

Stellungnahme VG Bild-Kunst

2. Diskussionsentwurf des BMJV vom 24. Juni 2020 zur Umsetzung der DSM- und SatCab-RL

Die Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst (www.bildkunst.de) bedankt sich für die Möglichkeit zur Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines „Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes“, welches ausdrücklich begrüßt wird. Den Entwurf halten wir grundsätzlich für gelungen, insbesondere überzeugt die Umsetzung des Art. 17 in einem eigenen Gesetz, weil auf diese Weise das Urheberrechtsgesetz nicht mit spezifischen Fragen zum Verhältnis der Plattformen und ihrer Nutzer belastet wird.

Wir dürfen an dieser Stelle darauf hinweisen, dass eine Umsetzung der im Januar 2020 vorgestellten Neuregelungen der Verlegerbeteiligung umfangreiche Vorbereitungen durch die betroffenen Verwertungsgesellschaften notwendig macht. Je schneller ein konkreter Vorschlag von Seiten des Gesetzgebers vorliegt, desto reibungsloser lässt sich dessen Implementierung in die Praxis bewerkstelligen.

Zum zweiten Diskussionsentwurf nehmen wir wie folgt Stellung:

1. Umsetzung der Online-SatCab-Richtlinie

Wir begrüßen grundsätzlich die vorgeschlagenen Regelungen, mit denen die Vorgaben der Online-SatCab-Richtlinie umgesetzt werden sollen. Die Bild-Kunst darf in diesem Zusammenhang auch auf die gemeinsame Stellungnahme der Münchner Gruppe der Verwertungsgesellschaften hinweisen, an der sie mitgewirkt hat.

a) **Technologieneutrale Ausgestaltung des § 20b UrhG**

Wir halten es für sehr zielführend, die Regelungen zur technologieneutralen Ausgestaltung des § 20b UrhG mit möglichst geringen Veränderungen des derzeitigen Wortlauts vorzunehmen. Ausdrücklich begrüßen wir, dass von der Möglichkeit der Richtlinie Gebrauch gemacht wird, sowohl inländische als auch grenzüberschreitende Weitersendehandlungen zu erfassen und einheitlich zu behandeln. Ferner ist es zwingend notwendig und daher nur zu bekräftigen, den von der Richtlinie nicht vorgegebenen Vergütungsanspruch nach § 20b Abs. 2 UrhG auf alle Weitersendetechnologien auszudehnen. Denn neben dem Unionsziel der Sicherstellung einer angemessenen Vergütung der Urheber haben auch die Erwägungen, die den nationalen Gesetzgeber zur Einführung dieses Vergütungsanspruchs veranlasst haben, weiterhin ihre Berechtigung und sind darüber hinaus unabhängig von der technischen Form der Weitersendung.

Allein die Änderung der Begrifflichkeit in § 20b Abs. 2 UrhG von „Kabelunternehmen“ in „Weitersendedienste“ sollte präzisiert werden in „Betreiber des Weitersendedienstes“. Dies wird den Marktgegebenheiten besser gerecht und verdeutlicht, dass der Anbieter dieses Dienstes Vergütungsschuldner ist. Damit wird deutlicher hervorgehoben, dass sämtliche von diesem Anbieter generierten wirtschaftlichen Vorteile, die im Zusammenhang mit der Weitersendehandlung stehen, bei der Abgeltung zu berücksichtigen sind.

b) Ergänzende Online-Dienste

Mit der Umsetzung des europäischen ergänzenden Online-Dienstes in einem neuen § 20c UrhG wird der Sachzusammenhang zur Sendung abgebildet und inhaltlich eng an die Vorgaben der Richtlinie angelehnt. Allein aus Gründen der Klarheit scheint es angeraten, zu Absatz 3 klarzustellen, ob auch im Auftrag von Sendeunternehmen vollfinanzierte Produktionen durch von dem Sendeunternehmen unabhängige Produzenten als Eigenproduktionen zu verstehen sind. Sollte letzteres nicht der Fall sein, so wäre neu zu bewerten, ob die angemessene Vergütung der an diesen Produktionen beteiligten Filmurheber sichergestellt ist. Zu der Notwendigkeit, die Vergütung der Filmurheber grundsätzlich auf ein neues Fundament zu stellen, nehmen wir ausführlich unter Punkt 5 Stellung.

c) Direkteinspeisung

Wir halten es für stringent, in einem neuen § 20d UrhG von der Möglichkeit der Richtlinie Gebrauch zu machen, die Anwendung des Regimes des § 20b UrhG – und damit die Anwendung des Vergütungsanspruchs nach § 20b Abs. 2 UrhG sowie die Erweiterung der Vermutungswirkung nach § 50 VGG – auf den Beitrag des „Signalverteilers“ an dem einheitlichen Vorgang der (einzigen) öffentlichen Wiedergabe auszudehnen. Dadurch wird ein Instrument zur Verfügung gestellt, um eine angemessene Beteiligung der (Film-)Urheber an allen Wertschöpfungen zu erreichen, insbesondere an solchen, die bislang unberücksichtigt geblieben sind. Dies gilt auch für PayTV-Angebote, bei denen die Programme verschiedener Sendeunternehmen von den Signalvermittlern in Paketen zusammengefasst und von diesen dann an ihre Endkunden (Kabel- und Internetanschlusskunden sowie Abonnenten von Weitersendediensten) vermittelt werden, und die als Anwendungsfall einer „echten“ Direkteinspeisung anzusehen sein dürften. Darüber hinaus wird damit sichergestellt, dass Kabelunternehmen oder Plattformbetreiber, die bislang für (Kabel-) Weitersendehandlungen verantwortlich sind, sich nicht durch eine reine Veränderung der technischen Übertragungsmodalitäten dieser Verantwortlichkeit entziehen, was erhebliche negative Konsequenzen für die angemessene Vergütung der (Film-)Urheber haben würde.

Im Übrigen regen wir an, dass der Begriff des „Signalverteilers“ in der Gesetzesbegründung in Anlehnung an Erwägungsgrund 20 der Online-SatCab-Richtlinie geschärft wird.

2. Umsetzung der DSM-Richtlinie im UrhG

a) Streichung des § 24 UrhG und Neufassung des § 23 UrhG

Gegen die Streichung von § 24 UrhG (der nach unserer Ansicht ohnehin keinen eigenständigen Regelungsgehalt hat sondern lediglich eine klarstellenden Funktion erfüllt) und die Ergänzung des § 23 UrhG um den „hinreichenden Abstand“ haben wir keine grundsätzlichen Einwände, ebenso wenig wie gegen die Verschiebung von Parodie und Karikatur in die neue Schranke des § 51 a UrhG.

b) § 51a UrhG

Grundsätzlich haben wir keine Bedenken, eine eigene Schranke für Karikatur und Parodie zu schaffen – diese Tatbestände sind durch die Rechtsprechung zum ehemaligen § 24 UrhG hinreichend konturiert, so dass sich durch eine Verschiebung in einen neuen § 51a UrhG keine Veränderungen ergeben; vielmehr stellt diese Regelung eine sinnvolle Umsetzung der EuGH Entscheidung „Metall auf Metall“ dar.

Sehr problematisch ist dagegen die Aufnahme von „Pastiche“ in § 51a UrhG. Wie in der Begründung zutreffend dargestellt wäre eine solche Schranke für Pastiche zwar nach Art. 5 Abs. 3 (k) der InfoSoc Richtlinie zulässig – es handelt sich allerdings um eine fakultative Schranke; die Mitgliedsstaaten sind nicht zur Umsetzung verpflichtet. Anderes gilt für Art. 17 der DSM-Richtlinie, der die Mitgliedsstaaten verpflichtet, im Rahmen der Plattform-Verantwortlichkeit eine solche Schranke für Pastiche einzuführen.

Zwar benennt der Entwurf als Voraussetzung für das Eingreifen einer neuen allgemeinen Pastiche-Schranke in § 51a UrhG, dass eine Auseinandersetzung mit dem vorbestehenden Werk erfolgen muss – lässt hierfür aber „einen Ausdruck der Ehrerbietung oder Wertschätzung“ ausreichen. Damit ist dem Missbrauch Tür und Tor geöffnet, weil Ehrerbietung, Hommage und Wertschätzung subjektive Elemente sind, die kaum einer objektiven Prüfung zugänglich sind: Der Abdruck eines Kunstwerkes auf einer Tasse als zulässiges Pastiche, weil dem Werk Ehrerbietung gezollt wird? Ein halbes Werk von Picasso zusammengeschnitten mit einem halben Werk von Matisse – ein Pastiche, weil darin selbstverständlich „nur der Respekt vor beiden Künstlern zum Ausdruck gebracht wird“? Im Bereich der Kunstfälschung und Bearbeitung wird schon immer so argumentiert: Das sei keine Bearbeitung, das sei eine Hommage an den Künstler. Selbst einzelne Verlage versuchen immer wieder, sich der Vergütungspflicht für die Vervielfältigung zu entziehen, indem behauptet wird, man tue das alles ja nur im Interesse der Künstler.

Eine im allgemeinen Teil verankerte neue Schranke für Pastiche, die einen unbestimmten Rechtsbegriff zum Gegenstand hat, ist gerade deswegen sehr problematisch, weil sie auch für kommerzielle Nutzer gelten würde. Der Begriff des Pastiche als eigenständiger Schrankentatbestand höhlt das Vervielfältigungsrecht aus und entrechtet die Künstler. Freie Bearbeitung und die Imitation von Stil sind ohnehin zulässig, doch wenn es jetzt auch zulässig wird, Wertschätzung, Ehrerbietung und Hommage als „Ausrede“ für kommerzielle Nutzungen zu verwenden, bei denen das künstlerische Werk in Deko-Artikel umgemünzt wird, schießt dies weit über das intendierte Ziel (die Abbildung von Kulturtechniken und prägenden Elementen der Kommunikation in *sozialen Medien*) hinaus.

Dies in der Begründung formulierte Ziel kann ohne Einschränkungen bei der Umsetzung von Art. 17 DSM-Richtlinie erreicht werden, indem das Pastiche im UrhDaG als Schranke eingeführt wird – von einer Aufnahme in den weiteren und auch für andere Sachzusammenhänge geltenden Schranken-katalog des UrhG muss aber dringend abgeraten werden.

Wir sprechen uns zudem dafür aus, dass eine neue Pastiche-Schranke im UrhDaG vergütungspflichtig ausgestaltet wird. Denn Art. 17 zielt auf die Beteiligung der Urheber an den Erlösen der Plattformen und für solche (Werbe-)Erlöse spielt es keine Rolle, ob die von den Nutzern generierten Inhalte einer Genehmigung bedürfen oder unter eine Schranke fallen.

c) § 61e UrhG

Wir begrüßen den pragmatischen Ansatz einer Verordnungsermächtigung, weil sie flexible und auch branchenspezifische Lösungen erlaubt.

d) § 61 f UrhG

Der Verweis auf § 51 VGG sollte gestrichen werden.

3. Umsetzung der DSM-Richtlinie im VGG - Kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung

Grundsätzlich begrüßen wir, Verwertungsgesellschaften die Möglichkeit einzuräumen, unter bestimmten Bedingungen in Lizenzverträgen auch die Rechte von Außenstehenden rechtssicher zu lizenzieren.

An zwei Punkten ist die Regelung der neuen §§ 51, 51a VGG jedoch ohne erkennbaren Grund enger als die Vorgaben der DSM-Richtlinie:

a) Informationspflichten

In § 51 Abs. 3 Ziffer 5 a VGG wird angeordnet, dass die Verwertungsgesellschaften auf ihrer Internetseite über „den Vertrag einschließlich der Angaben zu den erfassten Werken und betroffenen Rechtsinhabern“ informieren; nach § 61f UrhG dürfen hierfür die Werke auch vervielfältigt und zugänglich gemacht werden.

Eine derart detaillierte Information ist jedoch allenfalls bei nicht verfügbaren Werken (§ 61d UrhG, § 51 b VGG) möglich, bei denen es um die Bestände in Kulturinstitutionen geht, also um archivarisch erfasstes und dokumentiertes Material; die Informationspflicht ergibt sich aus Art. 10 der DSM-Richtlinie. Für diese Fälle sind § 61d UrhG und § 51 b VGG *leges speciales* zum neuen § 51 VGG.

Der Anwendungsbereich des § 51 VGG liegt jedoch gerade außerhalb von § 61d UrhG, § 51b VGG: Bei Lizenzverträgen über Massennutzungen, bei denen der Nutzer zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses im Zweifel noch gar nicht weiß, welche einzelnen Werke er nutzen wird. § 51 VGG kommt also vor allem zur Anwendung, wenn die einzelnen Werke und Rechtsinhaber gerade nicht im Lizenzvertrag identifiziert werden können, also im Falle der Bild-Kunst z.B. bei Pauschalverträgen mit den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten oder vor allem bei der Plattformlizenzierung nach § 4 UrhDaG. Bei solchen Lizenzen geht es für den Lizenznehmer darum, weitgehende Freiheit bei der Auswahl der genutzten Werke zu haben bzw. nicht kontrollieren zu müssen, welche Werke konkret genutzt werden. Zugleich stellen diese Verträge sicher, dass alle Rechtsinhaber angemessen vergütet werden; die Zuordnung zu den Rechtsinhabern übernimmt die lizenzierende Verwertungsgesellschaft. Die Informationspflichten der Verwertungsgesellschaft bei Abschluss einer erweiterten Kollektivlizenz sind daher nach Art. 12 Abs. 3 a der DSM-Richtlinie auch deutlich weniger detailliert als in Art. 10.

Wir halten es deshalb für notwendig, in § 61d UrhG den Verweis auf § 51 VGG zu streichen; in § 51 Abs. 3 Ziffer 5 a VGG sollte formuliert werden: „ zu erfassten Werkarten und betroffenen Gruppen von Rechtsinhabern“.

b) Repräsentativität

In § 51a VGG wird definiert, wann eine Verwertungsgesellschaft repräsentativ ist. Dies ist der Fall, wenn ihr eine erhebliche Anzahl von Berechtigten Rechte zur Wahrnehmung eingeräumt hat. In § 6 VGG wird der Begriff des „Berechtigten“ definiert. Sowohl Begriff als auch Definition sind nicht unionsrechtlich vorgegeben, sondern eine Ausprägung des deutschen VGG unter Berücksichtigung von Art. 7 der Wahrnehmungs-Richtlinie. „Berechtigter“ ist demnach jeder Rechtsinhaber, der auf gesetzlicher oder vertraglicher Grundlage in einem *unmittelbaren* Wahrnehmungsverhältnis zu einer Verwertungsgesellschaft steht. Nach Art. 12 der DSM-Richtlinie ist dagegen durchgängig von „Rechteinhabern“ die Rede. Nach der Definition des Rechtsinhabers in § 5 VGG – der auf Art. 3 a der Wahrnehmungs-Richtlinie basiert – reicht ein Rechtsverwertungsvertrag, mithin eine Repräsentationsvereinbarung mit einer ausländischen Schwestergesellschaft oder ein Inkassomandat nach § 44 VGG aus, also eine nur mittelbare vertragliche Verbindung zur Verwertungsgesellschaft.

Wir regen daher dringend an, dass in § 51a VGG der Begriff „Berechtigter“ durch „Rechtsinhaber“ ersetzt wird. Vermutlich ist keine deutsche Verwertungsgesellschaft nur auf Basis ihrer eigenen Berechtigten repräsentativ; die Einbeziehung der unter Repräsentationsvereinbarungen vertretenen Rechtsinhaber muss also möglich sein, um auch das internationale Repertoire mit erweiterter Wirkung lizenzieren zu können. Gerade im Bildbereich ist das essentiell, denn Museen und Archive sammeln nicht nur national sondern überwiegend international. Ebenso wichtig ist, dass sich fragmentierte Repertoires (z.B. Fotografen, die ihre Rechte der nationalen VG übertragen haben, und Agenturen, die auch internationale Fotografen vertreten) zum Zweck der gemeinsamen Lizenzierung zusammenschließen können, um die zur Erstreckung auf Außenstehende erforderliche Repräsentativität zu erreichen. Im Hinblick auf die Lizenzierungsmöglichkeit nach § 4 UrhDaG ist dies unverzichtbar zur Lizenzierung des Bildrepertoires. Auf diese Möglichkeit der Repertoire-Aggregation sollte in der Begründung zu § 51 a VGG (und wohl auch zu § 4 UrhDaG) hingewiesen werden, um die Lizenzierung zu erleichtern. Dies liegt auch im Interesse des Diensteanbieters, dem dadurch eine hinreichende Rechtssicherheit gegeben werden kann. Weiterhin trägt es dazu bei, den Einsatz von Filtertechnologien zu vermeiden.

c) Berechtigungsfiktion

Um einen Gleichlauf mit den bereits bestehenden Vorschriften zur Vermutung der Berechtigung einer Verwertungsgesellschaft zur Lizenzierung zu erreichen, ist es sinnvoll, in den §§ 51 und 51b VGG Absatz 1 jeweils die Ergänzung aufzunehmen: „Insoweit gilt sie als berechtigt“. Damit wird klargestellt, wie die Rechte der Außenstehenden technisch in eine Lizenz mit erweiterter Wirkung einbezogen werden.

d) Verweise

Die Begründung, warum § 51 b Abs. 3 Nr. 1 VGG nur auf § 51b Abs. 1 VGG verweist, nicht jedoch auf Abs. 2 ist nicht nachvollziehbar. § 61d UrhG greift nur, wenn keine repräsentative Verwertungsgesellschaft die entsprechenden Rechte wahrnimmt – insofern ist es egal, ob es eine Vermutungsregelung zur Repräsentativität der Verwertungsgesellschaften gibt oder nicht. Wenn allerdings eine Lizenz erteilt werden soll, ist die Vermutungsregelung für die Verwertungsgesellschaft hilfreich. Daher wünschen wir einen Verweis auf den gesamten § 51a VGG.

4. Umsetzung der DSM-Richtlinie im neuen UrhDaG - Plattformverantwortlichkeit

Grundsätzlich begrüßen wir den Ansatz einen eigenen Gesetzesentwurf zur Regulierung von spezifischen Diensteanbietern zu schaffen. So kann auch in der politischen Diskussion klar zwischen urheberrechtlichen Fragestellungen und der (eigenen) Verantwortung der adressierten Plattformen unterschieden werden.

a) § 4 UrhDaG: „Typischerweise hochgeladene Inhalte“

Dieses Erfordernis in § 4 Abs. 2 UrhDaG findet sich nicht in der DSM-Richtlinie. Dort ist in Art. 17 Abs. 5 zwar eine Verhältnismäßigkeitsprüfung vorgesehen. Warum es unverhältnismäßig sein soll, auch für Werke Lizenzen abzuschließen, die zwar regelmäßig, aber nicht hauptsächlich hochgeladen werden, erschließt sich nicht. Aus unserer Sicht verstößt dieser Ansatz gegen das Gleichbehandlungsgebot. Denn der Umfang der Fotografie-Nutzung auf einer dominierenden audiovisuellen Plattform kann immer noch größer ausfallen als die Fotografie-Nutzung auf einer kleinen Foto-Plattform. So hat YouTube in Frankreich auch bereits Bildrechte lizenziert.

Wir fordern eine Streichung des jetzigen § 4 Abs. 2 UrhDaG und ggf. eine alternative Umsetzung des Verhältnismäßigkeitsgebots. Auch auf der „typischen“ Plattform zur öffentlichen Zugänglichmachung audiovisueller Inhalte findet sich nicht nur von den Nutzern hergestelltes Filmmaterial, sondern ebenso Musikinterpretationen, bei denen das Cover des Titels oder ein Foto des/der Interpreten als Standbild wiedergegeben wird und Musikvideos, deren Bildteil aus Montagen von Fotos und anderen Abbildungen besteht. Auch hierfür müssen Urheber eine Lizenz erteilen können, die selbstverständlich von den Verwertungsgesellschaften zu angemessenen Bedingungen (§§ 34 ff VGG) angeboten wird.

b) § 5 UrhDaG: Maschinell nicht überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen

Wir fordern – wie auch von weiten Teilen der Wissenschaft bereits vorgetragen – gemeinsam mit den Berufsverbänden der Kreativen eine Vergütungspflicht für alle Nutzungen, die auf den vom UrhDaG adressierten Plattformen stattfinden.

Die Bundesregierung hat in ihrer „Erklärung zur Richtlinie“ vom April 2019 betont, dass „Künstlerinnen und Künstler, die Urheberinnen und Urheber, letztlich alle Kreativen“ im Mittelpunkt ihrer Bemühungen stehen und bekannte sich dazu, dass Kreative an der „Verwertung ihrer Inhalte durch Upload-Plattformen“ beteiligt werden sollen. Es geht also nicht darum, einzelne Uploads der *Nutzer* abzurechnen, sondern darum, dass die Kreativen an den Verwertungserlösen der Diensteanbieter angemessen beteiligt werden. Für die Verwertung, also die Monetisierung der Inhalte durch die Diensteanbieter spielt es keine Rolle, ob der Nutzer des Dienstes sich für den hochgeladenen Inhalt auf eine Schrankenregelung berufen kann oder nicht. Dies kommt auch in der Einleitung zur Begründung zu § 6 zum Ausdruck: „denn dieser (der Diensteanbieter) profitiert letztlich wirtschaftlich von der Aufmerksamkeit, die das Publikum auf diese Uploads der Nutzer verwendet“.

In der Praxis wird eine angemessene Lizenzierung von Plattformen durch Verwertungsgesellschaften und sonstige Rechteinhaber durch eine vergütungsfreie Schranke außerordentlich erschwert. Denn in diesem Fall müssten die Vertragsparteien die Anteile der vergütungsfreien und vergütungspflichtigen Werkverwendungen kontinuierlich messen. Bei Schranken mit subjektiven Tatbestandselementen, die Wertungen voraussetzen, ist dies maschinell nicht möglich. Das politisch bereits ausführlich diskutierte Problem der Feststellung von Parodie und Karikatur – für das es keine befriedigende Lösung gibt – wird durch die vorgeschlagene Regelung auf die Rechteinhaber abgewälzt. Auch das Pre-Flagging kann hier nicht weiterhelfen. Einerseits handelt es sich bei den Nutzern der Dienste im Regelfall um juristische Laien, andererseits könnten die Nutzer von den Plattformen leicht animiert werden, jegliche Werkverwendung „zur Sicherheit“ als Parodie oder Karikatur zu kennzeichnen. Es läge dann wieder bei den Rechteinhabern, in langjährigen Gerichtsverfahren das Gegenteil zu beweisen.

Aus Sicht der Bild-Kunst gefährdet die vergütungsfreie Schranke für Parodie und Karikatur das Ziel, durch das neue UrhDaG eine neue Erlösquelle für Rechteinhaber zu erschließen.

Eine im Rahmen des UrhDaG vergütungspflichtige Schranke und damit verbunden eine umfassende Lizenzierung der Werknutzungen auf Plattformen unter erweiterten Kollektivlizenzen würde dazu führen, dass ein Flagging (einschließlich der rechtlichen Folgen von falschem Flagging) nur noch dann von Bedeutung wäre, wenn ein Außenstehender – nach Ausübung des opt-outs – Unterlassungsansprüche

geltend macht. Für diese wenigen Fälle wäre dann das Verfahren nach §§ 10 – 12 und 16 tatsächlich angemessen, abgesehen von einigen Details, zu denen wir bei den jeweiligen Vorschriften Stellung nehmen.

Nur für solche Werke bzw. Kategorien von Werken, für die keine Lizenz angeboten wird, wäre dann der Verweis auf die Schrankenregelungen erforderlich. § 6 Abs. 2 UrhDaG sollte also § 5 Abs. 2 werden.

Der in Deutschland nicht gebräuchliche und daher rechtlich nicht konturierte Begriff des Pastiche sollte nicht als eigenständige Schranke im UrhG eingeführt werden (s.o. zu § 51a UrhG) sondern nur dort, wo es europarechtlich geboten ist, also bei der Umsetzung von Art 17. DSM Richtlinie. In § 5 Ziffer 2 UrhDaG sollte es daher heißen: „für Karikaturen und Parodien nach § 51a des Urhebergesetzes sowie *Pastiche*“

In Ziffer 3 ist der Verweis auf Teil 1 Abschnitt 6 des Urhebergesetzes zu weit gehend – angemessen wäre eine Beschränkung auf Unterabschnitt 1 und 3; auf die Unterabschnitte 2 sowie 4 und 5 wird sich ein privater, nicht-kommerzieller Nutzer nicht berufen können.

c) § 6 UrhDaG: Maschinell überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen

So sehr wir es begrüßen, dass die gesetzliche Erlaubnis nur greifen soll, soweit kein vertragliches Nutzungsrecht besteht, halten wir eine solche de-minimis-Regelung für europarechtlich nicht zulässig, denn sie findet sich weder in der DSM Richtlinie noch im abschließenden Katalog der europarechtlich zulässigen Schranken der InfoSoc Richtlinie. Sie erfüllt oder konkretisiert auch nicht das einzige von der Richtlinie vorgegebene Kriterium der Verhältnismäßigkeit (Art. 17 Abs. 5). In diesem Zusammenhang geht es zudem um die Verpflichtung der Plattform zum Erwerb von Lizenzen – nicht jedoch um freigestellte Nutzungen durch die Nutzer.

Ungeachtet dieser grundsätzlichen Kritik sind die Grenzen des Erlaubten sind für alle Werkkategorien deutlich zu weit gefasst. Die hierfür in der Begründung gegebene Erklärung, dass es heute zu den üblichen Geschäftspraktiken gehöre, Werkausschnitte unentgeltlich zu Werbezwecken zur Verfügung zu stellen, verkennt, dass es einen Unterschied macht, ob solche Werbenutzungen vom Rechteinhaber selbst vorgenommen werden oder von dritten Nutzern. Nutzungen, die vom Rechteinhaber selbst vorgenommen werden, können nicht zum Maßstab dessen werden, was jeder Dritte erlaubterweise tun darf.

Für den Bildbereich kommt dazu, dass »Kilobyte« keine Beschreibung der Größe eines Lichtbildes oder einer Grafik ist. Die einzig gültige physikalische Größenbeschreibung ist die Angabe von »Pixeln« (Bildpunkte) z.B. der Seitenlänge(n) von Lichtbildern oder Grafiken oder in der Multiplikation von Breite x Höhe in Pixeln. Alle Beschreibungen von Bild-Auflösungen in der computernahen Technik folgen der Angabe von Breite x Höhe in Pixeln (<https://de.wikipedia.org/wiki/Bildaufloesung>)

So können sich hinter Dateigrößen (Datenvolumen) von 250 Kilobyte völlig unterschiedliche Bildgrößen verbergen. Und auf die Bildgrößen kommt es an, analog zu »Sekunden« (Film und Tonspur) und »Zeichen« (Text). Die Dateigröße (Datenvolumen) ist ausschließlich abhängig von der Art und Stärke der Kompression des Fotos. Die geschieht – ähnlich zu Musikstücken im Dateiformat »mp3« – mittels der Kompression eines Fotos in das JPEG-Format (Joint Photographic Experts Group). JPEG-Formate sind der Standard für Fotos im Internet. Alle Formate, die Bilder komprimieren, verringern die Dateigröße, aber niemals die Bildgröße.

Ein Foto, das eine Dateigröße von 250 Kilobyte aufweist, könnte problemlos in hoher Qualität auf einem 27-Zoll Monitor mit einer Auflösung von 2560 x 1440 Pixeln vollflächig dargestellt werden. Und 250 KB Dateigröße (Datenvolumen) reichen bei einem Bild sogar, um darin ein Foto in der Größe von 5760 x 3840 Pixel zu »verpacken«. Damit kann man einen hochwertigen Offsetdruck (Buch, Magazin) in der Größe 48 x 32 cm herstellen.

Anstatt »Datenvolumen« ist also, wenn man auf die tatsächliche Darstellungsgröße von Lichtbildern oder Grafiken abstellt, zwingend eine Angabe von entweder der »Pixelanzahl der größten Seitenlänge« oder in der Definition der »Megapixel« (Multiplikation der Pixel Breite x Höhe) nötig. Alle anderen Definitionen beschreiben die Bildgröße eines Lichtbildes oder einer Grafik nicht. Im Übrigen handelt es sich – zumindest für die Dateigröße von Lichtbildern oder Grafiken – nicht um eine de-minimis Regelung, sondern es wird sogar der Rahmen des Üblichen deutlich nach oben verlassen. Die übliche Größe einer Bilddatei liegt für die Nutzung in Sozialen Medien (Mobilgeräte) bei max. 100 Kilobyte. Dies gilt auch für andere Repertoires: lt. Wikipedia ist eine Normseite rd. 1000 Zeichen – das kann niemals „de-minimis“ für Text-Nutzungen sein!

Daher fordern wir, § 6 Abs. 1 UrhDaG ersatzlos zu streichen und § 6 Abs. 2 zu § 5 Abs. 2 zu machen.

d) § 7 UrhDaG: Direktvergütungsanspruch

Wir begrüßen den ausdrücklich festgeschriebenen Direktvergütungsanspruch der Urheber und Leistungsschutzberechtigten gegenüber den Plattformen, denn auf diese Weise kann das in der Protokoll-erklärung der Bundesregierung erklärte Ziel der Beteiligung der Kreativen an den Erlösen der Plattformen erreicht werden.

Im Sinne eines einheitlichen Regelungsumfangs sollte der Direktvergütungsanspruch neben dem Recht der öffentlichen Wiedergabe ebenso wie in § 9 Abs. 1 UrhDaG auch das hierfür erforderliche Vielfältigkeitsrecht umfassen.

Der Verweis in Absatz 1 auf §20b Abs. 2 UrhG ist sinnvoll – jedoch sollte er sich lediglich auf die Sätze 2 und 3 beschränken, um keine Diskussionen über die Lizenzierungsmöglichkeiten durch Verwertungsgesellschaften aufkommen zu lassen. Sowohl die Vergütungsansprüche als auch die vertragliche Situation in bestehenden Nutzungsverträgen unterscheiden sich ebenfalls grundlegend von der Weiterverwertung.

Ein Vorrang von Tarifvereinbarungen und Gemeinsamen Vergütungsregeln, wie in § 20b Abs. 2 Satz 4 UrhG geregelt, wäre im Sachzusammenhang der Plattformnutzung auch nicht sinnvoll: Denn diese Vereinbarungen werden regelmäßig zwischen Gewerkschaften und Berufsverbänden der Kreativen mit den Verwertern abgeschlossen, z.B. mit Filmproduzenten oder Sendeunternehmen. Diese Verwerter können jedoch keine angemessene Vergütung für Plattformnutzungen garantieren, da sie diese selber nicht oder höchstens pauschal abgerechnet erhalten.

Ein Verweis auf § 20b Abs. 2 Satz 4 UrhG könnte sich sogar schädlich auf die Plattformlizenzierung durch Verwertungsgesellschaften auswirken, wenn zwischen Gewerkschaften/Berufsverbänden und Verwertern (ggf. auf Druck von diesen) eine Abgeltung von Plattformnutzungen vereinbart würde. Denn in diesem Fall müssten die entsprechenden Werke bei der Plattformlizenzierung ausgenommen werden. Dies ist jedoch nicht möglich, da den Werken selbst nicht angesehen werden kann, ob sie unter einen Tarifvertrag/eine gemeinsame Vergütungsregel fallen oder nicht.

Insgesamt gilt: Je praktikabler eine Plattformlizenzierung möglich ist, desto eher führt sie zu angemessenen und nennenswerten zusätzlichen Erlösen für die Urheber und Leistungsschutzberechtigten. Jede Verkomplizierung der Lizenzierung führt erfahrungsgemäß direkt in langjährige rechtliche Auseinandersetzungen, von denen nur die Plattformbetreiber profitieren. Die Umstellung des Systems der Privatkopievergütung im Jahr 2008 führte erst in diesem Jahr – 2020 – zu einem regelmäßigen Inkasso über alle Produktgruppen hinweg. Die Systemumstellung führte somit zu 12 Jahre Rechtsstreit und

verursachte erhebliche Kosten. Der Gesetzgeber ist gut beraten, diese Auswirkung bei der Ausgestaltung der Plattformverantwortlichkeit zu berücksichtigen.

e) § 9 UrhDaG: Erstreckung von Erlaubnissen

Die Regelung der gegenseitigen Erstreckungswirkung von erteilten Genehmigungen halten wir grundsätzlich für sinnvoll. Allerdings darf sie nicht dazu führen, dass der Beteiligungsanspruch der Urheber an den Erlösen der Plattform im Bereich der Schrankenregelung (s. dazu oben, § 5) leerläuft. Daher fordern wir, nicht von „Erlaubnis“ (die auch eine gesetzliche sein kann) sondern von „Zustimmung“ zu sprechen.

Problematisch ist die Übersetzung von „nicht einer gewerblichen Tätigkeit nachgeht“ in Art. 17 Abs. 2 der DSM Richtlinie durch „nicht-kommerziell“. Für diesen Begriff gibt es keine einheitliche Definition und nur zwei Entscheidungen der Rechtsprechung. Das LG Köln hat in einer Entscheidung zur Frage, ob die Nutzung durch eine öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt nicht kommerziell i.S.d. CC-Lizenzen ist, entschieden, dass nicht-kommerziell allein die rein private Nutzung sei (Az. 28 O 232/13), während der BGH in der Entscheidung „Meilensteine der Psychologie“ (Az. I ZR 76/12) den Begriff in § 52a UrhG (alt) als „nicht der Gewinnerzielung dienend“ auslegt. Dass der BGH das LG Köln hätte korrigieren wollen, kann nicht unterstellt werden, denn jedes der beiden Gerichte hat seine Argumentation normimmanent vorgenommen. Im Bereich der Schrankenregelung des § 52a UrhG (alt) hätte es wenig Sinn gemacht, auf eine rein private Nutzung abzustellen, ging es doch um die institutionelle Privilegierung einer Hochschule, während das LG Köln einen uneingeschränkten Adressatenkreis zu beurteilen hatte. Wichtig wird die Unterscheidung bei Nutzungen durch Einrichtungen des kulturellen Erbes (die häufig sehr aktiv in den sozialen Netzwerken sind) sowie bei öffentlich-rechtlichen Rundfunksendern: Sie werden entweder als nicht der Gewinnerzielung dienend von § 9 UrhDaG, oder als nicht rein privat erfasst.

Die Übernahme des Wortlauts der Richtlinie „einer gewerblichen Tätigkeit nachgehen“ würde nicht weiterführen, denn damit wären evtl. Museen und Bibliotheken erfasst, die öffentlichen Rundfunkanstalten aber eher nicht, private Sender dagegen schon. Die Abgrenzungsfragen blieben also bestehen.

Ohne eine Klarstellung ist abzusehen, dass die Plattformen argumentieren werden, dass Nutzungen von Kultureinrichtungen nicht erfasst seien, während die Institutionen sich darauf berufen werden (haushaltsrechtlich vermutlich sogar müssen!), dass ihre Uploads von den Plattformen abgegolten werden müssen.

Wir plädieren für die engere Auslegung und fordern, dass es im Gesetzestext „nicht-kommerziell“ durch „privat“ ersetzt wird und in der Begründung darauf hingewiesen wird, dass darunter auch Blogger und YouTuber fallen, soweit sie nicht auf Grundlage einer gewerblichen Tätigkeit handeln oder mit ihrer Tätigkeit keine erheblichen Einnahmen erzielen (so der Wortlaut von Art. 17 Abs. 2). Dies dient der Rechtssicherheit, entspricht der Intention des Richtliniengesetzgebers, private Nutzer aus der Haftung zu entlassen, und geht schließlich konform mit der Systematik des UrhG, in der durch das UrhWissG zulässige institutionelle Nutzungen klar von privaten bzw. eigenen Nutzungen unterschieden werden. Der in § 9 UrhDaG gemeinte Kreis der Nutzer entspricht der allgemeinen Öffentlichkeit, an die sich CC Lizenzen richten und über die das LG Köln entschieden hat.

Hilfsweise ist eine Klarstellung, was nicht-kommerzielle Nutzungen sind, zumindest in der Begründung, unumgänglich.

f) § 10 – 19 (Pre-Flagging Verfahren)

Grundsätzlich halten wir das Verfahren für tauglich, um Overblocking zu vermeiden – wenn die Nutzungen unter den in § 5 aufgeführten Schranken von den Plattformen vergütet werden müssen. Auch die Urheber und Künstler haben kein Interesse daran, dass sich die Plattformen der Vergütungspflicht durch Uploadfilter entziehen – sie schätzen ganz überwiegend die Auseinandersetzung der Nutzer mit ihren Werken. Allerdings scheint uns das Verfahren noch unausgereift und setzt z.T. falsche Anreize. Im Einzelnen:

- Es fehlen Instrumente, um falsches Pre-Flagging zu verhindern, zumindest muss in § 19 Abs. 3 aus der Berechtigung der Diensteanbieter zum Ausschluss vom Kennzeichnungs-Verfahren eine Verpflichtung werden.
- Wir schließen uns ausdrücklich den Bedenken der GEMA zu Gefahr der Anreize für falsches Flagging durch die Regelung von § 16 UrhDaG an und verweisen insoweit auf deren ausführliche Begründung.
- Eine konsequente Vergütungspflicht von Schranken (s. unsere Ausführungen zu § 5 UrhDaG) würde das Kennzeichnungsverfahren deutlich entlasten, die entsprechenden Lizenzeinräumungen vorausgesetzt. Für die Nutzer bestünde nicht mehr die Notwendigkeit, aus Angst vor Overblocking exzessiv zu flaggen – und die Künstlerinnen und Künstler könnten nur in ganz wenigen Einzelfällen (z.B. bei

der Verletzung von Persönlichkeitsrechten, insbesondere durch Nutzung im politischen oder religiösen Kontext) die Sperrung des konkreten Posts verlangen. Für diesen Fall allerdings scheint das vorgeschlagene Verfahren zu einem ausgewogenen Interessenausgleich führen zu können.

- Ohne eine Vergütungspflicht für Nutzungen unter der Schrankenregelung des § 5 zementiert die Regelung der Beweislast (der Rechteinhaber muss nachweisen, dass eine Nutzung falsch geflaggt ist, es sei denn es liegt ein Fall der offensichtlich unzutreffenden Kennzeichnung nach § 12 vor, keine Konsequenzen für falsches Flagging für die Nutzer nach § 19) den Status Quo: Plattformen und Nutzer haben ein gemeinsames Interesse daran, umfangreich zu flaggen, weil ansonsten die Nutzungen von den Plattformen vergütet werden müssten und die Nutzer sich vermeintlich lästige Nachfragen ersparen könnten, wenn sie ohnehin nicht dafür gerade stehen müssen (§ 19 Abs. 3: der Diensteanbieter ist lediglich berechtigt, aber nicht verpflichtet, Nutzer vom Flagging-Verfahren auszuschließen). Das Ziel, die Nutzer weitgehend aus der Haftung zu nehmen, könnte man so zwar erreichen – nicht aber das erklärte Ziel der Bundesregierung, die Kreativen angemessen an den Erträgen der Diensteanbieter zu beteiligen.
- Wenn die Nutzer nach § 19 Abs. 4 durch einen Verband vertreten werden dürfen, dann gebietet es das Gebot der Waffengleichheit, dass auch die Rechteinhaber die Möglichkeit einer Verbandsklage erhalten.
- Problematisch ist die Freistellung des Diensteanbieters von der Verantwortlichkeit bis zum Abschluss eines Beschwerdeverfahrens. Wir fürchten, dass dies zur Verzögerung der Beschwerdeverfahren führt, um den Eintritt der Haftung hinauszuzögern. Darüber hinaus hat es der Diensteanbieter dadurch in der Hand, die Laufzeit etwaig von ihm zu erwerbender Lizenzen zu verkürzen, während die Urheber keine angemessene Vergütung erhalten.

5. Weitere Direktvergütungsansprüche im Filmsektor

Im Unterschied zu allen anderen Gruppen von Urhebern unterliegen die Filmurheber, die von der Bild-Kunst vertreten werden, einem in § 89 Abs. 2 UrhG normierten faktischen Vorausabtretungsverbot. Damit setzt der deutsche Gesetzgeber internationalrechtliche Vorschriften der RBÜ um, nach denen die Verbotsrechte rund um die Filmauswertung bei den Filmproduzenten gebündelt werden sollen.

Aus dieser rechtlichen Konstruktion ergibt sich der Nachteil, dass Filmurheber ihre Verbotsrechte nicht über Verwertungsgesellschaften, wie der Bild-Kunst, wahrnehmen lassen können. Dies wäre aber im Zeitalter digitaler Auswertungen sinnvoll bei massenhaften Nutzungen, auch und gerade im *long tail*, die der Filmproduzent gegenüber den Filmurhebern nicht angemessen abrechnen kann, weil er z.B. selbst im Regelfall gar keine oder nur geringe Pauschalen erzielt.

Wir begrüßen deshalb die geplante Einführung eines Direktvergütungsanspruchs in § 7 UrhDaG für den spezifischen Fall der Plattformlizenzierung, regen aber gleichzeitig an, dass der Gesetzgeber über diesen Spezialfall hinaus die Situation der Filmurheber einer grundlegenden Analyse unterzieht. Aus unserer Sicht würde die Einführung eines allgemeinen Direktvergütungsanspruchs für Online-Auswertungsformen gepaart mit einem Vorbehalt für Tarife und Gemeinsame Vergütungsregeln der Branche einen flexiblen, zukunftsfähigen Rechtsrahmen geben. Alternativ könnte der Gesetzgeber für spezifische Auswertungsformen – parallel zu § 7 UrhDaG – weitere spezielle Direktvergütungsansprüche einführen, die in diesen Fällen keinen Vorbehalt vorsehen müssen.

Die Bild-Kunst hat über ein Rechtsgutachten der Professoren Matthias Leistner (LMU München) und Axel Metzger (Humboldt Universität Berlin) prüfen lassen, ob rechtliche Einwände gegen eine verstärkte Nutzung des Instruments des Direktvergütungsanspruchs im Filmbereich sprechen. Das Gegenteil ist der Fall: viele europäische Länder nutzen dieses Instrument als Ausgleich für die strukturelle Benachteiligung der Filmurheber. Es hat sich in Europa etabliert – europa- oder verfassungsrechtliche Bedenken gegen seinen Einsatz bestehen nicht. Dem BMJV ist das Gutachten bekannt.

Eine vermehrte Berücksichtigung von Direktvergütungsansprüchen in der deutschen Rechtsordnung soll nicht dazu führen, den bisherigen Weg aufzugeben, der auf kollektivvertragliche Lösungen in Form von Tarifverträgen und Gemeinsamen Vergütungsregeln zwischen den Gewerkschaften, Berufsverbänden und Filmproduzenten-Verbänden setzt. Nur ist eben dieser Lösungsansatz einerseits für einige Gruppen von Filmurhebern unbefriedigend geblieben und andererseits muss er hinsichtlich der Auswertungsformen versagen, an deren Erlöse die Filmproduzenten selbst keine oder nur (geringe) pauschale Erlöse generieren. Im Einzelnen dürfen wir zu diesem Themenkomplex auf die gemeinsame Stellungnahme der Berufsverbände der Filmurheber verweisen.

Ein Beispiel für eine Auswertungsform, bei der die Filmurheber ausschließlich über einen Direktvergütungsanspruch eine angemessene Beteiligung erhalten dürften, stellt der Sachverhalt der von Kabelnetzbetreibern angebotenen Zusatzdiensten dar: Kabelnetzbetreiber – oder allgemeiner: Infrastrukturanbieter – bieten ihren Kunden schon lange mehr an als die reine Weitersendung linearer TV-Programme. Funktionen wie „Instant Restart“, „Time-Shift“ oder „Pause“ verbessern das Fernseherlebnis. Es handelt sich dabei allesamt um Funktionen, die aus urheberrechtlicher Sicht einer Einräumung des Onlinerechts erfordern, da die Programme nicht mehr zeitgleich zur Primärausstrahlung gesendet werden. Aus praktischer Sicht können diese Dienste aber als Zusätze zur Kabelweitersendung aufgefasst werden und dementsprechend auch von der Münchner Gruppe der Verwertungsgesellschaften lizenziert werden – soweit dies den beteiligten Gesellschaften möglich ist. Die Bild-Kunst hat sich entsprechende Rechte von ihren Filmurhebern einräumen lassen – jedoch erhält sie aufgrund der Rechtsunsicherheit, ob in diesen Fällen das Vorausabtretungsverbot des § 89 II UrhG gilt, nur einen relativ geringen Erlösanteil. Würden Filmurheber über die Bild-Kunst einen Direktvergütungsanspruch geltend machen können, könnte ein deutlich höherer Anteil gefordert werden.

Ein wirtschaftlich bedeutender Anwendungsfall für einen Direktvergütungsanspruch stellt die Onlinenutzung der VOD-Plattformen dar, soweit es um Lizenzwahr geht. Hierfür erwerben die Plattformen Rechtepakete, nicht unbedingt von den Filmproduzenten, sondern vielfältig auch von Rechtehändlern. In den allermeisten Fällen wirkt sich diese Auswertungsform überhaupt nicht auf die Vergütung der Filmurheber aus, z.B. in den Fällen, in denen eine Buy-Out Vergütung vereinbart wurde, aber auch in den Fällen, in denen Tarifverträge oder Gemeinsame Vergütungsregeln existieren. Selbst wenn der Erlösanteil, der den Filmproduzenten erreicht, abgerechnet werden könnte – keinesfalls werden die Erlöse der VOD-Plattform selbst abgerechnet werden können. Denn der Filmproduzent selbst erhält keine Erlösbeteiligung. Eine verhältnismäßige Vergütung für Filmurheber kann unter den bestehenden Strukturen nicht erreicht werden. Im Gegensatz dazu lizenziert die GEMA ihre Musikrechte an die Betreiber der VOD-Plattformen direkt über ihren Tarif VR-OD 4. Sie erhält im Regelfall eine prozentuale Beteiligung an den Plattformerlösen, die sie an die Filmkomponisten ausschütten kann. Es bleibt anzumerken, dass das System der Tarifverträge und Gemeinsamen Vergütungsregeln für die Eigen- und Auftragsproduktionen der VOD-Plattformen – im Gegensatz zur Lizenzwahr – funktionieren kann. Kürzlich konnte zwischen ver.di und BFFS mit Netflix eine solche GVR abgeschlossen werden.

Aus Sicht der Bild-Kunst stellt der in § 7 UrhDaG geplante Direktvergütungsanspruch einen wichtigen und positiven Schritt für die Filmurheber dar. Es sollte jedoch nicht der letzte Schritt bleiben. Vielmehr ist es an der Zeit, das bestehende System der Vergütung für Filmurheber und seine zugrunde liegenden rechtlichen Strukturen zu überprüfen. In diesem Zusammenhang sollte ebenfalls die Situation der Drehbuchautoren und Schauspieler analysiert werden.

6. Betreibervergütung

Die Bild-Kunst schließt sich als gleichfalls betroffene Verwertungsgesellschaft erneut der Forderung der VG Wort an, die Betreibervergütung nach § 54c UrhG technologieneutral zu fassen. Diese Regelung erfasst derzeit keine digitalen Abspeicherungen, wie sie in der Praxis mittlerweile die Regel darstellen, sondern nur Ausdrücke auf Papier. Der Gesetzgeber ist aufgefordert, § 54c UrhG an die aktuelle Praxis anzupassen. Derzeit werden auf Basis der aktuellen, veralteten Rechtslage viele gesetzlich erlaubte Vervielfältigungen nicht angemessen vergütet.

Dr. Urban Pappi

(geschäftsführendes Vorstandsmitglied)

Dr. Anke Schierholz

(Justitiarin)

Dr. Helge Langhoff

(Direktor Inkasso)