

Katharina de la Durantaye

Modernes Urheberrecht? Entwicklungslinien im EU-Recht

Die DSM-Richtlinie hat zu umstrittenen Änderungen des europäischen Urheberrechts geführt. Bestehende Trends wurden verstärkt, Urteile des EuGH aufgegriffen, Forderungen unterschiedlicher Interessenvertreter Rechnung getragen. Eine grundlegende Neukonzeption des Urheberrechts bewirkt die Richtlinie aber nicht. Wichtige grundlegende Fragen sind nach wie vor zu wenig beleuchtet.

La directive «copyright» a entraîné des modifications controversées du droit d'auteur en Europe. Les tendances existantes ont été renforcées, des références ont été faites à certains arrêts de la CJUE, et les revendications de différents groupes d'intérêts ont été prises en compte. La directive n'entraîne cependant pas une conception fondamentalement nouvelle du droit d'auteur. En effet, d'importantes questions de fond restent insuffisamment examinées.

I. Einleitung

II. Vision v. Reaktion

1. Reaktion auf Rechtsprechungsentwicklungen
2. Reaktion auf politische Forderungen
3. Reaktion innerhalb hergebrachter Narrative

III. Markt v. Staat

1. Urhebervertragsrecht (Art. 18–22 DSM-Richtlinie)
2. Leistungsschutzrecht für Presseverleger (Art. 15 DSM-Richtlinie)
3. Registrierung

IV. Individuum v. Kollektiv

1. Senkung von Transaktionskosten
2. Stärkung von Verhandlungspositionen

I. Einleitung

Es lässt sich lange darüber diskutieren, was ein Urheberrecht modern macht – zeitgemäss, dem Stand der technischen, kulturellen, sozialen Entwicklungen entsprechend. Im Folgenden wird die Frage, ob das europäische Urheberrecht in diesem Sinne modern ist, nicht direkt beantwortet. Stattdessen werden Entwicklungslinien im EU-Recht aufgezeigt, die in der letzten grossen europäischen Richtlinie zum Urheberrecht, der Richtlinie über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (DSM-Richtlinie),¹ sichtbar werden.² Aus dem Titel der Richtlinie ergibt sich bereits, dass die Anpassung an den technischen Wandel eines ihrer Kernziele darstellt: Die Digitaltechnologie ist zentraler Bezugspunkt für das Richtlinienprojekt.

Gegenstand des Aufsatzes sind drei Themenkomplexe. Erstens wird untersucht, ob der Gesetzgeber mit der DSM-Richtlinie einer Vision Ausdruck verliehen und die Zukunft aktiv gestaltet und/oder inwiefern er mit der Richtlinie (pri-

mär) reagiert hat. Zweitens wird beleuchtet, wie sich die DSM-Richtlinie zum Verhältnis von Markt und Staat verhält und inwiefern sie in Marktmechanismen eingreift. Drittens wird analysiert, in welchen Bereichen die individuelle Rechtsdurchsetzung an Bedeutung verliert, weil der Gesetzgeber mit der DSM-Richtlinie für das Urheberrecht im Digitalen stärker auf kollektive Lösungen setzt. Es wird sich erweisen, dass die DSM-Richtlinie bestehende urheberrechtliche Entwicklungen aufgreift und teilweise weiter vorantreibt. In gewissem Umfang passt die DSM-Richtlinie das Urheberrecht damit an technische und soziale Veränderungen an. In diesem Sinne macht sie es moderner. Sie bietet aber auch Anlass für Kritik.

II. Vision v. Reaktion

Der ehemalige deutsche Bundeskanzler *Helmut Schmidt* hat prägnant formuliert: «Wer Visionen hat, sollte zum Arzt gehen.»³ In Deutschland wirkt dieser Satz bis heute fort; visionäre Gesetzgebung steht bei deutschen Politikern nach wie vor nicht hoch im Kurs. Auch auf EU-Ebene ist die Gesetzgebung – gerade im Urheberrecht – selten visionär, was auch an dem erheblichen Lobbydruck liegen mag. Die DSM-Richtlinie bildet keine Ausnahme. Der europäische Gesetzgeber hat mit der Richtlinie reagiert. Die Entscheidung für einen reaktiven Ansatz setzt der Modernisierung des Rechts von vornherein eine Grenze. Die DSM-Richtlinie enthält keine Konsolidierung des gesamten Acquis zum Urheberrecht. Sie bringt zwar die grössten Veränderungen seit der Richtlinie zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesell-

1 Richtlinie (EU) 2019/790.

2 Der Aufsatz basiert auf K. DE LA DURANTAYE/F. HOFMANN, *Regulierungsansätze, -defizite und -trends im Urheberrecht 2021*, ZUM 2021, 873 ff.

3 So die gängige Version des Zitats (angeblich über *Willy Brandts* Wahlprogramm im Bundestagswahlkampf 1980). Mit etwas anderer Wortwahl gegenüber *Giovanni di Lorenzo* bestätigt in ZEITmagazin, 4. März 2010.

KATHARINA DE LA DURANTAYE, Prof. Dr., LL.M. (Yale), Freie Universität Berlin.

schaft (InfoSoc-Richtlinie),⁴ überarbeitet diese aber nicht systematisch. Und sie ist schon gar keine umfassende Urheberrechtsverordnung. Der Gesetzgeber hat punktuelle Regelungen erlassen. Gewisse Grundfragen sind daher weiterhin ungeklärt, zum Beispiel jene nach der Rolle des Urheberrechts in der digitalen Welt.

1. Reaktion auf Rechtsprechungsentwicklungen

Das letzte grosse europäische Richtlinienprojekt vor der DSM-Richtlinie, die InfoSoc-Richtlinie, stammt von 2001. Über viele Jahre hinweg ist die Legislative nur punktuell tätig geworden. Der gesetzgeberische Prozess war jeweils langwierig; zudem hat der Gesetzgeber, wie bei der DSM-Richtlinie auch, vor allem auf konkrete Forderungen oder Probleme reagiert, die an ihn herangetragen wurden. Im Ergebnis enthielten die Richtlinien oftmals Lösungen für Probleme, die Jahre zuvor, bei Beginn der Arbeiten, in gewissen Branchen drängten. Das Vakuum, das dadurch entstanden ist, haben die Gerichte gefüllt. Die Gerichte und nicht der Gesetzgeber sind so zum Motor für die Modernisierung des Rechts geworden⁵ – allen voran der EuGH, etwa mit seinen Urteilen zu Linking und Framing,⁶ zur Anwendung des Erschöpfungsgrundsatzes auf digitale Werkexemplare⁷ oder zur Haftung von Piraterie-Plattformen.⁸

Mit der DSM-Richtlinie hat der Gesetzgeber auf gewisse Entscheidungen der Gerichte reagiert.⁹ Sie betreffen Bereiche, die politisch nicht furchtbar umstritten waren, weil sie wirtschaftlich nicht sonderlich interessant sind. Diese Regelungen sind ohne viel Aufsehen Gesetz geworden. So enthalten Art. 8–11 DSM-Richtlinie Regelungen für die Nutzung von Werken, die im Handel nicht verfügbar sind.¹⁰ Sie sind eine Reaktion auf ein Urteil, das der EuGH zur französischen Regelung für vergriffene Werke erlassen hat.¹¹ Das Urteil drohte, die Regelungen auszuhebeln, die in einzelnen Mitgliedstaaten für die Nutzung solcher Werke bestanden. Das hatte insbesondere Gedächtnisinstitutionen besorgt.

Überdies enthält die Richtlinie eine Reaktion auf ein Urteil des BGH,¹² in dem das Gericht geurteilt hatte, dass auch Fotografien von gemeinfreien Gemälden dem Lichtbildschutz unterfallen. Das hatte Teile der Netzcommunity, einschliesslich Player wie Wikipedia, empört. Art. 14 DSM-Richtlinie bestimmt nun: Vervielfältigungen von gemeinfreien Werken der bildenden Kunst sind nur dann urheberrechtlich oder durch verwandte Schutzrechte geschützt, wenn sie eine eigene geistige Schöpfung darstellen.¹³ Die Vervielfältigung muss Werkcharakter haben, um Schutz zu geniessen; eine schlichte Reproduktion reicht nicht.

2. Reaktion auf politische Forderungen

Mit Art. 8–11 sowie mit Art. 14 DSM-Richtlinie hat der Gesetzgeber zugleich auf Forderungen betroffener Gruppen reagiert. Damit befinden sich diese Normenkomplexe in guter Gesellschaft. Insgesamt stellt die Richtlinie nämlich vor allem eine Reaktion auf konkrete politische Forderungen dar, die zunächst einzelne Industrien formuliert haben. Die Re-

gelungen, die dadurch entstanden sind, waren zum Teil sehr kontrovers.

a) Leistungsschutzrecht für Presseverlage (Art. 15 DSM-Richtlinie)

Dies gilt beispielsweise für das Leistungsschutzrecht für Presseverlage. Der Druck von Presseverlegern hatte bereits zur Schaffung eines eigenen Ausschliesslichkeitsrechts in Deutschland und einer vergütungspflichtigen Beschränkung des Urheberrechts in Spanien geführt.¹⁴ In Deutschland geschah dies gegen lauten Widerstand der Urheberrechtswissenschaft.¹⁵ Der Schutzgegenstand des Leistungsschutzrechts des Presseverlegers lässt sich nicht klar von dem Schutzgegenstand des Urheberrechts des Journalisten trennen.¹⁶ Zudem kannalisieren Nachrichtenportale, etwa Google News, keine fremde Leistung, sondern führen Internetnutzer auf die Webseiten von Presseunternehmen, wo sie deren Klickzahlen vergrössern.¹⁷

Die Ergebnisse der Leistungsschutzrechte waren in beiden Ländern ernüchternd. Nachdem Google gedroht hatte, nicht mehr auf die Presse-Webseiten zu verlinken, erteilten die grossen Presseverlage dem Unternehmen eine Gratislizenz, um keine Nutzer zu verlieren. In Deutschland war zudem die erforderliche Benachrichtigung an die EU-Kommission unterblieben, weshalb der EuGH das Gesetz kas-

4 Richtlinie 2001/29/EG.

5 So auch K. DE LA DURANTAYE/M. GRÜNBERGER/C. HANDKE/M. HEINE/R. M. HILTY/R. JANAL/N. KLASS/S. ORY/K.-N. PEIFER/F. LAURIN/H. ZECH, Urheberrecht 2030 – Memorandum zur Zukunft des kreativen Ökosystems in Europa, GRUR 2020, 1176 These 1; F. HOFMANN, Update für das Urheberrecht. Einführung in das Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes, GRUR 2021, 895.

6 EuGH vom 9. März 2021, C-392/19, «VG Bild-Kunst/Stiftung Preussischer Kulturbesitz»; EuGH vom 8. September 2016, C-160/15, «GS Media»; EuGH vom 21. Oktober 2014, C-348/13, «BestWater»; EuGH vom 13. Februar 2014, C-466/12, «Svensson».

7 EuGH vom 19. Dezember 2019, C-263/18, «Tom Kabinet»; EuGH vom 3. Juli 2012, C-128/11, «UsedSoft».

8 EuGH vom 14. Juni 2017, C-610/15, «The Pirate Bay». Vgl. zum Markenrecht auch EuGH vom 12. Juli 2011, C-324/09 «L'Oréal/eBay».

9 So auch HOFMANN (Fn. 5), 895.

10 Dazu K. DE LA DURANTAYE/L. KUSCHEL, Vergriffene Werke grösser gedacht: Art. 8–11 DSM-Richtlinie, ZUM 2019, 694; K. DE LA DURANTAYE, Weit und kollektiv: Vergriffene Werke und kollektive Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung nach der DSM-Richtlinie, GRUR 2020, 7.

11 EuGH vom 16. November 2016, C-301/15, «Soulier & Doke».

12 BGH vom 20. Dezember 2018, I ZR 104/17, «Museumsfotos».

13 Dazu F. STANG, Art. 14 der neuen DSM-Richtlinie, ZUM 2019, 668.

14 §§ 87f–87h UrhG in der Fassung vom 1. August 2013; Art. 32.2 Ley de Propiedad Intelectual. Für einen überblickartigen Vergleich der beiden Regelungen J. STEIN, Das Leistungsschutzrecht für Presseerzeugnisse nach Umsetzung der DSM-Richtlinie unter Berücksichtigung der bisherigen Regelungen in Spanien und Deutschland, *informaciones I/2021*, 26 ff.

15 Vgl. nur M. STIEPER, in: G. Schrickler/U. Loewenheim, Urheberrecht, 6. Aufl., München 2020, Vorbemerkung vor UrhG 87ff. Rz. 7 mwN.

16 Dieses Problem bestand bei der spanischen Lösung nicht, weil danach das Urheberrecht beschränkt war, nicht aber ein eigener Schutzgegenstand entstand.

17 Statt vieler nur A. OHLY, Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt – Die Urheberrechtsnovelle 2021 im Überblick, ZUM 2021, 745, 751.

sierte.¹⁸ Trotzdem oder gerade wegen dieser Erfahrungen betrieben die Presseunternehmen ihre Kampagnen auf europäischer Ebene weiter.¹⁹

Art. 15 DSM-Richtlinie sieht nun ein europäisches Leistungsschutzrecht vor. Es gewährt Presseverlagen – mit gewissen Ausnahmen²⁰ – ab Veröffentlichung ihrer Pressezeugnisse Rechte für die Online-Nutzung gegenüber Diensten der Informationsgesellschaft.²¹ Die Schutzfrist beträgt zwei Jahre.²² Ob dieses Recht wirkungsvoller sein wird als die nationalen Vorgänger, ist nicht klar. Möglicherweise wird es zu schwierigen Abgrenzungsproblemen mit dem Recht des Urhebers führen.²³ Das Beispiel zeigt: Legislative Experimente auf Ebene der Mitgliedstaaten führen nicht unbedingt zu Lerneffekten auf Unionsebene.²⁴ Politischer Druck kann gerade dann die Oberhand gewinnen, wenn politische Entscheidungen nicht auf prinzipiellen Erwägungen beruhen.

b) Haftung von Diensteanbietern für das Teilen von Online-Inhalten (Art. 17 DSM-Richtlinie)

Ein anderes, mindestens ebenso prominentes Beispiel für eine Reaktion auf Forderungen einzelner Gruppen ist Art. 17 DSM-Richtlinie. Er ist der Haftung von Plattformen gewidmet, die der Öffentlichkeit Zugang verschaffen zu urheberrechtlich geschützten Werken oder sonstigen Schutzgegenständen, die ihre Nutzer hochgeladen haben. Bei diesem Artikel wird besonders deutlich, dass der Gesetzgeber punktuell und reaktiv gedacht hat. Die Intermediärhaftung wird mit Art. 17 DSM-Richtlinie nicht grundsätzlich angegangen.²⁵ Geregelt ist nur die Haftung von Upload-Plattformen, die Haftung anderer Intermediäre bleibt unberührt. Zum Beispiel gibt es keine Regelung für Plattformen wie The Pirate Bay.²⁶

Upload-Plattformen begehen nach Art. 17 DSM-Richtlinie eigene Handlungen der öffentlichen Wiedergabe bzw. der öffentlichen Zugänglichmachung.²⁷ Haben sie sich die entsprechenden Nutzungsrechte nicht einräumen lassen, haften sie also grundsätzlich täterschaftlich. Einer Haftung können sie sich aber erwehren, wenn sie Lizenzbemühungen unternommen haben und über Notice-and-Take-Down- sowie Notice-and-Stay-Down-Verfahren, einschliesslich der dafür erforderlichen, geeigneten Uploadfilter verfügen.²⁸ Art. 17 DSM-Richtlinie war politisch hoch umstritten. Der Widerstand von Internetnutzern – insbesondere gegen die Pflicht zum Einsatz von Uploadfiltern – war so gross, dass der europäische Gesetzgeber erneut reagiert und im Laufe des Verfahrens die Nutzerrechte in Art. 17 Abs. 7 DSM-Richtlinie gestärkt hat.²⁹ Die Norm ist damit doppelt und in unterschiedliche Richtungen reaktiv.

Zudem hat der europäische Gesetzgeber eine Norm geschaffen, die den Mitgliedstaaten viel Umsetzungsspielraum belässt.³⁰ Wie sehr das europäische Urheberrecht gesellschaftlich und technisch modern ist, hängt gerade bei Art. 17 DSM-Richtlinie auch davon ab, wie die nationalen Gesetzgeber die europäischen Vorgaben umsetzen. Dafür haben sich im Wesentlichen zwei Modelle herausgebildet. Das eine Modell ist das französische.³¹ Frankreich beschloss,

Art. 17 DSM-Richtlinie im Wesentlichen wortgetreu umzusetzen.³² Die Erwartung war, dass der EuGH die massgeblichen Eckpunkte in den kommenden Jahren ohnehin bestimmen würde. Den ersten Schritt ist der EuGH im April 2022 bereits gegangen.³³

Das andere Modell ist das deutsche.³⁴ Der deutsche Gesetzgeber entschied sich, für die Umsetzung ein eigenes Gesetz zu schaffen. Im Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (UrhDaG) hat er versucht, die Vorgaben der Richtlinie recht detailliert und kreativ so umzusetzen, dass ein Overblocking durch Uploadfilter verhindert wird. Dies war eine Reaktion auf die politische Stimmung in Deutschland. Dort war der Protest gegen die Verwendung von Uploadfiltern besonders stark. Er hatte die Bundesregierung bewogen, ihre Zustimmung zur Richtlinie mit einer Protokollerklärung zu verbinden, in der sie ihrem Bedauern Ausdruck verlieh, dass der Einsatz von Uploadfiltern erforderlich sein würde, und ankündigte, den Einsatz dieser Filter möglichst zu verhindern.³⁵

18 EuGH vom 12. September 2019, C-299/17, «VG Media/Google».

19 Vgl. auch den Versuch der Verlegerverbände, im Digital Markets Act (COM 2020/842/final) ein Must-Carry-Must-Pay zu installieren, also eine Verpflichtung von Suchmaschinen und andere Aggregatoren, Presseinhalte anzuzeigen und für diese Anzeigen zu zahlen.

20 Vom Recht nicht erfasst sind private sowie nicht kommerzielle Nutzungen sowie das Setzen von Hyperlinks und die Verwendung einzelner Wörter oder sehr kurzer Auszüge (Snippets), Art. 15 Abs. 1 Unterabs. 2–4 DSM-Richtlinie.

21 Art. 15 Abs. 1 Unterabs. 1 DSM-Richtlinie.

22 Art. 15 Abs. 4 DSM-Richtlinie.

23 So auch OHLY (Fn. 17), 751 f.

24 TH. ACKERMANN, Leistungsschutzrecht für Presseverleger: Eine Steuer auf Links oder Sicherung der Pressevielfalt?, ZUM 2019, 375, 383.

25 F. HOFMANN, Die Plattformverantwortlichkeit nach dem neuen europäischen Urheberrecht – «Much Ado About Nothing»? ZUM 2019, 617, 618.

26 Vgl. auch HOFMANN (Fn. 25), 618 f.

27 Art. 17 Abs. 1 DSM-Richtlinie.

28 Art. 17 Abs. 4 DSM-Richtlinie. Vgl. dazu die Leitlinien der EU-Kommission zu Art. 17 DSM-Richtlinie COM(2021) 288 final, 24 ff., abrufbar unter <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?qid=1625142238402&uri=CELEX%3A52021DC0288>> (alle Online-Fundstellen zuletzt abgerufen am 29. Juli 2022).

29 F. HOFMANN, Das neue Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz, NJW 2021, 1905 f.

30 Dazu M. HUSOVEC/J. QUINTAIS, How to License Art. 17? Exploring the Implementation Options for the New EU Rules on Content-Sharing Platforms under Copyright in the Digital Single Market Directive, GRUR Int. 2021, 325.

31 Diesem Modell haben sich auch Belgien, Bulgarien, Dänemark, Estland, Finnland, Irland, Italien, Kroatien, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Portugal, Rumänien, Schweden, Slowakei, Slowenien, Spanien, Tschechien, Ungarn und Zypern verschrieben. Dazu näher M. LEISTNER, Art. 17 der DSM-Richtlinie ist wirksam ... und die deutsche Umsetzung ein Modell für Europa, GRUR 2022, 803.

32 Ordonnance no 2021-580 du 12 mai 2021, 2, abrufbar unter <<https://www.dalloz-actualite.fr/sites/dalloz-actualite.fr/files/resources/2021/05/2021-580.pdf>>.

33 EuGH vom 26. April 2022, C-401/19, «Polen/Europäisches Parlament und Rat der Europäischen Union».

34 Dem deutschen Modell ist bislang, soweit ersichtlich, nur Österreich gefolgt. Vgl. auch LEISTNER (Fn. 31), 803.

35 Erklärung der Bundesrepublik Deutschland zur Richtlinie über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte im Digitalen Binnenmarkt; insbesondere zu Art. 17 der Richtlinie, abrufbar unter <https://www.bmj.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/041519_Protokollerklaerung_Richtlinie_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&mp3Bv=1>.

Um den technischen Gegebenheiten Rechnung zu tragen, insbesondere den beschränkten Möglichkeiten von Algorithmen, (illegale) Piraterie und (legale) Parodie auseinanderzuhalten,³⁶ sieht das UrhDaG ein detailliertes, mehrere Schritte beinhaltendes Verfahren vor.³⁷ Damit geht Deutschland das Risiko ein, dass das Gesetz an die Rechtsprechung des EuGH angepasst werden muss. Zugleich ist die Regelung, auch weil sie detaillierter ist, ausbalancierter und bietet grössere Rechtssicherheit als die französische. Damit entspricht sie den Vorgaben, die der EuGH in seinem ersten Urteil zu Art. 17 aufgestellt hat, stärker als die Regelung in Frankreich. Diese zwei unterschiedlichen Herangehensweisen, die höchstwahrscheinlich Anlass geben werden zu einigen Vorabentscheidungsverfahren, waren auch deswegen so möglich, weil der europäische Gesetzgeber, aufgrund seiner reaktiven Grundhaltung, die erforderliche Regelungstiefe hat vermissen lassen.

3. Reaktion innerhalb hergebrachter Narrative

Auch auf einer abstrakteren Ebene ist der europäische Gesetzgeber reaktiv tätig geworden. Er hat innerhalb hergebrachter Narrative operiert, die die Realität nicht angemessen widerspiegeln.³⁸ Während des Gesetzgebungsverfahrens wurde nicht grundsätzlich über die Rolle diskutiert, die dem Urheberrecht im Digitalen zukommt. Dabei ist fast alles, was über das Internet geteilt wird, urheberrechtlich geschützt. Zudem reguliert das Urheberrecht Teile der digitalen Infrastruktur. Damit spielt es eine zentrale Rolle für den demokratischen Diskurs.³⁹ Zugleich betrifft das Urheberrecht eminent wichtige wirtschaftliche Interessen. Daraus ergibt sich unweigerlich ein Spannungsverhältnis. Es war aber nicht dieses Spannungsverhältnis, das im Zentrum der politischen Debatte stand. Stattdessen wurde die Debatte dominiert von der Erzählung der Verwerter, die sich hinter mittellosen Künstlern versteckten und vorgaben, deren Interessen zu vertreten, und von jener der Plattformen, die ihre kreativen Nutzer vor sich hertrugen.⁴⁰ Hinzu kam, dass die Presse selbst Partei war, und zwar sowohl die alten als auch die neuen Medien. Es gab hinreichend Presseberichte in klassischen Printmedien, die Objektivität suggeriert, tatsächlich aber Werbung in eigener Sache gemacht haben, vor allem für das Leistungsschutzrecht für Presseverleger. Auch die Plattformen wussten ihre medialen Möglichkeiten zum eigenen Vorteil zu nutzen, also in Opposition zu Art. 15 und 17 DSM-Richtlinie. Die eine Seite beklagte einen Value Gap, der sich nur verringern lasse, wenn Internetplattformen zur Kasse gebeten würden; wir Europäer müssten unsere Kultur davor retten, von den Amerikanern und ihren schänden kommerziellen Interessen ausgebeutet zu werden. Die andere Seite prophezeite das bevorstehende Ende des freien Internet. Nicht selten wurde mit Emotionen statt mit sachlichen Argumenten verhandelt. Das hat der Sache nicht gut getan.

III. Markt v. Staat

Verwertungsrechte werden nicht gewährt, damit der Urheber andere von der Nutzung ausschliessen kann. Der Urheber erhält ein Ausschliesslichkeitsrecht, damit er jene, die Interesse an der Nutzung des Werkes haben, an den Verhandlungstisch zwingen kann, indem er ihnen androht, ansonsten seinen Unterlassungsanspruch geltend zu machen. Das Urheberrecht soll also Transaktionen – Marktlösungen – ermöglichen. Allerdings ist das Spiel der Kräfte in der Praxis oftmals nicht so frei, wie es in der Theorie erscheint. Gerade im Urheberrecht gibt es strukturelle Machtungleichgewichte. Der Gesetzgeber hat schon immer versucht, ihnen durch Regulierung entgegenzuwirken. Diese Tendenz setzt sich in der DSM-Richtlinie fort.

1. Urhebervertragsrecht (Art. 18–22 DSM-Richtlinie)

Das vielleicht offensichtlichste Beispiel sind die einseitig zwingenden Regelungen zum Urhebervertragsrecht. Das Urhebervertragsrecht ist seit jeher die Sollbruchstelle für das Narrativ, dass Urheber und Verwerter an einem Strang ziehen und gleichlaufende Interessen haben. Vor Inkrafttreten der DSM-Richtlinie war das Urhebervertragsrecht europarechtlich nicht vereinheitlicht. Die DSM-Richtlinie normiert nun einen Mindeststandard, den die Mitgliedstaaten einhalten müssen. Damit wird anerkannt, dass die Interessen der beiden Gruppen divergieren und dass die Urheber den Verwertern strukturell unterlegen sind – was es umso erstaunlicher macht, dass das hergebrachte Narrativ nach wie vor so wirkmächtig ist.

Ziel des europäischen Gesetzgebers war es, mittels strengerer Haftung für Plattformen und eines Leistungsschutzrechts für Presseverleger höhere Vergütungen für Rechteinhaber zu generieren und dann durch zwingende urhebervertragsrechtliche Vorgaben sicherzustellen, dass von diesen Vergütungen auch die Urheber profitieren.⁴¹ Die Richtlinie kombiniert dafür Regeln zur Rechtauswertung mit Regeln zur Verteilung.⁴² Die Richtlinie normiert den Grundsatz, dass Urheber angemessen und verhältnismässig zu vergütet sind (Art. 18 DSM-Richtlinie). Verwerter unterliegen Aus-

³⁶ So auch OHLY (Fn. 17), 753.

³⁷ Ein Schaubild über das Verfahren bei Uploads im Überblick findet sich im Anhang des FAQ, das das Bundesministerium der Justiz zum Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts herausgegeben hat. Es ist abrufbar unter https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RegE_Gesetz_Anpassung_Urheberrecht_digitaler_Binnenmarkt_FAQ.pdf?__blob=publicationFile&v=5.

³⁸ DAZU K. DE LA DURANTAYE, Back to Basics – European Copyright Law after the DSM-Directive, IIC 2022, 1, 2.

³⁹ DAZU DE LA DURANTAYE/GRÜNBERGER/HANDKE/HEINE/HILTY/JANAL/KLASS/ORV/PEIFER/LAURIN/ZECH (Fn. 5), These 2. Vgl. auch die Begründung des deutschen Gesetzgebers anlässlich der Umsetzung der Richtlinie, BT 19/27426, 59.

⁴⁰ HOFMANN (Fn. 25), 617; A. METZGER, Regulierung im Urheberrecht – Herausforderungen und Perspektiven, ZUM 2018, 233, 237.

⁴¹ K.-N. PEIFER, Die urhebervertragsrechtlichen Normen in der DSM-Richtlinie, ZUM 2019, 648, 649.

⁴² So auch PEIFER (Fn. 41), 649.

kunfts- und Rechenschaftspflichten (Art. 19 DSM-Richtlinie). Es gibt eine Bestseller-Klausel, also einen Anspruch auf Vertragsanpassung, wenn ein Werk unerwartet zu hohen Erlösen führt (Art. 20 DSM-Richtlinie). Die Richtlinie sieht einen Streitschlichtungsmechanismus (Art. 21 DSM-Richtlinie) und, bei ausschliesslichen Lizenzen, ein Recht auf Widerruf gegen einen Verwerter vor, der das Werk nicht verwertet (Art. 22 DSM-Richtlinie).

Im Zusammenspiel mit Art. 17 ermöglicht gerade Art. 18 DSM-Richtlinie den Mitgliedstaaten einen gewissen Spielraum für kreative Lösungen. So hat etwa der deutsche Gesetzgeber den Grundsatz, dass der Urheber angemessen zu vergütet ist, bei der Umsetzung der DSM-Richtlinie weitergeführt und die Interessen der Urheber dadurch gestärkt, dass er ihnen einen Direktvergütungsanspruch gegen Upload-Plattformen gewährt hat (§ 4 Abs. 3 UrhDaG): Hat der Urheber das Recht der öffentlichen Wiedergabe einem Dritten eingeräumt, muss ihm die Plattform trotzdem grundsätzlich eine angemessene Vergütung zahlen. Ausnahmen gelten, wenn der Dritte eine Verwertungsgesellschaft ist oder der Urheber einen Digitalvertrieb eingeschaltet hat.

2. Leistungsschutzrecht für Presseverlage (Art. 15 DSM-Richtlinie)

Auch das Leistungsschutzrecht für Presseverlage ist ein Beispiel dafür, wie der Staat Marktlösungen zurückdrängt. Damit bewirkt er in diesem Fall den Schutz überkommener Geschäftsmodelle. Indem er das Leistungsschutzrecht geschaffen hat, hat der Gesetzgeber den Druck von den Presseverlagen genommen, auf Basis ihrer *urheberrechtlichen* Befugnisse an den Pressebeiträgen neue Geschäftsmodelle für digitale Nutzungen zu entwickeln.

3. Registrierung

Bei der Registrierung baut die DSM-Richtlinie die bereits zuvor existente Arbeitsteilung zwischen Staat und Privaten weiter aus. Formal ist das Urheberrecht kein Registerrecht.⁴³ Es setzt aber starke Anreize, Werke zu registrieren. Viele Vergütungsansprüche sind verwertungsgesellschaftspflichtig. Wer ein Werk mit wirtschaftlichem Wert vollumfänglich auswerten möchte, wird es daher bei einer Verwertungsgesellschaft registrieren. Die DSM-Richtlinie stärkt die Register von Verwertungsgesellschaften, indem sie diesen zusätzliche Befugnisse einräumt. Verwertungsgesellschaften dürfen nun erweiterte kollektive Lizenzen erteilen (Art. 8, 12 DSM-Richtlinie), also Lizenzen, die auch Nutzungsrechte an Werken von Personen erfassen, die keinen Wahrnehmungsvertrag mit der Verwertungsgesellschaft abgeschlossen haben. Neben den Verwertungsgesellschaften haben sich in digitalen Verwertungskontexten neue Registerstellen entwickelt. Dort führen in zentralen wirtschaftlichen Bereichen die Plattformbetreiber die Register, etwa YouTube ihr Content ID. Für gewisse Werkarten sind nahezu alle Werke aufgeführt, die wirtschaftlich wertvoll sind. Art. 17 DSM-Richtlinie wird diesen Trend weiter verstärken. Wer von Upload-Plattformen für

Nutzungen im Sinne des Art. 17 DSM-Richtlinie vergütet werden möchte, muss seine Werke dort führen lassen.⁴⁴

Zudem hat der Staat in den letzten Jahren eigene Registerstellen aufgesetzt, die ebenfalls insbesondere für digitale Verwertungen gedacht sind. Sie betreffen Werke, die über keinen oder nur geringen wirtschaftlichen Wert verfügen, aber kulturell oder wissenschaftlich wertvoll sein können. Diese staatlichen Register unterscheiden sich von sonstigen immaterialgüterrechtlichen Registern insofern, als dort nicht Rechtsinhaber ihre Werke registrieren, sondern Nutzer kenntlich machen, dass sie gewisse Werke nutzen (wollen). Auf EU-Ebene gibt es bereits seit einigen Jahren ein Register für verwaiste Werke, also für Werke, deren Rechtsinhaber unbekannt sind oder trotz sorgfältiger Suche nicht gefunden werden können.⁴⁵ Art. 10 DSM-Richtlinie sieht nun die Schaffung eines EU-weiten Registers für nicht verfügbare Werke vor. Nutzer, die Werke nutzen wollen, die im Handel nicht verfügbar sind, bzw. Verwertungsgesellschaften, die aufgrund von erweiterten kollektiven Lizenzen Rechte an solchen Werken eingeräumt haben, vermerken das in diesem beim EUIPO geführten Register.⁴⁶

Im Ergebnis werden damit auf absehbare Zeit nahezu alle urheberrechtlich geschützten Werke registriert sein. Was wirtschaftlich wertvoll ist, wird sich bei Privaten finden. Was keinen wirtschaftlichen Wert hat, wird staatlich registriert sein. Diese Aufteilung mag Sinn ergeben. Anders als bei anderen Immaterialgüterrechten⁴⁷ wurden die Register für Werke, die über wirtschaftlichen Wert verfügen, schon immer nicht staatlich, sondern privat geführt. Die Verwertungsgesellschaften als traditionelle urheberrechtliche Registerstellen unterliegen aber jedenfalls staatlicher Aufsicht.⁴⁸ Bei den Plattformbetreibern ist dies anders. Diese Entwicklung hat sich geräuschlos vollzogen. Nicht erörtert wurde etwa, ob sie gesellschaftlich wünschenswert ist, ob die Register öffentlich zugänglich sein sollten oder ob das Registrierungsverbot noch Sinn ergibt.

IV. Individuum v. Kollektiv

Die Grundkonzeption des Urheberrechts basiert auf der Annahme, dass Einzelpersonen Werke schaffen und diese dann individuell lizenzieren. Die Praxis sieht anders aus. Werke werden oft kollektiv, kollaborativ geschaffen, und oft nicht

43 Art. 5 Abs. 2 RBÜ.

44 Dazu auch M. SENFLEBEN, Art. 17 der DSM-RL und neue Impulse für die Verbesserung der urheberrechtlichen Dateninfrastruktur in Europa, GRUR 2022, 221.

45 Vgl. Art. 2 und Art. 3 Abs. 6 Richtlinie 2012/28/EU über bestimmte zulässige Formen der Nutzung verwaister Werke. Das Register ist abrufbar unter <https://euipo.europa.eu/orphanworks/>.

46 Das Register ist abrufbar unter <https://euipo.europa.eu/out-of-commerce/>.

47 Zur Systematik der Registrierung von Immaterialgüterrechten grundlegend B. LÜCK, Recht im Register – Register im Recht, 2022, abrufbar unter <https://irdt.uni-trier.de/recht-im-register-register-im-recht-benjamin-lueck/>.

48 In Deutschland übt die Aufsicht das Patent- und Markenamt aus, vgl. § 75 VGG.

individuell lizenziert, weil die Kosten dafür prohibitiv hoch sind.

An dem Bild des individuell schaffenden, einzelnen Urhebers rüttelt die Richtlinie nicht prinzipiell. Sie lässt es im Grunde unangetastet. Dies mag auch etwas mit den Narrativen zu tun haben, die die politischen Debatten bestimmt haben.⁴⁹ Eine Modifikation erfährt das Bild allenfalls durch die bereits genannten Nutzerrechte, die Art. 17 Abs. 7 DSM-Richtlinie für User Generated Content normiert. Dadurch wird jedenfalls anerkannt, dass kreative Prozesse Interaktion beinhalten – den Aufbau auf den Gedanken anderer und die kreative Auseinandersetzung mit Werken, die andere geschaffen haben. In viel grösserem Umfang erkennt die DSM-Richtlinie zudem an, dass Werke häufig nicht individuell lizenziert werden.

1. Senkung von Transaktionskosten

Die DSM-Richtlinie stärkt die kollektive Rechtswahrnehmung zur Senkung von Transaktionskosten. Vergütungsansprüche werden schon lange kollektiv wahrgenommen. Wie bereits erwähnt, dürfen Verwertungsgesellschaften nunmehr sowohl für Werke, die im Handel nicht erhältlich sind (Art. 8 DSM-Richtlinie), als auch für Werke, die gehandelt werden (Art. 12 DSM-Richtlinie), erweiterte kollektive Lizenzen erteilen. Die erweiterten kollektiven Lizenzen für kommerziell ausgewertete Werke sind auch als Baustein gedacht für die Lizenzierungspraxis von Upload-Plattformen gemäss Art. 17 DSM-RL.⁵⁰

2. Stärkung von Verhandlungspositionen

Kollektivierung bezweckt aber nicht immer bzw. nicht nur die Senkung von Transaktionskosten. Wer im Kollektiv handelt, ist auch mächtiger. Ein Aspekt von Kollektivierung ist also auch die Stärkung von Verhandlungspositionen. Der Gesetzgeber setzt mit der DSM-Richtlinie zusätzliche Anreize für Urheber, sich zusammenzuschliessen, Vereinigungen zu gründen oder solchen Vereinigungen beizutreten.

Wenn Streit herrscht zwischen Urhebern bzw. ausübenden Künstlern und Verwertern über Transparenzpflichten, also über Auskunfts- und Rechenschaftspflichten der Verwerter, dann dürfen sich die Urheber und ausübenden Künstler durch Vereinigungen vertreten lassen (Art. 21 DSM-Richtlinie). Es gibt also Verbandsklagemöglichkeiten. Ausserdem setzt die Richtlinie Anreize für Tarifverträge, indem sie bestimmt, dass dann, wenn Arbeitnehmer-Urheber mit ihren Arbeitgebern einen Tarifvertrag abgeschlossen haben, die Transparenzanforderungen gelten sollen, die dieser Vertrag normiert (Art. 19 Abs. 5 DSM-Richtlinie). Für kollektive Vergütungsregeln ausserhalb arbeitsrechtlicher Beziehungen gilt das Gleiche.⁵¹

Derartige kollektive Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung lassen sich auch nutzen, um die unterschiedlichen Interessen auszubalancieren, die bei der Haftung von Upload-Plattformen betroffen sind. So hat etwa der deutsche Gesetzgeber bestimmt, dass Verbraucherverbände klagen dürfen, wenn eine Plattform wiederholt unberechtigt Inhalte blockiert (§ 18 Abs. 6 UrhDaG). Sie sollen im Interesse aller sicherstellen, dass der Algorithmus der Plattform nicht an Fehlern leidet, die zu einem systematischen Overblocking führen.

⁴⁹ Siehe oben II.3.

⁵⁰ Dazu N. RAUER/A. BIBI, Extended Collective Licensing in the DSM Directive – An Opportunity to Make Art. 17 DSM Directive Work?, GRUR Int. 2022, 13.

⁵¹ Dazu K.-N. PEIFER, Anpassungsbedarf durch die neue Urheberrechtsrichtlinie. Das neue Urhebervertragsrecht und die Verlegerbeteiligung, GRUR 2020, 14, 18.

Zusammenfassung

Was bringt die DSM-Richtlinie? Inwiefern macht sie das europäische Urheberrecht womöglich sogar modern(er)? Erstens führt die DSM-Richtlinie zu einer Senkung von Transaktionskosten durch Kollektivierung. Der europäische Gesetzgeber erkennt an, dass die Pflicht, individuelle Lizenzen einzuholen, dazu führt, dass viele Werke nicht lizenziert und somit nur in begrenztem Umfang genutzt werden. Damit einher geht eine gewisse Prozeduralisierung des Urheberrechts.⁵² Rechtsinhaber werden verpflichtet, sich zu melden, falls sie gewisse Nutzungen *nicht* wünschen. Wenn sie dies den Verwertungsgesellschaften nicht aktiv mitteilen, können ihre Werke unabhängig von ihrem Willen lizenziert werden.

Die Richtlinie bringt zweitens eine Anerkennung struktureller Ungleichgewichte. Sie tut dies in mehrfacher Hinsicht. Zunächst sieht die Richtlinie Vorschriften zum Schutz von Urhebern vor, die Verwertungsverträge abschliessen. Ausserdem führt Art. 17 DSM-Richtlinie dazu, dass Verhandlungen über Content, den Nutzer auf Plattformen teilen, zwischen den Plattformbetreibern und den Rechtsinhabern stattfinden. Die Nutzer als schwächstes Glied sind nicht Teil dieser Verhandlungen. Wenn das System funktioniert, dann sollen sie kreative Nutzungen online vornehmen können, ohne allzu viel mitzubekommen von dem Haftungssystem, das die Richtlinie etabliert. Die Presseverleger schliesslich würden behaupten, dass auch die Schaffung eines Leistungsschutzrechts zu ihren Gunsten ein Anerkenntnis ist, dass sie den grossen Plattformen strukturell unterlegen sind.

Drittens hat die Richtlinie die Klarstellung gebracht, dass Ausschliesslichkeits- und Zugangsrechte gleichrangig sind. Das zeigt sich nicht zuletzt in den Nutzerrechten, die in Art. 17 Abs. 7 DSM-Richtlinie normiert wurden und die die Mitgliedstaaten zwingend vorsehen müssen. Dass diese Gleichrangigkeit nun nicht mehr in Frage steht, ist in einer Zeit, in der das Urheberrecht den öffentlichen, auch den demokratischen Diskurs strukturiert, elementar.

Was bleibt zu tun? Die grundlegenden Fragen des Urheberrechts sind im Gesetzgebungsverfahren nicht einmal behandelt worden, etwa jene nach der Rolle des Urheberrechts in der digitalen Welt. Die rechtspolitisch dominanten und wirkmächtigen Narrative bilden die Rechtswirklichkeit nur unzureichend ab. Sie sollten ersetzt werden durch eine andere Leiterzählung, die der wirtschaftlichen und sozialen Realität gerecht wird. Ob das Urheberrecht stärker prozeduralisiert werden sollte, um zu einem angemessenen Interessenausgleich zu kommen, bedarf ebenso der Klärung wie eine ehrliche und offene Auseinandersetzung mit dem Formalitätenverbot. Hinzu kommen viele konkretere Fragestellungen, etwa jene danach, wie sich die Freiheit des Werkgenusses im Digitalen sicherstellen oder wie sich die Schranken flexibilisieren lassen. Es gibt nach wie vor viel zu tun.

Résumé

Qu'apporte la directive «copyright»? Dans quelle mesure modernise-t-elle le droit d'auteur en Europe? Premièrement, la directive entraîne une réduction des coûts de transaction grâce à l'octroi de licences collectives. Le législateur européen reconnaît que l'obligation d'obtenir des licences sur une base individuelle entraîne une réduction du nombre d'œuvres au bénéfice d'une licence, et donc un moindre utilisation des œuvres. Il en découle une certaine procéduralisation du droit d'auteur⁵³. Les titulaires de droits ont l'obligation de se manifester s'ils ne souhaitent *pas* que leur œuvre fasse l'objet de certaines utilisations. S'ils ne le communiquent pas activement aux organismes de gestion collective, leurs œuvres peuvent faire l'objet d'une licence indépendamment de leur volonté.

Deuxièmement, la directive prend acte des déséquilibres structurels – et ce à plusieurs égards. Tout d'abord, la directive prévoit des dispositions de protection des auteurs lors de la conclusion de contrats d'exploitation. En outre, l'art. 17 de la directive conduit à ce que les négociations portant sur le contenu partagé par les utilisateurs sur les plateformes aient lieu entre les opérateurs de plateformes et les titulaires de droits. Les utilisateurs, en tant que maillon faible, ne sont pas inclus dans ces négociations. Si le système fonctionne, ceux-ci doivent pouvoir utiliser les œuvres de manière créative en ligne, sans vraiment être concernés par le système de responsabilité établi par la directive. Enfin, les éditeurs de presse affirmeraient que la création même d'un droit voisin en leur faveur reviendrait à reconnaître leur position d'infériorité au niveau structurel par rapport aux grandes plateformes.

Troisièmement, la directive clarifie le fait que les droits d'exclusivité et les droits d'accès sont d'égale importance. Cette égalité se manifeste notamment dans les droits des utilisateurs, qui sont énoncés à l'art. 17 par. 7 de la directive, et que les États membres doivent impérativement prévoir. Le fait que cette égalité ne soit plus remise en question est élémentaire à une époque où le droit d'auteur structure le discours public, y compris le discours démocratique.

Que reste-t-il à faire? Les questions fondamentales du droit d'auteur n'ont même pas été abordées dans la procédure législative, comme par exemple celle du rôle du droit d'auteur dans le monde numérique. Les interprétations qui dominent et sont efficaces en matière de politique juridique ne reflètent pas suffisamment la réalité juridique: elles devraient être remplacées par une autre perspective qui tienne compte de la réalité économique et sociale. La question de savoir si le droit d'auteur devrait être davantage procéduralisé afin de parvenir à un équilibre approprié des intérêts mérite également d'être étudiée, de même qu'il conviendrait de mener une discussion honnête et ouverte sur l'interdiction des formalités. À cela s'ajoutent de nombreuses questions plus concrètes, comme celle de savoir comment la liberté d'utilisation des œuvres dans le monde digital peut être garantie et les limitations assouplies. Il reste encore beaucoup à faire.

52 Dazu ausführlicher DE LA DURANTAYE/HOFMANN (Fn. 2), 875 f.

53 Pour plus de détails, voir DE LA DURANTAYE/HOFMANN (n. 2), 875 s.