- und zuvor Promusicae-Entscheidung getroffene Aussage, dass ein sorgsames Gleichgewicht zwischen den Grundrechten der Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen einerseits und der Nutzer und Nutzerinnen und Provider andererseits zu treffen ist:

„46 Der Gerichtshof hat bereits entschieden, dass es im Fall mehrerer kollidierender Grundrechte Sache der Mitgliedstaaten ist, bei der Umsetzung einer Richtlinie darauf zu achten, dass sie sich auf eine Auslegung dieser Richtlinie stützen, die es ihnen erlaubt, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den durch die Unionsrechtsordnung geschützten anwendbaren Grundrechten sicherzustellen. Ferner haben die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten bei der Durchführung der Maßnahmen zur Umsetzung der Richtlinie nicht nur ihr nationales Recht im Einklang mit ihr auszulegen, sondern auch darauf zu achten, dass sie sich nicht auf eine Auslegung der Richtlinie stützen, die mit den genannten Grundrechten oder mit den anderen allgemeinen Grundsätzen des Unionsrechts, wie etwa dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, kollidiert (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 29. Januar 2008, Promusicae, C-275/06, Slg. 2008, I-271, Rn. 68).“

Hinsichtlich des Rechts auf unternehmerische Freiheit meint der EuGH jedoch, dass bei einer Mittelauswahl für die Provider und die dann eintretende Haftungsentlastung keine Grundrechtseinschränkung vorliegt:

⁷⁷ EuGH Ur. v. 27.3.2014 – C-314/12 – UPC Telekabel.

⁷⁸ EuGH Ur. v. 3.10.2019 – C-18/18 - Glawischnig-Piesczek.

„52 Zum einen überlässt es eine Anordnung wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende ihrem Adressaten, die konkreten Maßnahmen zu bestimmen, die zur Erreichung des angestrebten Ziels zu treffen sind, sodass er sich für die Umsetzung derjenigen Maßnahmen entscheiden kann, die seinen Ressourcen und Möglichkeiten am besten entsprechen und mit den übrigen von ihm bei der Ausübung seiner Tätigkeit zu erfüllenden Pflichten und Anforderungen vereinbar sind.

53 Zum anderen ermöglicht eine solche Anordnung es ihrem Adressaten, sich von seiner Haftung zu befreien, indem er nachweist, dass er alle zumutbaren Maßnahmen ergriffen hat. Diese Befreiungsmöglichkeit hat aber ganz offensichtlich zur Folge, dass der Adressat dieser Anordnung nicht verpflichtet ist, untragbare Opfer zu erbringen, was u. a. im Hinblick darauf gerechtfertigt erscheint, dass nicht er es war, der die zum Erlass der Anordnung führende Verletzung des Grundrechts des geistigen Eigentums begangen hat.“

Dies ist im Hinblick auf die o.a. Pflichten nach Art. 17 Abs. 1 DSM-RL durchaus von Bedeutung, da die haftungsentlastende Wirkung offenbar vom EuGH herangezogen wird, um eine Grundrechtsverletzung auszuschließen.

Allerdings betont der EuGH auch die Absicherung der (Grund-) Rechte der Nutzer und Nutzerinnen im Hinblick auf ihre Informationsfreiheit:

„56 Dabei müssen die Maßnahmen, die der Anbieter von Internetzugangsdiensten ergreift, in dem Sinne streng zielorientiert sein, dass sie dazu dienen müssen, der Verletzung des Urheberrechts oder eines verwandten Schutzrechts durch einen Dritten ein Ende zu setzen, ohne dass Internetnutzer, die die Dienste dieses Anbieters in Anspruch nehmen, um rechtmäßig Zugang zu Informationen zu erlangen, dadurch beeinträchtigt werden. Andernfalls wäre der Eingriff des Anbieters in die Informationsfreiheit dieser Nutzer und Nutzerinnen gemessen am verfolgten Ziel nicht gerechtfertigt.

57 Die nationalen Gerichte müssen prüfen können, ob dies der Fall ist. Bei einer Anordnung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehenden haben sie aber, wenn der Anbieter von Internetzugangsdiensten Maßnahmen ergreift, die es ihm ermöglichen, das vorgeschriebene Verbot umzusetzen, nicht die Möglichkeit, eine solche Kontrolle im Stadium des Vollstreckungsverfahrens vorzunehmen, wenn keine dahin gehende Beanstandung erfolgt. Damit die im Unionsrecht anerkannten Grundrechte dem Erlass einer Anordnung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegenstehen, ist es deshalb erforderlich, dass die nationalen Verfahrensvorschriften die Möglichkeit für die

Internetnutzer vorsehen, ihre Rechte vor Gericht geltend zu machen, sobald die vom Anbieter von Internetzugangsdiensten getroffenen Durchführungsmaßnahmen bekannt sind.“

Wiederum für Art. 17 DSM-RL von Bedeutung ist daher, dass Nutzer und Nutzerinnen in einem ausreichenden Maße und verfahrensrechtlich abgesichert ihre Rechte geltend machen können, sei es auf Informationsfreiheit, sei es auf Wahrung der Meinungsfreiheit (und hier der Schranken z.B. auf Zitatfreiheit etc., Art. 17 Abs. 7 ff. DSM-RL).⁷⁹

Die Störerhaftung von Access Providern betrifft daher auf der Nutzerseite den Schutzbereich der Informationsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 S. 2 EU-GRCh.⁸⁰ Denn eine Löschung oder Sperrung eines Inhaltes stellt einen Hinderungstatbestand in der Unterrichtung der Internet-Nutzer und Nutzerinnen dar. Die Informationsfreiheit schützt die schlichte Entgegennahme von Informationen ebenso wie das aktive Beschaffen derselben.⁸¹ Eingriffe in die Informationsfreiheit liegen insbesondere vor, wenn der Zugang zur Information endgültig verwehrt wird.⁸² Insgesamt ist bei der Sperrung von speziellen Inhalten durch einen Access-Provider zu beachten, dass dies technisch nur durch Filtersysteme vollzogen werden kann, wofür eine Überwachung der gesamten Datenströme erforderlich ist.⁸³ Hierbei besteht die Gefahr, dass - aufgrund der in aller Regel nicht zu einhundert Prozent fehlerfrei arbeitenden Filtersysteme - neben den unzulässigen auch zulässige Inhalte gesperrt werden und es gerade deshalb zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Informationsfreiheit der Nutzer und Nutzerinnen kommt (overblocking).⁸⁴ Genau hier liegen auch die Parallelen zum Upload von Inhalten auf Servern der Hostprovider, die zuvor durch automatisierte Systeme blockiert werden.

⁷⁹ Näher dazu unten V.B.5.

⁸⁰ S. auch die Vorlageentscheidung des BGH Ur. v. 26.11.2015 – I ZR 174/14, BGHZ 208, 82, Rn. 53 f., = GRUR 2016, 268 – Störerhaftung des Access-Providers (Goldesel); *Wilkat*, Bewertungsportale im Internet, S. 78 f.

⁸¹ BVerfG Beschl. v. 3. 10. 1969 - 1 BvR 46/65, BVerfGE 27, 71, 82 f. = NJW 1970, 235, 237 – Leipziger Volkszeitung; Dreier/*Schulze-Fielitz*, Art. 5 Abs. 1, 2 GG Rn. 83; v. Mangoldt/Klein/Starck/*Starck*, Art. 5 Abs. 1, 2 GG Rn. 40.

⁸² BVerfG Beschl. v. 14. 10. 1969 - 1 BvR 30/66, BVerfGE 27, 88, 98 f. = NJW 1970, 238, 240.

⁸³ LG Köln Ur. v. 31.8.2011 - 28 O 362/10, MMR 2011, 833, 834 mAnm *Schnabel*; LG Hamburg Ur. v. 12.3.2010 - 308 O 640/08, MMR 2010, 488, 489; s. ausf. *Spindler*, JZ 2012, 311 ff.; zu allen einem Provider zur Verfügung stehenden Möglichkeiten zum Sperren s. *Frey/Rudolph/Oster*, MMR Beil. 03/2012, 2, 8 ff.; *Leistner/Grisse*, GRUR 2015, 19, 22 ff.

⁸⁴ Wobei einzelne „falsche positive Treffer“ noch nicht zur Unzulässigkeit der Maßnahme führen sollten, so auch *Leistner*, ZUM 2012, 722, 732 f.; eine zu hohe Anzahl von „false positives“ könne ferner durch eine manuelle Überprüfung der Filterergebnisse verhindert werden, s. OLG Hamburg Ur. v. 1.7.2015 - 5 U 87/12, MMR 2016, 269 Rn. 429 mAnm *Frey* - Störerhaftung von YouTube. Zum overblocking s. EuGH Ur. v. 27.3.2014 – C-314/12, GRUR 2014, 468 Rn. 56 mAnm *Marly* – UPC Telekabel; EuGH Ur. v. 15.9.2016 – C-484/14, GRUR 2016 1146 Rn. 93 f. – *McFadden*; BGH Ur. v. 26.11.2015 – I ZR 174/14, BGHZ 208, 82 Rn. 54 = GRUR 2016, 268 – Störerhaftung des Access Providers (Goldesel); *Nolte/Wimmers*, GRUR 2014, 16, 22; *Spindler*, GRUR 2014, 826, 829, 834; *ders.*, GRUR 2016, 451, 455, 457; *Leistner/Grisse*, GRUR 2015, 105, 108 mwN.

(2) Prüfung auf sinngleiche Inhalte als spezifische Überwachungspflichten

Deutlicher noch als die Entscheidung UPC-Telekabel äußert sich der EuGH in dem jüngst ergangenen Urteil in Sachen Glawischnig-Piesczek v. Facebook Ireland.⁸⁵ Hier setzte sich der EuGH mit der Abgrenzung von (verbotenen) allgemeinen Überwachungspflichten gegenüber spezifischen Überwachungspflichten, wie in ErwGr 47 der E-Commerce-RL aufgeführt werden, im Hinblick auf sinngleiche Inhalte (hier: Beleidigungen etc.) auseinander. In diesem Zusammenhang meint der EuGH, dass eine Pflicht der Hostprovider, auch sinngleiche Inhalte zu löschen bzw. zu blockieren, dass damit keine allgemeine, vor allem keine **aktive** Überwachungspflicht eingeführt würde:

„37 Um erreichen zu können, dass der Hosting-Anbieter jeden weiteren Schaden bei den Betroffenen verhindert, ist es unter diesen Umständen legitim, dass das zuständige Gericht von ihm verlangen kann, den Zugang zu gespeicherten Informationen, deren Inhalt wortgleich mit dem zuvor für rechtswidrig erklärten Inhalt ist, zu sperren oder sie zu entfernen, ganz gleich, wer den Auftrag zur Speicherung dieser Informationen gegeben hat. In Anbetracht insbesondere dieser Wortgleichheit des Inhalts der betreffenden Informationen kann bei der Verfügung, die zu diesem Zweck ergeht, nicht angenommen werden, dass sie dem Hosting-Anbieter eine allgemeine Pflicht zur Überwachung der von ihm gespeicherten Informationen oder eine allgemeine Pflicht, aktiv nach Umständen zu forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen, im Sinne von Art. 15 Abs. 1 der Richtlinie 2000/31 auferlegt.“

Der EuGH erkennt aber auch, dass mit einer solchen Pflicht des Hostproviders eine inhaltliche Kontrolle der „sinngleichen“ Inhalte einhergehen kann, die unter Umständen in eine allgemeine Überwachungspflicht münden kann, wenn jeder einzelne Inhalt, der von Nutzern und Nutzerinnen heraufgeladen wird, daraufhin überprüft werden muss, ob er dem inkriminierten Inhalt weitgehend ähnelt bzw. sinngleich ist. Daher versucht der EuGH diese Pflichten zu beschränken:

„45 In Anbetracht des Vorstehenden müssen die sinngleichen Informationen, auf die in Rn. 41 des vorliegenden Urteils Bezug genommen wird, spezifische Einzelheiten umfassen, die von demjenigen, der die Verfügung erlassen hat, gebührend identifiziert worden sind, wie den Namen der von der zuvor festgestellten Verletzung betroffenen Person, die Umstände, unter denen diese Verletzung festgestellt wurde, und einen Inhalt, der dem für rechtswidrig erklärten Inhalt sinngleich ist. Unterschiede in der Formulierung dieses

⁸⁵ EuGH Ur. v. 3.10.2019 – C-18/18 - Glawischnig-Piesczek; s. dazu auch *Spindler*, NJW 2019, 3274.

sinngleichen Inhalts im Vergleich zu dem für rechtswidrig erklärten Inhalt dürfen jedenfalls nicht so geartet sein, dass sie den Hosting-Anbieter zwingen, eine autonome Beurteilung dieses Inhalts vorzunehmen.

46 Unter diesen Umständen erscheint eine Verpflichtung wie die oben in den Rn. 41 und 45 beschriebene zum einen, indem sie sich auch auf Informationen sinngleichen Inhalts erstreckt, hinreichend wirksam, um den Schutz der von den diffamierenden Äußerungen betroffenen Person sicherzustellen. Zum anderen wird dieser Schutz nicht durch eine übermäßige Verpflichtung des Hosting-Anbieters gewährleistet, da die Überwachung und das Nachforschen, die sie erfordert, auf die Informationen beschränkt sind, die in der Verfügung genau bezeichneten Einzelheiten enthalten, und da ihr diffamierender Inhalt sinngleicher Art den Hosting-Anbieter nicht verpflichtet, eine autonome Beurteilung vorzunehmen, sodass er auf automatisierte Techniken und Mittel zur Nachforschung zurückgreifen kann.“

Demgemäß genügt für die Annahme einer spezifischen Überwachungspflicht (die zulässig ist), dass der Provider automatisierte Techniken einsetzen kann und dass „spezifische Einzelheiten“ genannt werden, die eine einfache (wohl automatisierte) Überprüfung der Sinnlichkeit gestatten. Mit anderen Worten sieht der EuGH den Einsatz von automatisierten Technologien als ausreichend an, um noch keine aktive Nachforschungspflicht des Providers anzunehmen.

Bemerkenswert ist in diesem Zusammenhang, dass der EuGH in dieser Entscheidung keine Grundrechtsabwägung im Gegensatz zu den früheren Urteilen vornimmt, sondern vielmehr bei abstrakten Betrachtungen im Hinblick auf das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten in Art. 15 ECRL verharrt. Ebenso wenig ist die Rede von entgegenstehenden Rechten der betroffenen Nutzer und Nutzerinnen.

(3) Anwendung auf Art. 17 DSM-RL

Wendet man die beschriebenen Entscheidungen bzw. Argumente auf Art. 17 DSM-RL an, zeigt sich, dass Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL dem Test der Glawischnig-Piesczek-Entscheidung standhalten dürfte, da zum einen die Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen die erforderlichen Informationen den Providern liefern müssen („spezifische Einzelheiten“), zum anderen den Providern der Einsatz automatisierter Tools offen steht.

Für die Pflicht nach Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL verfängt dies indes nicht, da hier der Provider von sich aus die Inhalte zunächst auf Rechtmäßigkeit überprüfen muss und sich gerade nicht auf von anderen bereitgestellte spezifische Einzelheiten, die ihm den Einsatz automatisierter Tools erlauben, verlassen kann.

c) Ergebnis

In summa bleibt es daher auch bei Berücksichtigung neuerer einschränkender Entscheidungen des EuGH, dass Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a)) DSM-RL aktive Nachforschungspflichten des Providers einführt, die nicht mit dem in der SABAM/Netlog- sowie in der L'Oreal-Entscheidung grundrechtlich verankerten Verbot der aktiven Überwachungspflichten vereinbar sind.

Fraglich kann daher nur sein, ob eine europaverfassungskonforme Auslegung genügen kann, um der gebotenen Abwägung der Grundrechte gerecht zu werden bzw. die Pflicht zur Inhaltskontrolle mit dem Verbot der allgemeinen Überwachungspflichten in Einklang zu bringen. So wird geltend gemacht, dass die Auswirkungen des Art. 17 Abs. 8 DSM-RL bzw. des Verbots allgemeiner Überwachungspflichten auf Art. 17 Abs. 4 a) DSM-RL zu berücksichtigen seien. Die gebotenen „Anstrengungen“ seien daher entsprechend auszulegen.⁸⁶ Abgesehen davon, dass völlig offenbleibt, wie dies geschehen soll bzw. was dann unter den gebotenen Anstrengungen nach welchen Kriterien zu verstehen ist, spricht gegen einen solchen Ansatz, dass auch eine verfassungskonforme Auslegung nicht darüber hinweg täuschen kann, dass der Provider eben alle Inhalte überprüfen muss. Die in Art. 17 Abs 1 DSM-RL enthaltene allgemeine Inhaltskontrolle wird auch nicht durch eine Reduktion z.B. auf evident rechtswidrige Inhalte (etwa dem Ansatz aus Art. 14 ECRL folgend) aufgehoben, da Art. 17 Abs. 1 DSM-RL keine derartige Einschränkung enthält; es bleibt dabei, dass der Hostprovider selbst aktiv und autonom nachforschen muss, wobei der Hostprovider selbst auch nach möglichen Rechten bzw. Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen recherchieren muss, um den Abgleich vornehmen zu können.

5. Datenschutzgrundrechte

Ferner könnten die in Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a), Abs. 4 b) DSM-RL vorgesehenen Pflichten der Hostprovider auch einen Eingriff in die Datenschutzgrundrechte nach Art. 7 EU-Grundrechtscharta darstellen. Zwar betont Art. 17 Abs. 9 UAbs. 2 DSM-RL ausdrücklich:

„Diese Richtlinie beeinträchtigt in keiner Weise die berechtigte Nutzung, etwa die Nutzung im Rahmen der im Unionsrecht festgelegten Ausnahmen oder Beschränkungen, und darf weder zur Identifizierung einzelner Nutzer und Nutzerinnen führen noch als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten dienen, außer dies erfolgt im Einklang mit der Richtlinie 2002/58/EG und der Verordnung (EU) 2016/679.“

⁸⁶ So GRUR-Stellungnahme, S. 57 ff.; ähnlich C. Volkman CR 2019, 376 (382) Rn. 52 ff.

Jedoch kann fraglich sein, ob zum Verhindern des Heraufladens rechtswidriger Inhalte tatsächlich die Identität bzw. die personenbezogenen Daten (Accountinhaber etc.) vom Inhalt getrennt werden können – was eine rechtstatsächliche Frage ist. Im Bereich von Sperrverfügungen gegen Access Providern wurde durchaus ein solcher Eingriff angenommen,⁸⁷ z.B. indem die Filter- oder Sperrmaßnahme des Access Provider die IP-Adressen der Nutzer und Nutzerinnen berührten, sodass es mithin zu einer Beeinträchtigung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung der Nutzer und Nutzerinnen kommen kann.⁸⁸ Allerdings hatte – wie dargelegt – der EuGH in der L'Oreal ebay-Entscheidung bereits eine Identifizierung durch Hostprovider für zulässig gehalten, um Rechtsverletzungen zu verhindern. Maßgeblich ist daher, wie die Kontrollen nach Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL ausgestaltet werden, insbesondere ob die Inhalte von der Identität der Nutzer und Nutzerinnen entkoppelt werden können; in diesem Fall (und vollständiger Anonymisierung) wäre kein Eingriff in Art. 7 EU-Grundrechtscharta mehr gegeben.

6. Hilfsweise: Mögliche Kompensationen zur Wahrung der Grundrechte

Sollte man entgegen der hier vertretenen Auffassung davon ausgehen, dass die Pflichten nach Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a), Abs. 4 b) DSM-RL (noch) mit den EU-Grundrechten, insbesondere dem Verbot der allgemeinen Überwachungspflichten, vereinbar sind, müssen zur Wahrung der Grundrechte der Betroffenen jedoch etliche (auch verfahrens-) rechtliche Absicherungen beachtet werden⁸⁹:

- So kann für Hostprovider im Hinblick auf ihre unternehmerische Freiheit nicht verlangt werden, dass sie stets eine händische-manuelle Kontrolle durchführen. Wie der EuGH in den zitierten Entscheidungen ausdrücklich ausgeführt hat, ist im Hinblick auf zumutbare Kontrollen nur eine automatisierte Überprüfung zumutbar; andernfalls wären die Geschäftsmodelle der Hostprovider nicht durchführbar. Lediglich bei klar auf rechtswidrige Verletzungen ausgerichtete Plattformen kann – der Rechtsprechung des BGH folgend – in Ausnahmefällen eine manuelle Überprüfung verlangt werden.⁹⁰ Eine entsprechende Umsetzung zur Wahrung der Grundrechte ist daher erforderlich.

⁸⁷ So zu Art. 8, 11 EU-GRCh EuGH, Slg. 2011 I-11959 Rn. 52 = GRUR 2012, 265 – SABAM/Scarlet; dazu ua *Spindler*, JZ 2012, 311; *Schröder*, K&R 2012, 38; *Maaßen*, GRUR-Prax 2011, 535; *Rössler*, jurisPR-ITR, Anm. 2; *Leistner*, ZUM 2012, 722, 729.

⁸⁸ BGH Urt. v. 26.11.2015 – I ZR 174/14, BGHZ 208, 82 Rn. 76 f. = GRUR 2016, 268 – Störerhaftung des Access-Providers (Goldesel); zustimmend *Spindler*, GRUR 2016, 451, 456.

⁸⁹ Zur genaueren Ausgestaltung und Spielraum für die Mitgliedstaaten s. unten V.B.5.

⁹⁰ BGH, Urt. v. 12.7.2012 – I ZR 18/11 – Rapidshare, Rn. 39.

- Im Hinblick auf die Wahrung der Nutzerinteressen, insbesondere ihrer Meinungs- und Informationsfreiheit und der Durchsetzung der diesbezüglichen Schranken (Zitatrecht, Kunstfreiheit) müssen den Nutzern und Nutzerinnen Verfahrensmechanismen an die Hand gegeben werden, um entsprechende Inhalte zu kennzeichnen („Flagging“). Wie oben dargelegt, hat der EuGH verschiedentlich die Bedeutung solcher Rechte für die Nutzer und Nutzerinnen zur Wahrung ihrer Grundrechte betont.⁹¹ Diese Inhalte müssen dann bei einer automatisierten Kontrolle von vornherein aussortiert und einer manuellen-menschlichen Prüfung zugeführt werden. Soweit ersichtlich, ist derzeit eine automatisierte Kontrolle im Hinblick auf die Abwägung von Meinungs- und Informationsfreiheit versus andere Rechte nicht möglich. Auch hier handelt es sich um eine EU-grundrechtlich gebotene Umsetzung.

- Ebenfalls zur Absicherung der Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer und Nutzerinnen muss im Hinblick auf ihre Schranken in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL ein subjektives Recht auf Durchsetzung der Schranken gegenüber dem Hostprovider und dem Rechteinhaber bzw. der Rechteinhaberin vorgesehen werden. Derzeit bestehen derartige Ansprüche nur im Hinblick auf Schranken gegenüber technischen Schutzmaßnahmen, § 95b UrhG. Art. 17 Abs. 7 DSM-RL enthält zwar nicht explizit, aber im Telos und systematischen Zusammenhang bereits die Pflicht, solche Rechte einzuführen, unabhängig von vertraglichen Rechten und Pflichten.⁹² Auch aus EU-grundrechtlicher Perspektive ist dies geboten.⁹³

- Ferner müssen Rechte der Hostprovider und der Nutzer und Nutzerinnen gegenüber missbräuchlichen Rechtemanmeldungen vermeintlicher Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen (sog. „Urheberrechts-Trolle“⁹⁴ bzw. „copyright trolls“⁹⁵) vorgesehen werden. Andernfalls ist es – auch im Hinblick auf die Erfahrungen in den USA im Rahmen missbräuchlicher Notices (Digital Millennium Copyright Act) – nicht auszuschließen, dass die Meldung von vermeintlichen Rechten an Hostprovider dazu eingesetzt werden können, bestimmte Inhalte löschen bzw. blockieren zu lassen. Auch diese Haftung muss aus EU-grundrechtlicher Sicht zur Sicherung der Grundrechte der Nutzer und Nutzerinnen wie der Hostprovider eingeführt werden.

⁹¹ S. oben V.A.4.b)(1) zur UPC-Telekabel-Entscheidung.

⁹² S. dazu unten V.B.5.b).

⁹³ S. oben V.A.4.b)(1) zur UPC-Telekabel-Entscheidung.

⁹⁴ S. dazu <https://irights.info/webschau/der-urheberrechts-troll-und-mittel-gegen-ihn/15727> (abgerufen am 15.11.2019).

⁹⁵ S. dazu *Greenberg*, Copyright Trolls and Presumptively Fair Uses, U.Colorado L.Rev 85 (2014), 53 ff.

B. Umsetzung von Art. 17 DSM-RL in nationales Recht

1. Reichweite von Art. 17 DSM-RL: vollharmonisierender Charakter

Wie bereits ausgeführt, ist Art. 17 DSM-RL grundsätzlich als voll harmonisierende Bestimmung konzipiert, da ein einheitliches Niveau im Binnenmarkt realisiert werden soll.⁹⁶ Art. 17 DSM-RL enthält keinerlei ausdrückliche Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten. Auch in den Erwägungsgründen zu Art. 17 DSM-RL (ErwGr 61 – 71) finden sich keine Anhaltspunkte, wonach den Mitgliedstaaten etwa Verschärfungen oder Konkretisierungen erlaubt würden. Dementsprechend sieht etwa der erste bekannt gewordene Umsetzungsentwurf auf nationaler Ebene – der niederländische Gesetzesentwurf – nur eine mehr oder weniger wörtliche Implementierung vor.⁹⁷

Daher können weder Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) noch Abs. 4 b) DSM-RL von den Mitgliedstaaten „abbedungen“ oder in größerem Stil präzisiert bzw. konkretisiert werden – umgekehrt dürfen die Mitgliedstaaten auch nicht darüber hinaus gehen. Allerdings schreiben Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a, b) DSM-RL auch nicht konkret vor, wie bzw. in welchem Verfahren die geforderten Anstrengungen auf nationaler Ebene ermittelt werden; ob hier noch Spielraum für die Mitgliedstaaten besteht, wird im Folgenden weiter erörtert.

Ferner muss hinsichtlich der von Art. 17 Abs. 7 ff. DSM-RL erwähnten Schranken die neuere Rechtsprechung des EuGH in den Entscheidungen *Funke Medien Gruppe* und *Spiegel Online* berücksichtigt werden. Hier hat der EuGH klar zum Ausdruck gebracht, dass die in der InfoSoc-RL vorgesehenen Schranken abschließend sind,⁹⁸ außer sie enthalten selbst Spielräume für die Mitgliedstaaten zur Ausfüllung unbestimmter Rechtsbegriffe.⁹⁹ Damit eröffnet der EuGH einen (moderaten) Konkretisierungsspielraum für die Mitgliedstaaten im Rahmen der unbestimmten Rechtsbegriffe, der sich allerdings strikt an den unionsrechtlichen Vorgaben, insbesondere der Umsetzung der Ziele der DSM-RL halten muss.

So hält der EuGH in der Rechtssache *Funke Medien Gruppe* neben der gebotenen Kohärenz fest:

„62 Dabei würde die Wirksamkeit der durch die Richtlinie bewirkten Harmonisierung des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte sowie das mit ihr verfolgte Ziel der Rechtssicherheit gefährdet, wenn jedem Mitgliedstaat ungeachtet des in Rn. 56 des vorliegenden Urteils genannten ausdrücklichen Willens des Unionsgesetzgebers gestattet würde, außerhalb der in Art. 5 der Richtlinie 2001/29 erschöpfend vorgesehenen Ausnahmen und

⁹⁶ *Peters/Schmidt* GRUR Int. 2019, 1006 (1011); *Kaesling*, JZ 2019, 586 (590).

⁹⁷ S. unten V.B.6.

⁹⁸ EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-469/17 Rn. 62 – *Funke Medien Gruppe*; EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17 Rn. 42 ff. – *Spiegel Online*.

⁹⁹ S. hierzu EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17 Rn. 25 ff. – *Spiegel Online*.

Beschränkungen Abweichungen von den ausschließlichen Rechten des Urhebers aus den Art. 2 bis 4 dieser Richtlinie vorzusehen (Urteil vom 13. Februar 2014, Svensson u. a., C-466/12, EU:C:2014:76, Rn. 34 und 35). Aus dem 31. Erwägungsgrund dieser Richtlinie geht nämlich ausdrücklich hervor, dass die Unterschiede, die bei den Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf bestimmte zustimmungsbedürftige Handlungen bestanden, unmittelbare negative Auswirkungen auf das Funktionieren des Binnenmarkts im Bereich des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte hatten und deshalb die in Art. 5 der Richtlinie 2001/29 aufgeführten Ausnahmen und Beschränkungen die Funktionsfähigkeit des Binnenmarkts sichern sollen.“

Nichts anderes wird für die Schranken nach der DSM-RL gelten, zumal auch hier Art. 17 Abs. 7 ff. DSM-RL keine Öffnungsklauseln für die Mitgliedstaaten enthält.

Welchen Spielraum der Mitgliedstaat konkret hat, lässt sich abstrakt kaum im Vorhinein bestimmen.

So hielt der EuGH etwa in der Rechtssache Spiegel Online und der Rechtssache Funke Medien Gruppe¹⁰⁰ fest, dass

„...es den Mitgliedstaaten jedenfalls nicht freisteht, die gesamten Parameter dieser Ausnahmen oder Beschränkungen in nicht harmonisierter Weise festzulegen“¹⁰¹ Dabei sind „...die Mitgliedstaaten (...) auch verpflichtet, die allgemeinen Grundsätze des Unionsrechts zu beachten, zu denen der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gehört, wonach die erlassenen Maßnahmen zur Erreichung des verfolgten Ziels geeignet sein müssen und nicht über das hierfür Erforderliche hinausgehen dürfen“¹⁰²

„... dass die Mitgliedstaaten von ihrem Spielraum bei der Umsetzung der in Art. 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2001/29 vorgesehenen Ausnahmen und Beschränkungen nicht auf eine Weise Gebrauch machen dürfen, die die Erreichung der Ziele der Richtlinie 2001/29 gefährden würde, die nach deren Erwägungsgründen 1 und 9 in der Erreichung eines hohen Schutzniveaus für die Urheber und dem reibungslosen Funktionieren des Binnenmarkts bestehen“¹⁰³.

¹⁰⁰ Fast wortgleich EuGH Ur. v. 29.7.2019 – C-469/17 Rn. 43 ff. – Funke Medien Gruppe.

¹⁰¹ EuGH Ur. v. 29.7.2019 – C-516/17 Rn. 31 unter Verweis EuGH Ur. v. 6.2.2003 – C-245/00 - SENA, Rn. 34, EuGH Ur. v. 1.12.2011 v. 1.12.2011 – C-145/10 – Painer Rn. 104, EuGH Ur. v. 3.9.2014 – C-201/13 - Deckmyn und Vrijheidsfonds, Rn. 16.

¹⁰² EuGH Ur. v. 29.7.2019 – C-516/17 Rn. 34 – Spiegel Online.

¹⁰³ EuGH Ur. v. 29.7.2019 – C-516/17 Rn. 35 – Spiegel Online.

dass der Dreistufentest nach Art. 5 Abs. 5 InfoSoc-RL eingehalten wird¹⁰⁴

dass „...die in der Charta verankerten Grundsätze für die Mitgliedstaaten, wenn sie das Unionsrecht umsetzen. Die Mitgliedstaaten sind daher dazu verpflichtet, sich bei der Umsetzung der in Art. 5 Abs. 2 und 3 der Richtlinie 2001/29 genannten Ausnahmen und Beschränkungen auf eine Auslegung dieser Bestimmungen zu stützen, die es erlaubt, einen angemessenen Ausgleich zwischen den verschiedenen durch die Rechtsordnung der Union geschützten Grundrechten sicherzustellen“¹⁰⁵

Wie auch in anderen Stellungnahmen betont,¹⁰⁶ besteht daher immer das Risiko, dass der EuGH den durch unbestimmte Rechtsbegriffe eröffneten Umsetzungsspielraum enger zieht. Daher wird auch hier empfohlen, in der Regel mit Auffangtatbeständen zu arbeiten, die im Einzelfall eine Abweichung zulassen,¹⁰⁷ nicht zuletzt auch im Hinblick auf die Leitlinien-Kompetenz der EU-Kommission nach Art. 17 Abs. 10 DSM-RL.

2. Umsetzung der Definitionen aus Art. 2 Abs. 6 DSM-RL

Hinsichtlich der verschiedenen Definitionen für die betroffenen Diensteanbieter nach Art. 2 Abs. 6 DSM-RL kann der deutsche Umsetzungsgeber die „große“ Zahl an Inhalten quantitativ ausfüllen und beziffern – allerdings mit dem Risiko, dass im Einzelfall der EuGH die gewählte Zahl als nicht repräsentativ ansehen kann. Ein Verweis auf die Definitionen in § 1 NetzDG kann aber nicht verwandt werden, da das NetzDG auf die Zahl der Nutzer und Nutzerinnen abstellt – was für Art. 2 Abs. 6 DSM-RL nicht relevant ist.

Ferner sollte der Zweck der Definition, nämlich die Funktion der Diensteanbieter bzw. ihrer Plattformen als ein Substitut für klassische Vertriebsformen, in die Umsetzung der Definition aufgenommen werden, ebenso wie umgekehrt die Ausnahme für missbräuchliche Plattformen als Generalklausel.

Darüber hinaus erscheint eine weitere Konkretisierung, z.B. des Merkmals „organisiert“, nicht ratsam, oder allenfalls mit Regelbeispielen, z.B. der Möglichkeit, Inhalte mit Suchfunktionen aufzufinden.

¹⁰⁴ EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17 Rn. 37 – Spiegel Online.

¹⁰⁵ EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-516/17 Rn. 38 – Spiegel Online.

¹⁰⁶ Ebenso GRUR-Stellungnahme S. 50 f., abrufbar unter http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2019-09-05-GRUR-Stellungnahme_zur_DSM-_und_zur_Online_SatCab-RL_endg.pdf.

¹⁰⁷ Ebenso GRUR-Stellungnahme S. 51, abrufbar unter http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2019-09-05-GRUR-Stellungnahme_zur_DSM-_und_zur_Online_SatCab-RL_endg.pdf.

Die Negativdefinition sollte der deutsche Umsetzungsgeber entsprechend wörtlich kodifizieren, da im Einzelfall Abgrenzungsfragen entstehen können, die abstrakt im Vorfeld losgelöst vom konkreten Sachverhalt schwerlich bestimmt werden können.

3. Beschränkung und Ausgestaltung der Pflichten der Hostprovider

a) *Pflichten zur Einholung von Lizenzen nach Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL*

Art. 17 Abs. 1 UAbs. 2 DSM-RL sieht als Folge der Ausweitung des Rechts auf Öffentliches Zugänglichmachen in UAbs. 1 vor:

„Ein Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten muss deshalb die Erlaubnis von den in Artikel 3 Absatz 1 und 2 der Richtlinie 2001/29/EG genannten Rechteinhabern einholen, etwa durch den Abschluss einer Lizenzvereinbarung, damit er Werke oder sonstige Schutzgegenstände öffentlich wiedergeben oder öffentlich zugänglich machen darf.“

Zudem verlangt Art. 17 Abs. 4 a) DSM-RL für den Fall, dass die Erlaubnis nicht erteilt wird, im Hinblick auf die Freistellung von der Verantwortlichkeit:

„dass er

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

Wie dargelegt, ergeben sich daraus die Pflichten des Hostproviders, die Inhalte auf seiner Plattform daraufhin zu überprüfen, ob Lizenzvereinbarungen erforderlich sind, und „alle Anstrengungen“ zur Einholung dieser Erlaubnis einzuholen. Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL sehen keine Öffnungsklauseln vor, sodass diese Vorgaben in nationales Recht umzusetzen sind. Zwar werden durch Art. 17 Abs. 5 DSM-RL die Pflichten durch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit modifiziert – was ebenfalls auf nationaler Ebene umzusetzen ist. So sollen nach Meinung einiger Autoren gerade aufgrund von Art. 17 Abs. 5 DSM-RL die Mitgliedstaaten die Befugnis haben, die „aus der Flexibilität der DSM-RL gezogenen Folgerungen auszubuchstabieren“, womit z.B. die Herausnahme kleinerer oder junger Unternehmen aus der Pflicht zu Upload-Filtern gemeint ist.¹⁰⁸ Wie bereits erwähnt, spricht aber gegen ein solches „Ausbuchstabieren“ die explizite Ausnahme in Art. 17 Abs. 6 DSM-RL, die politisch hoch umstritten war im Richtliniengabungsverfahren.

Ob Art. 17 DSM-RL den Mitgliedstaaten erlaubt, die geforderten Standards zu modifizieren oder zu konkretisieren, erscheint nicht zweifelsfrei. So dürfte nicht vorgesehen werden können, dass der Plattformbetreiber auf jeden Fall nur noch nach „digitalen Fingerabdrücken“ von

¹⁰⁸ So *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (643).

urheberrechtlich geschützten Werken suchen müsste, den Inhalt aber im Übrigen unkontrolliert sein lassen könnte; denn Art. 17 Abs. 4 a) DSM-RL stellt nicht auf eine bestimmte vom Mitgliedstaat definierte Kontrollpflicht ab, sondern allgemein auf die erforderlichen Anstrengungen. Im Rahmen von Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL erscheint dies erst recht nicht möglich, da Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL auf „branchenübliche hohe Standards“ verweist.

Erst recht wäre eine Forderung nach Rechteanmeldung bei einer staatlich überwachten Plattform nicht mit Art. 17 Abs. 1 DSM-RL vereinbar, da dieser nicht vorsieht, wie der Hostprovider sich Informationen über nötige Lizenzen verschafft; eine Kanalisierung auf eine Plattform für Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen, auf die der Diensteanbieter alleine zugreifen müsste (one-stop-shop), wäre zwar wünschenswert, käme aber der von TRIPS, WIPO etc. nicht vorgesehenen Registrierung von Urheberrechten nahe.¹⁰⁹

Eine nationale Umsetzung, die die Abfrage von Lizenzen auf Verwertungsgesellschaften abschließend als „Anstrengung“ festlegen würde, ist ferner mit dem Problem konfrontiert, dass selbst Verwertungsgesellschaften nicht immer über das komplette Repertoire verfügen, das für die Lizenzierung von user-generated-content erforderlich wäre;¹¹⁰ hier kann allerdings die Anwendung von Art. 12 DSM-RL (kollektive Lizenzierung) zumindest partiell Abhilfe schaffen. Ähnliche Probleme bestehen hinsichtlich der Verwertungsrechte von nicht-professionellen Urhebern wie Amateurfotografen oder Videoerstellern, oder Autoren von Texten; hier besteht oftmals keinerlei Wahrnehmungsvertrag – auch hier kann aber Art. 12 DSM-RL helfen. Diese Lösung versagt aber, wenn pan-europäische Lizenzen benötigt werden, die ebenfalls nicht in allen Fällen bestehen – was selbst über Art. 12 DSM-RL nicht regelbar ist („in ihrem Hoheitsgebiet“).¹¹¹ Die Pflichten des Hostproviders daher national so festzusetzen, dass allein die Abfrage bei einer Verwertungsgesellschaft abschließend genügt, setzt Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL nicht ordnungsgemäß um.

Die Gefahr einer Europarechtswidrigkeit resultiert vor allem daraus, dass Art. 17 DSM-RL so formuliert ist, dass die Berücksichtigung der Kriterien im Einzelfall und mithin durch die Gerichte erfolgt, sodass eine abschließende kodifikatorische Umsetzung ausgeschlossen wäre, die keinen Spielraum für eine anderweite Beurteilung zuließe.

¹⁰⁹ Art. 9 Abs. 1 TRIPS-Übereinkommen i. V. m. Art. 9 RBÜ.

¹¹⁰ S. auch *Weiden* GRUR 2019, 370 (371).

¹¹¹ S. zum ganzen Problemkomplex der Lizenzierung *Senftleben* ZUM 2019, 369 (371).

Denkbar, aber auch empfehlenswert ist daher, dass der Mitgliedstaat im Rahmen der Umsetzung die geforderten Anstrengungen durch einen Beispielskatalog (Auffangtatbestand) näher umreißt, der aber keinesfalls abschließend sein darf. Dies kann kodifikatorisch durch eine „insbesondere“-Klausel erreicht werden, die einzelne Dienste nach Umfang, Umsatz, Nutzerzahl, Inhalten etc. aufführt, für die dann ein Katalog von abgestuften Anstrengungen gelten kann. So kann etwa eine Vermutung für die Erfüllung der gebotenen Anstrengungen eingeführt werden, dass bei Abfragen bei Verwertungsgesellschaften vermutet wird, dass der Hostprovider die erforderlichen Anstrengungen eingehalten hat,¹¹² erst recht, wenn diese kollektive Lizenzen nach Art. 12 DSM-RL¹¹³ anbieten. Gleiches könnte im Hinblick auf Kleinstinhalte oder Inhalte von Privaten gelten, die sowohl hinsichtlich der Urheberschaft als auch der Rechtslage (Einwilligung? Eingreifende Schranken?) schwer zu ermitteln sind. Hier könnte es genügen, den Diensteanbieter zu einer einmaligen Suche bzw. Recherche zu verpflichten. Abschließend darf eine solche Vermutungsregel allerdings nicht ausfallen.

Nicht ausreichend dürfte jedoch sein, den Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen eine „Monetarisierung“ anzubieten¹¹⁴ – ohne zu versuchen, von ihnen Rechte einzuholen. Denn dies würde auf eine Umkehrung des in Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL vorgesehenen Mechanismus hinauslaufen, indem die Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen sich selbst dann um eine Lizenzierung bemühen müssten.

Eine weitere Konkretisierung der Anstrengungen könnte sinnvollerweise durch eine DurchführungsVO auf nationaler Ebene erfolgen, z.B. der Zahl der Suchvorgänge nach Lizenzen bzw. Rechten in Abhängigkeit von der Größe der Plattform. Dies könnte auch in der Weise geschehen, dass staatlicherseits eine Plattform geschaffen wird, auf der Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen ihre Rechte maschinenlesbar eintragen können, die dann vom Hostprovider (automatisiert) abgerufen werden, sodass wiederum eine Vermutung eingreifen würde, dass den von Art. 17 DSM-RL geforderten Anstrengungen entsprochen wird.

Die Kodifizierung einer Vermutung bei Einhaltung bestimmter Standards würde auch nicht gegen die in Art. 17 Abs. 4 DSM-RL vorgesehene Beweislastumkehr zu Lasten der Provider („es sei denn“) führen. Denn diese Beweislastumkehr betrifft die im Einzelfall vom Provider

¹¹² So auch *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (643).

¹¹³ S. dazu V.B.3.c).

¹¹⁴ So aber *F.Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1225 f.); GRUR-Stellungnahme S. 59 f., http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2019-09-05-GRUR-Stellungnahme_zur_DSM-_und_zur_Online_SatCab-RL_endg.pdf

darzulegende und zu beweisende Einhaltung der Standards; die hier befürwortete Vermutungswirkung bezieht sich dagegen auf die Konkretisierung der Standards selbst, was nicht dasselbe ist.

Sinnvoll erscheint schließlich die Klarstellung durch den Umsetzungsgesetzgeber, dass für die Dauer von Lizenzverhandlungen und der Einholung von „Erlaubnissen“ dem Hostprovider die Zugänglichmachung der Inhalte gestattet ist.¹¹⁵ Dies ergibt sich nicht zuletzt daraus, dass der Hostprovider dann immer noch alle Anstrengungen unternimmt, um Lizenzen einzuholen (Art. 17 Abs. 4 a) DSM-RL), und daher keiner Haftung unterliegt, bis diese Anstrengungen erfolglos waren.

Insgesamt sind daher die Möglichkeiten, die Anstrengungen nach Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL abschließend zu konkretisieren, gering und mit dem Risiko der Europarechtswidrigkeit behaftet. Vorzugswürdig erscheint die Einführung von Vermutungsregeln.

b) Beschränkung und Ausgestaltung von Upload-Filtern nach Art. 17 Abs. 4

b) DSM-RL

(1) Ausschluss von Upload-Filtern?

Wie dargelegt, ist auch Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL vollharmonisierender Natur. Welche Verfahren der Hostprovider anwendet, wird durch Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL nicht weiter präzisiert, umgekehrt aber auch seine Freiheit in den Grenzen des Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL nicht beschränkt. Die Verfahren müssen jedenfalls „hohen branchenüblichen Standards für die berufliche Sorgfalt“ entsprechen. Damit verweist Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL auf einen außergesetzlichen flexiblen Standard, der vom nationalen Gesetzgeber nicht ausgeschlossen oder ersetzt werden kann.¹¹⁶

Schließlich spricht im Umkehrschluss zu Art. 17 Abs. 9 UAbs. 1 DSM-RL, der ausdrücklich eine durch Menschen erfolgende Bearbeitung von Beschwerden erwähnt, vieles dafür, dass die Verfahren in Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL automatisiert erfolgen können – und folglich nicht durch den umsetzenden Mitgliedstaat ausgeschlossen werden können.¹¹⁷

Teilweise wird allerdings aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Art. 17 Abs. 5 DSM-RL, der die gebotenen Anstrengungen begrenzt,¹¹⁸ für kleinere oder finanzschwache Online-

¹¹⁵ Darauf weist zu Recht *Dreier* GRUR 2019, 771 (776) hin.

¹¹⁶ So auch *Kaesling*, JZ 2019, 586 (590); *Senftleben* ZUM 2019, 369 (371); *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1221).

¹¹⁷ Ebenso *Kaesling*, JZ 2019, 586 (590); *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (644); *C. Volkmann* CR 2019, 376 (380) Rn. 32.

¹¹⁸ S. dazu oben V.A.2.c)(4).

Plattformen gefolgert, dass diese von der Pflicht zu Upload-Filtern ausgenommen seien, da sie sonst mit unüberwindbaren Schwierigkeiten konfrontiert wären und neue Marktzutrittsschranken errichtet würden, die zudem im Widerspruch zur auf Innovation im digitalen Binnenmarkt gerichteten DSM-RL stünden. Daher sollten Mitgliedstaaten die Befugnis haben, „klarzustellen“, dass solche Unternehmen nur der Pflicht zum notice-and-take-down bzw. stay-down unterfallen.¹¹⁹

Dieser Auffassung steht jedoch diametral die Ausnahme gerade für Start-ups in Art. 17 Abs. 6 DSM-RL entgegen, die Gegenstand etlicher Diskussion im Trilog-Verfahren war. So waren die ursprünglich vorgesehenen Ausnahmen für kleinere und mittlere Unternehmen wesentlich umfangreicher ausgestaltet als in der endgültigen Fassung des Art. 17 Abs. 6 DSM-RL.¹²⁰ Nur für diese Unternehmen in einem definierten Korridor werden die Pflichten der Diensteanbieter auf Art. 17 Abs. 4 c) DSM-RL (notice-and-stay-down) reduziert. Diese Grundentscheidung kann nicht quasi über „die Hintertür“ der Verhältnismäßigkeit wieder ausgehebelt werden.¹²¹ Eine entsprechende mitgliedstaatliche Befreiung, die über Art. 17 Abs. 6 DSM-RL hinausgeht und vom Einzelfall entkoppelt wäre (der sonst von Gerichten im Rahme der Verhältnismäßigkeitsprüfung festzustellen ist), wirft daher erhebliche Zweifel an der Konformität mit der DSM-RL auf.

Soweit schließlich vertreten wird, dass der Hostprovider erst aufgrund einer Benachrichtigung bzw. zur Verfügung gestellten Information tätig werden muss,¹²² ist dies zwar im Hinblick auf die Systematik von Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL zutreffend (nicht aber im Hinblick auf Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL); es ändert aber nichts daran, dass bezüglich dieser mitgeteilten Informationen über Rechte eben ein Filter installiert werden muss.¹²³

(2) Ausgestaltung

Wie dargelegt, verweist Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL auf hohe branchenübliche Standards. Wie diese allerdings festzulegen sind, gibt die DSM-RL nicht vor, sodass hier für die Mitgliedstaaten im Rahmen des Maßstabs der hohen branchenüblichen Standards ein Ausgestaltungsspielraum hinsichtlich der Verfahren, mit denen diese Standards ermittelt werden, besteht. Im Rahmen der

¹¹⁹ *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (643 f.); ähnlich *F.Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1227).

¹²⁰ S. Voss-Bericht (COM(2016)0593) Seite 236 abrufbar unter [https://www.europarl.europa.eu/RegData/sequence_plenierte/textes_deposes/rapports/2018/0245/P8_A\(2018\)0245_DE.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/sequence_plenierte/textes_deposes/rapports/2018/0245/P8_A(2018)0245_DE.pdf); Vorschlag des EU-Parlaments und des Rates (COM(2016) 593 final) Seite 31 f. abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016PC0593&from=DE>.

¹²¹ So aber *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (644), die ohne weitere Begründung meinen, dass den Ausnahmetatbeständen der DSM-RL „nicht die Negativaussage entnommen werden könne, dass alle anderen Online-Plattformen von der Filterpflicht erfasst sein müssen“. Wozu dann die erheblichen Diskussionen um die Start-up-Ausnahme stattfanden, erschließt sich nicht.

¹²² S. *C.Volkman* CR 2019, 376 (379) Rn. 29, die sich damit aber wohl nur auf eine pauschale Filterpflicht bezieht.

¹²³ So denn auch *C.Volkman* CR 2019, 376 (379) Rn. 32 ff.

Umsetzung von Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL könnten hier zum Beispiel Gremien und Verfahren eingesetzt werden, die z.B. vergleichbar der TA Lärm oder der TA Luft (im BImSchG) die Beteiligung von gesellschaftlich relevanten Gruppen bei der Festlegung von Standards vorsehen – bei gleichzeitig zu gewährleistender Staatsferne, um den Einfluss staatlicherseits auf für die Meinungsbildung relevante Auswahlverfahren oder Filter auszuschließen. Dabei ist allerdings gleichzeitig auch zu berücksichtigen, dass diese Standards „branchenüblich“ sind, sodass sie je nach Art der Hostprovider (z.B. Videoplattformen wie Youtube, soziale Netzwerke wie Facebook) differenzieren müssen.

Wie derartige Verfahren konkret auszugestalten sind, muss in Zusammenarbeit mit Informatikern eruiert werden und kann im Rahmen eines Rechtsgutachtens nicht geklärt werden. Denkbar ist hier als wirksame Maßnahme vor allem das „flagging“ von Inhalten durch die Nutzer und Nutzerinnen, sodass diese Inhalte automatisch aussortiert und einer menschlichen Überprüfung zugeführt werden.

Ebenso wäre denkbar, bestimmte Nutzer und Nutzerinnen, die in der Vergangenheit keine Rechtsverletzungen begangen haben, als „trusted uploader“ anzusehen, die von vornherein aus einem Filter ausgenommen wären.¹²⁴

Ferner wäre daran zu denken, das Ausmaß bzw. den Umfang eines in einem Inhalt gebrauchten urheberrechtlich geschützten Werk im Verhältnis zum gesamten Inhalt festzustellen – was ein Indiz für ein Zitat sein könnte, auch wenn – wie noch darzulegen sein wird – die DSM-RL keine Bagatellschranke kennt.

Schließlich wäre es noch möglich, nicht eindeutige Rechtsverletzungen von vornherein aus einem Upload-Filter auszunehmen und einer menschlichen Überprüfung zu überleiten;¹²⁵ hierfür könnte Art. 17 Abs. 5 DSM-RL im Rahmen der Verhältnismäßigkeit sprechen, der auch die Art der Inhalte berücksichtigen will. Damit würde z.B. die oben dargelegte Ausrichtung des EuGH auf automatisierte Verfahren bei sinngleichen Inhalten aufgenommen. Allerdings bleibt damit dann immer noch offen, wann nicht eindeutige Rechtsverletzungen vorliegen.

Allerdings stehen alle diese Vorschläge letztlich unter dem Vorbehalt, dass es sich a) um branchenübliche und b) hohe Standards handelt: Demgemäß ist die Frage schwierig zu beurteilen, ob im Rahmen der Umsetzung der DSM-RL der Mitgliedstaat festlegen kann, ob ausschließlich

¹²⁴ So *J. Nordemann*'s Vorschlag, noch unveröffentlicht.

¹²⁵ So Vorschlag von *J. Nordemann*, noch unveröffentlicht.

Standards, die in dem staatlich regulierten Verfahren zustande gekommen sind, die branchenübliche Sorgfalt darstellen. Ebenso unklar ist, ob der Mitgliedstaat im Sinne der oben referierten Vorschläge die Standards abschließend regeln kann.

Der rechtliche Stellenwert der „hohen“ Standards entspricht nicht der aus dem deutschen Technologierecht bekannten Trias¹²⁶ von *allgemein anerkannten Regeln der Technik* (wie z.B. DIN-Normen)¹²⁷, *Stand der Technik* (z.B. BImSchG)¹²⁸ oder *Stand von Wissenschaft und Technik* (z.B. AtomG, ProdHaftG)¹²⁹, da sie einerseits über den Durchschnitt hinausgehen müssen (andernfalls die Erwähnung von „hoch“ sinnlos wäre), andererseits aber auch branchenüblich sein sollen, mithin nicht die neueste praktisch angewandte Technologie darstellen (wie im Fall des Standes der Technik). Letztlich wird eine neue Kategorie zwischen diesen Begriffen eingeführt, wobei auf den ersten Blick anders als sonst üblich der Diensteanbieter sich an diese Regeln halten muss, während sonst die Regeln nur als *Prima-facie-Beweis* oder Indiz für die erforderliche Sorgfalt gelten.¹³⁰

Da die DSM-RL hier keinen Verweis auf die Ausgestaltung durch den Mitgliedstaat kennt, spricht einiges dafür, dass eine solche abschließende Konkretisierung nicht möglich ist. Wohl aber könnte der Umsetzungsgeber eine Vermutungswirkung für die Einhaltung der von Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL geforderten Sorgfalt festlegen, wenn die durch staatlich geregelte Verfahren verabschiedeten Standards eingehalten werden. Ein Verstoß gegen die Beweislastregel in Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL wäre damit nicht verbunden, da nur die Beweiswirkung des durch staatlich geregelte Verfahren zustande gekommenen Standards festgelegt würde; der Hotprovider müsste nach wie vor darlegen und beweisen, wie er diesen Standard eingehalten hat. Gegebenenfalls kann dieses Verfahren auch mit Zertifizierungen verbunden werden, die dann die Vermutungswirkungen auslösen.

Sollten technisch keine Filter in der Branche bekannt sein, bleibt es dabei, dass der Diensteanbieter nicht zu etwas verpflichtet werden kann, dass technisch unmöglich ist.¹³¹ So ist für *YouTube*

¹²⁶ Grundlegend BVerfG, Beschl. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89, 135 – Kalkar; *Marburger*, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, passim; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, 2. Aufl. 2011, S. 794 ff.

¹²⁷ Dazu etwa im Bezug auf Verkehrspflichten, BGH Urt. v. 02.10.1984 - VI ZR 125/83, VersR 1984, 270 – Flachmeißel –; *Spindler* in BeckOGK BGB, Stand 1.7.2018, § 823 Rn. 417 ff, 422 mwNachw.

¹²⁸ Dazu *Jarass* in Jarass BmschG, 12. Aufl. 2017, § 22 Rn. 35 ff. mwNachw.

¹²⁹ Dazu Seibl in BeckOGK BGB, Stand: 1.2.2019, ProdHaftG § 1 Rn. 123 f.; *Graf v Westphalen* in Foerste/Graf v. Westphalen, Produkthaftungshandbuch, 3. Aufl 2012, § 46 Rn. 70 f.; *Stöhr*, InTer 2015, 34, 35.

¹³⁰ Vgl etwa *Spindler* in BeckOGK BGB, Stand 1.7.2018, § 823 Rn. 422.

¹³¹ S. auch *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (644 f.); *Pfennig* ZUM 2018, 252 (255); *Stieper* ZUM 2019, 211 (216).

die Filtertechnologie *ContentID*¹³² bekannt.¹³³ Für soziale Netzwerke mögen dann andere Kriterien gelten, z.B. die von *Facebook* angewandten Filter – die allerdings auch entsprechender Kritik ausgesetzt sind.¹³⁴ Ob es für andere Werke vergleichbare Technologien gibt, insbesondere Filme, kann derzeit bezweifelt werden.¹³⁵ Auch die Erfahrungen mit Plagiatssoftware, die für Texte eingesetzt werden könnte, sind höchst unterschiedlich.¹³⁶ Dies gilt erst recht hinsichtlich Parodien etc., wie sich dies an dem bekannten Beispiel des RTL-Films „Not Heidis Girl“ gezeigt hat, dessen Parodiecharakter nicht von dem von Google eingesetzten Filter erkannt wurde.¹³⁷ Da Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL auf die branchenüblichen Standards rekurriert, müssen die Pflichten entfallen, wenn diese in einer Branche schlicht nicht existieren.

Gegenüber diesen Ansätzen – der mitgliedstaatlichen Ausgestaltung der branchenüblichen Sorgfalt durch Normungsverfahren – bestehen allerdings in einer Hinsicht europarechtliche Bedenken. So legt die Richtlinie selbst in Art. 17 Abs. 10 DSM-RL ein komplexes, einem Normungsverfahren durch Beteiligung von Stakeholdern ähnliches Verfahren auf der EU-Ebene fest:

„(10) Ab dem 6. Juni 2019 veranstaltet die Kommission in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten Dialoge zwischen den Interessenträgern, in deren Rahmen bewährte Verfahren für die Zusammenarbeit zwischen den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten und Rechteinhabern erörtert werden. Die Kommission gibt in Absprache mit den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten, Rechteinhabern, Nutzerorganisationen und anderen einschlägigen Interessenträgern und unter Berücksichtigung der Ergebnisse der Dialoge zwischen den Interessenträgern Leitlinien zur Anwendung dieses Artikels heraus, insbesondere im Hinblick auf die Zusammenarbeit nach Absatz 4. Bei der Erörterung bewährter Verfahren wird unter anderem die notwendige Ausgewogenheit

¹³² Zur Funktionsweise s. <https://support.google.com/youtube/answer/2797370?hl=de>; ferner *Henrich*, <https://www.medienpolitik.net/2019/04/plattformen-werden-verantwortung-uebernehmen/>, zuletzt abgerufen am 17.4.2019.

¹³³ S. zu den verschiedenen Filtertechnologien auch *Kaesling*, JZ 2019, 586 (588); *Kastl*, GRUR 2016, 671 (671 ff) mwNachw.

¹³⁴ Zu entsprechenden Löschklauseln etc. *Spindler* CR 2019, 238 ff. mwNachw.

¹³⁵ Denkbar wäre hier ggf. eine Weiterentwicklung etwa von Microsofts PhotoDNA, einem Upload Filter, der mithilfe maschinellen Lernens bereits in der Lage sein soll, sogenannte Rachepornos und kinderpornografisches Material, einschließlich Videos, zu entdecken und zu blockieren; technische Details des Filters sind indes aktuell nicht bekannt, siehe dazu <https://www.heise.de/newsticker/meldung/Upload-Filter-Facebook-und-Instagram-loeschen-Rachepornos-automatisch-4338270.html>.

¹³⁶ Hier kann die Plagiatssoftware, die auch von großen Verlagen eingesetzt wird, oftmals nicht erkennen, ob die inkriminierten Passagen nicht tatsächlich durch Dritten vorher abgeschrieben wurde (von denen angeblich übernommen wurde) und daher keineswegs das Original ist, wie dies dem Autor selbst widerfahren ist.

¹³⁷ S. dazu <https://netzipolitik.org/2018/not-heidis-girl-wie-youtube-eine-kampagne-gegen-sexismus-ausbremste/>.

zwischen den Grundrechten und die Inanspruchnahme von Ausnahmen und Beschränkungen besonders berücksichtigt. Für die Zwecke des Dialogs zwischen den Interessenträgern haben die Nutzerorganisationen Zugang zu angemessenen, von den Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten bereitgestellten Informationen über die Funktionsweise ihrer Verfahren im Hinblick auf Absatz 4.“

In ähnlicher Weise formuliert ErwGr 71 den beabsichtigten Stakeholder Dialog. Die Mitgliedstaaten werden nur im Hinblick auf die Zusammenarbeit mit der Kommission erwähnt. Eigene nationale Stakeholder-Dialoge oder Normungsverfahren werden von Art. 17 Abs. 10 DSM-RL nicht aufgeführt.

Dabei beziehen sich die von der Kommission zu erlassenden Leitlinien insgesamt auf die Verfahren nach Art. 17 Abs. 4 DSM-RL, mithin auch auf Abs. 4 b) und die dort erwähnten branchenüblichen Sorgfaltspflichten. Völlig eindeutig ist Art. 17 Abs. 10 DSM-RL allerdings nicht, da Art. 17 Abs. 10 DSM-RL ausdrücklich von „insbesondere auf die Zusammenarbeit nach Abs. 4“ spricht, womit die von den Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen zur Verfügung zu stellenden Informationen gemeint sein dürften. Andererseits zeigt Art. 17 Abs. 10 DSM-RL, dass auch die Verfahren nach Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL gemeint sein müssen, da andernfalls die Pflicht der Diensteanbieter bzw. Hostprovider, den Nutzerorganisationen Zugang zu angemessenen Informationen „über die Funktionsweise ihrer Verfahren im Hinblick auf Absatz 4“ wenig Sinn macht.

Im Ergebnis spricht daher viel dafür, dass die EU-Kommission quasi die „Hoheit“ über die Konkretisierung der Verfahren nach Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL hat – sodass ein mitgliedstaatliches Normungsverfahren für Art. 17 Abs. 4 DSM-RL die Leitlinien nach Art. 17 Abs. 10 DSM-RL respektieren muss. Allerdings haben die Leitlinien der Kommission nach Art. 17 Abs. 10 DSM-RL keine rechtlich bindende Wirkung gegenüber Gerichten oder Behörden;¹³⁸ es handelt sich nicht wie Ermächtigungen zu Durchführungs-RL oder Durchführungs-VO um Rechtsakte mit bindender Wirkung. So hat der EuGH im Rahmen kartellrechtlicher Verfahren festgestellt

„209 Der Gerichtshof hat in Bezug auf von der Verwaltung erlassene interne Maßnahmen bereits entschieden, dass sie zwar nicht als Rechtsnorm qualifiziert werden können, die die Verwaltung auf jeden Fall zu beachten hat, dass sie jedoch eine Verhaltensnorm darstellen, die einen Hinweis auf die zu befolgende Verwaltungspraxis enthält und von der die Verwaltung im Einzelfall nicht ohne Angabe von Gründen abweichen kann, die

¹³⁸ S. auch *Peters/Schmidt* GRUR Int. 2019, 1006 (1010).

mit dem Grundsatz der Gleichbehandlung vereinbar sind. Solche Maßnahmen stellen somit Handlungen allgemeinen Charakters dar, deren Rechtswidrigkeit die betroffenen Beamten und Bediensteten zur Begründung einer Klage gegen auf ihrer Grundlage erlassene Einzelentscheidungen geltend machen können (vgl. Urteil vom 15. Januar 2002 in der Rechtssache C-171/00 P, *Libéros/Kommission*, Slg. 2002, I-451, Randnr. 35).¹³⁹

Vielmehr tritt eine gewisse Selbstbindung der Kommission ein;¹⁴⁰ (nationale) Gerichte und Behörden der Mitgliedstaaten müssen die Empfehlungen bzw. Leitlinien zwar berücksichtigen, können aber hiervon abweichen.¹⁴¹ Daher ist es dem Mitgliedstaat möglich, die Verfahren für die hohen branchenüblichen Standards auszugestalten, allerdings mit der Einschränkung, dass diese sich an die Leitlinien der Kommission nach Art. 17 Abs. 10 DSM-RL zu halten haben.

Jenseits einer mitgliedstaatlichen Umsetzung ist die Frage angesiedelt, ob auf politischer Ebene die Bereitstellung von Verfahren unterstützt werden kann. Denkbar wäre hier z.B. die staatliche Finanzierung bzw. Unterstützung von Gremien und Plattformen (bei gleichzeitiger Wahrung der Staatsferne), die im Wege der Open-Source-Kodierung automatisierte Verfahren versuchen zu kodieren – und der Allgemeinheit zur weiteren Ausgestaltung zur Verfügung stellen.¹⁴²

(3) Bereitstellende Informationen durch Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen

Wie dargelegt, ist der Hostprovider im Rahmen von Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL (im Gegensatz zu Art. 17 Abs. 1, Abs. 4 a) DSM-RL) nur an Hand der vom Rechteinhaber oder der Rechteinhaberinnen zur Verfügung gestellten Informationen über Inhalte verpflichtet, die von Nutzern und Nutzerinnen generierte und heraufgeladene Inhalte zu überprüfen. Wie allerdings diese Informationen zur Verfügung gestellt werden sollen, spezifiziert die DSM-RL nicht.

Hier kann sich für den Mitgliedstaat Gestaltungsspielraum eröffnen, z.B. im Hinblick auf eine maschinelle Lesbarkeit der Informationen, um die Verarbeitung der Informationen zu erleichtern – der allerdings von der schwer einzuschätzenden Frage abhängt, ob die DSM-RL hier nicht als negativ abschließend anzusehen ist, in dem Sinne, dass Vorgaben durch den Mitgliedstaat nicht

¹³⁹ EuGH Urt. v. 28.6.2005 – verbundenen Rechtssachen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P.

¹⁴⁰ EuGH Urt. v. 28.6.2005 – verbundenen Rechtssachen C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P bis C-208/02 P und C-213/02 P Rn. 211.

¹⁴¹ Ausführlich *Schwarze* EuR 2011, 3 (8 ff.) mwNachw.

¹⁴² In diese Richtung auch Erklärung der Bundesregierung bei der Abstimmung im Ministerrat vom 15.4.2019, Pkt 5, Interinstitutional File: 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2.

getroffen werden dürfen, sondern es den Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen überlassen bleibt, wie sie konkret den Host Providern Informationen zur Verfügung stellen. Für eine solche abschließende „negative“ Harmonisierung spräche, dass in anderen Richtlinien oder Verordnungen – etwa Art. 20 Abs. 1 DSGVO¹⁴³ – die Maschinenlesbarkeit etwa im Hinblick auf die Datenportabilität ausdrücklich vorgeschrieben wird. Daher spricht vieles dafür, dass der Mitgliedstaat hier keine weiteren Vorgaben treffen kann; auch die Ausgestaltung der Verfahren über den stakeholder dialogue in Art. 17 Abs. 10 DSM-RL streitet dafür, dass der nationale Gesetzgeber hier keinen Spielraum genießt. Wiederum könnte der nationale Gesetzgeber aber mit Vermutungswirkungen zugunsten der Diensteanbieter für bestimmte Verfahren, z.B. Plattformen, auf denen Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen ihre Inhalte anmelden können, arbeiten, die aber nicht abschließend sind und die die Leitlinienkompetenz der EU-Kommission nach Art. 17 Abs. 10 DSM-RL berücksichtigen.

In diesem Rahmen sollte aufgrund der Gefahr von „Urheberrechtstrollen“ bzw. unrechtmäßigen Rechteinformationen und damit potenziellen Blockaden von (unliebsamen) Inhalten auch daran gedacht werden, verfahrensrechtliche Vorgaben für die nötige Identifizierung der Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen und die eindeutige, verifizierbare Angabe der Rechte zu treffen, z.B. durch sog. „trusted flagger“, was auch für entsprechende Löschungsverlangen gelten muss.¹⁴⁴ Auch eine solche Konkretisierung muss jedoch die Leitlinienkompetenz der Kommission nach Art. 17 Abs. 10 DSM-RL berücksichtigen.¹⁴⁵

Nicht von Art. 17 Abs. 10 DSM-RL betroffen ist aber die Einführung von Rechten der betroffenen Nutzer und Nutzerinnen, einschließlich der Einführung einer verschärften Haftung für „Urheberrechtstrolche“ wegen rechtsmissbräuchlicher Mitteilung von vermeintlichen Rechten. Hier steht dem nationalen Gesetzgeber etlicher Spielraum zu.¹⁴⁶ Die nationale Rechtsprechung kennt zwar eine Haftung wegen unberechtigter Schutzrechtsverwarnung;¹⁴⁷ doch knüpft diese an das

¹⁴³ Art. 20 DSGVO verlangt die Übermittlung „in einem strukturierten, gängigen und maschinenlesbaren Format“.

¹⁴⁴ Erklärung der Bundesregierung bei der Abstimmung im Ministerrat vom 15.4.2019, Pkt 8, Interinstitutional File: 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2.

¹⁴⁵ Offen hier *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1228), der sich aber wohl für Regelungen nach Art. 17 Abs. 10 DSM-RL als vorrangig ausspricht.

¹⁴⁶ In diese Richtung auch GRUR-Stellungnahme S. 60 abrufbar unter http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2019-09-05-GRUR-Stellungnahme_zur_DSM-_und_zur_Online_SatCab-RL_endg.pdf.

¹⁴⁷ Bislang sind derartige Fälle von missbräuchlichen „notices“ und Informationen wenig diskutiert, im Gegensatz etwa zur unberechtigten Schutzverwarnung, s. dazu in jüngerer Zeit BGH Versäumnisurteil vom 1. Dezember 2015 - X ZR 170/12 GRUR 2016, 630 Rdnr. 15 ff; s. dazu auch ausführlich BeckOGK/Spindler, 1.7.2018, BGB, § 823 Rn. 220 ff. m.w.N.

Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. Dagegen wäre die Vorgabe von sog. „trusted flags“ für vertrauenswürdige Mitteilungen von Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen im Rahmen von Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL¹⁴⁸ wiederum mit dem Einwand des Verstoßes gegen Art. 17 Abs. 10 DSM-RL konfrontiert, der der Kommission die Ausgestaltung solcher Verfahren überlässt.

c) Kollektivlizenzen

Schließlich gilt es, das nach Art. 12 DSM-RL nach skandinavischem Vorbild ausgestaltete Verfahren der Kollektivlizenzierung („extended collective licenses“, auch ECL genannt) zu nutzen, wonach auch nicht von den Verwertungsgesellschaften vertretene Rechte (bzw. Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen) von diesen lizenziert werden dürfen. Damit könnten die Hostprovider unter Vermeidung umfangreicher Recherchen zur Einholung von Rechten die nötigen Erlaubnisse erhalten.¹⁴⁹

Allerdings darf diese Lösung nicht überbewertet werden, vor allem im Hinblick auf die Vermeidung von Upload-Filtern:¹⁵⁰ Denn die Lizenzierung nach Art 12 DSM-RL hängt davon, dass die Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen der kollektiven Lizenzierung nicht widersprechen, Art. 12 Abs. 3 c) DSM-RL.¹⁵¹ Gerade die größeren Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen werden hiervon Gebrauch machen und ihre Rechte aus der Verwertung durch die Verwertungsgesellschaften ausnehmen, was schon die Erfahrungen im Musikmarkt und im Filmmarkt¹⁵² gezeigt haben. Zudem betrifft die Lizenzierung nach Art. 12 Abs. 1 DSM-RL nur die Nutzung in dem Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaats. Erforderlich ist daher die Umsetzung von Art. 12 DSM-RL in allen Mitgliedstaaten und der Abschluss von Gegenseitigkeitsverträgen, um hier Problemen aus dem Weg zu gehen.¹⁵³

¹⁴⁸ Erklärung der Bundesregierung bei der Abstimmung im Ministerrat vom 15.4.2019, Pkt 8, Interinstitutional File: 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2.

¹⁴⁹ In diese Richtung auch *Dreier*, GRUR 2019, 771 (777 f.); *Kaesling*, JZ 2019, 586 (589 f.); *Gielen/Tiessen* EuZW 2019, 639 (643).

¹⁵⁰ Ähnlich *Husovec/Quintais*, How to License Art. 17?, working Paper 1.10.2019, S. 19, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3463011>.

¹⁵¹ Skeptisch ebenso *F.Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1223).

¹⁵² Dazu *Wirtz* ZUM 2019, 203 (206).

¹⁵³ Darauf weist zu Recht *Dreier*, GRUR 2019, 771 (777 f.) hin.

Eine Umsetzung, die Kollektivlizenzen zwingend einführen würde,¹⁵⁴ verstieße gegen die Entscheidung des EuGH in Sachen Soulier,¹⁵⁵ in der der EuGH deutlich das individuelle Recht des Urhebers auf Zustimmung und vorherige Information hervorhob.

4. Verbesserung der wirtschaftlichen Situation der Urheberinnen und Urheber

Die DSM-RL im Urhebervertragsrecht folgt weitestgehend (bis auf wenige Abweichungen en detail) dem deutschen Ansatz. Insoweit ergibt sich wenig Anlass zur Änderung des deutschen Urheberrechts – zumindest nicht im Hinblick auf die Umsetzung der DSM-RL. Zudem sind die Art. 18 ff. DSM-RL keine vollharmonisierenden Vorschriften, sondern belassen dem Mitgliedstaat darüber hinausgehende Normen.¹⁵⁶ Dem entsprechend konzentrieren sich die Ausführungen auf die Themenkomplexe Verhandlungsmechanismen, Kollektive Lizenzen und faire Vergütung in den Verwertungsverträgen.¹⁵⁷

a) Verbesserung der Situation der Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen durch Art. 17 DSM-RL?

Vorab soll kurz geklärt werden, ob sich bei einer Vereinbarkeit von Art. 17 DSM-RL mit primärem Europarecht eine Verbesserung der Situation der Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen ergibt. Da Art. 17 DSM-RL die Plattformbetreiber unmittelbar in die Verantwortung nimmt und primär dazu anhält, Lizenzen einzuholen, kann prima vista die Frage nur positiv beantwortet werden, da die Wahrscheinlichkeit, dass Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen an den Einnahmen der Plattformbetreiber beteiligt werden, erhöht werden. Allerdings ist daran zu erinnern, dass kein Kontrahierungszwang besteht, erst recht nicht zu einem bestimmten Preis, so dass Diensteanbieter auch jede Lizenzierung verweigern können, dann aber nach Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL das Heraufladen von (nutzergenerierten) Inhalten verhindern müssen. Welche wirtschaftlichen Folgen sich unmittelbar für Urheber (und nicht nur Rechteinhaber) ergeben, lässt sich schwer abschätzen, da der wirtschaftliche Effekt für die Urheber vom Verhalten und der Weitergabe von wirtschaftlichen Gewinnen durch die Rechteinhaber abhängt, die am ehesten in Lizenzverhandlungen mit den Diensteanbieter eintreten werden. Für Urheber, die nicht ihre Rechte Rechteinhaber übertragen haben, hängt das wirtschaftliche Ergebnis von ihrer

¹⁵⁴ Diskutiert bei Husovec/Quintais, How to License Art. 17?, working Paper 1.10.2019, S. 22, abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3463011>.

¹⁵⁵ EuGH Urt. v. 16.11.2016 – C-301/15, Soulier.

¹⁵⁶ Ebenso GRUR-Stellungnahme S. 84 f., abrufbar unter http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2019-09-05-GRUR-Stellungnahme_zur_DSM-_und_zur_Online_SatCab-RL_endg.pdf; Peifer ZUM 2019, 648 (651).

¹⁵⁷ Nicht behandelt wird etwa das Widerrufsrecht oder (ausführlich) kollektive Durchsetzungsmechanismen, s. dazu Peifer, ZUM 2019, 648 (656 ff.).

Verhandlungsmacht und des Diensteanbieters ab; eine Abgabelösung hätte hier vermutlich wesentlich bessere Ergebnisse für solche Urheber erzeugt.

b) Verhandlungsmechanismen

Art. 13 DSM-RL verpflichtet die Mitgliedstaaten zur Einrichtung einer unparteiischen Instanz oder von Mediatoren, allerdings beschränkt auf Fälle, in denen die Parteien mit „Schwierigkeiten im Zusammenhang mit der Lizenzierung von Rechten konfrontiert sind, wenn sie den Abschluss einer Vereinbarung für die Zwecke der Zugänglichmachung audiovisueller Werke über Videoabrufdienste beabsichtigen.“ Andere Dienste sind demnach nicht betroffen – allerdings sieht Art. 13 Abs. 1 DSM-RL auch keine Beschränkung auf große Anbieter wie Art. 2 Abs. 6, 17 DSM-RL vor.

Art. 13 Abs. 1 DSM-RL zielt ferner nur auf eine Unterstützung der Parteien ab, auch mit Vorschlägen von Vereinbarungen; eine Entscheidungsbefugnis kommt aber (schon per definitionem) weder den Mediatoren noch der unparteiischen Instanz zu. Der Mitgliedstaat kann sich für eine der beiden Möglichkeiten entscheiden, im Falle der Mediatoren muss er jedoch nach Art. 13 Abs. 2 DSM-RL die Quelle mit Informationen über die Mediatoren benennen – entsprechend der Richtlinie über alternative Streitbeilegungsverfahren (ADR – RL).¹⁵⁸

Der Mitgliedstaat wie Deutschland ist daher frei, wie diese Verfahren ausgestaltet werden, solange den Instanzen oder den Mediatoren keine Entscheidungsbefugnis eingeräumt wird. Auch digitale Plattformen sind entsprechend der ODR-VO (Online-Dispute-Regulation)¹⁵⁹ ohne weiteres möglich. Eine genaue Verfahrensgestaltung jenseits der bereits für die Mediation geltenden Vorgaben sollte jedoch nicht vorgenommen werden, da es gerade Kennzeichen einer Mediation ist, ohne festgelegte Verfahrenspositionen eine Verhandlung zu unterstützen.

Schließlich könnte Deutschland die Verhandlungsmechanismen auch jenseits der Videoabrufdienste einrichten; die DSM-RL ist hier nicht als abschließend verstehen in dem Sinne, dass sie sonst derartige Verhandlungsmechanismen untersagen würde, zumal es sich nicht um Schiedsverfahren handelt.

¹⁵⁸ Richtlinie 2013/11/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die alternative Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Richtlinie über alternative Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten) ABl. L 165, S. 63 ff. vom 18.6.2013.

¹⁵⁹ Verordnung (EU) Nr. 524/2013 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 21. Mai 2013 über die Online-Beilegung verbraucherrechtlicher Streitigkeiten und zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 2006/2004 und der Richtlinie 2009/22/EG (Verordnung über Online-Streitbeilegung in Verbraucherangelegenheiten), ABl.

Vorgaben hinsichtlich von automatisierten bzw. digitalen Vertragsabschlüssen enthält die DSM-RL nicht.

a) Kollektive Lizenzen

Wie bereits erwähnt, führt Art. 12 DSM-RL für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit sog. „collective extended licenses“/kollektiver Lizenzvergaben mit erweiterter Wirkung nach skandinavischem Vorbild ein.¹⁶⁰ Demnach können Verwertungsgesellschaften auch dann Lizenzen vergeben, wenn die Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen nicht durch sie vertreten werden bzw. keine Wahrnehmungsverträge abgeschlossen haben. Damit können umständliche Lizenzierungsverfahren gerade im Online-Bereich vermieden werden, wenn eine Vielzahl von Rechten betroffen ist, die unter Umständen schwer ausfindig zu machen sind. Daher sollte Deutschland unbedingt von der Umsetzung dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Ob die jeweilige Verwertungsgesellschaft allerdings die kollektive Lizenzierung wirklich nützt, ist ihr nach Art. 12 DSM-RL überlassen; eine Zwangs-Kollektivlizenz sieht Art. 12 DSM-RL nicht vor.

Ferner kann die Kollektiv-Lizenz nicht in allen Bereichen eingeführt werden, sondern nach Art. 12 Abs. 3 DSM-RL nur in besonderen Bereichen,

„in denen die Einholung der Erlaubnis der Rechteinhaber in jedem Einzelfall normalerweise beschwerlich und in einem Maße praxisfern ist, dass die erforderliche Erteilung der Lizenz aufgrund der Art der Nutzung oder des Typs der jeweiligen Werke oder sonstigen Schutzgegenstände unwahrscheinlich wird, und sie stellen sicher, dass mit diesem Lizenzvergabeverfahren die berechtigten Interessen der Rechteinhaber geschützt werden“

ErwGr 47 stellt dabei klar, dass allein Schwierigkeiten bei der Rechtswahrnehmung für ausländische Rechtsinhaber in Bezug auf eine Lizenzierung im Inland nicht ausreichend sind.

Damit wird deutlich, dass die kollektiven Lizenzvergaben keineswegs flächendeckend eingeführt werden können, wohl auch nicht per se für den ganzen Online-Bereich. Wie diese Kriterien indes festgestellt werden können und sollen, bleibt offen; hier böte sich ggf. eine Ermächtigungsgrundlage für eine Verordnung in einem Umsetzungsgesetz an, da die tatsächliche Lage in einem Markt sich auch stetig ändern kann.

Ferner ist zu beachten, dass Art. 12 Abs. 3 DSM-RL etliche Schutzbestimmungen zugunsten der Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen vorsieht, allen voran Art. 12 Abs. 3 c) DSM-RL, der den Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen ein Widerspruchsrecht bzw. Ausschlussrecht gibt,

¹⁶⁰ Einzelheiten bei *Staats*, ZUM 2019, 703 ff. mwNachw.

sodass die Verwertungsgesellschaft diese dann nicht mehr vertreten kann.¹⁶¹ Ferner muss nach Art. 12 Abs. 3 a) DSM-RL die Verwertungsgesellschaft ausreichend repräsentativ für die einschlägige Art von Werken für den jeweiligen Mitgliedstaat etc. sein nach Art. 12 Abs. 3 b) DSM-RL alle Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen gleichbehandeln und nach Art. 13 Abs. 3 d) DSM-RL gegenüber dem Rechteinhaber bzw. der Rechteinhaberin innerhalb einer „angemessene(n) Zeitspanne vor Beginn der lizenzierten Nutzung der Werke oder sonstigen Schutzgegenstände angemessene Informationsmaßnahmen (ergreifen), um Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen darüber zu informieren, dass die Verwertungsgesellschaft in der Lage ist, Lizenzen für Werke und sonstige Schutzgegenstände zu erteilen, dass die Lizenzvergabe gemäß diesem Artikel erfolgt und dass den Rechteinhabern und Rechteinhaberinnen die Möglichkeiten nach Buchstabe c zur Verfügung stehen.“ Allerdings verlangt die Richtlinie explizit nicht, dass jeder Rechteinhaber bzw. Rechteinhaberin einzeln informiert werden muss, Art. 12 Abs. 3 d) DSM-RL

Schließlich gilt Art. 12 DSM-RL bzw. die kollektiven Lizenzen nur für das Hoheitsgebiet des jeweiligen Mitgliedstaates – was die Praktikabilität gerade für Online- bzw. Internetsachverhalte erheblich einschränkt.¹⁶²

Aus dem Blickwinkel der Verbesserung der Rechtsposition der Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen lässt die Richtlinie hier vor allem Spielraum zur Ausgestaltung des Informationsverfahrens der betroffenen Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen über deren Widerspruchsrechte. Die DSM-RL trifft zudem keinerlei Aussagen über Verteilmechanismen etc. innerhalb der jeweiligen Verwertungsgesellschaft; hier bleibt es bei den bisherigen nationalen Bestimmungen (die natürlich auch ggf. verbessert werden können, was aber den Rahmen des Gutachtenauftrags sprengen würde).

Insgesamt bieten Kollektivlizenzen für Urheber, die nicht bislang durch Verwertungsgesellschaften vertreten sind, eine Möglichkeit – ähnlich vergütungspflichtigen Schranken - bei Verwertungen, bei denen die Einholung von Lizenzen schwierig ist, dennoch Einnahmen erzielen kann. Da der Urheber zudem die Möglichkeit des Widerspruchs hat, erscheint dieses Modell besonders attraktiv, da es Urhebern die Partizipation an Verwertungen erlaubt, ohne ihm seine Autonomie zu nehmen.

¹⁶¹ Näher dazu *Staats*, ZUM 2019, 703 (709 f.).

¹⁶² S. auch *Staats*, ZUM 2019, 703 (710).

b) Faire Vergütung in Verwertungsverträgen¹⁶³

Hinsichtlich der fairen Vergütung für Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen schreibt Art. 18 Abs. 1 DSM-RL jetzt erstmalig zwingend harmonisierend auf europäischer Ebene das Recht auf eine angemessene und verhältnismäßige Vergütung vor.¹⁶⁴ Dabei lässt Art. 18 Abs. 2 DSM-RL den Mitgliedstaaten die freie Wahl, welche Mechanismen hierfür verwandt werden, wobei sowohl dem Grundsatz der Vertragsfreiheit als auch dem fairen Ausgleich der Rechte und Interessen Rechnung getragen werden soll,¹⁶⁵ sodass der deutsche Gesetzgeber es bei den Mechanismen der §§ 32 ff. UrhG belassen kann, die bereits das zwingende Recht auf angemessene Vergütung vorsehen.¹⁶⁶ Das Problem der richterlichen Festsetzung angemessener Vergütungen wird indes auch damit nicht gelöst werden;¹⁶⁷ auch ErwGr 73 enthält hierzu keine weiterführenden Aussagen. Nach Auffassung des RL-Gebers sollten Pauschalzahlungen zwar zulässig, aber nicht die Regel sein.¹⁶⁸ Aussagen zu kollektiven Vergütungsregelungen enthält Art. 18 DSM-RL nicht, sodass dieses Instrument zulässig bleibt. ErwGr 73 sieht explizit vor, dass den Mitgliedstaaten freisteht,

„den Grundsatz der angemessenen und verhältnismäßigen Vergütung mit verschiedenen bestehenden oder neu eingerichteten Verfahren, die unter anderem Kollektivverhandlungen und andere Verfahren umfassen könnten, umzusetzen, sofern sie dem geltenden Unionsrecht entsprechen“.

Allerdings erfasst dieser Anspruch nicht das Verhältnis zu Drittnutzern (z.B. Sendeanstalten), wo offenbar in der Praxis häufig ein Defizit besteht.¹⁶⁹

Flankiert wird dieser Anspruch des Rechteinhabers bzw. der Rechteinhaberinnen durch eine Transparenzpflicht in Art. 19 DSM-RL der Verwerter, damit Urheberinnen und Urheber und ausübende Künstlerinnen und Künstler über entsprechende Informationen über die Verwertung ihrer Werke erhalten, was auch für Unterlizenzverträge gem. Art. 19 Abs. 2 DSM-RL gilt. Art. 19

¹⁶³ Auf die übrigen Art. Der DSM-RL im Hinblick auf das Urhebervertragsrecht wird hier entsprechend dem Gutachtenauftrag nicht eingegangen.

¹⁶⁴ Nach Erwägungsgrund 72 S. 2 soll dies aber u. U. nicht für Arbeitnehmer gelten bzw. generell nicht, wenn der Vertragspartner das Werk selbst nicht verwertet.

¹⁶⁵ S. auch Erwägungsgrund 73 S. 4.

¹⁶⁶ Ebenso GRUR-Stellungnahme S. 84 f., abrufbar unter http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2019-09-05-GRUR-Stellungnahme_zur_DSM-_und_zur_Online_SatCab-RL_endg.pdf; Peifer, ZUM 2019, 648 (651 f.).

¹⁶⁷ S. dazu etwa Wandtke/Grunert, in: Wandtke/Bullinger UrhG, 5. Aufl. 2019, § 32 UrhG Rn. 22 ff.; ausführlich zur Historie Czychowski, in: Fromm/Nordemann, UrhG, 12. Aufl. 2018, § 32 UrhG Rn. 1 ff. m. w. N.; ausführlich auch Riesenhuber, Die „Angemessenheit“ im Urheberrecht, 2013; s. auch Spindler, ZUM 2012, 921.

¹⁶⁸ Erwägungsgrund 73 S. 2.

¹⁶⁹ Eingehend dazu Reber, ZUM 2019, 891 ff.

Abs. 1 DSM-RL entspricht damit weitestgehend der nationalen Regelung des § 32d Abs. 1 UrhG, die jedoch von einer starren jährlichen Auskunftspflicht ausgeht.¹⁷⁰ Art. 19 Abs. 1 DSM-RL verweist hier gegenüber auf eine „regelmäßige“ mindestens jährlich zu erfüllende Pflicht, so dass je nach den Umständen der Urheber auch unterjährig Auskünfte verlangen kann. Geändert werden muss jedoch der Charakter des Anspruchs nach § 32d UrhG zu einer Pflicht.¹⁷¹ Zu den Einnahmen zählt die DSM-RL nicht nur die eigentlichen Lizenzgebühren, sondern auch Merchandising-Einnahmen.¹⁷² Eine Einschränkung auf ein bestimmtes Territorium kennt die DSM-RL nicht, die Transparenz betrifft die globalen Einnahmen.¹⁷³ Gemeinfrei und unentgeltlich zur Vergütung gestellte Werke unterfallen nicht der Pflicht, etwa bei Creative-Commons-Lizenzen.¹⁷⁴ Wie die Transparenzpflicht konkret ausgestaltet wird, überlässt die DSM-RL den Mitgliedstaaten.¹⁷⁵ Auch bezüglich der Transparenzpflichten von Unterlizenznehmern besteht für den deutschen Gesetzgeber nur ein geringfügiger Anpassungsbedarf, da schon nach § 32e Abs. 1 UrhG ein unmittelbarer Auskunftsanspruch gegenüber dem Unterlizenznehmer besteht,¹⁷⁶ allenfalls das deutsche Recht abgeschwächt werden muss, indem die Pflichten dem Hauptlizenzgeber aufgebürdet werden (im Gegensatz zum deutschen Recht).¹⁷⁷

Allerdings öffnet Art. 19 Abs. 3 DSM-RL den Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum dahingehend, dass bei unverhältnismäßigem Aufwand im Hinblick auf die Verwertung des Werkes oder der erzielten Einnahmen die Informationspflichten beschränkt werden können. Eine vergleichbare Einschränkung des Anspruches aus Gründen der Verhältnismäßigkeit sieht bereits § 32d Abs. 2 Nr. 2 UrhG vor.¹⁷⁸ Da die DSM-RL sich hier mit sehr vagen Begriffen begnügt („nach billigem Ermessen“), ist dieser Spielraum relativ groß bemessen. Art. 19 Abs. 4 DSM-RL eröffnet sogar die Möglichkeit, dass gänzlich von den Informationen abgesehen werden kann, wenn der Beitrag des Urhebers an einem Gesamtwerk nicht erheblich ist. Im Gegensatz zu § 32d Abs. 2 Nr. 1 UrhG, der einen vergleichbaren Ausschluss des Auskunftsanspruches bei

¹⁷⁰ S. dazu etwa *Soppe*, in: BeckOK UrhR, 23. Ed. 15.01.2019, § 32d UrhG Rn. 21; s. auch BT-Drs. 18/8625, 26.

¹⁷¹ *Peifer*, ZUM 2019, 648 (653).

¹⁷² Erwägungsgrund 75 S. 3, s. aber im gewissen Widerspruch dazu S. 6: Transparenzpflicht soll nur gelten, soweit urheberrechtlich relevante Rechte betroffen sind.

¹⁷³ Erwägungsgrund 75 S. 4 „weltweit“.

¹⁷⁴ Erwägungsgrund 74 S. 3.

¹⁷⁵ Erwägungsgrund 77 S. 1.

¹⁷⁶ S. dazu etwa *Soppe*, in: BeckOK UrhR (Fn. 170), § 32e UrhG Rn. 1 ff.; zur Historie *Czychowski*, in: Fromm/Nordevmann (Fn. 167), § 32e UrhG Rn. 6 ff.

¹⁷⁷ S. auch GRUR-Stellungnahme S. 87, abrufbar unter http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2019-09-05-GRUR-Stellungnahme_zur_DSM-_und_zur_Online_SatCab-RL_endg.pdf; für Spielräume des Mitgliedstaats dagegen *Stieper* ZUM 2019, 393 (396).

¹⁷⁸ S. dazu *Berger/Freyer*, ZUM 2016, 569, 572 f, der beispielsweise unangemessen aufwändige Datenermittlung, rechtsmissbräuchliche Auskunftsgesuche und den Schutz von Geheimhaltungsinteressen nennt.

nachrangigen Beiträgen des Urhebers aufstellt, sieht Art. 19 Abs. 4 DSM-RL einen Anspruch nach Art. 19 Abs. 1 DSM-RL jedoch ausnahmsweise vor, wenn die Urheberin oder der Urheber die Informationen für das Verlangen nach Anpassung der Vergütung benötigt und dies darlegen kann.¹⁷⁹ Für andere Fälle, z. B. bei grundsätzlich geringen Vergütungen, sieht die DSM-RL dagegen keine Bagatellklausel vor. Schließlich sieht Art. 20 DSM-RL ein Recht des Urhebers auf Anpassung der Vergütung bei langfristigen Rechteeinräumungen vor (Bestsellerparagraph), was letztlich die Regelung in § 32a Abs. 1 UrhG widerspiegelt.¹⁸⁰ Leider enthält die DSM-RL – wie das deutsche Recht¹⁸¹ – nur wenig konkrete Hinweise, wann von einem Missverhältnis auszugehen ist. So sollen alle Einnahmen berücksichtigt werden, einschließlich Merchandising-Einnahmen,¹⁸² aber auch das Ausmaß des Beitrags des Urhebers einschließlich der Branchenusancen und bestehender Kollektivvereinbarungen.¹⁸³ Insofern würde hier eine Verbesserungsmöglichkeit bei der Umsetzung in deutsches Recht bestehen, indem das Missverhältnis konkretisiert werden könnte durch eine Vermutung, z.B. (als Vorschlag oder Beispiel) bei 50% des jetzigen Zustandes der Vergütung gegenüber dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses. Dabei könnte auch konkretisiert werden, was die Vergütung alles umfasst. Damit würden Urheber ebenso wie Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen Rechtssicherheit gewinnen, wann von einem konkreten Missverhältnis auszugehen ist – wobei die Grenze konkret festzulegen ist und keinen zwingenden gesetzlichen Vorgaben unterliegt.

Anders als bei der deutschen Regelung in § 32 Abs. 2 UrhG ist nach Art. 20 Abs. 1 DSM-RL die Vergütungsregel im Rahmen einer Kollektivvereinbarung nicht per se angemessen, sondern geht der Regelung des Abs. 1 nur dann vor, wenn sie gleichermaßen einen Vertragsanpassungsmechanismus vorsieht. Explizit ausgenommen von der Anwendung des Art. 20 Abs. 1 DSM-RL sind zudem gemäß Art. 20 Abs. 2 DSM-RL Vereinbarungen, die von Verwertungsgesellschaften bzw.

¹⁷⁹ Dies entspricht im Grundsatz den Voraussetzungen, die an einen aus §§ 259, 242 BGB folgenden Auskunftsanspruch gestellt werden, vgl. BGH Urt. v. 13.12.2001 – I ZR 44/99, WRP 2002, 715, 716 – Musikfragmente; dazu auch *Soppe*, in: BeckOK UrhR (Fn. 170), § 32d UrhG Rn. 1.

¹⁸⁰ Ebenso GRUR-Stellungnahme S. 90, abrufbar unter http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2019-09-05-GRUR-Stellungnahme_zur_DSM-_und_zur_Online_SatCab-RL_endg.pdf; *Peifer*, ZUM 2019, 648 (654).

¹⁸¹ Die im deutschen Recht in § 32 Abs. 2 S. 2 normierte Definition, dass eine Vergütung angemessen ist, wenn sie „im Zeitpunkt des Vertragsschlusses dem entspricht, was im Geschäftsverkehr nach Art und Umfang der eingeräumten Nutzungsmöglichkeit (...) üblicher- und redlicherweise zu leisten ist“, kann lediglich als Art Navigationshilfe gewertet werden, so bereits *Erdmann*, GRUR 2002, 923, 926; weiterführend *Tolkmitt*, in FS Bornkamm, 2014, S. 991, 998 ff; s. auch in jüngerer Zeit BGH Urt. v. 21.05.2015 – I ZR 39/14, WRP 2016, 360, 361 Rn. 9 f. – GVR Tageszeitungen II; sehr krit. *Jacobs*, GRUR 2011, 306; *Czychowski*, GRUR 2010, 793.

¹⁸² Erwägungsgrund 78 S. 3.

¹⁸³ Erwägungsgrund 78 S. 4.

Verwertungseinrichtungen i. S. d. Art. 3 a und b der Richtlinie 2014/26/EU geschlossen wurden.¹⁸⁴

c) *Zusammenfassung*

Die DSM-RL führt erstmals europaweit zwingende Vorschriften für das Urhebervertragsrecht ein, was uneingeschränkt zu begrüßen ist, insbesondere das Recht auf angemessene Vergütung. Hinsichtlich der Verhandlungsmechanismen sieht Art. 13 DSM-RL Mediationen oder andere neutrale Schlichtungsinstanzen vor, was ebenfalls zu begrüßen ist, da Konfliktlösungen zwischen Urhebern und Rechteinverwertern erleichtert werden können. Im Prinzip stellt auch die europaweite, allerdings den Mitgliedstaaten überlassene optionale Einführung der „Extended collective licensing“ einen gewichtigen Fortschritt dar, zumal die Urheber Rechte zum opt-out haben, aber sonst ähnlich wie bei einer vergütungspflichtigen Schranke an den wirtschaftlichen Verwertungen beteiligt werden. Allerdings beschränkt sich Art. 12 DSM-RL auf das Territorium eines Mitgliedstaates ebenso wie auf bestimmte spezifische Fälle.

5. Schranken zugunsten der Nutzer und Nutzerinnen

a) *Abschließende Aufzählung von Schranken in Art. 17 Abs. 7 DSM-RL und Art. 5 InfoSoc-RL – keine zusätzlichen Schranken in Mitgliedstaaten*

Wie bereits erwähnt, hat der EuGH vor kurzem in mehreren Verfahren entschieden, dass die Schranken der InfoSoc-RL und damit auch der DSM-RL für die Mitgliedstaaten abschließend sind; sie können nicht darüber hinausgehen. Nur im Rahmen von unbestimmten Rechtsbegriffen und unter Einhaltung der oben genannten Kriterien des EuGH kann der Mitgliedstaat Umsetzungsspielräume genießen.¹⁸⁵

Für Art. 17 DSM-RL bedeutet dies, dass Deutschland keine generelle Schranke für nutzergenerierte Inhalte einführen kann, da weder Art. 17 Abs. 4 – 10 DSM-RL noch Art. 5 Abs. 2, Abs. 3 InfoSoc-RL eine solche Schranke für das Recht auf öffentliches Zugänglichmachen vorsehen¹⁸⁶ (selbst wenn man hier für die Nutzer und Nutzerinnen die Schranke von Art. 5 Abs. 2 b) InfoSoc-RL als Recht auf eine Vervielfältigung für Privatzwecke für einschlägig hielte, da dieses nicht das Recht zum öffentlichen Zugänglichmachen umfasst). Dies gilt erst recht für Hostprovider.

¹⁸⁴ S. auch *Schulze*, GRUR 2019, 682 (684). Art. 3 a und b der Richtlinie 2014/26/EU erfassen die verschiedenen in den Mitgliedstaaten vorhandenen Organisationsformen von Verwertungsgesellschaften, s. dazu etwa *Müller*, in: Hoeren et al, Multimedia-Recht 47. EL Oktober 2018, Teil 7.5 Rn. 57; die Art. 3 a und b der Richtlinie 2014/26/EU wurden in §§ 2 ff VGG umgesetzt.

¹⁸⁵ S. oben bei Fn. 102 ff.

¹⁸⁶ Gleichsinnig *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1221).

Zwar ist verschiedentlich der Versuch unternommen worden, eine Schranke für user-generated-content mithilfe einer extensiven Auslegung der Zitatschranke und der Schranke für Pastiche zu rechtfertigen, insbesondere im Lichte der Meinungsfreiheit nach Art. 11 EU-Grundrechtscharta.¹⁸⁷ Andere sprechen von „statutory licences“ mit einer Pflicht zur Vergütung, die genau die gleichen Wirkungen wie Schranken hervorrufen, anscheinend aber Lizenzierungen sein sollen.¹⁸⁸

Doch erscheint eine solche - an sich überlegenswerte – Ausdehnung im Lichte der neueren Entscheidungen des EuGH, in denen das Gericht den Mitgliedstaaten enge Grenzen der Ausgestaltung von Schranken setzt, erst recht die Einführung neuer Schranken jenseits des Unionsrechts verwirft, kaum möglich. Insbesondere im Hinblick auf das Zitatrecht dürften Remixes als Bearbeitungen nicht das Erfordernis der reinen Heranziehung eines Werkes zur Unterstützung der eigenen Gedankenführung bzw. des Werkes erfüllen.¹⁸⁹ Allenfalls mit der in Deutschland umzusetzenden Schranke für Pastiche kann hier ein gewisser Spielraum für nutzergenerierte Inhalte entstehen, da Pastiche definiert werden als „...ein intertextuelles Werk, insofern es ein Original genau imitiert. Die Art der Imitation kann dabei entweder von Hochachtung oder von Satire geprägt sein“.¹⁹⁰ Über diese Begrifflichkeiten wird der deutsche Umsetzungsgesetzgeber aber nicht hinausgehen können; damit wird es der Rechtsprechung überlassen bleiben müssen, die Grenzen und Möglichkeiten für nutzergenerierten Inhalt innerhalb des Pastiche-Begriffs herauszuarbeiten.¹⁹¹ Gleiches gilt für den Versuch, „statutory licences“ einzuführen – wie dargelegt, entsprechen diese trotz der unterschiedlichen Begrifflichkeiten den Schranken und können nicht darüber hinwegtäuschen, dass Zwangslizenzen den gleichen Bedingungen unterworfen sind; allein ein unterschiedlicher Sprachgebrauch ändert hieran nichts.

¹⁸⁷ So vor allem *Senftleben* ZUM 2019, 369 (373).

¹⁸⁸ So etwa *Husovec/Quintais*, How to License Art. 17?, working Paper 1.10.2019, S. 23 f., abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3463011>.

¹⁸⁹ Dies sieht letztlich auch *Senftleben* ZUM 2019, 369 (373), der für eigenschöpferischen nutzergenerierten Inhalt jenseits des Zitatrechts eine eigene neue Schranke fordert – die aber nach der EuGH-Rechtsprechung kaum noch möglich sein dürfte.

¹⁹⁰ S. <https://de.wikipedia.org/wiki/Pastiche>.

¹⁹¹ Ebenso GRUR-Stellungnahme S. 67, abrufbar unter http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2019-09-05-GRUR-Stellungnahme_zur_DSM-_und_zur_Online_SatCab-RL_endg.pdf.

Ebenso wenig enthalten Art. 17 DSM-RL noch die InfoSoc-RL irgendeine Bagatellgrenze.¹⁹² Demgemäß gilt auch für kleinteilige Nutzungen oder ohne wirtschaftlichen Wert, dass für sie keine gesonderte Schranke eingreift.¹⁹³

Ansatzpunkt für eine andere Auslegung, insbesondere dafür, dass der Katalog der Schranken in Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 DSM-RL nicht abschließend ist, wäre allenfalls die generelle (eigentlich selbstverständliche) Aussage in Art. 17 Abs. 7 UAbs. 1 DSM-RL, dass die Zusammenarbeit zwischen den Host Providern und den Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen nicht bewirken darf, dass von Nutzern und Nutzerinnen hochgeladene Inhalte nicht gegen Urheberrechte verstoßen oder „im Rahmen einer Ausnahme oder Beschränkung erlaubt“ sind. Damit wären aber auch alle sämtliche Schranken nach Art. 5 Abs. 2, Abs. 3 InfoSoc-RL erfasst – über die in Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 DSM-RL erwähnten hinaus, da auch bei Eingreifen der Schranken nach Art. 5 Abs. 2, Abs. 3 InfoSoc-RL keine Urheberrechtsverletzung vorliegen würde. Über diesen Weg ließe sich etwa das Eingreifen von Schranken zugunsten von Wissenschaft und Forschung auch im Rahmen von Art. 17 Abs. 7 DSM-RL begründen, da diese auch das öffentliche Zugänglichmachen im Rahmen von Art. 5 Abs. 3 a) InfoSoc-RL erfassen. Allerdings muss dann der Umsetzungsgeber auch ein Recht der Nutzer und Nutzerinnen auf Berufung dieser Schranken einführen – was wiederum auf Bedenken hinsichtlich der abschließenden Aufzählung in Art. 17 Abs. 7, Abs. 9 DSM-RL stößt.

b) Anspruch auf Schrankendurchsetzung gegen Provider

Umgekehrt ist der nationale Gesetzgeber durch die Ausgestaltung des Art. 17 Abs. 7 DSM-RL nunmehr gehalten, einen eigenen Anspruch auf Durchsetzung der Schranken zugunsten der Nutzer und Nutzerinnen einzuführen. Dies zeigt der Wortlaut des Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 DSM-RL deutlich:

„Die Mitgliedstaaten stellen sicher, dass sich alle Nutzer, die nutzergenerierte Inhalte auf Diensten für das Teilen von Online-Inhalten hochladen oder auf Diensten für das Teilen von Online-Inhalten zugänglich machen, in jedem Mitgliedstaat auf jede der folgenden Ausnahmen oder Beschränkungen stützen können:

a) Zitate, Kritik und Rezensionen;

¹⁹² So für Tonträger eindeutig EuGH Urt. v. 29.7.2019 – C-476/17 – Pelham/Hütter u.a.; für die DSM-RL *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1221); s. bereits *Spindler*, CR 2019, 277 (290); anders anscheinend contra legem *Gerpott* MMR 2019, 420 (424).

¹⁹³ Ebenso GRUR-Stellungnahme zu Art. 17 Abs. 4 DSM-RL S. 67 f., abrufbar unter http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2019-09-05-GRUR-Stellungnahme_zur_DSM-_und_zur_Online_SatCab-RL_endg.pdf; *Peters/Schmidt* GRUR Int. 2019, 1006 (1012).

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

Wenn sich alle Nutzer und Nutzerinnen auf die Ausnahmen stützen können sollen, muss ihnen ein subjektives Recht auf Durchsetzung der Schranken eingeräumt werden, was in dieser Form noch nicht im deutschen Recht außer im Rahmen des § 95b UrhG (hier allerdings gegen den Rechteinhaber und Rechteinhaberinnen!) besteht.

Noch deutlicher wird diese rechtliche Absicherung in Art. 17 Abs. 9 UAbs. 2 DSM-RL

„Verlangen Rechteinhaber die Sperrung des Zugangs zu ihren Werken oder sonstigen Schutzgegenständen oder die Entfernung dieser Werke oder sonstigen Schutzgegenstände, so begründen sie ihr Ersuchen in angemessener Weise. Im Rahmen des in Unterabsatz 1 vorgesehenen Verfahrens eingereichte Beschwerden sind unverzüglich zu bearbeiten, und Entscheidungen über die Sperrung des Zugangs zu hochgeladenen Inhalten bzw. über die Entfernung hochgeladener Inhalte sind einer von Menschen durchgeführten Überprüfung zu unterziehen. Die Mitgliedstaaten gewährleisten zudem, dass zur Beilegung von Streitigkeiten außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung stehen. Unbeschadet der Rechte der Nutzer auf wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf müssen derartige Verfahren die unparteiische Beilegung von Streitigkeiten ermöglichen und dürfen den Nutzern den Rechtsschutz nach nationalem Recht nicht vorenthalten. **Inbesondere müssen die Mitgliedstaaten gewährleisten, dass die Nutzer Zugang zu einem Gericht oder einem anderen einschlägigen Organ der Rechtspflege haben, um die Inanspruchnahme einer Ausnahme oder Beschränkung für das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte geltend machen zu können.**“

Gerade diese explizite Forderung, dass Nutzer und Nutzerinnen vor einem Gericht ihre Rechte geltend machen können, impliziert die Einführung bindender subjektiver Rechte für die Nutzer und Nutzerinnen, da andernfalls Nutzer und Nutzerinnen keine Klagemöglichkeiten haben.¹⁹⁴

Eine ähnliche Diskussion wurde bereits im Rahmen des NetzDG geführt (vor allem zu § 5 NetzDG),¹⁹⁵ hier hat der Gesetzgeber leider keine Rechte der Nutzer und Nutzerinnen auf Anhörung oder Durchsetzung ihrer Rechte eingeführt.¹⁹⁶ Bislang gehen die Gerichte vor allem im Rahmen von Fällen, in denen Inhalte durch einen sozialen Netzbetreiber (meist Facebook) aufgrund der jeweiligen AGB gelöscht werden, insbesondere wegen „hate speech“, von einem

¹⁹⁴ Wie hier *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1227).

¹⁹⁵ *S. Peukert*, MMR 2018, 572 (576, 578).

¹⁹⁶ S. auch KG, Beschl. v. 6.3.2019 – 10 W 192/18, NJW 2019, 2624: keine analoge Anwendung von § 5 NetzDG.

eigenständigen vertraglichen Anspruch aus, teilweise von einem Vertrag „sui generis“.¹⁹⁷ Ein Verweis allein auf diese Rechtsprechung würde jedoch nicht zur Umsetzung von Art. 17 Abs. 2 UAbs. 2 DSM-RL genügen, da zum einen nicht stets angenommen werden kann, dass zwischen Nutzer und Nutzerinnen und Diensteanbieter ein Vertrag besteht,¹⁹⁸ zum anderen dieser nicht kodifiziert ist, mithin den Anforderungen des EuGH an eine korrekte Umsetzung einer Richtlinie nicht genügen würde.¹⁹⁹ So hat der EuGH in einem Verfahren gegen die Niederlande deutlich erklärt:

„21. Zu dem Vorbringen der niederländischen Regierung, der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung der niederländischen Regelung, der vom *Hoge Raad der Nederlanden* bestätigt worden sei, erlaube es jedenfalls, Unterschiede zwischen den Bestimmungen des niederländischen Rechts und denen der Richtlinie zu beheben, genügt der Hinweis, dass - wie der Generalanwalt in Rdnr. 36 seiner Schlussanträge ausgeführt hat - eine etwa bestehende nationale Rechtsprechung, die innerstaatliche Rechtsvorschriften in einem Sinn auslegt, der als den Anforderungen einer Richtlinie entsprechend angesehen wird, nicht die Klarheit und Bestimmtheit aufweisen kann, die notwendig sind, um dem Erfordernis der Rechtssicherheit zu genügen. Dies gilt ganz besonders im Bereich des Verbraucherschutzes.“²⁰⁰

Fraglich kann daher nur sein, ob nur ein Anspruch auf Schrankendurchsetzung entsprechend § 95b UrhG gegen den Plattformbetreiber (nicht gegen den Rechteinhaber oder Rechteinhaberin!) eingeführt werden sollte oder generell ein gesetzlicher, zwingender Anspruch auf das Herauslösen von Inhalten. Gegen einen solchen breitflächigen materiell-rechtlichen Anspruch, der über die Sicherung einer verfahrensrechtlichen Position weit hinausgehen würde, sprechen jedoch einige Bedenken: Zum einen würde damit in die privatautonome Gestaltung der Hostprovider bzw. Diensteanbieter eingegriffen (die nota bene natürlich der AGB-Inhaltskontrolle nach §§ 305 ff. BGB und zu einem gewissen Teil wie bei marktmächtigen Netzbetreibern wie Facebook der

¹⁹⁷ OLG München Urt. v. 24.8.2018 – 18 W 1294/18, AfP 2019, 57 = MMR 2018, 753, 754 Rz. 18, allerdings ohne nähere Begründung nur unter Hinweis auf eine angebliche Unentgeltlichkeit und im Ergebnis letztlich offenlassend; identisch OLG München Urt. v. 17.7.2018 – 18 W 858/18, AfP 2018, 529 = MMR 2018, 760 Rz. 20; OLG München Urt. v. 30.11.2018 – 24 W 1771/18, n.v. S. 6; ebenso OLG Stuttgart v. 6.9.2018 – 4 W 63/18, NJW-RR 2019, 35 Rz. 20.

¹⁹⁸ Zust. F. Hofmann, GRUR 2019, 1219 (1227).

¹⁹⁹ A.A. C. Volkmann CR 2019, 376 (382 f.) Rn. 50 ff., die offenbar vertragliche Ansprüche und die mittelbare Drittwirkung von Grundrechten ausreichen lassen möchte – dies genügt aber nicht den Anforderungen an eine Umsetzung der Richtlinie.

²⁰⁰ EuGH Urt. v. 10.5.2001 - Rs. C-144/99

mittelbaren Grundrechtsbindung²⁰¹ unterliegen);²⁰² zum anderen würde damit etwaigen Regelungen in einem Mediendienststaatsvertrag vorgegriffen, zumal es auch um Regulierungen im Bereich der Medien geht, wofür die Kompetenz des Bundes fraglich wäre.

Insgesamt sollte es daher bei der Einführung eines Anspruchs auf Schrankendurchsetzung entsprechend § 95b UrhG gegen den Plattformbetreiber bleiben.

c) Absicherung der Schranken durch verbindliche Technik: Flagging

Neben dem materiell-rechtlichen Anspruch auf Durchsetzung der Schranken kommt die bereits erwähnte verfahrensmäßige Absicherung der Schranken durch Einführung eines „flagging“ von Inhalten durch Nutzer und Nutzerinnen in Betracht, die dazu führt, dass entsprechende Inhalte vom automatischen Filtern nach Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL ausgenommen werden. Auch mit der Einführung eines solchen Verfahrens, das zwingend von Host Providern vorzusehen wäre, könnte gesichert werden, dass sich Nutzer und Nutzerinnen auf die ihnen zustehenden Schranken stützen können. Die Bundesregierung hat in ihrer Erklärung zur Zustimmung der DSM-RL dieses Verfahren explizit angesprochen.²⁰³

Wie oben dargelegt, kann aber die mitgliedstaatliche Einführung eines zwingenden „flagging“-Verfahrens in Konflikt mit der Befugnis der EU-Kommission geraten, Leitlinien für die Auslegung von Art. 17 Abs. 4 DSM-RL zu definieren. Denn Art. 17 Abs. 10 DSM-RL bezieht sich auch ausdrücklich auf die Grundrechte der Nutzer und Nutzerinnen, damit auch auf die Schranken des Art. 17 Abs. 7 DSM-RL, sodass die Kommission auch im Hinblick auf die Schranken das Verfahren nach Art. 17 Abs. 4 b) DSM-RL ausgestalten in Gestalt von Auslegungsleitlinien konkretisieren kann.

Andererseits verlangt Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 DSM-RL ausdrücklich Umsetzungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten („stellen sicher“), dass die Nutzer und Nutzerinnen ihre Rechte durchsetzen können. Dies wird – wie oben dargelegt – vor allem noch durch die explizite Forderung nach Durchsetzung vor staatlichen Gerichten in Art. 17 Abs. 9 UAbs. 2 DSM-RL verdeutlicht. Ohne kodifizierte Verfahren zur Absicherung der Schranken (und der in ihnen verankerten) Grundrechte lassen sich diese aber nicht wirksam durchsetzen. Auch könnte damit dem Problem des

²⁰¹ In diese Richtung BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 22.5.2019 - 1 BvQ 42/19 -, Rn. (1-25); näher *Raue*, JZ 2018, 961; s. auch *Beurskens* NJW 2019, 3418 ff. zu entsprechenden OLG-Entscheidungen.

²⁰² Zum Ganzen s. *Spindler*, CR 2019, 238; *D. Holznagel*, CR 2019, 518; *ders.*, CR 2018, 369; *Lüdemann*, MMR 2019, 279; s. auch *F. Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1227).

²⁰³ Erklärung der Bundesregierung bei der Abstimmung im Ministerrat vom 15.4.2019, Pkt 8, Interinstitutional File: 2016/0280(COD), 7986/19 ADD 1 REV 2; s. auch *Dreier*, GRUR 2019, 771 (778).

Blockierens von Livestreams begegnet werden.²⁰⁴ Zudem haben die Leitlinien der Kommission – wie bereits erwähnt - nach Art. 17 Abs. 10 DSM-RL keine bindende Wirkung gegenüber Gerichten oder Behörden; es handelt sich nicht wie Ermächtigungen zu Durchführungs-RL oder Durchführungs-VO um Rechtsakte mit bindender Wirkung.²⁰⁵ Vielmehr müssen Gerichte und Behörden der Mitgliedstaaten die Empfehlungen bzw. Leitlinien zwar berücksichtigen, können aber hiervon abweichen. Demgegenüber verlangt Art. 17 Abs. 7 UAbs. 2 DSM-RL ein rechtlich abgesichertes Recht für die Nutzer und Nutzerinnen auf Durchsetzung ihrer Schranken; allein die Verankerung in Leitlinien würde dieses Recht der Nutzer und Nutzerinnen nicht ausreichend festigen und in jedem Fall durchsetzbar machen. Daher müssen die Mitgliedstaaten trotz der Leitlinienbefugnis der EU-Kommission die Kompetenz – und sogar die Pflicht – haben, die Durchsetzung der Schranke zu sichern, auch und gerade mit Hilfe von den beschriebenen „flagging“-Verfahren.

Umgekehrt bleibt es bei der Haftung nach § 97 UrhG von Nutzern und Nutzerinnen, die fälschlich oder gar missbräuchlich ihre Inhalte dann als unter die Schranken fallend kennzeichnen („wrongful flagging“). Solange jedenfalls kein Verbotsirrtum vorliegt, die zum Wegfall des Verschuldens führt,²⁰⁶ bleibt es bei der schon für Fahrlässigkeit eingreifenden Haftung nach § 97 UrhG.²⁰⁷ Ferner kann zur Vermeidung von Missbräuchen ein Ausschluss des Nutzers und Nutzerin vom Beschwerdemechanismus bei wiederholtem und planmäßigem Missbrauch vorgesehen werden.²⁰⁸

Wünschenswert und Teil der Umsetzung sollte aber auch eine Information der Nutzer und Nutzerinnen über bestehende Lizenzen der Plattformen sein, umgekehrt, dass ein Upload nicht von einer Lizenz gedeckt ist.²⁰⁹

²⁰⁴ Zutr. *F.Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1228).

²⁰⁵ S. oben bei Fn. 139.

²⁰⁶ Zu den Anforderungen s. *Wolff* in Wandtke/Bullinger, Urheberrecht 5. Aufl. 2019, § 97 Rn 56, *Spindler*, in: *Spindler/Schuster*, 4. Aufl. 2019 § 97 Rn 30 ff, *Specht* in Dreier/Schulze, UrhG, 6. Aufl. 2018 3 97 Rn. 78.

²⁰⁷ S. auch *F.Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1228); Eines gesonderten Haftungstatbestandes bedarf es daher nicht, aA offenbar GRUR-Stellungnahme S. 68, abrufbar unter http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2019-09-05-GRUR-Stellungnahme_zur_DSM-_und_zur_Online_SatCab-RL_endg.pdf.

²⁰⁸ Ähnlich GRUR-Stellungnahme S.68, abrufbar unter http://www.grur.org/uploads/tx_gstatement/2019-09-05-GRUR-Stellungnahme_zur_DSM-_und_zur_Online_SatCab-RL_endg.pdf.

²⁰⁹ Zutr. *F.Hofmann*, GRUR 2019, 1219 (1227).

d) Ausgestaltung von Verfahrensrechten?

Art. 17 Abs. 9 DSM-RL sieht zwar etliche Eckpunkte für die Ausgestaltung des Beschwerdeverfahrens für Nutzer und Nutzerinnen vor, etwa dass diese „wirksam“ und „zügig“ sein müssen bzw. Beschwerden unverzüglich von einem Menschen bearbeitet werden, ferner dass außergerichtliche Rechtsbehelfsverfahren zur Verfügung stehen müssen, die eine unparteiische Belegung ermöglichen, ohne den Zugang zu staatlichen Gerichten zu versperren. Im Übrigen sind die Mitgliedstaaten aber frei, die Verfahren auszugestalten, sodass sich etliche Optionen ergeben. Die verfahrensrechtliche Absicherung der Rechte der Nutzer und Nutzerinnen erscheint gerade auch im Hinblick auf das bereits erwähnte Urteil des EuGH in Sachen UPC Telekabel²¹⁰ geboten, um ihren Anspruch auf rechtliches Gehör zur Wahrung ihrer Grundrechte zu gewährleisten.

Allerdings muss der Mitgliedstaat den von Art. 17 Abs. 9 DSM-RL vorgegebenen Ablauf des Beschwerdeverfahrens respektieren, das immer nur durch die Beschwerde eines Nutzers und Nutzerin ausgelöst wird. In diesem Rahmen könnte das Verfahren verwandt werden, dass der BGH in der Entscheidung „Mallorca-Blogger“ für Persönlichkeitsrechtsverletzungen entwickelt hat: Demnach leitet der Provider die Beschwerde eines Betroffenen (Persönlichkeitsrechtsinhaber) an den Blogger (als Verletzer) weiter; reagiert dieser nicht innerhalb einer angemessenen Frist, wird der Inhalt gesperrt. Bei einer Antwort des Bloggers wird wiederum der Beschwerdeführer zur Stellungnahme aufgefordert; kommt dieser dem wiederum innerhalb einer angemessenen Frist nicht nach, bleibt der Inhalt online.²¹¹

Dementsprechend könnte man an eine Übertragung dieser Grundsätze auf das Beschwerdeverfahren nach Art. 17 Abs. 9 DSM-RL denken. Nach einer Beschwerde eines Nutzers und Nutzerin würde dann der Rechteinhaber bzw. die Rechteinhaberin zur Stellungnahme aufgefordert; mangels einer Reaktion innerhalb einer äußerst kurzen Frist (1-2 Tage z.B.) würde der Inhalt dann wieder online gestellt, indem ein Überwiegen der Schranke vermutet wird bzw. mangels Rechtsschutzinteresse des Rechteinhabers bzw. der Rechteinhaberin. Hierfür spräche auch Art. 17 Abs. 9 UAbs. 1 DSM-RL, der vom Rechteinhaber bzw. der Rechteinhaberin eine Begründung für das Verlangen auf Sperrung fordert.

Hinsichtlich des Verfahrens vor staatlichen Gerichten sollte der nationale Gesetzgeber ein möglichst schnelles Verfahren entsprechend einstweiligen Verfügungsverfahren mit kurzen Fristen vorsehen; dem Hauptsacheverfahren könnten dann komplexere Fragen der Abwägung von Schranken mit bestehenden Urheberrechten vorbehalten bleiben.

²¹⁰ S. oben Fn. 49.

²¹¹ BGH, Urt. v. 25.10.2011 - VI ZR 93/10 Rn. 27.

e) *Verbandsklage*

Dieser könnte ferner durch die Einführung einer Verbandsklagebefugnis unterstützt werden.²¹² Allerdings besteht hier das Problem, dass Art. 17 Abs. 7, 9 DSM-RL als ein individuelles Recht ausgeformt ist und auf einen bestimmten Inhalt eines Nutzers und Nutzerin ausgerichtet ist, der schwerlich im Rahmen einer Verbandsklage durchgesetzt werden könnte. Denkbar ist hier nur, dass eine Verbandsklage sich gegen eine bestimmte Richtlinie oder Praxis der Diensteanbieter richtet, z.B. gegen die eingesetzten Upload-Filter, die nicht den Bedingungen von Art. 17 Abs. 7, 9 DSM-RL bzw. der nationalen Umsetzung und den hohen branchenüblichen Standards gerecht werden.

6. *Ausgestaltung und Begrenzung der Rechtsfolgen?*

Denkbar wäre schließlich, auf der Rechtsfolgenseite etwa eine Schadensersatzhaftung auszu-schließen oder zu begrenzen. Dem steht allerdings zwingend Art. 13 Abs. 1 der Enforcement-Richtlinie²¹³ entgegen, der einen vollumfänglichen („erlittenen tatsächlichen Schaden“) Schadensersatzanspruch für den verletzten Rechtsinhaber vorsieht. Art. 13 Abs. 1 a), b) Enforcement-RL gibt den Gerichten zudem die Verfahren bzw. Faktoren vor, die bei der Bestimmung des Schadens zu berücksichtigen ist. Daher bleibt den Mitgliedstaaten hier kein Spielraum.

7. *Vergleich mit anderen Umsetzungsgesetzen (Entwürfe)*

Im EU-Raum liegt – soweit ersichtlich – bislang nur ein Referentenentwurf aus den Niederlanden zur Umsetzung der DSM-RL vor. In Frankreich ist die loi audio-visuel angekündigt, zur Zeit des Abschlusses des Gutachtens aber noch nicht im Conseil d'Etat präsentiert und zugänglich. Soweit dem Unterzeichner bekannt, werden sowohl Spanien als auch Österreich erst Mitte/Ende 2020 Umsetzungsentwürfe präsentieren; auch in Italien scheint der Gesetzgeber noch abzuwarten.

Der niederländische Gesetzesentwurf²¹⁴ ist nur bedingt für die Fragen dieses Gutachtens verwertbar, da der Referentenentwurf bezüglich Art. 17 DSM-RL diesen fast wortwörtlich übernimmt. Demnach soll folgender Artikel eingefügt werden²¹⁵

Artikel 29c

²¹² So der Vorschlag von *Specht*, noch nicht veröffentlicht.

²¹³ Richtlinie 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. April 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl. L 157, S. 45 ff. vom 30.4.2004.

²¹⁴ Wetsvoorstel houdende wijziging van de Auteurswet, de Wet op de naburige rechten en de Databankenwet in verband met de implementatie van Richtlijn (EU) 2019/PM van het Europees parlement en de Raad van 17 april 2019 inzake auteursrechten en naburige rechten in de digitale eengemaakte markt en tot wijziging van de Richtlijnen 96/9/EG en 2001/29/EG (Implementatiewet richtlijn auteursrecht in de digitale eengemaakte markt).

²¹⁵ Die Übersetzung erfolgte automatisiert durch Google Translator.

1. Ein Plattformanbieter ist verpflichtet, die von den Nutzern seines Dienstes angebotenen Werke der Literatur, Wissenschaft oder Kunst zu veröffentlichen, wenn er der Öffentlichkeit Zugang zu ihnen gewährt. Wenn der Plattformanbieter die Erlaubnis dazu erhalten hat, gilt diese Erlaubnis auch für die Offenlegung durch Benutzer, es sei denn, sie handeln auf kommerzieller Basis oder ihre Aktivität generiert signifikante Einnahmen. Auf Verlangen des Plattformanbieters geben die Urheber oder deren Rechtsnachfolger angemessene Auskunft über die Verwendung von Werken, für die eine Erlaubnis erteilt wurde.

2. Der Plattformanbieter, der keine Erlaubnis erhalten hat, haftet für die Verletzung des Veröffentlichungsgesetzes, es sei denn, er weist nach, dass:

1 °. Er hat alles in seiner Macht Stehende getan, um die Erlaubnis zu erhalten.

2 °. er hat alle Anstrengungen unternommen, um im Einklang mit den hohen industriellen Standards des beruflichen Engagements sicherzustellen, dass bestimmte Werke, für die die Urheber oder ihre Rechtsnachfolger ihm relevante und notwendige Informationen zur Verfügung gestellt haben, nicht verfügbar sind; und

3 °. er hat, nachdem er eine hinreichend begründete Mitteilung von den Urhebern oder ihren Rechtsnachfolgern erhalten hat, die gemeldeten Werke schnell von seiner Website entfernt oder den Zugang zu ihnen unmöglich gemacht, und er gemäß den Bestimmungen von 2 °. hat alle Anstrengungen unternommen, um zu verhindern, dass die gemeldeten Werke in Zukunft erneut angeboten werden.

3. Auf Verlangen des Plattformanbieters geben die Urheber oder deren Rechtsnachfolger in Teil 2 angemessene Auskunft über die Maßnahmen, die ergriffen wurden, um damit umzugehen. und 3 °. die Bestimmungen des zweiten Absatzes einzuhalten.

4. Der Plattformanbieter informiert die Nutzer über seinen Service in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen über urheberrechtliche Beschränkungen.

5. Der Plattformanbieter richtet ein Streitbeilegungskomitee ein, in dem Benutzer Beschwerden über die Einhaltung der Bestimmungen in Abschnitt b und c des zweiten Absatzes einreichen können. Die Streitbeilegung ist unparteiisch und gibt nach Anhörung des Urhebers oder seines Rechtsnachfolgers eine wirksame, schnelle und menschliche Beurteilung ab.

6. Weitere Bestimmungen zur Anwendung dieses Artikels können durch Beschluss des Rates erlassen werden.

7. Im Sinne dieses Artikels ist ein Plattformanbieter ein Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, dessen Haupt- oder Hauptziel darin besteht, eine große Anzahl literarischer, wissenschaftlicher oder künstlerischer Werke zu speichern, die von Nutzern des Dienstes angeboten werden und der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, diese Werke gewinnbringend zu arrangieren und zu bewerben.

C. Internationales Privatrecht

Grundsätzlich gilt gem. Art. 8 Abs. 1 Rom-II-VO²¹⁶ das Schutzlandprinzip für das internationale Urheberrecht.²¹⁷ Allerdings sagt dies noch nichts darüber aus, ob nach Handlungs- und Erfolgsort eine nationale Rechtsordnung berufen ist. Für die Vervielfältigung kommt es darauf an, wo die Kopie entstanden ist, da dies der eigentliche urheberrechtliche Verwertungsvorgang ist.²¹⁸ Demnach ist es für den Download weitgehend anerkannt, dass die Rechtsordnung des Landes, in dem das Vervielfältigungsstück angefertigt wird, berufen ist, um über mögliche Ansprüche, aber auch über die Schranken der Verwertungsrechte zu entscheiden.²¹⁹

Für das Recht zum öffentlichen Zugänglichmachen bzw. den Upload ist die Rechtslage dagegen diffiziler: Hier besteht der eigentliche Verwertungsvorgang darin, dass der Zugang für jedermann eröffnet wird, sodass fraglich ist, ob der Akt des Zugänglichmachens nur auf den Ort bezogen ist, an dem das Werk „ins Netz“ gestellt wird,²²⁰ oder ob nicht vielmehr der Ort der Abrufbarkeit entscheidend ist (modifizierte Bogsch-Theorie²²¹) – der dann allerdings aufgrund der Globalität des Internets in jedem Staat liegen kann, aus dem das Angebot abgerufen werden

²¹⁶ Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht, ABL. L 199/40.

²¹⁷ Zum Begriff Bach, in: Spindler/Schuster, 4. Aufl. 2019, IPR Art. 8 ROM-II-VO Rn. 1; v. Welser, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 5. Aufl. 2019, Vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 15.

²¹⁸ BGH GRUR 1965, 323, 325 – Cavalleria rusticana.

²¹⁹ Dreier, in: Dreier/Schulze, 6. Aufl. 2018, Vorb. §§ 120 ff. Rn. 33; Katzenberger/Metzger, in: Schricker/Loewenheim, UrhR, 5. Aufl. 2017, Vor §§ 120 ff. Rn. 133, 143; Nordemann-Schiffel, in: Fromm/Nordemann, UrhR, 12. Aufl. 2019, Vor §§ 120 ff. Rn. 67; Spindler, in: Leible, Die Bedrohung des internationalen Privatrechts im Zeitalter der neuen Medien, 2003, S. 155, 163 ff.; zur Beurteilung wann eine Vervielfältigung im Inland hergestellt wird: BGH Urt. v. 18.12.1964 - Ib ZR 112/62, GRUR 1965, 323, 325 – Cavalleria rusticana; BGH Urt. v. 3. 3. 2004 - 2 StR 109/03, BGHSt 49, 93, 97.

²²⁰ Dieselhorst, ZUM 1998, 293, 299 f.; Koch, CR 1999, 121, 123; Schack, IPRax 2003, 141, 142; Sack, WRP 2000, 269, 277; Spindler, IPRax 2003, 412, 417.

²²¹ Grundlegend bereits Katzenberger, GRUR Int. 1983, 895, 916 f.; die Bogsch-Theorie wurde von Arpad Bogsch, ehem. Generaldirektor der WIPO, im Zusammenhang mit dem Senderecht beim Satellitenfernsehen entwickelt, s. dazu Kur, WRP 2011, 971, 977; krit. Schwarz/Reber, in: Loewenheim, Handbuch des Urheberrechts, 2. Aufl. 2010, § 21 Rn. 100 ff. mwNachw.

kann. In den letzten Jahren zeichnet sich allgemein das Vordringen der letzteren Auffassung ab – auch wenn bislang eine höchstrichterliche Entscheidung aussteht.²²²

Da nach Art. 17 Abs. 1 DSM-RL die Diensteanbieter selbst das Recht auf öffentliches Zugänglichmachen verletzen, kommt es auf jede Rechtsordnung an, in denen die von den Nutzern und Nutzerinnen hochgeladenen Inhalte abgerufen werden können. Damit entsteht bei divergierenden Umsetzungen in den Mitgliedstaaten wiederum ein europäischer „Flickenteppich“: Führt etwa Deutschland ein Verfahren zum „flagging“ ein, nicht aber Frankreich, würde dies nicht für französische Nutzer und Nutzerinnen gelten, die Inhalte auf eine deutsche Plattform hochladen wollen, da in Frankreich das flagging-Verfahren nicht eingreifen würde. Daher dürften die Hostprovider entsprechende Geoblocking-Verfahren verwenden. Diese Geolokalisierungen sind inzwischen vor allem aus dem Bereich der Glücksspiele im Internet bekannt und erlauben weitgehend präzise Ortslokalisierungen bis auf einige Kilometer, in Kombination mit anderen Methoden, wie z.B. der Handyortung, sogar bis auf wenige Meter.²²³ Allerdings lassen sich diese Maßnahmen ihrerseits durch den Einsatz von Anonymisierungsdiensten, Virtual Private Networks (VPN) oder Proxyservern, die am gewünschten Ort aufgestellt werden, umgehen, sofern nicht weitere Ortungsdienste (wie Handyortung) damit verknüpft werden.²²⁴ Da indes Geolokalisierungen die Erhebung personenbezogener Daten erfordern, indem die Herkunft der IP-Adressen und die Anfragen ermittelt werden, sind wiederum zumindest Pseudonymisierungen unumgänglich. Die Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder halten bei IP-Adressen nach dem Internetprotokoll IPv6 eine Verwendung nur der ersten 4 Bytes für die Geolokalisierung für ausreichend.²²⁵

²²² S. v. *Welser*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, 5. Aufl. 2019, Vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 19; *Katzenberger/Metzger*, in: Schricker/Loewenheim, UrhR, 5. Aufl. 2017, vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 142 f; *Hoeren*, in: Hoeren/Sieber, Multimedia-Recht, 38. EL 2019, Teil 7.8 Rn. 23; *Hoeren*, in: Kilian/Heussen, Computerrechts-Handbuch, 34. EL 2018, Teil 14 Rn. 5 f; aus der Rspr. s. dazu LG Hamburg, Entsch. v. 26.09.2008 – 308 O 248/07 = BeckRS 2008, 23065, das § 19a UrhG in einem Fall anwendete, in dem ein Unternehmen mit Sitz in den USA Thumbnails von urheberrechtlich geschützten Bildern über das Internet öffentlich zugänglich gemacht hatte; s. auch schon *Spindler*, IPRax 2003, 412, 418 ff. mwNachw.

²²³ Dazu *Hoeren*, ZfWG 2008, 311, 312 f.; krit. zur technischen Realisierbarkeit hinreichend präziser Geolokalisierung im glücksspielrechtlichen Kontext OVG Lüneburg Beschl. v. 3. 4. 2009, NVwZ 2009, 1241, 1243; ebenso VG Berlin, Beschl. v. 21.02.2012 – 35 L 376.11 = BeckRS 2012, 48575; a.A. VG Düsseldorf, Urt. v. 12.07.2011 – 27 K 5009/08 = BeckRS 2011, 53037, das die zur Verfügung stehenden Methoden glücksspielrechtlich für ausreichend hält; ebenso OVG Münster, Beschl. v. 13.07.2010 – 13 B 676/10 = BeckRS 2010, 51049; wNachw zur Rspr. bei *Winkelmüller/Kessler*, GewArch 2009, 181, 182; krit. zum Geoblocking: *Ohly*, ZUM 2015, 942; s. ferner für weitere Anwendungsgebiete und Dienste *Hoeren*, MMR 2007, 3, 3 f.

²²⁴ S. ausf. dazu *Prill*, Webradio-Streamripping: Eine neue Form der Musikpiraterie?, 2013, S. 37 ff. mwNachw zur Technik; s. auch *Hoeren*, ZfWG 2008, 311, 311 f.; *ders.*, MMR 2007, 3, 6; zu Anonymisierungsdiensten s. *Rau/Behrens*, K&R 2009, 766 ff.

²²⁵ S. Entschließung der 82. Konferenz der Datenschutzbeauftragten des Bundes und der Länder am 28./29. September 2011 in München, S. 2, abrufbar unter:

In diesem Rahmen verhindert auch die sog. Geoblocking-VO²²⁶ nicht die Anwendung dieser Verfahren: Denn nach Art. 1 Abs. 5 Geoblocking-VO findet sie keine Anwendung auf das Urheberrecht; daher bleiben Maßnahmen der Diensteanbieter bzw. Hostprovider zum Ausschluss von Nutzern und Nutzerinnen anderer Länder möglich.

Auch die neue PortabilitätsVO²²⁷ ändert daran nichts, da sie nur für Verbraucher gilt, indem in Art. 4 PortVO für diese eine rechtliche Fiktion geregelt wird. Demnach gilt, dass die Nutzung der Rechte an bestimmten Onlineinhalten ausschließlich im Wohnmitgliedsstaat erfolgt und zwar unabhängig davon, wo der Nutzer und Nutzerinnen sich tatsächlich aufhält.²²⁸ Für die Pflichten der Hostprovider nach Art. 17 DSM-RL greift sie indes nicht ein.

D. Urheberrechtliche Pflichten von Plattformen, die nicht der DSM-RL unterfallen

Unterfällt eine Plattform bzw. ein Hostprovider nicht der Definition des Art. 2 Abs. 6 DSM-RL, so findet (natürlich) Art. 17 DSM-RL keine Anwendung auf ihn.²²⁹ Damit bleibt weiterhin Art. 14 ECRL anwendbar, allerdings auch die oben kurz skizzierte Rechtsprechung des EuGH. Sollte der EuGH im anhängigen Youtube-Verfahren Plattformen, die Werbung im Zusammenhang mit user-generated-content schalten und weitere Gestaltungen vornehmen, als selbst täterschaftliche Handelnde hinsichtlich des Rechts auf öffentliches Zugänglichmachen qualifizieren (Art. 3 Info-Soc-RL), so würden auch diese Plattformen, die aus dem Bereich von Art. 2 Abs. 6 DSM-RL herausfallen, dennoch vergleichbaren Pflichten unterfallen. Sollte der EuGH in dem Youtube/Uploaded-Verfahren²³⁰ die Täterschaft auf Plattformen ausdehnen und die Haftung durch

http://www.bfdi.bund.de/SharedDocs/Publikationen/Entschliessungssammlung/DSBundLaender/82DSK_IPv6.pdf;jsessionid=0E81AF686CF133FA9272C5BFF4342070.1_cid354?__blob=publicationFile (Aufgerufen 28.10.2019); differenzierend nach dem Lokalisierungszweck *Kühn*, DuD 2009, 747, 751.

²²⁶ Verordnung (EU) 2018/302 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 28. Februar 2018 über Maßnahmen gegen ungerechtfertigtes Geoblocking und andere Formen der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit, des Wohnsitzes oder des Ortes der Niederlassung des Kunden innerhalb des Binnenmarkts und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 2006/2004 und (EU) 2017/2394 sowie der Richtlinie 2009/22/EG, ABl. L 60 I/1 ff. vom 2.3.2018.

²²⁷ Verordnung (EU) 2017/1128 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. 06.2017 zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt, ABl. L 168/1.

²²⁸ *Nordemann-Schiffel*, in: *Fromm/Nordemann*, UrhR, 120. Aufl. 2019, Art. 4 PortVO, Rn. 1; v. *Welser*, in: *Wandtke/Bullinger*, UrhR, 5. Aufl. 2019, Vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 19; ausf. zur neuen PortabilitätsVO s. *Heyde*, ZUM 2017, 712.

²²⁹ Dies gilt nicht für die Start-ups nach Art. 17 Abs. 6 DSM-RL, da sie nach wie vor dem Regime des Art. 17 DSM-RL unterfallen, allerdings mit den in Art. 17 Abs. 6 iVm Abs. 4 c) DSM-RL reduzierten Pflichten. Unklar sind in diesem Zusammenhang die Ausführungen in ErwGr 66, wonach die nationalen Rechtsbehelfe weiter gelten sollten – mit hin auch die deutsche Störerhaftung.

²³⁰ S. oben Fn. 7 f.

eine Verkehrspflichtenverletzung begründen, wäre die bisherige deutsche Störerhaftung, die Pflichten erst nach Kenntnisnahme annimmt, in der Tat hinfällig.²³¹

Dogmatisch ist hier offen, ob Art. 17 DSM-RL dann als abschließende Regelung für Art. 3 InfoSoc-RL anzusehen ist,²³² sodass dann auch eine ausdehnende Anwendung von Art. 3 InfoSoc-RL ausgeschlossen wäre, wenn der Anwendungsbereich von Art. 17 DSM-RL nicht eröffnet ist. Der DSM-RL lässt sich hierzu keine klare Regelung entnehmen; vielmehr halten ErwGr 64, 64 DSM-RL fest, dass Art. 17 DSM-RL nicht die Anwendung von Art 3 InfoSoc-RL präjudizieren soll. So spricht ErwGr 64 S. 3 DSM-RL davon:

„Das gilt unbeschadet des im Unionsrecht an anderer Stelle verwendeten Begriffs der öffentlichen Wiedergabe oder öffentlichen Zugänglichmachung und auch die mögliche Anwendung von Artikel 3 Absätze 1 und 2 der Richtlinie 2001/29/EG auf andere Diensteanbieter, die urheberrechtlich geschützte Inhalte nutzen, wird hiervon nicht eingeschränkt.“

Die explizite Regelung der Haftungsprivilegierungen und die Ausnahme etwa für Start Ups sprechen jedoch dafür, dass für andere Plattformen außerhalb der DSM-RL (z.B. nicht kommerzielle Plattformen, Cloud-Dienste etc.) keine strengere Haftung (aufgrund einer extensiven Auslegung von Art. 3 InfoSoc-RL) eingreifen kann, da sonst die Regelungen bzw. Privilegierungen ins Leere laufen würden.

Selbst wenn man Art. 3 InfoSoc-RL dann extensiv anwenden wollte, muss zugunsten der Nutzer und Nutzerinnen eine analoge Anwendung der Verfahrensgarantien zur Sicherung der Grundrechte eingreifen – was schon verfassungsrechtlich erforderlich wäre, aber derzeit dogmatisch nicht gesichert ist.



Prof.Dr.Gerald Spindler

²³¹ Stieper ZUM 2019, 211 (216 f.); Ohly GRUR 2018, 1139 (1141).

²³² Zu den verschiedenen Interpretationsversuchen des Verhältnisses von Art. 17 DSM-RL zu Art. 3 InfoSoc-RL s. Husovec/Quintais, How to License Art. 17?, working Paper 1.10.2019, S. 5 ff., abrufbar unter: <https://ssrn.com/abstract=3463011>. Husovec/Quintais sehen Art. 17 selbst als ein Recht sui generis an.