Fünftes Kapitel: Regelungsvorschläge für Aneignungen

In diesem Kapitel soll ausführlich analysiert werden, wie der im Vierten Kapitel entwickelte kommunikative Ansatz zum Verständnis von Urheberrecht umgesetzt werden kann. Dabei soll berücksichtigt werden, dass das Urheberrecht der gesellschaftlichen Realität massenhafter Aneignungen als Kommunikationshandlungen Rechnung tragen muss. Wie gesehen, schafft die Ausgestaltung eines kommunikativen Ansatzes durch das bestehende Recht noch nicht ausreichend Freiraum für kommunikative Aneignungshandlungen. Das kommunikative Verständnis von Urheberrecht kann de lege lata nicht ausreichend berücksichtigt werden. Daher sollen im Folgenden verschiedene Regelungsvorschläge gemacht werden, um ein kommunikatives Verständnis von Urheberrecht ausreichend umzusetzen.

Dafür wird zunächst eine Neugestaltung des § 24 UrhG anhand der Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-RL nach den Vorgaben des EuGH-Urteils *Pelham/Hütter* vorgestellt und untersucht, ob durch Einführung einer Pastiche-Schranke einem kommunikativen Verständnis von Urheberrecht Genüge getan werden kann (A.) Sodann wird die Einführung einer neuen Schrankenregelung vorgeschlagen (B.), die den Bildergebrauch im nichtkommerziellen Gebrauch freistellt. Zuletzt soll eine Ausgestaltung der Umsetzung des Art. 17 der DSM-RL 2019/790[1149] vorgeschlagen werden, die einen möglichst großen Freiraum für kommunikative Aneignungshandlungen zulässt (C.).

A. Neugestaltung des § 24 UrhG anhand der Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 der InfoSoc-RL

Mit dem Urteil *Pelham/Hütter* hat der EuGH klargestellt, dass ein Mitgliedstaat keine Urheberrechtsschranke vorsehen darf, die nicht in Art. 5 InfoSoc-RL vorgesehen ist. Damit ist nun fraglich, ob § 24 UrhG europarechtswidrig ist. Da es für die in dieser Arbeit vorgeschlagene Regelungsmöglich-

1149 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keiten für bildliche Aneignungen auch auf den § 24 UrhG ankommt, insbesondere im Rahmen einer kunstspezifischen Auslegung des § 24 UrhG für Werke der Appropriation Art, ist die Geltung des § 24 UrhG nach dem *Pelham/Hütter*-Urteil von besonderer Relevanz für diese Arbeit. In diesem Kapitel soll daher das Verhältnis von § 24 UrhG und Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-RL näher erläutert werden im Hinblick auf die Frage, ob der deutsche Gesetzgeber die Schrankenregelung des § 24 UrhG anpassen muss. Wenn die Schranke neu gestaltet werden muss, könnte dies eine Chance sein, auch die rechtliche Einordnung von bildlichen Aneignungen neu zu regeln. Daher soll ein Vorschlag zur Gestaltung und Auslegung der Pastiche-Schranke des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL gemacht werden.

I. Das EuGH-Urteil *Pelham/Hütter*

Mit dem Urteil des EuGH vom 29.07.2019 wurde ein weiteres Urteil in dem jahrelangen Rechtsstreit Pelham/Hütter gefällt, der seit 1999 bereits das BVerfG, den BGH mehrfach und nun auch den EuGH beschäftigt hat.[1150] Anlass des Rechtsstreits ist die Übernahme einer zwei Sekunden langen Tonfolge des Musikstücks „Metall auf Metall" der Band Kraftwerk, das der Produzent Moses Pelham als Sample dem Titel „Nur mir" von Sabrina Setlur unterlegt hat. Die Tonsequenz wird im neuen Musikstück leicht verlangsamt fortlaufend wiederholt.

Der BGH hatte dem EuGH Fragen zum Umfang des Vervielfältigungsrechtes von Tonträgerherstellern, zum Zitatrecht und zu den Regelungsspielräumen der nationalen Gesetzgeber für Schrankenregelungen vorgelegt.[1151] Im Ergebnis geht der EuGH davon aus, dass unter bestimmten Voraussetzung das Sampling auch ohne Zustimmung des Tonträgerherstellers zulässig sein kann.[1152]

Zum Vervielfältigungsrecht von Tonträgerherstellern stellt der EuGH klar, dass auch die Nutzung eines sehr kurzen Audiosegments, wie hier

1150 EuGH GRUR 2019, S. 929 – *Pelham/Hütter*; BVerfG GRUR 2016, S. 690 – *Metall auf Metall*; BGH GRUR 2009, S. 403, 405 Rn. 21 – *Metall auf Metall I*; BGH GRUR 2013, S. 614 – *Metall auf Metall II*; BGH GRUR 2017, S. 895 – *Metall auf Metall III.*

1151 BGH GRUR 2017, S. 895 – *Metall auf Metall III.*

1152 *Schonhofen,* Die unendliche Geschichte um „Metall auf Metall": Urheberrechtliche Zulässigkeit von Sampling vor dem EuGH, GRUR-Prax 2019, S. 432, 432.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

von zwei Sekunden, eine teilweise Vervielfältigung darstellen kann.[1153] Eine Verletzung des Vervielfältigungsrechts liege jedoch dann nicht vor, wenn das gesampelte Werk nicht mehr wiedererkennbar sei.[1154]

Außerdem nimmt der EuGH an, dass Sampling durch das Zitatrecht des Art. 5 Abs. 3 lit. d InfoSoc-RL gerechtfertigt sein kann, wenn die Nutzung das Ziel habe, mit dem geschützten Werk zu interagieren und die weiteren Voraussetzungen erfüllt seien, insbesondere die Pflicht zur Quellenangabe.[1155] Eine Interaktion sei jedoch nicht gegeben, wenn das zitierte Werk nicht zu erkennen sei.[1156]

Zur Frage, ob Mitgliedstaaten eine Bestimmung vorsehen können, die – wie die Bestimmung des § 24 Abs. 1 UrhG – klarstellt, dass der Schutzbereich des ausschließlichen Rechts des Tonträgers zur Vervielfältigung und Verbreitung seines Tonträgers in der Weise immanent beschränkt ist, dass ein selbständiges Werk, das in freier Benutzung seines Tonträgers geschaffen worden ist, ohne seine Zustimmung verwertet werden darf, antwortet der EuGH, dass ein Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht keine Ausnahme oder Beschränkung in Bezug auf das Recht des Tonträgerherstellers vorsehen darf, die nicht in Art. 5 InfoSoc-RL vorgesehen ist.[1157] Damit rechnet der EuGH § 24 UrhG als urheberrechtliche Schrankenregelung ein[1158], was in der Literatur zuvor streitig war.[1159] Eine Schranke wie § 24 UrhG ist aber in Art. 5 InfoSoc-RL gerade nicht vorgesehen. Daher ist nun ungeklärt, ob oder wie § 24 UrhG noch gilt.

1153 Dies begründet der EuGH mit einer wörtlichen Auslegung des Art. 2 lit. c InfoSoc-RL, der dem Tonträgerhersteller auch das Recht zur teilweisen Vervielfältigung gibt. Aus den Erwägungsgründen 4, 9 und 10 der InfoSoc-RL ergebe sich außerdem das Ziel der Richtlinie, ein hohes Schutzniveau des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte zu erzielen, um die Investitionen des Tonträgerhersteller zu schützen, vgl. EuGH GRUR 2019, S. 929, 931 Rn. 29, 30 – *Pelham/Hütter.*

1154 EuGH GRUR 2019, S. 929, 931 Rn. 31 f. – *Pelham/Hütter.* Zur Begründung nimmt der EuGH bereits hier auf Tatbestandsebene eine grundrechtliche Abwägung zwischen dem Recht des geistigen Eigentums aus Art. 17 Abs. 2 GrCh und der Kunstfreiheit gem. Art. 13 GrCh vor, s. EuGH GRUR 2019, S. 929, 931 Rn. 33, 34 – *Pelham/Hütter.*

1155 EuGH GRUR 2019, S. 929, 933 Rn. 72 – *Pelham/Hütter.*

1156 EuGH GRUR 2019, S. 929, 933 Rn. 73 – *Pelham/Hütter.*

1157 EuGH GRUR 2019, S. 929, 933 Rn. 65 – *Pelham/Hütter.*

1158 *Leistner,* „Ende gut, alles gut"… oder „Vorhang zu und alle Fragen offen"? Das salomonische Urteil des EuGH in Sachen „Pelham [Metall auf Metall]", GRUR 2019, S. 1008, 1011.

1159 Streitig war, ob es sich um eine Schrankenregelung oder um eine Schutzbereichsbestimmung handelt, s. dazu bereits S. 167 Fn. 612.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

II. Folgen des Urteils für die Geltung des § 24 UrhG

Für die weitere Geltung des § 24 UrhG nach dem EuGH-Urteil *Pelham/Hütter* kommen vier verschiedene Möglichkeiten in Betracht.

Erstens kommt in Betracht, dass § 24 UrhG zukünftig nicht mehr gelten kann, allerdings weiterhin für Altfälle vor dem EuGH-Urteil gilt. Die Auffangklausel des Art. 5 Abs. 3 lit. o InfoSoc-RL bestimmt, dass Mitgliedstaaten auch andere Ausnahmen oder Beschränkungen als die zuvor in Abs. 1 bis 3 genannten vorsehen können, soweit diese bereits vor der InfoSoc-RL im nationalen Recht vorgesehen waren. § 24 UrhG galt bereits vor Inkrafttreten der InfoSoc-RL im Jahr 2001. Doch nach seinem weiteren Wortlaut setzt die Anwendung des lit. o voraus, dass dies nur analoge Nutzungen in Fällen von geringer Bedeutung betreffen darf und der freie Waren- und Dienstleistungsverkehr in der Gemeinschaft nicht berührt werden darf. § 24 UrhG gilt allerdings gerade nicht nur für analoge Nutzungen, sondern umfassend für alle urheberrechtlichen Verwertungen. Außerdem kann wohl angesichts der Rechtsprechungsdichte und der breiten Erfassung verschiedenster Fallgruppen von § 24 UrhG kaum von Fällen geringer Bedeutung gesprochen werden.

Zweitens könnte § 24 UrhG weiterhin gelten für alle Fälle, die auch von Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-RL umfasst sind, und der überschießende Teil von § 24 UrhG unwirksam sein. Dies entspräche einer teleologischen Reduktion. § 24 UrhG würde dann nur insoweit gelten, wie die Schrankenreglungen im Sinne der InfoSoc-RL umfasst sind.[1160] So wurden beispielsweise Fälle der Parodie bisher von § 24 UrhG geregelt, und da sie ebenfalls in Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL vorgesehen sind, würde die freie Benutzung hier weiterhin anwendbar sein. In diesem Sinne ist Ohly zu verstehen, der annimmt, dass § 24 UrhG die fehlende Parodieschranke im deutschen Recht ersetzt[1161], weshalb die Rechtsprechung insoweit § 24 UrhG auch europarechtskonform auslegt.[1162] Dann wäre § 24 UrhG aber allein am Maßstab des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL zu messen und alle darüberhinausgehenden Voraussetzungen des § 24 UrhG wären unionsrechtswidrig. Im Ergebnis müsste man dann § 24 UrhG entgegen seines Wortlauts an-

1160 So *Dreier*, Grundrechte und die Schranken des Urheberrechts. Anmerkungen zu EuGH „Funke Medien NRW“ und „Spiegel Online“, GRUR 2019, S. 1003, 1005.

1161 *Ohly*, Hip Hop und die Zukunft der „freien Benutzung“ im EU-Urheberrecht, GRUR 2017, S. 964, 967.

1162 Vgl. BGH GRUR 2016, S. 1157, 1159 Rn. 24 – *auf fett getrimmt.*

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wenden, da es nicht mehr auf die Selbständigkeit des Werkes oder die freie Benutzung ankommen würde, sondern allein darauf, dass mit § 24 UrhG noch eine Schrankenregelung als Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL anzusehen sei. Eine solche Auslegung des § 24 UrhG entgegen seines Wortlauts scheint nur schwer vertretbar. Sie würde außerdem dem Grundsatz der InfoSoc-RL, den Binnenmarkt durch eine möglichst kohärente Auslegung der Schrankenregelungen zu verwirklichen, zuwiderlaufen.[1163]

Auch wenn man annimmt, § 24 UrhG lasse sich in einen Teil Schrankenregelung und in einen Teil Schutzbereichsbestimmung untergliedern, bleibt die Norm nicht dadurch wirksam. Davon abgesehen, ist gar fraglich, ob solch eine Unterteilung des § 24 UrhG möglich ist. Doch selbst wenn man § 24 UrhG wie der BGH mit seiner Vorlagefrage als „immanente Beschränkung des Schutzbereichs"[1164] versteht, wäre eine solche nicht europarechtskonform, da die Verwertungsrechte der Art. 2–4 InfoSoc-RL vollharmonisiert sind und für eine weitere Beschränkung des Schutzbereichs keinen Raum lassen.[1165]

Als dritte Möglichkeit der Auslegung des EuGH-Urteils *Pelham/Hütter* ist § 24 UrhG als unionrechtswidrig anzusehen und eine neue Schrankenregelung im deutschen Urheberrechtsgesetz notwendig. Dieses Verständnis des EuGH-Urteils scheint sich in der deutschen Rechtswissenschaft durchzusetzen, die sich mehrheitlich für die Neuschaffung einer Schrankenregelung ausspricht.[1166] Diese Schranke sollte den Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL ins deutsche Recht umsetzen. Denn wie gesehen wäre es nur

---

1163 *Leistner,* „Ende gut, alles gut"… oder „Vorhang zu und alle Fragen offen"? Das salomonische Urteil des EuGH in Sachen „Pelham [Metall auf Metall]", GRUR 2019, S. 1008, 1015.

1164 BGH GRUR 2017, S. 895, 897 Rn. 22 – *Metall auf Metall III.*

1165 *Ohly,* Hip Hop und die Zukunft der „freien Benutzung" im EU-Urheberrecht, GRUR 2017, S. 964, 967.

1166 *Leistner,* „Ende gut, alles gut"… oder „Vorhang zu und alle Fragen offen"? Das salomonische Urteil des EuGH in Sachen „Pelham [Metall auf Metall]", GRUR 2019, S. 1008, 1015; *Dreier,* Grundrechte und die Schranken des Urheberrechts. Anmerkungen zu EuGH „Funke Medien NRW" und „Spiegel Online", GRUR 2019, S. 1003, 1005; *Homar,* Enge Handlungsspielräume für das Sampling, ZUM 2019, S. 731, 736; *Schonhofen,* Die unendliche Geschichte um „Metall auf Metall": Urheberrechtliche Zulässigkeit von Sampling vor dem EuGH, GRUR-Prax 2019, S. 432, 433; *Hauck,* Kopieren oder Zitieren. Zur urheberrechtlichen Zulässigkeit des Samplings, GRUR-Prax 2019, S. 385, 385; *Marly/Prinz,* EuGH: Zulässigkeitsvoraussetzungen für ein Sampling, LMK 2019, 421261.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schwer möglich, § 24 UrhG als Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL auszulegen, da der Wortlaut des § 24 UrhG einer solchen Auslegung zuwiderläuft: § 24 UrhG nennt für die freie Benutzung andere und weitergehende Voraussetzungen als Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL für Karikaturen, Parodien oder Pastiches. Da auch die Richtlinie 2019/790[1167] zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (Copyright in the Digital Single Market, DSM-RL) die Mitgliedstaaten verpflichtet, sicherzustellen, dass sich Nutzer auf Schrankenregelungen für Zitate, Kritik und Rezensionen sowie Karikaturen, Parodien und Pastiches berufen können, ergibt sich ohnehin ein Reformbedarf für die deutschen Schrankenregelungen.[1168]

Zuletzt kommt auch eine freie Interessenabwägung anhand der Grundrechte aller betroffenen Rechteinhaber und Nutzer in Betracht. Eine solche Interessenabwägung unabhängig von konkreten Schrankenregelungen hatte Generalanwalt Szpunar im Fall *Afghanistan Papiere* befürwortet, da es „außergewöhnliche Situationen" geben könne, in denen das Urheberrecht „hinter einem wichtigen, die Verwirklichung eines Grundrechts oder einer Grundfreiheit betreffenden Interesse zurücktreten" müsse.[1169] Der BGH hat bisher eine solche „freischwebende" Güter- und Interessenabwägung abgelehnt und stattdessen diese Güter und Interessen bei der Auslegung der bestehenden Schranken berücksichtigt.[1170] Auch der EuGH fordert im Urteil *Pelham/Hütter*, dass eine Interessenabwägung anhand von Grundrechten stets „in der Richtlinie 2001/29 selbst verankert" sein muss, also im Rahmen des betreffenden Schrankentatbestands zu erfolgen hat.[1171] Einer solchen freien Interessenabwägung allein anhand der betroffenen Grund-

---

1167 Richtlinie (EU) 2019/790 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 17. April 2019 über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG.

1168 *Leistner,* „Ende gut, alles gut"… oder „Vorhang zu und alle Fragen offen"? Das salomonische Urteil des EuGH in Sachen „Pelham [Metall auf Metall]", GRUR 2019, S. 1008, 1015.

1169 Schlussanträge des EuGH Generalanwalts *Szpunar* vom 25.10.2018 zu Rs. C-469/17, BeckRS 2018, 26149 Rn. 40.

1170 BGH GRUR 2017, S. 901, 904 Rn. 41 f. – *Afghanistan Papiere*; BGH GRUR 2017, S. 1027, 1031 Rn. 30 f. – *Reformistischer Aufbruch*; BGH GRUR 2003, S. 956, 957 – *Gies-Adler*.

1171 *Stieper,* Der Trans Europa Express ist aus Luxemburg zurück – auf dem Weg zu einer Vollharmonisierung der urheberrechtlichen Schranken, ZUM 2019, S. 713, 714; EuGH GRUR 2019, S. 929, 933 Rn. 62 f. – *Pelham/Hütter.* S. dazu auch: EuGH GRUR 2019, S. 934, 938 Rn. 58, 62 – *Funke Medien NRW/Deutschland*; EuGH GRUR 2019, S. 940, 943 Rn. 43, 47 – *Spiegel Online/Beck.*

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rechte ist also eine klare Absage zu erteilen. Die Grundrechte der Rechteinhaber und Nutzer wurden bei Ausgestaltung der Schrankenregelungen bereits hinreichend berücksichtigt und können daher zur Auslegung dieser Schrankenregelungen herangezogen werden. Eine freie Interessenabwägung würde aber nicht die nach dem EuGH *Pelham/Hütter*-Urteil gewünschte Rechtssicherheit bringen.

Im Ergebnis ist also der dritten Möglichkeit zu folgen und § 24 UrhG als unionsrechtswidrig anzusehen. Damit wird eine Neuregelung der Schranken notwendig, um Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL ins deutsche Recht umsetzen.

III. Umsetzung der Pastiche-Schranke des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL

Im Folgenden soll untersucht werden, ob durch eine Auslegung des Begriffes Pastiche des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL einem kommunikativen Verständnis von Urheberrecht Genüge getan werden kann. Die in lit. k genannten Begriffe der Karikatur und Parodie sind durch europäische Rechtsprechung bereits in gewissen Zügen greifbar gemacht worden und wurden außerdem bisher ebenfalls unter diesen Begriffen von § 24 UrhG geregelt. Die Pastiche-Schranke hat in der deutschen Literatur jedoch bisher wenig Beachtung gefunden.[1172] Daher soll untersucht werden, ob die Pastiche-Ausnahme auch für Aneignungen nutzbar gemacht werden kann. Wenn die deutschen Schrankenregelungen sowieso neugestaltet werden müssen, könnte dies eine Chance sein, um kommunikative und künstlerische Aneignungen zu berücksichtigen und ein kommunikatives Verständnis von Urheberrecht umzusetzen.

Dazu soll ein Vorschlag zur Auslegung des Begriffes Pastiche entwickelt werden und die Auswirkungen einer Pastiche-Schranke auf die rechtliche Würdigung von Aneignungshandlungen verdeutlicht werden.

1172 So *Ohly,* Hip Hop und die Zukunft der „freien Benutzung" im EU-Urheberrecht, GRUR 2017, S. 964, 969; *Stieper,* Fan Fiction als moderne Form der Pastiche, AfP 2015, S. 301, 304, die schon vor dem EuGH-Urteil *Pelham/Hütter* für eine Nutzbarmachung der Pastiche-Schranke plädiert haben.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Begriff des Pastiche

Der Begriff des Pastiche im Sinne des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL ist als autonomer Begriff des Unionsrechts unionsweit einheitlich auszulegen.[1173] Eine solche Auslegung nahm der EuGH für den Begriff der Parodie bisher nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauch vor unter Berücksichtigung des Regelungsziels und Regelungszusammenhangs, mit dem er verwendet wird.[1174]

Im allgemeinen Sprachgebrauch ist der Begriff der Pastiche im Deutschen, anders als im Französischen oder Englischen, wenig verbreitet.[1175] Im englischen Sprachraum wird das Pastiche als Oberbegriff unterschiedlichster Formen der Übernahme und Ähnlichkeit verwendet.[1176] Im Begriffsverständnis der Aneignung im Ersten Kapitel wird Pastiche definiert als Nachahmung des Stils oder konkreter Werke eines Künstlers. Dies ergibt sich aus dem Pastiche-Verständnis in der Musik und in der Literatur.

In der Musik ist für das Pastiche der Begriff Pasticcio gebräuchlicher und meint ein Werk, das vorwiegend oder vollständig aus bereits vorhandener Musik zusammengesetzt ist.[1177] Das Pastiche wird in der juristischen Literatur auch für neue musikalische Formen wie Remix oder Sampling nutzbar gemacht.[1178]

Der literarische Pastiche-Begriff meint ein Verfahren der stilistischen Nachahmung eines Autors oder einer Gruppe von Texten verschiedener Autoren, z.B. einer bestimmten Epoche oder Gattung.[1179] Das Pastiche legt seine intertextuelle Struktur offen.[1180] Ein solcher Pastiche-Begriff ist für die Auslegung des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL nicht übertragbar und kann von dieser Regelung nicht gemeint sein. Denn der Stil eines Werkes

---

1173 So der EuGH bisher zum Begriff der Parodie, vgl. EuGH GRUR 2014, S. 972, 973 Rn. 17 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds.*

1174 EuGH GRUR 2014, S. 972, 973 Rn. 19 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds.*

1175 Dazu ausführlicher *Stieper,* Fan Fiction als moderne Form der Pastiche, AfP 2015, S. 301, 304.

1176 *Brinkmann,* Formen der Kopie. Von der Fälschung bis zur Hommage, in: Dreier/Jehle (Hrsg.), Original – Kopie – Fälschung, 2020, S. 54, 68 m.w.N.

1177 *Stieper,* Fan Fiction als moderne Form der Pastiche, AfP 2015, S. 301, 304.

1178 *Pötzlberger,* Pastiche 2.0: Remixing im Lichte des Unionsrechts, GRUR 2019, S. 675, 680 f.; *Ohly,* Hip Hop und die Zukunft der „freien Benutzung" im EU-Urheberrecht, GRUR 2017, S. 964, 968.

1179 So *Stieper,* Fan Fiction als moderne Form der Pastiche, AfP 2015, S. 301, 304 mit Verweis auf Antonsen in Müller (Hrsg.) Reallexikon der deutschen Literaturwissenschaft Bd. III, 2003, S. 34.

1180 *Ders.,* a.a.O., S. 305.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist nicht urheberrechtlich geschützt[1181], sodass es für die Übernahme eines Stils auch keiner gesetzlichen Schranke bedarf.[1182]

Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSoc-RL geht zurück auf das französische Urheberrecht (Art. L 122–5 Code de la propriété intellectuelle), das die drei Begriffe drei Werkgattungen zuordnet: Danach betrifft Karikatur die Kunst, Parodie die Musik, und Pastiche die Literatur.[1183] Diese Unterscheidung erscheint doch zum einen wenig nützlich, da die Gattungen Kunst, Musik und Literatur im europäischen und auch im deutschen Urheberrecht nicht unterschiedlich gehandhabt werden, sondern alle demselben Werkbegriff unterfallen. Zudem wird der Begriff der Parodie nach der bisherigen EuGH Rechtsprechung bereits nicht gattungsspezifisch verstanden: Im *Deckmyn*-Urteil wurde eine Zeichnung, also ein Bildwerk, als Parodie eingeordnet.[1184] Das Pastiche beschränkt sich damit nicht auf eine konkrete Werkart der Nachahmung.[1185]

Wenn die Begriffe Karikatur, Parodie und Pastiche also nicht verschiedenen Gattungen zuzuweisen sind, stellt sich die Frage, wie sie ansonsten voneinander abzugrenzen sind und welche Gemeinsamkeiten sie aufweisen. Da sie als Schrankenregelung zu den urheberrechtlichen Nutzungen ausgestalten sind, betreffen sie alle drei die Übernahme fremder Werkteile. Diese muss auch erkennbar sein, denn Karikatur, Parodie und Pastiche sind darauf ausgelegt, als solche erkannt zu werden. Alle drei Begriffe zeichnen sich durch ihren starken Referenzcharakter aus[1186] und eine Referenz gelingt nur, wenn sie erkannt werden kann. Die Karikatur und die Parodie sind zudem von Humor und Verspottung geprägt. Daher wird in der Literatur teilweise davon ausgegangen, dass dies auch bei dem Pastiche

---

1181 S. dazu S. 129.

1182 So auch *Stieper,* Fan Fiction als moderne Form der Pastiche, AfP 2015, S. 301, 305; *Pötzlberger,* Pastiche 2.0: Remixing im Lichte des Unionsrechts, GRUR 2019, S. 675, 676; a.A.: Walter/*Walter,* Europäisches Urheberrecht, 2001, InfoSoc-RL Rn. 132, der meint, Pastiche im Sinne des Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-RL meine nur Stilnachahmungen.

1183 S. *Vlah,* Parodie, Pastiche und Karikatur – Urheberrechte und ihre Grenzen, 2015, S. 43. Ähnlich auch *Hess*, Urheberrechtsprobleme der Parodie, 1993, S. 95, der die drei Begriffe ebenfalls nach den Gattungen der Vorlagen unterscheidet: Eine Karikatur sei demnach die Nachahmung von Personen, eine Parodie die Nachahmung von Gattungen/Stilen oder Werke der Kunstgeschichte und Satire nutze Situationen und Bräuche.

1184 EuGH GRUR 2014, S. 972, 973 Rn. 18 ff, 29 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds.*

1185 *Pötzlberger,* Pastiche 2.0: Remixing im Lichte des Unionsrechts, GRUR 2019, S. 675, 680.

1186 *Ders.,* a.a.O., S. 680; *ders.,* Kreatives Remixing, 2018, S. 249.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Fall sein müsse.[1187] Doch weder aus dem allgemeinen Sprachverständnis noch aus der Nutzung des Begriffs in der Musik oder Literatur lässt sich eine solche Voraussetzung des Pastiche entnehmen. Vielmehr scheint dies gerade der Unterschied von Pastiche zu Parodie und Karikatur zu sein: Das Pastiche entlehnt ebenso eigenschöpferische Züge der Vorlage, allerdings als ein künstlerisches Stilmittel des Kontrasts oder der Hommage[1188] (das heißt, sie kann sowohl positiv als auch negativ besetzt sein). Die gedankliche Verbindung zur Vorlage ist damit die künstlerische und nicht die humoristische Ausdrucksform.[1189]

Man könnte auch überlegen, statt der künstlerischen auch die bloß kreative Umgestaltung für ein Pastiche ausreichen zu lassen. Das Pastiche würde dann weiter verstanden werden und könnte auch Fälle wie Memes oder GIFs in Ausnahmefällen erfassen. Das Wort Kreativität kann man zum einen als Neuheit oder Innovation, zum anderen als schöpferisches Tätigwerden verstehen. Der Fokus auf die Kreativität einer Nutzung würde einen Gehalt in das Urheberrecht bringen, der ihm eigentlich fremd ist. Im Urheberrecht kommt es gerade nicht auf die Neuheit eines Werkes an, sondern auf die eigenpersönliche Schöpfung. Das Urheberrecht schützt auch nicht die Kreativität, sondern das Werk selbst, also das Endprodukt einer möglichen Kreativität. Würde man andererseits Kreativität mit Schöpfung gleichsetzen, würde man nun von einem Pastiche verlangen gleichfalls eine eigenpersönliche Schöpfung zu sein, die urheberrechtlichen Werkcharakter hat. Dies wurde bisher für den Begriff der Parodie als nicht notwendig erachtet.[1190] Ein Begriffsverständnis von Pastiche, dass das Pastiche ebenfalls ein urheberrechtlich geschütztes Werk darstelle, wäre eine höchst ungewöhnliche Schrankenkonstellation: Nur weil die Nutzung eines urheberrechtlichen Werkes ebenfalls selbst ein urheberrechtlich schützbares Werk darstellt, kann nicht auf die Notwendigkeit einer schrankengeschützten Nutzung geschlossen werden. Vielmehr haben bisher die §§ 3, 23 und 24 UrhG deutlich gemacht, dass die Nutzung auch ein urheberrechtlich geschütztes Werk darstellen kann, aber dennoch die Verwendung des neuen, zweiten Werkes von der Einwilligung des Urhebers

1187 *Vlah,* Parodie, Pastiche und Karikatur – Urheberrechte und ihre Grenzen, 2015, S. 48.

1188 *Stieper,* Der Trans Europa Express ist aus Luxemburg zurück – auf dem Weg zu einer Vollharmonisierung der urheberrechtlichen Schranken, ZUM 2019, S. 713, 720.

1189 Vgl. *ders.,* a.a.O., S. 720; *Pötzlberger,* Pastiche 2.0: Remixing im Lichte des Unionsrechts, GRUR 2019, S. 675, 680.

1190 EuGH GRUR 2014, S. 972, 974 Rn. 33 – *Deckmyn und Vrijheidsfonds.*

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

des benutzten Werkes abhängen kann. Ein Pastiche kann damit nicht durch eine kreative Nutzung definiert werden, da es auf die Kreativität nicht ankommen kann.

Im Ergebnis ist ein Pastiche im Sinne des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfosSoc-RL als die künstlerische Umgestaltung vorbestehenden Materials zu verstehen. Das Kriterium des Künstlerischen schafft die notwendige Begriffsklarheit, indem auf das abgestellt wird, was durch die Kunstfreiheit des Art. 5 Abs. 3 GG und Art. 13 GrCh geschützt ist. Dadurch wird zugleich die Notwendigkeit für eine Pastiche-Schranke verdeutlicht: Durch sie soll die grundrechtlich geschützte Kunstfreiheit auch im Urheberrecht verankert werden. Im Unterschied zur Parodie oder Karikatur zeichnet sich das Pastiche also durch eine künstlerische Nutzung von Fremdmaterial aus.[1191] Die Pastiche-Schranke kann damit durchaus für Kunstformen gelten, die ohne Einwilligung mit Referenzen und Übernahmen arbeiten.

2. Aneignungen als Pastiche

Damit die Pastiche-Schranke als rechtliche Gestaltungsmöglichkeit für Aneignungshandlungen in Betracht kommt, ist nun das Verhältnis der Begriffe Pastiche und Aneignung zu klären. Grundsätzlich können Aneignungen auch Pastiches sein.[1192] Wenn jedoch das Pastiche die künstlerische Nachahmung voraussetzt, ist es enger zu verstehen als die Aneignung. Aneignungen setzen gerade nicht die künstlerische Übernahme fremden Materials voraus, sondern lediglich die Übernahme zu eigenen Zwecken. Das Pastiche ist damit eine Untergruppe der Aneignung.

Von den in dieser Arbeit untersuchten Fallgruppen würden lediglich die künstlerischen Aneignungen auch unter den Begriff des Pastiche fallen. Für kommunikative Aneignungen im Digitalen würden diese wohl nur unter den Begriff des Pastiche fallen, wenn sie auch als künstlerisch einzuordnen sind. Dies wird, wenn überhaupt, in Einzelfällen möglich sind. Regelmäßig sind kommunikative Aneignungen allerdings nicht als künstlerisch anzusehen und auch nicht von der Kunstfreiheit gem.

1191 So auch *Pötzlberger,* Pastiche 2.0: Remixing im Lichte des Unionsrechts, GRUR 2019, S. 675, 680; *Senftleben,* Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, S. 369, 374; a.A.: *Ohly,* Hip Hop und die Zukunft der „freien Benutzung" im EU-Urheberrecht, GRUR 2017, S. 964, 968, der davon ausgeht, dass Art. 5 InfoSoc-RL eine Schranke für kreative Umgestaltungen fehle.

1192 So auch bereits zu den Begrifflichkeiten zu Beginn dieser Arbeit S. 39.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 5 Abs. 3 GG geschützt.[1193] Damit würde es auch bei Umsetzung einer Pastiche-Schranke ins deutsche Urheberrechtsgesetz zu der gleichen Unterschiedlichbehandlung kommen, zu der es nach bisherigem Recht auch über die kunstspezifische Auslegung des § 24 UrhG kam: Künstlerische Aneignungen wären über die Schranke gedeckt, kommunikative Aneignungen wären jedoch nicht erfasst. Die oben aufgeführten Probleme dieser Unterschiedlichbehandlung, insbesondere die Legitimationskrise des Urheberrechts durch eine Diskrepanz von Recht und Rechtswirklichkeit, würden auch bei Umsetzung des Art. 5 Abs. 3 lit. k InfoSco-RL in deutsches Recht weiterhin bestehen bleiben. Die notwendige Neuregelung des § 24 UrhG anhand der Vorgaben des Art. 5 Abs. 3 lit k. InfoSoc-RL bietet damit noch nicht den ausreichenden Raum für kommunikative Aneignungen. Es bedarf einer eigenen Regelung für kommunikative Aneignungshandlungen von Bildern.

B. Regelungsvorschlag für den kommunikativen Bildergebrauch

Im Folgenden soll ein Regelungsvorschlag für den kommunikativen Bildergebrauch gemacht werden. Dazu soll zunächst untersucht werden, auf welche verschiedenen Arten die Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers eingeschränkt werden können, und es sollen die gesetzlichen Mechanismen vorgestellt werden, mit Hilfe derer die Grenze gezogen wird zwischen urheberrechtlich geschützten Nutzungen und solchen, die frei bleiben (I.). Sodann wird eine neue Schrankenregelung erarbeitet, die einen ausreichenden Interessenausgleich schafft und ein kommunikatives Verständnis von Urheberrecht ausgestalten soll (II.). Die urheberrechtlichen Schrankenregelungen sind zwar in Art. 5 Abs. 1–5 der InfoSoc-RL europarechtlich abschließend normiert[1194], sodass auf nationaler Ebene kein Spielraum verbleibt für die Einführung einer neuen Schrankenregelung. Die vorgeschlagene Schrankenregelung müsste daher auch auf EU-Ebene eingeführt werden. Daher wird unter (III.) die Vereinbarkeit der vorgeschlagenen Schrankenregelung mit dem EU-Recht diskutiert.

1193 S. dazu bereits S. 206 f.
1194 S. EuGH GRUR 2019, S. 929, 932 Rn. 58 – *Pelham/Hütter.*

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Einschränkbarkeit der Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers

Durch die Ausgestaltung der dem Urheber vorbehaltenen Nutzungen an Werken kann durch das Urheberrechtsgesetz selbst Freiraum geschaffen werden. Solche Grenzziehungen stellen einfachgesetzliche Ausgestaltungen der Sozialbindung des Geistigen Eigentums (Art. 14 Abs. 2 GG) dar, sie sind Inhaltsbestimmungen im Sinne Art. 14 Abs. 1 S. 2 GG.[1195] Die Beschränkung des Ausschließlichkeitsrecht des Urhebers muss damit zur Förderung eines schutzwürdigen Interesses der Allgemeinheit verhältnismäßig, das heißt geeignet, erforderlich und angemessen, sein.[1196]

Der Urheber hat grundsätzlich für sein Werk ein Verfügungs- und Verwertungsrecht. Für beide sind Einschränkungen denkbar[1197]: Für das Verfügungsrecht bedeutet dies, dass der Verbotsanspruch aus dem Ausschließlichkeitsrecht nicht wahrgenommen werden kann, der Urheber also nicht das ausschließliche Recht an einer gewissen Nutzungsart hat. Für das Verwertungsrecht bedeutet es, dass für gewisse Nutzungsarten der Vergütungsanspruch entfallen kann. Hierbei sind Schrankenregelungen, die Freiraum für Nutzungsarten schaffen, nicht als „Belastung eines umfassend und fortbestehend gedachten Ausschließlichkeitsrechts des Urhebers zugunsten eines dinglich berechtigten Nutzers“ zu verstehen.[1198] Denn gem. § 1 UrhG genießt der Urheber Schutz für das von ihm geschaffene Werk nur nach Maßgabe des Gesetzes. Deshalb setzt sich die Inhaltsbestimmung des Urheberrechts aus einem einheitlichen gesetzgeberischen Akt zusammen, der sich nicht aufteilen lässt in einen Gewährungs- und einen Zurücknahmeakt.[1199] Das heißt, der Schutzumfang des Urheberrechts ergibt sich erst aus einer zusammenfassenden Betrachtung der §§ 15 ff. und §§ 44a ff. UrhG. Denn Schranken begrenzen von vornherein den Schutzinhalt der Ausschließlichkeitsrechte des Urhebers, da sie deren Umfang und die erfassten Nutzungshandlungen mitbestimmen.[1200] Daher kann der Nutzungswert, der sich aus der Ausübung einer Nutzungshand-

1195 *Leinemann,* Die Sozialbindung des „Geistigen Eigentums“, 1998, S. 69.
1196 *Stieper,* Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 43.
1197 *Leinemann,* Die Sozialbindung des „Geistigen Eigentums“, 1998, S. 69, 71; *Stieper,* Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 43.
1198 *Stieper,* Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 130.
1199 *Ders.,* a.a.O., S. 131.
1200 *Ders.,* a.a.O., S. 131.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

lung ergibt, auch freigestellt werden durch eine gesetzliche Schranke, denn der Nutzungswert ist von vornherein nicht ausschließlich dem Urheber zugewiesen.[1201]

Für die rechtliche Gestaltung der Schrankenregelungen kommen drei Arten der Einschränkungen der Nutzungshandlungen in Betracht: die Freistellung, die gesetzliche Lizenz und die Zwangslizenz.[1202] Da diese drei Arten unterschiedlich intensiv die Rechte des Urhebers einschränken, zeigt sich hieran bereits, dass Nutzungshandlungen urheberrechtlich unterschiedlich behandelt werden können und der durch das Urheberrecht gestaltete Freiraum für Nutzungshandlungen unterschiedlich groß ausgestaltet sein kann. Durch die Arten der Einschränkungen können Abstufungen zwischen verschiedenen Nutzungshandlungen realisiert werden.

1. Freistellung

Die Freistellung ist die ersatzlose Aufhebung des ausschließlichen Nutzungsrechts.[1203] Diese Nutzungsart wird also völlig freigestellt: Für die Nutzung ist weder die Zustimmung des Urhebers notwendig, noch muss eine Vergütung dafür gezahlt werden.[1204] Das Zitatrecht gem. § 51 UrhG ist als eine solche Freistellung einzuordnen, denn es erklärt das Zitieren aus fremden geschützten Werken zu den dort genannten Zwecken und in dem genannten Umfang für zustimmungs- und vergütungsfrei. Diese Privilegierung dient dem Allgemeininteresse an freier geistiger Auseinandersetzung, an Dialog, Kritik und kultureller Entwicklung.[1205]

1201 *Ders.*, a.a.O., S. 131.
1202 *Ders.*, a.a.O., S. 6; *Leinemann,* Die Sozialbindung des „Geistigen Eigentums“, 1998, S. 92 ff.
1203 *Stieper,* Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 6.
1204 *Leinemann,* Die Sozialbindung des „Geistigen Eigentums“, 1998, S. 92.
1205 Vgl. Schricker/Loewenheim/*Spindler*, 5. Aufl. 2017, § 51 UrhG Rn. 6 m.w.N.; Dreier/Schulze/*Dreier*, 6. Aufl. 2018, § 51 UrhG Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Gesetzliche Lizenz

Die gesetzliche Lizenz erlaubt gewisse Nutzungshandlungen ohne Zustimmung des Urhebers, allerdings gegen Zahlung einer Vergütung.[1206] Dieser Vergütungsanspruch kann regelmäßig nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden. Die gesetzliche Lizenz ist daher eng verbunden mit der Ersetzung der Befugnisausübung des Urhebers durch eine kollektive Wahrnehmung. So sieht beispielsweise § 54 UrhG eine Vergütungspflicht für die Nutzungen der § 53 Abs. 1, 2 UrhG oder der §§ 60a-f UrhG vor (Geräteabgabe). Dieser Vergütungsanspruch des § 54 UrhG kann gem. § 54h Abs. 1 UrhG nur durch eine Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden.

3. Zwangslizenz

Bei einer Zwangslizenz bleibt weiterhin die Zustimmung durch den Urheber notwendig für eine Nutzungshandlung, der Urheber ist allerdings dazu verpflichtet, einen Nutzungsvertrag abzuschließen.[1207] Der Urheber wird damit einem Kontrahierungszwang unterworfen. Im Unterschied zur gesetzlichen Lizenz bleibt hier das Verbotsrecht des Urhebers aber erhalten.[1208] § 42a UrhG stellt eine solche Zwangslizenz dar für die Herstellung von Tonträgern, um verschiedene Interpretationen und Einspielungen desselben Musikwerkes zu ermöglichen (Coverversionen).[1209]

4. Sonstige Regelungen

§ 88 UrhG kann als weiteres Regelungsmodell betrachtet werden, um eine gewisse Abstufung an Freiraum für Nutzungshandlungen zuzulassen. Diese Norm stellt eine Auslegungsregel zugunsten des Filmherstellers dar, wonach mit der Gestattung zur Verfilmung im Zweifel auch das Recht eingeräumt wurde, das Werk unverändert oder unter Bearbeitung oder Umge-

---

1206 *Leinemann,* Die Sozialbindung des „Geistigen Eigentums", 1998, S. 93; *Stieper,* Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 6.

1207 *Leinemann,* Die Sozialbindung des „Geistigen Eigentums", 1998, S. 93.

1208 *Stieper,* Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, 2009, S. 7.

1209 Dreier/Schulze/*Schulze*, 6. Aufl. 2018, § 42a UrhG Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

staltung zur Herstellung eines Filmwerkes zu benutzen und das Filmwerk sowie Übersetzungen und andere filmische Bearbeitung auf alle Nutzungsarten zu nutzen. Damit ist § 88 Abs. 1 UrhG jedoch nicht bloß eine konkretisierte Zweckübertragungsregelung des § 31 Abs. V UrhG, sondern auch eine Bereichsausnahme (§ 88 Abs. 1 S. 2 UrhG) und eine Erwerbsvermutung für unbekannte Nutzungsarten für den Film.[1210] § 88 UrhG ist deshalb urheberrechtliches Sonderrecht.

II. Neue Schrankenregelung

Für verschiedenste Techniken der Aneignungen wurden bereits neue Schrankenbestimmungen vorgeschlagen:

- Bauer für eine Schranke für User-generated Content[1211]
- Ziegler für eine Social Sharing Schranke[1212]
- Pötzlberger für einen § 24a UrhG für Kreatives Remixing[1213]
- Die Initiative Recht auf Remix für eine Schrankenregelung für Remixe[1214]
- Kreutzer für eine Schrankenregelung für transformative Werknutzungen[1215]
- Geiger für eine Schrankenregelung für kreative Nutzungen[1216]
- Vlah für eine Ergänzung des § 51 UrhG für Parodien[1217]
- Ohly für eine Umsetzung der Pastiche-Ausnahme des Art. 5 Abs. 3 lit. k der InfoSoc-RL in eine Schrankenregelung[1218]

1210 Wandtke/Bullinger/*Manegold/Czernik,* 5. Aufl. 2019, § 88 UrhG Rn. 1; Dreier/Schulze/*Schulze*, 6. Aufl. 2018, § 88 UrhG Rn. 1.

1211 *C. Bauer,* User-generated Content, 2011, S. 392 ff., 407.

1212 *Ziegler*, Urheberrechtverletzungen durch Social Sharing, 2016, S. 253.

1213 *Pötzlberger*, Kreatives Remixing, 2018, S. 298 ff.

1214 S. https://rechtaufremix.org, Datum des Zugriffs: 15.01.2020.

1215 *Kreutzer,* Verbraucherschutz im Urheberrecht, 2011, S. 73; *ders.,* Remix-Culture und Urheberrecht, in: Djordjevic/Dobusch (Hrsg.), Generation Remix. Zwischen Popkultur und Kunst, 2014, S. 42, 62 ff.

1216 *Geiger,* Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung, GRUR Int. 2008, S. 459, 463 f., 467.

1217 *Vlah,* Parodie, Pastiche und Karikatur – Urheberrechte und ihre Grenzen, 2015, S. 193, 194 ff.

1218 *Ohly,* Hip Hop und die Zukunft der „freien Benutzung" im EU-Urheberrecht, GRUR 2017, S. 964, 968.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:27
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

– Dobusch für eine analoge Anwendung des § 8 MarkenG bei Memes, wenn ein Bild in den „allgemeinen Gebrauch" übergegangen ist[1219]

Dies zeigt zum einen das Bedürfnis, gesetzlichen Freiraum zu schaffen für die Nutzungen fremden Materials zu eigenen, oft kreativen Zwecken. Zum anderen zeigen diese Vorschläge aber auch auf, wie vereinzelt die Debatte um Techniken der Aneignungen bisher geführt wurde. Diese Techniken der Aneignung sollen nun gemeinsam unter dem Dach einer Schrankenregelung privilegiert werden.

Deshalb soll hier eine vergütungsfreie Schrankenregelung für den Bildgebrauch zu eigenen Zwecken im nicht-kommerziellen Bereich vorgeschlagen werden (1.). Für den kommerziellen Gebrauch von Bildern zu eigenen Zwecken wird eine gesetzliche Lizenz mit Vergütungspflicht vorgeschlagen (2.). Unter (3.) wird zu den Grenzen dieser Schranken der Drei-Stufen-Test, die Urheberpersönlichkeitsrechte und die Pflicht der Quellenangabe gem. § 63 UrhG genannt.

1. Freistellung im nicht-kommerziellen Gebrauch

Zum nicht-kommerziellen Gebrauch sollen für Aneignungshandlungen die entsprechenden Nutzungsrechte aufgehoben werden. Dies betrifft insbesondere die von Aneignungshandlungen betroffenen Rechte zur Vervielfältigung gem. § 16 UrhG, zur Verbreitung gem. § 17 UrhG und zur öffentlichen Zugänglichmachung gem. § 19a UrhG. Diese Nutzungen sollen freigestellt werden: Es ist weder die Zustimmung des Urhebers notwendig, noch muss eine Vergütung dafür gezahlt werden.

Unter Aneignungshandlungen sind hier alle direkt physischen oder indirekt unkörperlichen Übernahmen fremden Materials zu eigenen Zwecken, insbesondere zu künstlerischen und kommunikativen Zwecken, zu verstehen.[1220] Eine Aneignung liegt damit bei der reinen Wiedergabe eines urheberrechtlich geschützten Werkes nicht vor.[1221] Als Eingrenzung soll hier ebenfalls das im Rahmen der verfassungskonformen Auslegung des § 24 Abs. 1 UrhG anhand der Kunstfreiheit eingeführte Kriterium der

1219 *Dobusch,* Urheberrecht auf Memes? Getty Images, der „Socially Awkward Penguin" und eine Lösung aus dem Markenrecht, Netzpolitik.org vom 04.09.2015, https://netzpolitik.org/2015/urheberrecht-auf-memes-getty-images-der-socially-awkward-penguin-und-eine-loesung-aus-dem-markenrecht.

1220 S. zur Herleitung dieser Definition S. 32 f.

1221 Vgl. S. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

mangelnden Substitutionsfähigkeit dienen. Die Aneignungshandlung darf also die wirtschaftliche Nutzung des Werkes nicht ersetzen, es nicht auf seinem Markt ersetzen.[1222] Freigestellt ist nicht nur die Nutzung von Ausschnitten oder kleinen Schnipsel des urheberrechtlich geschützten Werkes, sondern die Nutzung des gesamten Werkes.

Mit dem Kriterium „nicht-kommerziell" ist gemeint, dass ohne Gewinnerzielungsabsicht gehandelt wird. In seinen Entscheidungen zur öffentlichen Wiedergabe hat der EuGH die Unterscheidung anhand der Gewinnerzielungsabsicht auch zu einer Leitunterscheidung für die digitale Nutzung von Werken bestimmt.[1223] Diese Wertung kann daher hier übertragen werden. Auch der Generalanwalt Sánchez-Bordona hebt in seinen Schlussanträgen zum EuGH-Verfahren *Cordoba* das Kriterium der Gewinnerzielungsabsicht hervor für die Beurteilung der Kenntnis der Rechtswidrigkeit des Einstellens eines Werkes im Internet.[1224] Was er unter Gewinnerzielungsabsicht genau versteht, definiert der EuGH allerdings nicht weiter.

Hier soll unter einer kommerziellen Nutzung eine solche verstanden werden, die die Erzielung von Gewinnen beabsichtigt. Dabei reicht es aus, dass lediglich die Absicht, Gewinne zu erzielen, vorliegt und es ist unbedeutend, ob tatsächlich Gewinne gemacht werden. Wie im Handelsrecht soll bei entgeltlichen Tätigkeiten eine Gewinnerzielungsabsicht vermutet werden. Ist der Preis offensichtlich sozial determiniert oder rein symbolisch, fehlt die Entgeltlichkeit.[1225] Im analogen Bereich liegt damit bei einem Verkauf oder Verleih in der Regel eine Gewinnerzielungsabsicht vor. Entgeltlichkeit kann aber auch in geldwerten Gegenleistungen beste-

---

1222 S. dazu bereits S. 199 ff.

1223 EuGH GRUR 2016, S. 1152, 1155 Rn. 51 – *GS Media* zum Framing; EuGH GRUR 2017, S. 610, 613 Rn. 49 ff. – *Stichting Brein/Wullems* zu einem multimedialen Medienabspieler, auf dem im Internet verfügbare Add-ons vorinstalliert wurden, die Hyperlinks zu für die Öffentlichkeit frei zugänglichen Webseiten enthalten; EuGH GRUR 2007, S. 225, 227 Rn. 44 – *SGAE/Rafael* zur Verbreitung eines Signals mittels in den Hotelzimmern aufgestellter Fernsehapparate, die ein Hotel für seine Gäste vornimmt; *Dobusch,* EuGH schränkt Linkfreiheit ein: Kommerzielle Nutzer können schon mit einem Link das Urheberrecht verletzen, Netzpolitik.org vom 08.09.2016, https://netzpolitik.org/2016/eugh-schraenkt-linkfreiheit-ein-kommerzielle-nutzer-koennen-schon-mit-einem-link-das-urheberrecht-verletzen.

1224 Schlussanträge des EuGH Generalanwalts *Sánchez-Bordona* vom 25.4.2018 zu Rs. C-161/17, ZUM 2018, S. 506, 512 Rn. 80, 81. Der EuGH greift dies in seinem Urteil allerdings nicht auf.

1225 Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Roth,* 9. Aufl. 2019, § 1 HGB Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

hen.[1226] Dies ist besonders für die digitale Ökonomie von Bedeutung, in der die Kommerzialisierung in vielfältigen Formen auftritt. Hier kann zum einen Werbung geschaltet werden durch Bannerwerbung oder gesponserte Postings in sozialen Netzwerken, für die ein Entgelt gezahlt wird, sodass auch hier die Gewinnerzielungsabsicht vermutet wird. Aber auch neuartige Werbeformen in sozialen Netzwerken durch das Influencer Marketing können entgeltlich sein, wenn eine geldwerte Gegenleistung, wie das kostenlose Zuschicken von Konsumgütern oder eine kostenfreie Dienstleistung, erbracht wird.[1227]

Nach dieser Definition ist die Wiedergabe und die öffentliche Zugänglichmachung von Appropriation Art in der Regel eine kommerzielle Nutzung der angeeigneten Werke, da für das Werk der Appropriation Art ein Entgelt gezahlt wird. Ebenso wird für die Ausstellung des Werkes ein Entgelt gezahlt. Auch das Ausstellen zum Verkauf reicht aus, denn diese ist als Werbehandlung der Galerie als entgeltliche Tätigkeit einzustufen, bei der eine Gewinnerzielungsabsicht vorliegt. Das Herstellen von Appopriation Art, also die reine Vervielfältigungshandlung, erfolgt jedoch zu nicht-kommerziellen Zwecken, da damit zunächst lediglich das Werk der Appropriation Art geschaffen werden soll.

Aneignungen im Digitalen sind regelmäßig als nicht-kommerzielle Nutzungen einzustufen, wenn sie rein zu kommunikativen Zwecken erfolgen. Sollte vor das Aufrufen der Aneignung auf einer Webseite oder im sozialen Netzwerk allerdings Werbung geschaltet sein, liegt damit auch eine Gewinnerzielungsabsicht vor, sodass es sich dann um eine kommerzielle Tätigkeit handelt.

Die fehlende Vergütung dieser Schrankenregelung ist auch zulässig, da gesteigerte Gründe des Allgemeinwohls vorliegen. Das BVerfG hat erklärt, dass Beschränkungen des Vergütungsanspruch des Urhebers nur bei qualifizierten Gemeinwohlerwägungen zulässig sind: „Dem Interesse der Allgemeinheit, Zugang zu den Kulturgütern zu haben, ist mit dem Ausschluss des Verbotsrechts Genüge getan; dieser Ausschluss konkretisiert die soziale Bindung des Urheberrechts für den hier maßgeblichen Bereich. Aus Art. 14 Abs. 2 GG kann dagegen nicht die Forderung hergeleitet werden, dass der Urheber in diesen Fällen seine geistige Leistung der Allgemeinheit

1226 In der digitalen Ökonomie etwa in Form von Daten bei Suchmaschinen, vgl. auch § 18 Abs. 2 GWB, s. Koller/Kindler/Roth/Drüen/*Roth,* 9. Aufl. 2019, § 1 HGB Rn. 10.

1227 *Lichtnecker,* Neues aus dem Social Media-Marketing, MMR 2018, S. 512, 515.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unentgeltlich zur Verfügung stellen müsste."[1228] Das heißt aber auch, dass es möglich ist, Verbots- und Vergütungsrechte des Urhebers einzuschränken, wenn wichtige Belange des Allgemeinwohls dies erfordern. Ein solcher Fall liegt hier vor. Denn die Kunstform der Appropriation Art wäre zu stark eingeschränkt, wenn sie nicht die Bilder anderer Urheber nutzen könnte. Sie könnte dann nur gemeinfreie oder nicht schutzfähige Bilder für ihre Kunst nutzen. Auch für die Kommunikation im Digitalen liegen besondere Allgemeinbelange vor. Bei kommunikativen Aneignungen handelt es sich mittlerweile um ein Massenphänomen. Bilder sind in der Digitalkultur ein Rohstoff, der ständiger Veränderung und Kombination unterliegt. Aufgrund ihrer produktiven und flexiblen Nutzungsmöglichkeiten eigenen sich Bilder daher besonders gut als Kommunikationsmittel im Internet und werden als solche millionenfach genutzt. Hinter diesem besonderen Interesse der Allgemeinheit, urheberrechtlich geschützte Bilder als Kommunikationsmittel zu nutzen, müssen die urheberrechtliche Verbots- und Vergütungsrechte zurücktreten, da diese Kommunikation ansonsten so nicht stattfinden kann.

Es reicht nicht aus, die Nutzer von Aneignungshandlungen auf die Lizenzierungsmöglichkeit beim Urheber zu verweisen. Denn eine solche Lizenzierung ist in den meisten Fällen praktisch kaum möglich: Zunächst müsste der Urheber eines Bildwerkes oder Lichtbildes überhaupt ausfindig gemacht werden und kontaktierbar sein. Dieser Rechercheaufwand und die anfallenden Transaktionskosten sind erheblich und schränken die Nutzer zu stark ein.[1229] Zudem müsste der Urheber mit jedem einzelnen Nutzer einen Lizenzvertrag abschließen – gerade dies ist bei Aneignungen als Massenhandlung wie bei Memes und GIFs rein zahlenmäßig kaum zu leisten bei hundert Millionen Nutzungen tagtäglich und kann auch dem Urheber nicht zugemutet werden. Die Freistellung ist auch deshalb zulässig, weil lediglich die wirtschaftlichen Verwertungsrechte des Urhebers aufgehoben werden, die Urheberpersönlichkeitsrechte bleiben dagegen bestehen.[1230]

1228 BVerfG GRUR 1972, S. 481, 484 – *Kirchen- und Schulgebrauch*.
1229 Eine ähnliche Argumentation s. BVerfG GRUR 2016, S. 690, 694 Rn. 98 – *Metall auf Metall*.
1230 S. dazu sogleich S. 299 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Gesetzliche Lizenz mit Vergütungspflicht im kommerziellen Gebrauch

Im kommerziellen Gebrauch von Aneignungen soll eine gesetzliche Lizenz mit Vergütungspflicht eingeführt werden. Der Urheber muss der Nutzungshandlung des Aneignenden also nicht zustimmen, der Nutzer muss die Nutzungshandlung allerdings vergüten. Damit verbleibt dem Urheber eine größere Herrschaft über sein Werk als bei der nicht-kommerziellen Aneignung, da er insbesondere ein Mitspracherecht bei der Höhe der Vergütung hat.

Diese Unterschiedlichbehandlung von kommerziellen und nicht-kommerziellen Aneignung ist dadurch gerechtfertigt, dass bei kommerziellen Aneignungen der aneignende Nutzer wirtschaftlich von der Aneignung profitiert. Daher ist es nur konsequent, in diesen Fällen auch den Urheber des angeeigneten Werkes wirtschaftlich an der Aneignung teilhaben zu lassen. Diese kommerziellen Aneignungshandlungen betreffen insbesondere den Verkauf von Werken der Appropriation Art, sodass dieser zumeist mithilfe der Zwangslizenz zu begegnen sei.[1231]

Diese gesetzliche Lizenz soll durch Verwertungsgesellschaften wahrgenommen werden. Damit würde die Verantwortlichkeit weg vom Nutzer hin zu den Urhebern und Verwertungsgesellschaften verschoben, was in Anbetracht massenhafter Nutzungen urheberrechtlicher Werke sinnvoll ist, da nun der jeweils Betroffene mit dem größten Wissensvorsprung tätig werden muss – der Urheber weiß, dass er Urheber des Werkes ist und kann sich so an die Verwertungsgesellschaften wenden. Diese gesetzliche Lizenz würde auch verhindern, dass Upload-Plattformen eine Rechteprüfung vornehmen müssten, so wie es in Art. 17 DSM-RL vorgesehen ist.[1232] Ohne eine Automatisierung etwa durch Upload-Filter ist eine solche Rechteprüfung praktisch nicht durchführbar, gerade diese birgt aber die Gefahr des Overblocking urheberrechtlich zulässiger Inhalte.[1233] Für diesen Regelungsvorschlag ist es notwendig, dass europaweit Urheber von Lichtbildern und Bildwerken sich an eine Verwertungsgesellschaft wenden, was

1231 Für eine Unterscheidung zwischen kommerzieller und nicht-kommerzieller Verwertung für die Privilegierung von Nutzungshandlungen urheberrechtlicher Werke im Digitalen auch *Stieper,* Fan Fiction als moderne Form der Pastiche, AfP 2015, S. 301, 305; *Ohly,* Urheberrecht in der digitalen Welt, Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag, 2014, S. 90.

1232 Vgl. dazu S. 303 ff.

1233 S. dazu auch S. 309 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bisher nicht einheitlich der Fall ist.[1234] Die Vergütung für die Lizenzen müssten im Falle kommunikativer Aneignungen im Digitalen die Plattformen an die Verwertungsgesellschaft entrichten, denn sie profitieren von der Verbreitung von Aneignungen und könnten diese Lizenzierung entsprechend einpreisen. Für andere Aneignungshandlungen müsste der Aneignende die Vergütung direkt an die Verwertungsgesellschaft entrichten. Die Verwertungsgesellschaft müsste diese eingezogenen Vergütungen dann wieder unter den Urhebern verteilen.

3. Grenzen: Urheberpersönlichkeitsrechte, Quellenangabe gem. § 63 UrhG und Drei-Stufen-Test

Neben der vorgeschlagenen Schrankenregelung bleiben die Urheberpersönlichkeitsrechte gem. §§ 12 ff. UrhG und das Gebot der Quellenangabe gem. § 63 UrhG bestehen. Durch das Recht auf Anerkennung der Urheberschaft gem. § 13 UrhG i.V.m. dem Gebot des § 63 UrhG muss der Aneignende deutlich machen, welches fremde Werk er verwendet hat, also was er sich angeeignet hat. Damit ist der Urheber des angeeigneten Werkes auch im Rechtsverkehr geschützt, da durch diese Regelungen einer Verwechslungsgefahr von angeeignetem Werk und Aneignungswerk entgegengewirkt wird. Auch der Schutz vor Entstellung gem. § 14 UrhG ist hier von Bedeutung, um den Urheber vor potenziell schädlichen Kontexten der Aneignungshandlungen zu schützen. Im Rahmen der Interessenabwägung des § 14 UrhG dürfte sich die Wertung der vorgeschlagene Schrankenregelung nicht durchsetzen, sondern es müsste in dieser Interessenabwägung die Interessen von Urheber und aneignendem Nutzer abgewogen und miteinander in Ausgleich gebracht werden. Diese nachgelagerte Interessenabwägung ist nach dem *Deckmyn*-Urteil des EuGH im Rahmen des § 14 UrhG wohl zulässig. Durch diese Prüfung könnte gegen Fälle der „Misappropriation" vorgegangen werden, bei denen eine Substitutionsgefahr besteht, also das aneignende Werk Gefahr läuft, auf dem Markt das angeeignete Werk zu ersetzen.[1235]

1234 Vgl. dazu *Wirtz,* Rede der Staatssekretärin Christiane Wirtz bei der 6. Urheberrechtskonferenz der Initiative Urheberrecht am 19. November 2018 in Berlin, https://2018.konferenz-urheberrecht.de/sites/default/files/20181119_rede_wirtz.pdf.

1235 S. dazu bereits ausführlich S. 199 ff., 202 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Als Begrenzung der vorgeschlagenen Schrankenregelung ist zum anderen der Drei-Stufen-Test zu nennen, der bei einer Kodifizierung der Schrankenregelung auf Europäischer Ebene und auf deutscher Ebene anzuwenden ist. Er stellt eine Schranken-Schranke dar, der Schrankenregelungen unter bestimmte Voraussetzungen stellt.[1236] Die auf Art. 13 TRIPS und Art. 9 Abs. 1 RBÜ basierende Umsetzung des Drei-Stufen-Tests in Art. 5 Abs. 5 der InfoSoc-RL für die dort genannten Schranken besagt, dass (1.) die Schrankenregelung nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden dürfen, in denen (2.) die normale Verwertung des Werkes oder des sonstigen Schutzgegenstandes durch die Schrankenregelung nicht beeinträchtigt werden darf und dass (3.) die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers nicht ungebührlich verletzt werden dürfen. An diesem Maßstab sind auch die geforderte Freistellung und die gesetzliche Lizenz zu messen.

Die erste Stufe soll sicherstellen, dass die Schrankenregelung eine Ausnahme regelt, die nicht in die Regel umschlagen soll.[1237] Hier werden nur nicht-kommerzielle Nutzungen vergütungsfrei gestellt mit der Ausnahme, dass die Nutzung zu eigenen Zwecken erfolgt und keine Substitutionskonkurrenz der beiden Werke entsteht, also § 14 UrhG nicht verletzt ist. Damit zielt dieser Regelungsvorschlag auf klar definierte Fälle ab, die so bestimmt sind, dass sie von anderen Nutzungszwecken abgrenzbar sind, sodass es sich um bestimmte Sonderfälle handelt. Diese dienen weiterhin einem qualifizierten berechtigten Nutzungsinteresse.[1238]

Nach der zweiten Stufe soll dem Urheber ein gesicherter Bestand an Werknutzungen verbleiben.[1239] Schrankenregelungen sollen nicht der „normalen Verwertung" des Urhebers zuwiderlaufen. Dabei kann die „normale Verwertung" des Urhebers in manchen Fällen jedoch auch

---

1236 So geht der EuGH jedenfalls für die InfoSoc-RL von einer rein schrankenbegrenzenden Funktion des Drei-Stufen-Tests aus, s. EuGH GRUR 2019, S. 929, 933 Rn. 62 ff. – *Pelham/Hütter*; *Leistner,* „Ende gut, alles gut"… oder „Vorhang zu und alle Fragen offen"? Das salomonische Urteil des EuGH in Sachen „Pelham [Metall auf Metall]", GRUR 2019, S. 1008, 1011.

1237 Vgl. *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, 2018, S. 200.

1238 S. dazu ausführlich S. 107 ff. Das Vorliegen eines qualifizierten Nutzungszwecks wird teilweise in der Literatur gefordert, so *Fiscor,* The Law of Copyright and the Internet: The 1996 WIPO Treaties, their Interpretation and Implementation, 2002, S. 284; *von Lewinski,* International Copyright Law and Policy, 2008, S. 161; *Senftleben,* Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, S. 200, 207 f.; *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, 2018, S. 200.

1239 *Fischer*, Digitale Kunst und freie Benutzung, 2018, S. 200.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch schrankengekoppelte Vergütungsansprüche erreicht werden[1240], so wie es hier der Fall ist. Ein greifbarer Einkommensverlust für den Urheber ist nicht denkbar, da bisher auch keine Lizenzierungen dieser Nutzungen erfolgt und auch in Zukunft nicht erfolgen wird, da sie für Fälle der kommunikativen Aneignung praktisch kaum handhabbar oder gar unmöglich ist.[1241] Wenn im Rahmen dieser Stufe nach einer Gesamtbewertung zu ermitteln ist, ob die betroffene Nutzung typischerweise ein erhebliches Gewicht für Werke dieser Art besitzt[1242], womit die Erzielung nennenswerter Einnahmen gemeint ist, dann ist zu beachten, dass ein solches Gewicht durch das Kriterium der Substitutionskonkurrenz ausgeschlossen wird. Nur wenn das aneignende Werk auf dem Markt nicht als Substitut des angeeigneten Werkes fungiert, ist die Aneignung nach dem oben ausgeführten Regelungsvorschlag freizustellen.

In der dritten Stufe des Drei-Stufen-Tests wird eine Interessenabwägung vorgenommen. Das Überwiegen der Reche der Nutzer von Aneignungen wurde bereits oben mehrfach bejaht in den bestimmten Fällen der nichtkommerziellen Nutzung und fehlenden Substitutionskonkurrenz.[1243] Insbesondere da hier eine ausgewogene Regelung mit Abstufungen der Nutzungsmöglichkeiten bei kommerzieller und nicht-kommerzieller Nutzung der Aneignung vorgeschlagen wird, wird das Vergütungsinteresse des Urhebers nicht in einem ungebührlichen Maße verletzt.

Mithilfe dieser Begrenzungen des vorgeschlagenen Regelungsvorschlages können die Interessen aller Beteiligten von Aneignungshandlungen hinreichend berücksichtigt werden.

III. Vereinbarkeit mit EU-Recht

Art. 5 Abs. 1–5 InfoSoc-RL führt einen einzelfallbezogenen und abschließenden Katalog von Schrankenregelungen auf.[1244] Erwägungsgrund 32 InfoSoc-RL macht deutlich, dass „die Ausnahmen und Beschränkungen in Bezug auf das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wie-

1240 So *Geiger,* Die Schranken des Urheberrechts als Instrumente der Innovationsförderung, GRUR Int. 2008, S. 459, 468.

1241 S. dazu bereits S. 220 ff., 305.

1242 *Senftleben,* Grundprobleme des urheberrechtlichen Dreistufentests, GRUR Int. 2004, S. 200, 209.

1243 Vgl. bereits die Interessenabwägungen auf S. 197 ff., 199 ff. und S. 274 f.

1244 Vgl. *Ohly,* Hip Hop und die Zukunft der „freien Benutzung“ im EU-Urheberrecht, GRUR 2017, S. 964, 967.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dergabe […] erschöpfend aufgeführt [sind]." Denn das Ziel der InfoSoc-RL ist gerade, rechtlicher Inkohärenz und Zersplitterung des Binnenmarktes entgegenzuwirken. Erwägungsgrund 7 InfoSoc-RL macht deutlich, dass die Richtlinie die Rechtsvorschriften anpassen will, „die sich von Mitgliedstaat zu Mitgliedstaat beträchtlich unterscheiden oder eine derartige Rechtsunsicherheit bewirken, dass der Binnenmarkt in seiner Funktionsfähigkeit beeinträchtigt und die Informationsgesellschaft in Europa in ihrer Entwicklung behindert wird", sodass ein „uneinheitliches Vorgehen der Mitgliedstaaten gegenüber technischen Entwicklungen vermieden [wird]". Diese erschöpfende Nennung der Ausnahmen und Beschränkungen in Art. 5 InfoSoc-RL betont der EuGH in seinem Urteil *Pelham/Hütter* unter Verweis auf den 32. Erwägungsgrund.[1245] Er begründet diese abschließende Regelung mit der Sicherung der Funktionsfähigkeit des Binnenmarktes, wie es auch in Erwägungsgrund 31 InfoSoc-RL angeführt wird.

Damit verbleibt auf nationaler Ebene kein Spielraum für die Einführung der vorgeschlagenen neuen Schrankenregelung. Vielmehr müsste eine solche Schrankenregelung auch auf EU-Ebene eingeführt werden. Der Art. 5 Abs. 3 InfoSoc-RL müsste also erweitert werden. Eine solche Umsetzung wäre möglich, der politische Wille dazu ist allerdings nicht absehbar.

C. Regelungsvorschlag zur Umsetzung des Art. 17 der DSM-RL in nationales Recht

Der Art. 17 DSM-RL soll die Nutzungsmöglichkeiten im Internet im Hinblick auf kreative Gestaltungsformen steuern[1246] und betrifft damit kommunikative Aneignungen im besonderen Maße. Bereits im Vorfeld hat diese Norm für Diskussion gesorgt[1247], insbesondere mit der Verpflichtung, Upload-Filter einzusetzen. Die Gegner dieser Reform befürchten das Ende des freien Internets[1248] und haben ihren Unmut durch Petitionen[1249] und

1245 S. EuGH GRUR 2019, S. 929, 932 Rn. 58 – *Pelham/Hütter.*

1246 *Stieper,* Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, ZUM 2019, S. 211, 211.

1247 Auf den Nachweis der umfangreichen Abhandlungen aus dem Vorfeld der Verabschiedung der RL ist hier verzichtet worden.

1248 S. *Kaesling,* Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, S. 586, 587.

1249 Insbesondere durch die Kampagne SavetheInternet, https://savetheinternet.info, Datum des Zugriffs: 15.01.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

in europaweiten Demonstrationen kundgetan.[1250] Durch den Art. 17 DSM-RL wird sich die oben ausgemachte Legitimationskrise des Urheberrechts verschärfen, die in der unterschiedlichen Handhabung massenhafter bildhafter Kommunikationen im Digitalen im Recht und in der Rechtswirklichkeit ihren Grund findet.[1251] Um ein kommunikatives Verständnis des Urheberrechts umzusetzen, soll hier ein Vorschlag gemacht werden, wie die Umsetzung des Art. 17 DSM-RL ausgestaltet werden kann, um noch einen möglichst großen Freiraum für kommunikative Aneignungshandlungen zuzulassen.

I. Die Regelung des Art. 17 der DSM-RL

Durch die Regelung des Art. 17 DSM-RL sollen die Urheber an der Wertschöpfung durch die digitale Nutzung ihrer Werke beteiligt werden und Online-Plattformen, die über Werbeeinnahmen vom Nutzerverhalten wirtschaftlich profitieren[1252], verantwortlich gemacht werden für urheberrechtliche Verletzungen durch die auf ihren Plattformen bereitgestellten Inhalten.

1. Verantwortlichkeit der Diensteanbieter

Der Art. 17 DSM-RL gilt für Diensteanbieter für das Teilen von Online-Inhalten. Nach Art. 2 Nr. 6 DSM-RL bezeichnet dies „den Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft, bei dem der Hauptzweck bzw. einer der Hauptzwecke darin besteht, eine große Menge an von seinen Nutzern hochgeladenen, urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu speichern und der Öffentlichkeit Zugang hierzu zu verschaffen, wobei dieser Anbieter diese Inhalte organisiert und zum

1250 S. https://www.heise.de/newsticker/meldung/Save-the-Internet-Europaweite-Demos-gegen-neues-Urheberrecht-und-Artikel-13-4347138.html; Datum des Zugriffs: 15.01.2020. Allein in München waren etwa 40.000 Demonstration bei des Aktionsbündnisses #saveyourinternet, vgl. -, 40 000 protestieren in München gegen EU-Urheberrechtsreform, SZ vom 23.03.2019, https://www.sueddeutsche.de/muenchen/demo-muenchen-urheberrecht-1.4380419, Datum des Zugriffs: 15.01.2020.

1251 S. dazu bereits ausführlich S. 223 ff.

1252 *Hofmann*, Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – „Much Ado About Nothing"?, ZUM 2019, S. 617, 618.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zwecke der Gewinnerzielungsabsicht bewirbt".[1253] Nicht-kommerzielle Angebote, wie etwa Online-Enzyklopädien, Online-Marktplätze und Cloud-Dienste sind nach Art. 2 Nr. 6 und Erwägungsgrund 62 DSM-RL vom Anwendungsbereich ausgenommen.

Art. 17 DSM-RL erweitert den Begriff der Wiedergabe und der öffentlichen Zugänglichmachung und regelt, dass nun Diensteanbieter selbst einen Akt der öffentlichen Wiedergabe oder Zugänglichmachung ausführen können. Damit wird das eigentlich eingreifende Haftungsprivileg des Art. 14 E-Commerce-RL durchbrochen.[1254] Der Diensteanbeiter haftet nun nicht mehr lediglich als Störer, sondern als Täter durch eigene Handlung. Diese Haftungsverschiebung stellt einen Paradigmenwechsel im Urheberrecht dar.[1255] Sie wird damit begründet, dass aufgrund der Möglichkeit des anonymen Hochladens von Inhalten die Wahrscheinlichkeit erhöht wird, dass die einzelnen Nutzer von Urheberrechtsverletzungen nicht zur Rechenschaft gezogen werden.[1256] Durch das Abstellen auf die Ermöglichung des Hochladens von urheberrechtlich geschützten Inhalten wird die Ver-

---

1253 Auf die Vielzahl unbestimmter Rechtsbegriffe wie der „großen Menge" urheberrechtlicher Werke, „organisiert", „Gewinnerzielungsabsicht" etc. soll hier nicht weiter eingegangen werden.

1254 *Spindler,* Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU (Teil 2), WRP 2019, S. 951, 956.

1255 *Wandtke*, Grundsätze der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, NJW 2019, S. 1841, 1845; *Gerpott,* Artikel 17 der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie: Fluch oder Segen?, MMR 2019, S. 420, 422; *Dreier,* Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission, GRUR 2019, S. 771, 775; *Wandtke/Hauck*, Art. 17 DSM-Richtlinie. Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht, ZUM 2019, S. 627, 627; a.A. aufgrund des bisherigen „notice and stay down"-Verfahrens: *Hofmann,* Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – „Much Ado About Nothing"?, ZUM 2019, S. 617, 617, 625, wenn man lediglich die Unterlassungsansprüche betrachtet. Das deutsche Recht hat das Modell bisher über die Störerhaftung mit dem genannten „notice and stay down"-Verfahren gelöst, also einer Haftung des Plattforminhabers bei Kenntnis der Verletzung, regelmäßig nach Hinweis durch den Rechteinhaber („notice"), für das Löschen der Urheberrechtsverletzung („take down") und das Unterlassen des zukünftigen Uploads auf die Plattform („stay down"). Mit seinem Vorlagenbeschluss *YouTube* hat der BGH die Vereinbarkeit dieses Modells mit dem Unionsrecht dem EuGH zur Prüfung überlassen, s. BGH GRUR 2018, S. 1132 – *YouTube.*

1256 *Stieper,* Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, ZUM 2019, S. 211, 217.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

antwortlichkeit der Diensteanbieter vorverlagert und besteht unabhängig davon, ob sie Kenntnis von der rechtswidrigen Handlung haben.[1257]

Gem. Art. 17 Abs. 1 DSM-RL sollen sich Diensteanbieter um eine „Erlaubnis", also eine Lizenzeinholung durch die Rechteinhaber, kümmern. Dieses Ziel nennt auch Erwägungsgrund 61, wonach durch die DSM-RL „die Entwicklung eines Marktes für die Vergabe von Lizenzen zwischen Rechteinhabern und Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten gefördert werden" soll. Von Diensteanbietern eingeholte Lizenzen erstrecken sich gem. Art. 17 Abs. 2 DSM-RL auch auf die Handlungen, die von Nutzern ausgeführt werden und in den Geltungsbereich des Art. 3 InfoSoc-RL fallen. Doch eine individuelle Lizenzierung ist praktisch kaum durchführbar[1258], denn ihr stehen hohe Transaktionskosten entgegen und eine schier unüberschaubare Menge hochgeladenen Materials mit komplexen Inhalten und unterschiedlichen Schutzgegenständen von Urhebern, die nicht alle über Verwertungsgesellschaften organisiert sind. Insbesondere Werke für ein kleines Publikum wie solche aus kleine Sprach- und Kulturgruppen und Minderheiten oder ausgefallene Schöpfungen werden Lizenzschwierigkeiten ausgesetzt und deren Inhaltsvielfalt in Zukunft wohl eingeschränkt.[1259] Die Lizenzeinholung ist damit unwahrscheinlich[1260] und wenn überhaupt sind nur die großen Plattforminhaber wie Google oder Facebook in der Lage, großflächig solche Lizenzvereinbarungen abzuschließen.[1261] Die Lizenzeinholung soll nach der Systematik des Art. 17 DSM-RL zwar zum Regelfall werden, tatsächlich wird wohl die Nutzung von Upload-Filter zum Regelfall der Haftungsexkulpation.

2. Der Einsatz von Upload-Filtern

Wenn die Diensteanbieter keine Lizenz für die von Nutzern hochgeladenen urheberrechtlichen Werke oder Schutzgegenstände erhalten, verbleibt

1257 *Wandtke*, Grundsätze der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, NJW 2019, S. 1841, 1845.

1258 *Stieper*, Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, ZUM 2019, S. 211, 216.

1259 *Senftleben*, Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, S. 369, 371.

1260 *Kaesling*, Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, S. 586, 589.

1261 *Stieper*, Die Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, ZUM 2019, S. 211, 216.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ihnen zur Abwendung ihrer Haftung die Filterlösung gem. Art. 17 Abs. 4 DSM-RL. Diensteanbieter können sich gem. Art. 17 Abs. 4 DSM-RL von der Haftung exkulpieren, wenn sie den Nachweis erbringen, dass sie erstens alle Anstrengungen unternommen haben, um eine Erlaubnis für die Nutzung der Inhalte einzuholen, und zweitens nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen haben, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind. Drittens müssen sie nach Erhalt eines hinreichend begründeten Hinweises von den Rechteinhabern unverzüglich gehandelt haben, um den Zugang zu den entsprechenden Werken oder sonstigen Schutzgegenständen zu sperren bzw. sie von ihren Internetseiten zu entfernen, und alle Anstrengungen unternommen haben, um das künftige Hochladen dieser Werke oder Schutzgegenstände zu verhindern. Eine Ausnahme ist in Art. 17 Abs. 6 DSM-RL vorgesehen für Start-Ups mit weniger als zehn Mio. Euro Jahresumsatz und monatlich weniger als fünf Mio. Nutzern während der ersten drei Jahre nach Markeintritt. Diese sind lediglich dazu verpflichtet, sich um Lizenzen zu bemühen und bei Hinweis auf eine Rechtsverletzung das „notice and take/stay down"-Prinzip zu beachten.

Upload-Filter sind damit nicht direkt vorgeschrieben, gehören jedoch mittlerweile zu den genannten „branchenüblichen Standards".[1262] Da Filtertechnologien dem Stand der Technik entsprechen, ist nicht zu erkennen, wie Diensteanbieter ihrer Sorgfaltspflicht nachkommen können ohne Einsatz von Upload-Filtern.[1263] Nur durch sie kann sichergestellt werden, dass die Verbotsrechte der Rechteinhaber durchgesetzt werden können. Die Obliegenheit der Diensteanbieter, den branchenüblichen Standard be-

1262 Hier zeigt sich bereits das Problem dieses unbestimmten Rechtsbegriffs und der Definitionshoheit über „branchenübliche Standards", s. dazu *Spindler,* Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU (Teil 2), WRP 2019, S. 951, 957.

1263 So ganz h.M.: *Dreier,* Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission, GRUR 2019, S. 771, 776; *Pravemann,* Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, S. 783, 784; *Becker,* Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können. „Upload-Filter" und technische Rechtsdurchsetzung, ZUM 2019, S. 636, 637; *Kaesling,* Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, S. 586, 589.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ruflicher Sorgfalt zu wahren, kommt damit einem Verweis auf den Einsatz von Filtertechnologien gleich.[1264]

Upload-Filtern selektieren Inhalte präventiv und verhindern so eine Zugänglichmachung auf den Plattformen.[1265] Sie nutzen meist sog. Fingerprint-Technologien. Dazu müssen der Plattform Referenzen der geschützten Werke durch die Rechteinhaber zur Verfügung gestellt werden, die in eine Referenzdatenbank eingepflegt werden.[1266] Die optischen oder akustischen Charakteristika eines Werkes werden in numerische Werte gewandelt, sog. Hashwerte, die wie ein digitaler Fingerabdruck die wesentlichen Merkmale dieser Datei kennzeichnen.[1267] Beim Upload wird ein Vergleich des hochgeladenen Inhalts mit diesen numerischen Werten vorgenommen.[1268]

a) Absicherung von Schranken gem. Art. 17 Abs. 7 DSM-RL

Nach Art. 17 Abs. 7 DSM-RL dürfen die Maßnahmen von Diensteanbietern nicht dazu führen, dass Inhalte nicht mehr verfügbar sind, die im Rahmen einer Ausnahme oder Beschränkung des Urheberrechts erlaubt sind, insbesondere als Zitat, Kritik und Rezension sowie zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches. Erwägungsgrund 70 stellt deshalb fest, dass dies verpflichtend für die Mitgliedstaaten gilt. Ob eine solche Regelung jedoch kommunikative Aneignungen im Digitalen erfasst, ist nicht eindeutig. Die Regelung des Art. 17 Abs. 7 DSM-RL, insbesondere die Pastiche-Ausnahme, wird zwar in der Literatur immer wieder angeführt, um Memes, GIFs und andere digitalen Phänomene weiterhin zu ermöglichen.[1269] Für den Begriff des Pastiche besteht jedoch weder auf EU- noch

1264 *Kaesling,* Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, S. 586, 588.

1265 *Dies.*, a.a.O., S. 588.

1266 S. ausführlich zur Funktionsweise von Filtertechnologien *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, S. 149.

1267 *Dies.*, a.a.O., S. 149; *Kaesling,* Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, S. 586, 588.

1268 *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, S. 149.

1269 *Volkmann,* Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter: verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, S. 376, 381 für nutzergenerierte Inhalte wie Memes, Remixe, Mash-Ups, Fan Fiction und Collagen und *Hofmann,* Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – „Much Ado About Nothing"?, ZUM 2019, S. 617, 626, der auf § 24 UrhG verweist.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

auf Bundesebene ein klares Begriffsverständnis.[1270] In der Literatur wurden bisher auch nur wenige Auslegungsvorschläge gemacht. Diese sind meist, so auch in dieser Arbeit, auf die künstlerische Gestaltung von Aneignungen beschränkt. Ein so weites Verständnis von Pastiche, dass auch kommunikative Aneignungen zu nicht-kommerziellen Zwecken darunter zu verstehen sind, scheint kaum vertretbar, wie bereits oben ausführlicher dargelegt.[1271] Von daher passt es nicht zusammen, dass in der Literatur zu Art. 17 Abs. 7 DSM-RL zwar immer wieder betont wird, Memes und GIFs seien nicht in Gefahr, auf der anderen Seite aber die Pastiche-Schranke gerade keine Schranke für kreative Umnutzungen ist, sondern vielmehr der Kunstfreiheit des Art. 13 GrCh und Art. 5 Abs. 3 GG dienen soll. Digitale Phänomene wie Memes oder GIFs werden damit regelmäßig nicht als Pastiche zu verstehen sein.[1272]

Ebenso fraglich ist, ob Filter-Technologien überhaupt in der Lage sind, die genannten Ausnahmen zu erkennen und dadurch deren Vorrang zu gewährleisten. Es besteht Grund zur Annahme, dass automatisierte Filter regelmäßig Zitate, Kritik, Rezensionen, Karikaturen, Parodien und Pastiches als Urheberrechtsverletzungen flaggen werden.[1273] Denn bei der Beurteilung dieser Ausnahmen geht es um komplexe semantische Fragen und gewichtende Wertungen, die sich kaum anhand quantitativer Parameter programmieren lassen.[1274] Es müsste eine qualitative Bewertung der Inhalte unter Einbezug des Subtextes oder gesellschaftlichen Kontextes vorgenommen werden.[1275] Die Technik müsste den semantischen Gehalt, die Bedeutung verstehen. Eine solch intelligente Filtersoftware existiert noch nicht.[1276] Dazu bräuchte es Bewusstsein, denn erst Bewusstsein versieht In-

1270 S. oben S. 285 f.
1271 Vgl. S. 288 f.
1272 S. dazu oben S. 288 f.
1273 *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, S. 151.
1274 *Dreier,* Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission, GRUR 2019, S. 771, 777; *Becker,* Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können. „Upload-Filter“ und technische Rechtsdurchsetzung, ZUM 2019, S. 636, 644.
1275 *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, S. 150.
1276 *Dies.,* a.a.O., S. 150; *Volkmann,* Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter: verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, S. 376, 382; *Senftleben,* Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, S. 369, 372; *Dreier,* Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission, GRUR 2019, S. 771, 777; *Becker,* Von der

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

formation mit Bedeutung, mit Verständnis im menschlichen Sinne.[1277] Eine Technik also, die das Vorliegen einer Parodie u.a. beurteilen könnte, ginge in Richtung einer „starken" Künstlichen Intelligenz, von der die Forschung bislang weit entfernt ist.[1278] Spindler bezeichnet es daher zu Recht als „Quadratur des Kreises", dass Plattformen technische Maßnahmen zum Schutz von Urheberrechtsverletzungen ergreifen müssen, andererseits aber die Meinungsfreiheit insbesondere in Form von Karikaturen und Parodien im Rahmen der geistigen Auseinandersetzung aufrechterhalten sollen.[1279]

b) Gefahr des Overblocking

Die Warnungen vor der Gefahr des „Overblocking" durch Filtertechnologien sind daher begründet. Overblocking meint die Sperrung von „false positives" durch die Diensteanbieter, da es bei der Beurteilung bei der Vorlage von Ausnahmen gem. Art. 17 Abs. 7 DSM-RL auf deren Entscheidungskompetenz ankommt. Zwar gibt es bisher keine empirischen Erhebungen zum Problem des Overblockings durch bereits genutzte Filtersysteme wie YouTube's Content ID.[1280] Es besteht jedoch die Befürchtung, dass Diensteanbieter im Zweifelsfall kein finanzielles Risiko eingehen wollen und lieber großzügiger als notwendig filtern werden.[1281] Als Gegenargument wird hier zwar angeführt, dass eine Gefahr des Overblocking nicht besteht, weil es den betriebswirtschaftlichen Interessen der Diensteanbieter auf gleiche Weise entgegenlaufen würde, wenn Anzahl und Verweildauer der Nutzer sich verringern aufgrund des Overblockings.[1282] Ebenfalls wird häufig angeführt, dass sich für YouTube kaum etwas ändern wird, die bereits eine Filtertechnologie nutzen um die hochgeladenen Inhalte ihrer

---

Freiheit, rechtswidrig handeln zu können. „Upload-Filter" und technische Rechtsdurchsetzung, ZUM 2019, S. 636, 644.

1277 *Becker,* Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können. „Upload-Filter" und technische Rechtsdurchsetzung, ZUM 2019, S. 636, 644.

1278 *Ders.*, a.a.O., S. 644.

1279 *Spindler,* Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU (Teil 2), WRP 2019, S. 951, 956.

1280 *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, S. 152.

1281 *Volkmann,* Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter: verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, S. 376, 382.

1282 *Gerpott,* Artikel 17 der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie: Fluch oder Segen?, MMR 2019, S. 420, 422.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nutzer auf Urheberrechtsverletzungen zu überprüfen.[1283] Doch mit der durch Art. 17 DSM-RL eingeführten Haftung als Täter besteht nun auch das Risiko, für Schadensersatz in Anspruch genommen zu werden und nicht lediglich auf Unterlassung zu haften wie durch die vorherige Störerhaftung. Damit hat sich das Interesse der Diensteanbieter verschärft, die Filtertechnologie so einzusetzen, dass sie nicht belangt werden können und strittige Fälle, wie die in Art. 17 Abs. 7 lit. a, b DSM-RL genannten, so auszulegen, dass sie im Zweifel nicht haften – also im Zweifel von einer Urheberrechtsverletzung durch die hochgeladenen Inhalte auszugehen und diese zu blockieren. Darüber hinaus ist der Verweis auf die bereits genutzte Filtertechnologie wenig ermutigend, da sich bereits jetzt gravierende Fälle des Overblockings zeigen. So wurde Tom Hillenbrand satirischer Tweet[1284] zu den Europawahlen von Twitter gelöscht und sein Account gesperrt unter Berufung auf eine Richtlinie für politische Tweets, die Wahlbeeinflussung verhindern soll. Dabei weist Twitter jedoch auch ausdrücklich darauf hin, dass Satiren und Kommentare zur Wahl erlaubt sind. Per einstweiliger Verfügung untersagte das LG München I Twitter die Löschung des Tweets und des Accounts.[1285] Bei YouTube wurde das Video der Kampagne gegen Sexismus „Not Heidi's Girls" gesperrt, weil der Protestsong fälschlicherweise als geistiges Eigentum von RTL eingestuft wurde.[1286] Hier zeigt sich, wie schwer sich Filtertechnologien mit der Einordnung von Parodie und Kritik tun. Aber auch schon offensichtlichere Fälle haben Filtersysteme fälschlicherweise geblockt: Beispielsweise das Video eines Klavier-Stücks von Bach, das ein Pianist bei Facebook hochgeladen hat, und bei dem Sony Music Global eingestuft hat, die Rechte an der Auf-

---

1283 *Dreier,* Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission, GRUR 2019, S. 771, 777; *Hofmann,* Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – „Much Ado About Nothing"?, ZUM 2019, S. 617, 627.

1284 „Alle AfD-Wähler sollten: -ihren Wahlzettel fotografieren -ihn unterschreiben -Foto auf Insta posten -Wahlzettel danach aufessen", @tomhillenbrand vom 06.05.2019, s. dazu *Breithut,* Bei Wahlen versteht Twitter keinen Spaß, Spiegel Online vom 09.05.2019, https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/twitter-und-seine-account-sperren-bei-wahlwitzen-hoert-der-spass-auf-a-1266633.html.

1285 LG München I, Beschl. v. 17.06.2019, Az. 10 O 7388/19.

1286 *Dachwitz/Fanta,* Not Heidis Girl: Wie Youtube eine Kampagne gegen Sexismus ausbremste, Netzpolitik.org vom 06.03.2018, https://netzpolitik.org/2018/not-heidis-girl-wie-youtube-eine-kampagne-gegen-sexismus-ausbremste.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

führung zu besitzen.[1287] Oder die Blockade eines Videos mit 10-stündigem weißen Rauschen, dem gleich fünf Urheberrechtsverletzungen vorgeworfen wurden.[1288]

Um dem fälschlichen Blockieren hochgeladener Inhalte vorzubeugen, haben Diensteanbieter ein wirksames Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren einzurichten nach Art. 17 Abs. 9 und Erwägungsgrund 70 DSM-RL. Ähnlich wie beim NetzDG[1289] entscheiden über die Beschwerden die Diensteanbieter selbst.[1290] Sollte der Diensteanbieter der Beschwerde nicht stattgeben, muss der Nutzer den Rechtsweg bestreiten, um eine aus seiner Sicht rechtmäßige Nutzung wiederherzustellen.[1291] Damit wird ein Rollentausch vorgenommen: Klagen muss nun der Nutzer und die Klage ist nicht darauf gerichtet, eine Urheberrechtsverletzung abzuwehren (wie bisher vor der DSM-RL, wo der Rechteinhaber tätig werden muss), sondern darauf, eine Nichtverletzung festzustellen.[1292] Private Nutzer werden aber oft nicht einschätzen können, ob ein Vorgehen gegen die Maßnahme des Diensteanbieters erfolgversprechend ist.[1293] Außerdem ist die digitale Kommunikation derart von Schnelligkeit und Aktualität geprägt, dass allein der zeitliche Abstand durch das Freiklagen von beispielsweise politischen Parodien oder Karikaturen einen schwerwiegenden Eingriff in die Rechte der Nutzer darstellen kann, da der entscheidende Moment der Parodie oder Karikatur bereits vorbei sein kann.[1294]

1287 *Mrohs*, Uploadfilter: Eine Geschichte voller Fails, Netzpolitik.org vom 24.04.2019, https://netzpolitik.org/2019/uploadfilter-eine-geschichte-voller-fails/.

1288 *Ders.*, a.a.O., https://netzpolitik.org/2019/uploadfilter-eine-geschichte-voller-fails/, wo noch weitere Beispiele zu finden sind; *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, S. 153 Fn. 36 für Beispiele des Overblocking von Remix-Filmen.

1289 Gesetz zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken, Netzwerkdurchsetzungsgesetz vom 01.10.2017, BGBl. I S. 3352.

1290 Wie auch beim NetzDG bleibt der Vorwurf, dass komplizierte rechtliche Entscheidungen in die Hände von privaten Unternehmen gelegt werden, s. *Pravemann*, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, S. 783, 787.

1291 *Volkmann*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter: verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, S. 376, 382.

1292 *Becker*, Von der Freiheit, rechtswidrig handeln zu können. „Upload-Filter" und technische Rechtsdurchsetzung, ZUM 2019, S. 636, 641.

1293 *Kaesling*, Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, S. 586, 589.

1294 *Senftleben*, Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, S. 369, 373.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Grundrechtsverletzung durch Art. 17 DSM-RL

Da der Nutzer individuell gegenüber den Diensteanbietern seine Rechte durchsetzen muss, indem er die Einhaltung der Schrankenregelungen geltend machen muss, kann dies zu „chilling effects" gegenüber der Meinungsfreiheit führen.[1295] Art. 17 DSM-RL wird in der Literatur immer wieder dafür kritisiert, kein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Schutz von Urheberrechten (Art. 17 Abs. 2 GrCh), dem Recht auf unternehmerische Freiheit (Art. 16 GrCh), der Kunstfreiheit (Art. 13 GrCh) und der Meinungsfreiheit (Art. 11 GrCh) herzustellen.[1296] Ob die DSM-RL, insbesondere Art. 17, die Meinungsfreiheit unverhältnismäßig beeinträchtigt, lässt nun die polnische Regierung durch eine Klage vor dem EuGH klären.[1297]

II. Spielraum zur Umsetzung der DSM-RL

Die CDU äußerte, dass es „in der nationalen Umsetzung keine Uploadfilter geben" wird.[1298] Sie möchte stattdessen eine Bagatellgrenze einführen, sodass Uploads unterhalb einer zeitlichen Grenze lizenzfrei bleiben. Im Übrigen soll eine „Pauschallizenz" greifen, aufgrund der die individuelle Überprüfbarkeit durch Upload-Filter entbehrlich wird.[1299] Doch besteht dieser Spielraum den Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der DSM-RL?

Art. 17 Abs. 4 DSM-RL nennt die branchenübliche Sorgfalt und die beinhaltet derzeit Filtertechnologien.[1300] Ein Verbot von Upload-Filtern wür-

---

1295 *Spindler,* Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU (Teil 2), WRP 2019, S. 951, 958.

1296 *Maier*, Remixe auf Hosting-Plattformen, 2018, S. 175 ff.; *Kaesling,* Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, S. 586, 589; *Spindler,* Haftung ohne Ende?, MMR 2018, S. 48, 52.

1297 -, Polen zieht gegen EU-Richtlinie zum Urheberrecht vor EuGH, beck-aktuell vom 24.05.2019, https://rsw.beck.de/aktuell/meldung/polen-zieht-gegen-eu-richtline-zum-urheberrecht-vor-eugh, Datum des Zugriffs: 15.01.2020.

1298 *CDU,* Kompromiss zum Urheberrecht: Keine Uploadfilter!, 15.03.2019, https://www.cdu.de/artikel/kompromiss-zum-urheberrecht-keine-uploadfilter, Datum des Zugriffs: 15.01.2020.

1299 *CDU,* Kompromiss zum Urheberrecht: Keine Uploadfilter!, 15.03.2019, https://www.cdu.de/artikel/kompromiss-zum-urheberrecht-keine-uploadfilter, Datum des Zugriffs: 15.01.2020.

1300 *Kaesling,* Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, S. 586, 591.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

de die praktische Wirksamkeit (effet utile, Art. 4 Abs. 3 EUV) der Richtlinie einschränken, die gerade die Verwirklichung des Binnenmarkts und eine Vereinheitlichung der rechtlichen Regelung bezweckt.[1301] Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV ist Deutschland außerdem verpflichtet, die Richtlinie umzusetzen. Eine Pauschallizenz, wie von der CDU vorgeschlagen, wäre als neue Schranke zu qualifizieren. Der Schrankenkatalog der InfoSoc-RL ist jedoch abschließend und sieht eine solche Regelung gerade nicht vor.[1302] Der Vorschlag der CDU ist daher nicht mit der InfoSoc-RL und mit der DSM-RL vereinbar.[1303]

III. Vorschläge zur Umsetzung des Art. 17 DSM-RL in nationales Recht

Wenn sich Upload-Filter in der nationalen Umsetzung nicht verbieten lassen, soll nun geklärt werden, wie Art. 17 DSM-RL umgesetzt werden kann, um noch einen möglichst großen Freiraum für kommunikative Aneignungshandlungen zuzulassen.

Der Umsetzungsgesetzgeber könnte klarstellen, wie der Lizenzierungsprozess nach Art. 17 Abs. 1 DSM-RL abläuft und ab wann die Ausnahme des Abs. 4 lit. a DSM-RL greift. Man kann die Norm so verstehen, dass der Diensteanbieter bereits haftet, wenn der Nutzer urheberrechtlich geschütztes Material hochlädt und der Upload von der Plattform öffentlich zugänglich gemacht wird.[1304] Es könnte klargestellt werden, dass der Diensteinhaber das Hochladen dann zulassen darf, sobald er ernsthaft begonnen hat, sich um den Rechtserwerb zu bemühen und der Rechteinhaber bereits die entsprechende Referenzdatei zur Verfügung gestellt hat.[1305] Dafür, dass dies bereits für die Exkulpation des Art. 17 Abs. 4 lit. a DSM-RL ausreicht, spricht, dass es gem. Art. 17 Abs. 9 DSM-RL keine allgemeine Überwa-

1301 *Dies.*, a.a.O., S. 591.

1302 Vgl. zum abschließenden Schrankenkatalog der InfoSoc-RL bereits S. 301 f.

1303 *Spindler*, Die neue Urheberrechts-Richtlinie der EU (Teil 2), WRP 2019, S. 951, 958; *Volkmann*, Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter: verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, S. 376, 380; *Gerpott*, Artikel 17 der neuen EU-Urheberrechtsrichtlinie: Fluch oder Segen?, MMR 2019, S. 420, 423.

1304 *Pravemann*, Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, S. 783, 786.

1305 *Dreier*, Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission, GRUR 2019, S. 771, 776.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chungspflicht von Diensteinhabern geben soll.[1306] Das heißt die Überwachungspflicht des Diensteinhabers ist eine beschränkte, einzelfallbezogene hinsichtlich der von Rechteinhabern bereitgestellten Dateien.[1307]

Für die Erlaubniseinholung von Diensteanbietern sollte zudem eine erweitere kollektive Lizenzierung im Sinne des Art. 12 und Erwägungsgründe 44 ff. DSM-RL angewandt werden. Nach Art. 12 Abs. 1 lit. a DSM-RL kann die Geltung einer Lizenzvereinbarung mit den Verwertungsgesellschaften auch auf die Rechte von Rechteinhabern ausgeweitet werden, die der Verwertungsgesellschaft keine Rechte zur Wahrnehmung erteilt haben. Alternativ kann nach lit. b die Vermutung gelten, dass die Verwertungsgesellschaft die Rechteinhaber vertritt, die ihr bisher kein entsprechendes Mandat erteilt haben. Mit diesen Mechanismen können also Lizenzvereinbarung auch auf Außenstehende angewendet werden. Nach Art. 12 Abs. 2 DSM-RL darf dies dann Anwendung finden, wenn „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." Dies ist bei der Erlaubniseinholung im Sinne des Art. 17 Abs. 1 DSM-RL der Fall. Denn den Diensteanbietern ist es unmöglich, an jedem erdenklichen urheberrechtlich geschützten Inhalt individuelle Lizenzen zu erwerben auf den bloßen Verdacht einer eventuellen Nutzung hin.[1308] Problematisch sind auch die inhaltliche und territoriale Fragmentierung der Rechte bei Verwertungsgesellschaften.[1309] Die inhaltliche Fragmentierung zeigt sich insbesondere bei Filmwerken, bei denen regelmäßig mehrere Verwertungsgesellschaften für die verschiedenen schöpferischen Beiträge zuständig sind.[1310] Pan-europäische Lizenzen sind außerdem immer noch die Ausnahme.[1311] Es besteht daher ein großes praktisches Problem darin, flächendeckende Lizenzen für Nutzerhandlungen zu

---

1306 So auch zuvor der EuGH in EuGH GRUR 2012, S. 265 – *Scarlet/SABAM*; EuGH GRUR 2012, S. 382, 385 – *SABAM/Netlog.*

1307 *Pravemann,* Art. 17 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, GRUR 2019, S. 783, 786; *Wandtke/Hauck*, Art. 17 DSM-Richtlinie. Ein neues Haftungssystem im Urheberrecht, ZUM 2019, S. 627, 635.

1308 *Volkmann,* Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter: verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, S. 376, 378.

1309 *Dies.*, a.a.O., S. 379.

1310 *Senftleben,* Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, S. 369, 370.

1311 *Ders.*, a.a.O., S. 370.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

erwerben, da hohe Transaktionskosten durch die Zersplitterung entstehen.[1312] Mit einer erweiterten kollektiven Lizenzierung wird den Verwertungsgesellschaften auferlegt, Nutzungsverträge für alle Rechteinhaber einer Klasse von Werken auszuhandeln und abzuschließen, unabhängig davon, ob diese Rechteinhaber die Verwertungsgesellschaft zur Wahrnehmung ihrer Rechte ermächtigt haben.[1313] Dazu müssten jedoch alle Mitgliedstaaten vom Art. 12 DSM-RL für die Fälle des Art. 17 DSM-RL Gebrauch machen, denn nur dann können die Verwertungsgesellschaften die Rechte mit Hilfe von Gegenseitigkeitsverträgen im Ergebnis EU-weit wahrnehmen.[1314] Auch hilft die erweiterte kollektive Lizenzierung nicht mehr weiter, sobald einzelne Rechteinhaber von ihrem Opt-Out Gebrauch machen und ihre Werke von diesem Lizenzvergabesystem ausschließen gem. Art. 12 Abs. 3 lit. c DSM-RL.

Der nationale Gesetzgeber hat in der Umsetzung der DSM-RL zudem die Chance, die Ausnahme des Art. 17 Abs. 7 DSM-RL detailliert umzusetzen und ein weites Verständnis von Pastiche zu etablieren. Dies ist zwar ein autonomer Begriff des Unionsrechts, sodass er autonom vom Bundesrecht auszulegen ist. Wie oben bereits vorgeschlagen, kann man Pastiche so verstehen, dass künstlerische Umgestaltungen fremder Werke davon erfasst sind.[1315] Sollten also digitale Phänomene von der Kunstfreiheit des Art. 13 GrCh bzw. Art. 5 Abs. 3 GG geschützt sein, können sie als Pastiche auch urheberrechtlich erlaubt sein. Dies ist aber regelmäßig die Ausnahme, da kommunikative Aneignungen im Digitalen häufig nicht von der Kunstfreiheit geschützt sind.[1316] Eine weitergehende Regelung basierend auf einer Pastiche-Schranke, die partizipative, kreative Nutzungen ermöglicht, ist mit dem bisherigen Art. 5 InfoSoc-RL ausgeschlossen.[1317] Ohne eine weitere Schrankenregelung für kommunikative Aneignungen von Bildern, die ebenfalls im Rahmen des Art. 17 DSM-RL beachtet werden müss-

1312 *Kaesling,* Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, S. 586, 589.

1313 *Dies.*, a.a.O., S. 589.

1314 *Dreier,* Die Schlacht ist geschlagen – ein Überblick. Zum Ergebnis des Copyright Package der EU-Kommission, GRUR 2019, S. 771, 777.

1315 S. dazu bereits S. 285 ff., 288.

1316 Vgl. dazu S. 206 f.

1317 S. dazu S. 289.; a.A.: *Senftleben,* Filterverpflichtungen nach der Reform des europäischen Urheberrechts – Das Ende der freien Netzkultur?, ZUM 2019, S. 369, 374, der eine Nutzbarmachung des Pastiche-Begriffs für nutzergenerierte Kommunikation vorschlägt.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb

te, können Memes, GIFs und andere digtiale Phänomene nicht durch Filtertechnologien vor dem Blockieren und Löschen geschützt werden.

Zur Vorbeugung des Overblocking sollte überlegt werden, die Schadensersatzhaftung von Diensteanbietern für die Wiedergabe und öffentliche Zugänglichmachung von Werken auf grob fahrlässiges Verhalten zu beschränken, um sie von einer allgemeinen Gefährdungshaftung abzugrenzen.[1318] Auch sollten die Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren mit Blick auf die Bedeutung der dahinterstehenden Grundrechte ausgestaltet werden[1319] und deren Durchsetzbarkeit sichern.

Insgesamt zeigen sich nur wenige Mechanismen in der Umsetzung des Art. 17 DSM-RL, um noch einen Freiraum für kommunikative Aneignungshandlungen zu belassen. Deutlich ist, dass die DSM-RL nicht von dem Gedanken eines kommunikativen und partizipativen Internets getragen ist. Es besteht damit die Gefahr, dass sie die bereits bestehende Divergenz von Recht und Rechtswirklichkeit in Bezug auf kommunikative Aneignungshandlungen[1320] festigt und die Legitimationskrise des Urheberrechts verschärft. Auch hier wird das Bedürfnis nach einer neuen Schrankenregelung für kommunikative Aneignungshandlungen deutlich, die im Rahmen der DSM-RL beachtet werden müsste. Wenn solch kommunikative Aneignungshandlungen im nicht-kommerziellen Bereich einwilligungsfrei gestellt würden, könnte man Diensteanbieter auch verpflichten, diese Einwilligungsfreiheit in der Ausgestaltung ihrer Filtertechnologien zu beachten.

1318 *Volkmann,* Art. 17 Urh-RL und die Upload-Filter: verschärfte Störerhaftung oder das Ende der Freiheit im Internet?, CR 2019, S. 376, 384.

1319 *Kaesling,* Die EU-Urheberrechtnovelle – der Untergang des Internets?, JZ 2019, S. 586, 591.

1320 Genauer dazu S. 224 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748909576-278, am 12.10.2024, 09:15:28
Open Access – (cc) BY – https://www.nomos-elibrary.de/agb