

Bundesministerium für Justiz und Verbraucherschutz

Referat-III B 3

Herrn Ministerialrat Matthias Schmid

Mohrenstr. 37

10117 Berlin

Per Email an: referat-IIIB3@bmjv.bund.de

Stellungnahme

zu den Vorschlägen der Kommission zur Reform des europäischen Urheberrechts vom 14. September 2016

Sehr geehrter Herr Schmid,

wir bedanken uns für die Übersendung des Schreibens vom 20. September 2016 und nehmen die Gelegenheit wahr, zu den Vorschlägen der Kommission zur Reform des europäischen Urheberrechts vom 14. September 2016 Stellung zu nehmen. Wir bitten Sie, unsere Anmerkungen und Ergänzungen bei Ihrer Positionierung zu den Vorschlägen der Kommission zu berücksichtigen. Für Rückfragen stehen wir gerne zur Verfügung.

1. Allgemeine Anmerkungen zum zweiten Urheberrechtspaket der Europäischen Kommission

Aus Sicht der GEMA sind die Vorschläge der Kommission grundsätzlich gelungen. In dem ebenfalls am 14. September veröffentlichten *Impact Assessment on the modernisation of EU copyright rules* (IA) werden die Probleme, die derzeit im digitalen Binnenmarkt den dringendsten Handlungsbedarf verursachen, in zutreffender Weise aufgezeigt und entsprechende Ziele für eine Reform des europäischen Urheberrechts definiert. Insbesondere soll der Zugang zu kreativen Inhalten im Bereich grenzüberschreitender Nutzungen durch eine vereinfachte Rechtklärung in Europa verbessert werden und Betreiber von Online-

Plattformen, die geschützte Werke verfügbar machen, stärker in die Verantwortung genommen werden. Die GEMA begrüßt diese Zielsetzung der Kommission, da sie das Bemühen um einen fairen Ausgleich der Interessen von Rechteinhabern, Nutzern und Konsumenten erkennen lässt. Damit diese Intentionen jedoch in der Praxis erfolgreich umgesetzt werden können, bedarf es aus Sicht der Rechteinhaber im Detail noch einiger Anpassungen, die im Folgenden erläutert werden.

Insgesamt zeigt sich in den letzten Jahren, dass die EU durch zahlreiche Initiativen im Bereich des geistigen Eigentums immer neue, sich zum Teil überlagernde Rechtsakte schafft. Statt dieser kleinteiligen Regelung von Einzelproblemen wäre mit Blick auf die Gesamtsystematik und Nachvollziehbarkeit des europäischen Rechtsrahmens in vielen Fällen eine Anpassung der bestehenden Vorschriften vorzugswürdig.

Das **unklare Verhältnis zu den bisherigen Richtlinien** wird auch in Art. 1 des Entwurfs der Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (RL-E) deutlich. Obwohl die Intention der EU-Kommission an vielen Stellen offensichtlich auf eine Ergänzung oder Neuinterpretation bestehender Rechtsakte abzielt, könnte die Formulierung „*shall in no way affect*“ so verstanden werden, dass jegliche Auswirkung auf die in der InfoSoc-Richtlinie geregelten Rechte ausgeschlossen werden soll. Es sollte daher klargestellt werden, dass zwar keine direkte Novellierung der Regelungen in den bisherigen Richtlinien beabsichtigt ist, die Bestimmungen der InfoSoc-Richtlinie in Zukunft aber im Lichte der neuen Richtlinie gesehen werden müssen.

Änderungsvorschlag

Article 1

Subject matter and scope

1. ...

2. *Except in the cases referred to in Article 6, this Directive shall leave intact and shall in no way ~~affect~~ **amend** existing rules laid down in the Directives currently in force in this area, in particular Directives 96/9/EC, 2001/29/EC, 2006/115/EC, 2009/24/EC, 2012/28/EU and 2014/26/EU.*

2. Welche Themen, die in den Vorschlägen nicht enthalten sind, hätte die Europäische Kommission auf EU-Ebene aus Ihrer Sicht darüber hinaus adressieren sollen?

Aus Sicht der GEMA ist es nachvollziehbar, dass sich die Kommission bei ihren Vorschlägen auf die akuten Probleme im digitalen Binnenmarkt konzentriert, auch wenn es systematisch vorzugswürdig wäre, grundsätzliche Fragen wie z.B. das Thema der urheberrechtlichen Verantwortlichkeit im Internet, ganzheitlich zu adressieren.

Ein weiteres Thema, bei dem wir dringenden Handlungsbedarf sehen, ist die derzeitige Unsicherheit hinsichtlich der **Reichweite des Begriffs der Öffentlichkeit**. Hier hat eine Reihe widersprüchlicher Urteile des EuGH die Frage aufgeworfen, ob das Verständnis der Öffentlichkeitsbegriffs in der InfoSoc-Richtlinie noch mit den internationalen Abkommen und den WIPO Guidelines in Einklang zu bringen ist, die auf eine Mehrzahl von Personen außerhalb

des Kreises der Familienangehörigen und engster Bekannter abstellen. Der europäische Gesetzgeber sollte die Gelegenheit ergreifen, Klarheit zu schaffen, da der Begriff zentrale Bedeutung im europäischen Urheberrecht hat und von ihm eine Vielzahl weiterer wichtiger Fragen zur Nutzung geschützter Werke im analogen und digitalen Umfeld abhängen.

3. Zum Vertrag von Marrakesch (Dokumente COM(2016) 596 final und COM(2016) 595 final)

Die Verbesserung der Zugänglichkeit kreativer Inhalte für seh- und lesebehinderte Menschen ist ein wichtiges Anliegen, das wir ausdrücklich unterstützen.

Allgemeine Anmerkungen zu Schrankenregelungen: siehe sogleich zu Nr. 4 a).

4. Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (Dokument COM(2016) 593 final)

a) Schrankenregelungen

aa) Allgemeine Anmerkungen zu den Schrankenregelungen

Grundsätzlich sind die neuen Schrankenregelungen im Richtlinienentwurf zu begrüßen, da sie der europaweit einheitlichen Umsetzung wichtiger Anliegen dienen. Teilweise stellen die vorgeschlagenen Bestimmungen jedoch einen größeren Eingriff dar, als zur Erreichung des Ziels erforderlich wäre. Es sollte darauf hingewirkt werden, dass die Grundsätze des Art. 5 (5) InfoSoc-RL auch hier Beachtung finden: Beschränkungen dürfen nur in Sonderfällen vorgesehen werden, in denen die normale Verwertung der betroffenen Werke nicht beeinträchtigt wird und die Interessen der Rechteinhaber nicht ungebührlich verletzt werden.

Daher muss es auch bei dem Grundsatz bleiben, dass den Urhebern und sonstigen Berechtigten eine „**angemessene Vergütung**“ für die Nutzung ihrer Werke zusteht. Die Entscheidung, ob in einer Schrankenregelung eine Verpflichtung zur angemessenen Vergütung bestimmt wird, sollte den Mitgliedstaaten im Einzelfall überlassen bleiben, so wie es beispielsweise Art. 4 (5) des Marrakesh Treaty von 2013 vorsieht. Es ist bedauerlich, dass dies in den aktuellen Vorschlägen bisher lediglich in Art. 4 (4) RL-E vorgesehen ist. Wenn sich für eine konkrete Art der Verwertung bereits ein Markt oder eine Industrie gebildet hat, liegt auch ein tatsächlicher Schaden der Rechteinhaber vor. Jedenfalls in Bereichen mit kommerziellen Strukturen darf es daher keine vergütungsfreien Schranken geben.

Darüber hinaus ist es im Allgemeinen abzulehnen, dass Probleme bei der Lizenzierung von Online-Nutzungen durch eine **Ursprungsland-Fiktion** gelöst werden. Die Territorialität ist nicht die wahre Ursache der häufig angeführten Probleme bei der Lizenzierung. Dieser Ansatz führt stattdessen zu einer stärkeren Repertoirefragmentierung und konterkariert den bereits begonnenen Ausbau von One-Stop-Lösungen. Insbesondere ist zu befürchten, dass die in Titel III der VG-RL vorgesehene multiterritoriale Lizenzierung von Onlinerechten im Musikbereich ausgehöhlt wird.

bb) Veranschaulichung im Unterricht durch die digitale Nutzung von Werken

Der Vorschlag einer Schrankenregelung für die digitale Nutzung geschützter Werke in Unterricht und Lehre verfolgt ein sinnvolles Anliegen. Die Regelung in Art. 4 der neuen Richtlinie zum Urheberrecht greift aber weiter als nötig.

Art. 4 (2) RL-E gibt den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, die Nutzung bestimmter Werke oder Schutzgegenstände von der Schrankenregelung auszunehmen, wenn ein funktionierender Lizenzmarkt besteht. **Die Nutzung von Musikwerken sollte allerdings von vornherein vom Anwendungsbereich der Vorschrift ausgeschlossen werden.** Die Schwierigkeiten bei der Rechtklärung, deren Beseitigung die Schrankenregelung dienen soll, bestehen nicht hier, sondern nur in anderen Bereichen (insb. Film, Bilder). Die urheberrechtliche Lizenzierung von Musikwerken über das funktionierende System kollektiver Rechtewahrnehmung ist in ganz Europa sehr einfach. Dieses System wurde gerade erst durch die Verwertungsgesellschaften-RL bestätigt und verfestigt. Insbesondere das neu eingeführte System von Lizenzierungsplattformen für die Vergabe multiterritorialer Onlinerechte an Musikwerken darf nicht durch die Schaffung entbehrlicher Schranken in Frage gestellt werden.

Schließlich sollte nochmals darauf hingewiesen werden, dass sich in Deutschland der gesetzliche Vergütungsanspruch nach § 52a Abs. 4 UrhG, der nur von einer Verwertungsgesellschaft geltend gemacht werden kann, seit 2003 bewährt hat. **Es ist kein Grund ersichtlich, warum die Einführung eines solchen Ausgleichsanspruchs nicht in allen Ländern der EU einheitlich eingeführt werden sollte.**

Änderungsvorschlag

Article 4

Use of works and other subject-matter in digital and cross-border teaching activities

1. (...)

2. Member States ***shall provide that the exception adopted pursuant to paragraph 1 does not apply to musical works. They*** may provide that the exception adopted pursuant to paragraph 1 does not apply generally or as regards specific ***other*** types of works or other subject-matter, to the extent that adequate licences authorising the acts described in paragraph 1 are easily available in the market.

As regards works or other subject matter for which the exception of the first subparagraph applies Member States ~~*availing themselves of the provision of the first subparagraph*~~ shall take the necessary measures to ensure appropriate availability and visibility of the licences authorising the acts described in paragraph 1 for educational establishments.

3. (...)

4. Member States ~~*may*~~ ***shall*** provide for fair compensation for the harm incurred by the rightholders due to the use of their works or other subject-matter pursuant to paragraph 1.

b) Vergriffene Werke

Es ist sinnvoll, dass der in Deutschland bereits etablierte Mechanismus (§ 51 VGG) europaweit einheitlich eingeführt werden soll. Die Regelung des Art. 7 (4) RL-E erscheint auf den ersten Blick jedoch missverständlich. Die Regelung soll bewirken, dass die Lizenzierung bei audiovisuellen Werken im Sitzland des jeweiligen Produzenten, im Bereich der Tonaufnahmen und sonstiger Werke dagegen in dem Mitgliedstaat stattfinden, wo sie zuerst veröffentlicht bzw. gesendet wurden. Ziel ist es, für jeden Fall eine **eindeutige Zuständigkeit** festzulegen. Dies könnte in der – etwas unklar formulierten – Vorschrift noch deutlicher zum Ausdruck kommen.

Änderungsvorschlag

Article 7

Use of out-of-commerce works by cultural heritage institutions

(...)

4. Member States shall ensure that the licences referred to in paragraph 1 are sought from a collective management organisation that is representative for the Member State where:

(a) the works or phonograms were first published or, in the absence of publication, where they were first broadcast, except for cinematographic and audiovisual works;

(b) **in case of cinematographic and audiovisual works** the producers of the works have their headquarters or habitual residence, ~~for cinematographic and audiovisual works;~~ or

(c) the cultural heritage institution is established, when a Member State or a third country could not be determined, after reasonable efforts, according to points (a) and (b).

c) Verfügbarkeit audiovisueller Inhalte auf Video-on-Demand Plattformen

Die Regelung soll laut ErwGr. 29, 30 dafür sorgen, dass die Lizenzierung von audiovisuellen Werken im Bereich der Online-Verwertung durch On-Demand-Services vereinfacht wird, und zielt damit insbesondere auf Lizenzverhandlungen mit Filmproduzenten ab. Ihrem Wortlaut nach umfasst sie aber auch Rechte an audiovisuellen Werken, die kollektiv wahrgenommen werden, wie z.B. Musikurheberrechte. Damit greift die Vorschrift zu weit, da es hier bereits ein funktionierendes Regulierungssystem gibt, das gerade erst durch die Verwertungsgesellschaften-RL bestätigt und europaweit vereinheitlicht worden ist. Ein zusätzlicher Verhandlungsmechanismus neben der in Art. 35 VG-RL vorgesehenen Streitbeilegung (z. B. in Deutschland durch die Schiedsstelle nach §§ 92 ff. VGG) und der zusätzlichen Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden (z. B. in Deutschland gem. § 76 VGG) ist überflüssig. Zudem schreibt Art. 16 VG-RL (= § 36 VGG) vor, dass Lizenzverhandlungen nach dem Prinzip von Treu und Glauben vorzunehmen sind. In Deutschland ist darüber hinaus noch der Abschlusszwang gem. § 34 VGG vorgesehen. **Eine zusätzliche Verhandlungsinstanz würde in diesem Bereich nur zu Verwirrung und unnötigen Verzögerungen der Lizenzierung führen.**

Änderungsvorschlag**Article 10****Negotiation mechanism**

Member States shall ensure (...) reach agreements.

Paragraph 1 shall not be applicable to the licensing of protected works or other subject matter by entities subject to Article 3 (a) and Article 2 (3) of Directive 2014/26/EU.

No later than (...).

d) Leistungsschutzrecht für Presseverleger

Die Regelung ist hinsichtlich ihres Umfangs problematisch. Nach ErwGr. 31 sollen damit nur die Schwierigkeiten von Presseverlegern bei der Lizenzierung ihrer Inhalte für Online-Nutzungen erleichtert werden. Dadurch ist aber allenfalls die Gewährung des echten Online-Rechts (Recht der öffentlichen Zugänglichmachung) einschließlich der dafür erforderlichen Vervielfältigungen gerechtfertigt. Die hier vorgesehene Schaffung eines Rechts zur „digitalen Nutzung“ mit vollständigem **Vervielfältigungsrecht einschließlich Privatkopievergütung** ist zur Lösung der genannten Probleme weder geeignet noch notwendig. Insbesondere eine Erstreckung auf die Privatkopie würde dazu führen, dass die Verleger doppelt profitieren würden, da sie neben den der Beteiligung an den Einnahmen der Urheber auch noch einen eigenen Vergütungsanspruch geltend machen könnten. Die Einführung des Begriffs „digital use“ sollte schon deshalb vermieden werden, da sein genauer Inhalt, Umfang und das Verhältnis zu den Rechten der InfoSoc-RL völlig unklar ist und dadurch eine enorme Rechtsunsicherheit entstünde.

Wie in § 87h UrhG sollte auch hier eine Regelung zur **angemessenen Beteiligung der Urheber** an den Erlösen aus der Verwertung eines Presseverlegerleistungsschutzrechts vorgesehen werden, da die Verlegerleistung immer auf dem Schaffen der Kreativen aufbaut.

Unabhängig davon muss der letzte Satz von ErwGr. 33 korrigiert werden, da er nach der vor kurzem ergangenen GS Media Entscheidung des EuGH (Urt. v. 8.9.2016 – C-160/15 = „GS Media/Sanoma u.a.“) keinen Sinn mehr macht. Nach dieser Rechtsprechung hat die **Verlinkung von geschützten Inhalten** im Internet nur dann keine urheberrechtliche Relevanz, wenn das betroffene Werk zuvor bereits mit Zustimmung aller Rechteinhaber sowie ohne jegliche Zugangsbeschränkung im Internet zugänglich gemacht worden ist oder wenn der Linksetzer keine Kenntnis von der Rechtswidrigkeit des ursprünglichen Uploads hatte und zudem keinerlei kommerzielle Zwecke mit dem Link verfolgt.

Änderungsvorschlag

Article 11

Protection of press publications concerning digital uses

*1. Member States shall provide publishers of press publications with the rights provided for in Article 2 and Article 3(2) of Directive 2001/29/EC for the ~~digital use~~ **making available to the public** of their press publications.*

(...)

5. Authors shall be entitled to an equitable share of the remuneration.

e) Verlegerbeteiligung

Art. 12 RL-E erlaubt eine Beteiligung von Verlegern an gesetzlichen Ausgleichsansprüchen, die der Kompensation für Nutzungen aufgrund urheberrechtlicher Schrankenregelungen dienen (gesetzliche Vergütungsansprüche). Hintergrund der Regelung ist eine Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Sache „Reprobel“ (Rs. C-572/13), nach der eine gesetzliche Regelung, die eine Beteiligung des Verlegers an der Speichermedien- und Geräteabgabe vorsieht, mit Unionsrecht unvereinbar sei. In der Folge hatte der Bundesgerichtshof in einer europarechtlich fragwürdigen Entscheidung geurteilt (Urteil v. 21.4.2016, Az. I ZR 198/13), dass auch eine vertraglich vereinbarte Beteiligung von Verlegern an gesetzlichen Vergütungsansprüchen unionsrechtswidrig wäre.

Art. 12 RL-E korrigiert dieses Missverständnis und gibt den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, Verleger an den korrespondierenden Ausgleichsansprüchen zu beteiligen. Dabei setzt die Beteiligung voraus, dass der Urheber einem Verleger ein Recht übertragen hat oder diesem eine Lizenz erteilt hat. Unter Geltung des deutschen Rechts ist diese Regelung problematisch, sofern der Urheber seine Rechte durch eine Verwertungsgesellschaft wahrnehmen lässt. Da die mit den Verwertungsgesellschaften abgeschlossenen Wahrnehmungsverträge eine ausschließliche Rechteinräumung im Voraus vorsehen, können Urheber, die zum Zeitpunkt der Übertragung bereits Mitglied einer Verwertungsgesellschaft sind, die relevanten Rechte nicht mehr an einen Verleger abtreten und wollen dies auch regelmäßig gar nicht. Auch in diesem Fall sollte jedoch eine Verlegerbeteiligung möglich sein – jedenfalls wenn der Urheber dieser Beteiligung ausdrücklich zustimmt. (vgl. auch den nationalen Regelungsentwurf zu § 27a VGG).

Der Richtlinienentwurf trägt diesem Gesichtspunkt durch die Klarstellung Rechnung, dass neben der Rechteinräumung und Lizenzerteilung eine Verlegerbeteiligung auch dann möglich ist, wenn der Urheber anderweitig mit seinen Werken zu einer Veröffentlichung beigetragen hat (ErwGr. 36). Hier ist der Regelungsgehalt insofern unverständlich, als der Urheber stets mit der Schöpfung des Werkes einen Beitrag zu seiner Veröffentlichung leistet. Die umgekehrte Regelung wäre sinnvoller: Eine Beteiligung des Verlegers ist nur dann gerechtfertigt, wenn der Verleger durch seine unternehmerische Tätigkeit einen **Beitrag zur Veröffentlichung** leistet.

Zusätzlich sollte für eine Beteiligung der Verleger auch darauf abgestellt werden, dass der Urheber den Vergütungsanspruch im **gemeinsamen Interesse** von Urheber und Verleger in die Verwertungsgesellschaft einbringt. In diesem Fall muss eine Beteiligung des Verlegers erst recht möglich sein, denn durch die Wahrnehmung durch eine Verwertungsgesellschaft wird der Urheber anders als bei einer direkten Rechteeinräumung an den Verleger in besonderem Maße vor einer Übervorteilung geschützt.

Änderungsvorschlag

Article 36

*(...) In order to take into account of this situation and improve legal certainty for all concerned parties, Member States should be allowed to determine that, when an author has transferred or licensed his rights to a publisher **or in the common interest of author and publisher to a collective management organisation or the publisher** otherwise contributes with his works to a publication and there are systems in place to compensate for the harm caused by an exception or limitation, publishers are entitled to claim a share of such compensation, whereas the burden on the publisher to substantiate his claim should not exceed what is required under the system in place.*

f) Nutzung geschützter Inhalte durch Online-Dienste

aa) Problem des Transfer of Value

Die GEMA begrüßt, dass die Kommission das Problem des sog. Transfer of Value erkannt (vgl. IA S. 137 ff.) und im Richtlinienentwurf mit einem konkreten Lösungsansatz adressiert hat.

Bei der digitalen Auswertung kreativer Inhalte erfolgt die Wertschöpfung zunehmend durch zugangsbasierte Online-Dienste (vgl. IA S. 137). Neben klassischen Content-Providern, wie z. B. Streamingdiensten, die Lizenzen für die verbreiteten Inhalte erwerben und die Urheber für die Nutzung ihrer Werke vergüten, spielen dabei Plattformdienste eine zentrale Rolle, deren Geschäftsmodell auf der Aggregation und wirtschaftliche Auswertung von durch Nutzer hochgeladenen Inhalten basiert (vgl. IA S. 138). Dabei werden die Inhalte durch die Dienste inhaltlich geordnet, strukturiert, den Endnutzern interessenspezifisch empfohlen und wirtschaftlich ausgewertet. Von den – meist durch Werbung, zunehmend aber auch durch Abonnements – erwirtschafteten Erträgen profitieren primär die Dienste selbst, teilweise wird der Uploader an den Werbeerlösen beteiligt. Die Urheber, deren Inhalte angeboten werden, gehen indes in der Regel leer aus, da sich die Plattformbetreiber darauf berufen, selbst keine urheberrechtlich relevante Nutzungshandlung vorzunehmen bzw. unter das Haftungsprivileg für Hostprovider zu fallen. So wird eine Lizenzierung der Inhalte entweder gänzlich verweigert oder die Plattformbetreiber bezahlen lediglich deutlich unter der Marktüblichkeit liegende Vergütungssätze „auf freiwilliger Basis“ (vgl. IA S. 139). Die rechtliche Durchsetzung der angemessenen Vergütung gegenüber den Plattformbetreibern scheitert oft daran, dass die Gerichte die Handlungen der Dienste – systemwidrig – nicht als vergütungspflichtige urheberrechtliche Nutzungshandlung einordnen oder diese Dienste in der Rolle eines rein

technischen Dienstleisters sehen (vgl. IA S. 143; OLG Hamburg, Urteil v. 1.7.2015, Az. 5 U 87/12; OLG München, Urteil vom 28.1. 2016, Az. 29 U 2798/15).

Diese Entscheidungspraxis ist systematisch verfehlt, weil Sie die Frage der relevanten Nutzungshandlung nach Art. 3 InfoSoc-RL mit der nachgelagerten Frage der Haftungsprivilegierung nach Art. 14 E-Commerce-RL vermischt. Auch in inhaltlicher Hinsicht wird sie der aktiven Rolle, die diese Dienste bei der Verbreitung und Verwertung von geschützten Inhalten spielen, nicht gerecht und hat auch Auswirkungen auf Mitbewerber im Markt, die Lizenzen von Rechteinhabern erwerben. Diese lizenzierten Dienste stehen in einem unmittelbaren Konkurrenzverhältnis zu Marktteilnehmern, die Inhalte entweder gar nicht oder nur unterhalb der Marktüblichkeit vergüten und damit keine oder weit geringere Content-Kosten haben (vgl. IA S. 141). Dieses Ungleichgewicht verzerrt den Wettbewerb und schadet der Entwicklung legaler, fair wirtschaftender Geschäftsmodelle.

bb) Transfer of Value im Richtlinienentwurf – Erwägungsgrund 38

Vor diesem Hintergrund ist es zu begrüßen, dass die Kommission diese Fehlentwicklung in ErwGr. 38 RL-E aufgegriffen hat und die Rolle von Plattformbetreibern im Hinblick auf urheberrechtliche Verantwortlichkeit und die Reichweite des Host-Provider-Privilegs klarstellt. Alleine die Wahl des Mittels sowie die Umsetzung im Detail geben Anlass zu Verbesserungsvorschlägen.

Mit Blick auf die Schwierigkeiten der Gerichte, im geltenden Rechtsrahmen eine Vornahme urheberrechtlich relevanter Nutzungshandlungen durch Plattformdienste anzunehmen (vgl. IA S. 143; OLG Hamburg, Urteil v. 1.7.2015, Az. 5 U 87/12; OLG München, Urteil vom 28.1. 2016, Az. 29 U 2798/15) wäre aus Sicht der GEMA eine Anpassung der Nutzungshandlungstatbestände der InfoSoc-RL der vorzugswürdige gesetzgeberische Ansatz gewesen. Das stattdessen von der Kommission gewählte Mittel einer klarstellenden Interpretation ist mit gewissen Unsicherheiten hinsichtlich der Auslegung verbunden.

Entsprechend unterstützen wir den Regelungsvorschlag, wünschen uns zugunsten der Rechtssicherheit jedoch eine **deutlichere Formulierung in ErwGr. 38**, die klarstellt, dass

- Plattformen, die von Nutzern hochgeladene Inhalte speichern und darüber hinaus zum Abruf durch die Öffentlichkeit bereithalten, über die bloße Bereitstellung der physischen Einrichtungen hinausgehen und **urheberrechtliche Nutzungshandlungen** vornehmen,
- diese Plattformen nicht unter die Regelungen zur Haftungsprivilegierung von Host Providern nach Art. 14 E-Commerce-RL fallen, wenn Sie dabei eine **aktive Rolle** einnehmen, und
- neben dem Recht der öffentlichen Wiedergabe regelmäßig auch das **Vervielfältigungsrecht** betroffen ist.

aaa) Fehlerhafte deutsche Übersetzung

Zunächst ist festzustellen, dass die deutsche Übersetzung des Richtlinienentwurfs fehlerhaft und daher als Diskussionsgrundlage nicht geeignet ist. Während es in der englischen Fassung in ErwGr. 38 heißt (Hervorhebungen hinzugefügt):

*„Where information society service providers store **and provide access to the public** to copyright protected works or other subject-matter uploaded by their users, thereby going beyond the mere provision of physical facilities and performing an act of communication to the public, they are obliged to conclude licensing agreements with rightholders, unless they are eligible for the liability exemption provided in Article 14 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council.”*

lautet die aktuelle deutsche Fassung:

*„Speichern Diensteanbieter der Informationsgesellschaft urheberrechtlich geschützte Werke oder sonstige Schutzgegenstände, die von ihren Nutzern hochgeladen wurden, **oder machen sie diese öffentlich zugänglich** und gehen damit über die bloße Bereitstellung der physischen Einrichtungen hinaus und führen sie damit eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe durch, sind sie zum Abschluss von Lizenzvereinbarungen mit den Rechteinhabern verpflichtet, sofern sie nicht unter den Haftungsausschluss nach Artikel 14 der Richtlinie 2000/31/EG des Europäischen Parlaments und des Rates fallen.“*

Nicht nur wurde in der deutschen Sprachfassung statt dem korrekten „und“ ein „oder“ gesetzt, auch wurde *„provide access to the public“* fälschlicherweise als „machen sie diese öffentlich zugänglich“ übersetzt. Letzteres ist falsch, da *„provide access to the public“* nicht mit *„making available to the public“* im Sinne von Art. 3 (1) InfoSoc-RL bzw. der „öffentlichen Zugänglichmachung“ im Sinne des § 19a UrhG gleichzusetzen ist. In der deutschen Fassung entsteht durch diesen Übersetzungsfehler ein **Zirkelschluss**. Die Zielsetzung von ErwGr. 38 ist es, klarzustellen, dass Dienste, die über eine reine technische Dienstleistung hinaus der Öffentlichkeit Zugang zu gespeicherten Werken gewähren (*„provide access to the public“*) unter das Nutzungsrecht der „öffentlichen Zugänglichmachung“ nach Art. 3 (1) InfoSoc-RL bzw. § 19a UrhG fallen. Richtigerweise hätte *„provide access to the public“* mit einer Formulierung wie „zum Abruf durch die Öffentlichkeit bereithalten“ übersetzt werden müssen.

Dieselben Anmerkungen gelten für die deutsche Übersetzung von ErwGr. 39 und Art. 13.

bbb) Erwägungsgrund 38

i) Mit Blick auf die Formulierung in ErwGr. 38 Abs. 1 sollte zur Vermeidung von weiteren Interpretations- und Übersetzungsfehlern noch klarer herausgestellt werden, dass Dienste, die von Nutzern hochgeladene Inhalte speichern und der Öffentlichkeit zum Abruf zur Verfügung stellen nicht lediglich technische Dienstleistungen erbringen, sondern die entsprechenden Inhalte aus urheberrechtlicher Sicht **öffentlich zugänglich machen** – und regelmäßig auch **vervielfältigen** (s. u. iii). Reine Host-Provider, die Inhalte lediglich speichern und übermitteln, aber nicht zum Abruf durch die Öffentlichkeit bereithalten, nehmen demgegenüber keine eigene Nutzungshandlung vor. Ob der Dienst für die Nutzungshandlung verantwortlich zu machen ist bzw. eine Vergütung schuldet, ist dann eine Frage der Haftungsprivilegierung nach Art. 14 InfoSoc-RL.

ii) ErwGr. 38 Abs. 2 befasst sich mit der Haftungsprivilegierung von Host-Providern nach Art. 14 E-Commerce-RL. Insofern macht die Kommission aus inhaltlicher Sicht keinen neuen Vorschlag, sondern knüpft mit der „aktiven Rolle“, die eine Berufung auf die Haftungsprivilegierung ausschließt, an die vom EuGH in der Entscheidung „L’Oréal gegen eBay“ (C-324/09) entwickelten Kriterien „*optimising the presentation*“ und „*promoting*“ an. Dies ist ebenso zu begrüßen wie die Feststellung, dass dies „unabhängig davon [gilt], mit welchen Mitteln dies geschieht“. Insoweit wäre weiter klarzustellen, dass eine aktive Rolle nicht dadurch ausgeschlossen ist, dass sich Dienste automatisierter Prozesse bedienen. Gerade die globalen Dienste, die von der Regelung erfasst werden sollen, halten ungeheure Mengen geschützter Werke auf ihren Plattformen bereit und überlassen die Auswahl und Präsentation der Inhalte gegenüber dem Nutzer **automatisierten Systemen**, die den Präferenzen der Nutzer, aber häufig auch kommerziellen Interessen folgen. Die im Geschäftsmodell der Dienste angelegte Tendenz zu Masse und algorithmusgetriebener Auswahl und Präsentation darf jedoch nicht dazu führen, dass sich solche Dienste ihrer Verantwortung entziehen können, während Dienste, bei denen Auswahl und Präsentation auf menschlichen Entscheidungen beruhen, haften. Dies gilt umso mehr, als alle automatisierten Prozesse auf eine bewusst gesteuerte menschliche Programmierung zurückzuführen sind. Diese müssen sich die Dienste bei der späteren Anwendung dieser programmierten Prozesse zurechnen lassen, was bei automatisierter Erfassung und Verarbeitung der angebotenen Inhalte tatsächliche Kenntnis sowie effektive Kontrolle zur Folge hat. Daher sollte die im Richtlinienentwurf bereits angelegte umfassende Berücksichtigung sämtlicher Umstände für das Vorliegen einer aktiven Rolle, klarstellend um eine Konkretisierung im Hinblick auf automatisierte Prozesse ergänzt werden.

iii) Dass neben dem in ErwGr. 38 Abs. 1 bereits ausdrücklich angeführten Recht der öffentlichen Wiedergabe auch das **Vervielfältigungsrecht** durch die Handlungen der Dienste betroffen ist und dieses entsprechend ergänzt werden sollte, ergibt sich bereits aus der Formulierung „*Where information society service providers store and provide access to the public [...]*“. Jede Speicherung ist mit einer körperlichen Fixierung des Werkes verbunden. Aus diesem Grund sollte klargestellt werden, dass neben dem Schutzbereich des Rechts der öffentlichen Wiedergabe auch ein das Vervielfältigungsrecht betroffen ist.

cc) Artikel 13

Zu Art. 13 RL-E ist zunächst festzustellen, dass die Regelung gegenüber dem Status Quo in vielen europäischen Staaten keine weitreichende Neuerung mit sich bringt. Mit Blick auf die Lage in Deutschland bleibt der Vorschlag der Kommission sogar in entscheidenden Punkten hinter den Pflichten zurück, die deutsche Gerichte Diensten im Rahmen der **Störerhaftung** auferlegen. So hat beispielsweise das OLG Hamburg den Videodienst YouTube dazu verpflichtet, nach der Mitteilung von Rechtsverletzungen eigenständig die Rechtsverletzungen zu beseitigen und zukünftige Rechtsverletzungen zu verhindern, insbesondere durch die unternehmenseigene Content Identification Software „Content ID“ sowie die Verwendung von Wort- und Hashwert-Filtern (Urteil v. 1.7.2015, Az. 5 U 87/12). Nach ständiger Rechtsprechung zu § 97 UrhG und § 1004 BGB ist es die verschuldensunabhängige Aufgabe des Störers die Störung zu beseitigen und gleichartige Störungen zu verhindern.

Vor diesem Hintergrund ist die Regelung allenfalls als geringfügiger Eingriff in die Tätigkeit der Unternehmen anzusehen, zumal sie auf Dienste beschränkt ist „*that store and provide to the public access to large amounts of works or other subject-matter uploaded by their users*“. Da die

Vorschrift nur für Werke gilt, deren Verletzung bereits gegenüber dem Plattformbetreiber angezeigt wurde, hält sie sich im Bereich dessen, was in Deutschland geltendes Recht im Rahmen der Störerhaftung ist und stellt insbesondere keine allgemeine Überwachungspflicht im Sinne von Art. 15 E-Commerce-RL dar.

Fragwürdig erscheint indes, dass die Dienste in Art. 13 RL-E nur zu Maßnahmen „in cooperation“ mit den Rechteinhabern verpflichtet werden sollen. Hierbei muss – insbesondere angesichts des Umstandes, dass die deutsche Rechtsprechung die Verantwortung für die Störungsbeseitigung bei den Diensten sieht – sichergestellt werden, dass die Dienste nicht lediglich die technischen Werkzeuge zur Verfügung stellen und deren Verwendung auf die Rechteinhaber abwälzen. Es wäre nicht interessengerecht, den Rechteinhabern die Kosten und den Aufwand aufzubürden, für eine große Zahl von Diensten fortlaufend durch Einsatz eines vom Dienst bereitgestellten Tools sicherzustellen, dass Rechtsverletzungen unterbleiben. Insofern müssen die **Zumutbarkeit der Kooperation** sowie die **Leistungsfähigkeit der Rechteinhaber** dringend in der Vorschrift berücksichtigt werden.

Hinzu kommt, dass für die unterschiedlichen Arten von Schutzgegenständen **unterschiedliche Prozesse zur Identifikation** existieren. Plattenfirmen oder Filmproduzenten können beispielsweise Referenzdateien für konkret geschützte Aufnahmen zur Verfügung stellen, anhand derer die Dienste konkret nach Übereinstimmungen suchen können. Rechteinhaber, die Rechte an Musikwerken oder Werken der Literatur wahrnehmen, können hingegen keine solchen Referenzdateien zur Verfügung stellen, da die Werke oftmals auf vielfältige Weise aufgeführt oder interpretiert werden, wobei die Rechte an den Tonaufnahmen – sofern es diese überhaupt gibt – regelmäßig bei Dritten liegen. Soweit also sämtliche Rechteinhaber von Art. 13 RL-E erfasst sein sollen, muss den jeweiligen Umständen Rechnung getragen werden.

Soweit die Dienste eine aktive Rolle spielen und damit nicht unter das Host-Provider-Privileg fallen, müssen Sie für die bereitgestellten Inhalte ohnehin Lizenzen erwerben, wodurch dann auch jede Pflicht zur Identifikation und Beseitigung der Werke entfällt.

Ferner muss klargestellt werden, dass durch die Regelung in Art. 13 RL-E, die – zumindest in Teilen – eine vertragliche Vereinbarung der Dienste mit Rechteinhabern voraussetzt, **weitergehende Verpflichtungen nach nationalem Recht** nicht ausgeschlossen werden, vorausgesetzt dass diese Maßnahmen im Einklang mit der E-Commerce-Richtlinie stehen. Insofern soll dem Umstand Rechnung getragen werden, dass durch den Richtlinienentwurf der bestehende europarechtliche Rahmen nicht zu Lasten der Rechteinhaber verschlechtert werden soll.

Änderungsvorschläge

Recital 38

*Where information society service providers store and provide access to the public to copyright protected works or other subject-matter uploaded by their users, thereby going they go beyond the mere provision of physical facilities, and performing perform an act of communication to the public **as well as a reproduction act and therefore**, they are obliged to conclude licensing*

agreements with rightholders, unless they are eligible for the liability exemption provided in Article 14 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council 34.

*In respect of Article 14, it is necessary to verify whether the service provider plays an active role, including by optimising the presentation of the uploaded works or subject-matter or promoting them, irrespective of the nature of the means used therefor, **including automated processes**.*

In order to (...).

Article 13

Use of protected content by information society service providers storing and giving access to large amounts of works and other subject-matter uploaded by their users

*1. Information society service providers that store and provide to the public access to large amounts of works or other subject-matter uploaded by their users shall in cooperation with rightholders, take measures to ensure the functioning of agreements concluded with rightholders for the use of their works or other subject-matter or **in case licensing agreements are not concluded take measures** to prevent the availability on their services of works or other subject-matter identified by rightholders through the cooperation with the service providers. Those measures, such as the use of effective content recognition technologies, shall be appropriate and proportionate. The service providers shall provide rightholders with adequate information on the functioning and the deployment of the measures, as well as, when relevant, adequate reporting on the recognition and use of the works and other subject-matter.*

2. Member States shall ensure that the service providers referred to in paragraph 1 put in place complaints and redress mechanisms that are available to users in case of disputes over the application of the measures referred to in paragraph 1.

3. Member States shall facilitate, where appropriate, the cooperation between the information society service providers and rightholders through stakeholder dialogues to define best practices, such as appropriate and proportionate content recognition technologies, taking into account, among others, the nature of the services, the availability of the technologies and their effectiveness in light of technological developments.

4. Further obligations according to national law shall remain unaffected, provided that they are consistent with Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council.

g) Faire Vergütung (Urhebervertragsrecht)

Die Regelungen in Art. 14–16 RL-E sind zu begrüßen und dürfen wohl als erste vorsichtige Schritte hin zu einem EU-Urhebervertragsrecht verstanden werden. Allerdings bleiben die Bestimmungen deutlich hinter den entsprechenden Regelungen des deutschen Urhebervertragsrechts in §§ 32 ff. UrhG zurück.

Die großen Unterschiede zwischen den mitgliedstaatlichen Regelungen zum Urhebervertragsrecht (sofern überhaupt solche Regeln bestehen), führen in der Praxis immer

wieder zu Schwierigkeiten. Gerade im stark international geprägten Musikmarkt stellen Musikhelfer häufig fest, dass eine Durchsetzung urhebervertragsrechtlich geprägter Ansprüche im grenzüberschreitenden Verkehr durch unterschiedliche Rechtsregeln und Traditionen behindert wird. Insbesondere die Praxis des „**total buyout**“ ist in vielen Staaten mit angelsächsischem „Copyright-System“, das anders als das kontinentaleuropäische Droit d’auteur nicht den Schutz des Urhebers in den Mittelpunkt stellt, sondern als reines Investitionsschutzrecht funktioniert, vollkommen üblich und rechtlich unangefochten. In der Folge fällt es deutschen Urhebern in Bereichen wie Produktionsmusik oder Games äußerst schwer, eine angemessene, nutzungsbezogene Vergütung zu erlangen.

Hinsichtlich des Begriffs der **Unverhältnismäßigkeit** in Art. 15 RL-E muss mehr Klarheit geschaffen werden. Zumindest sollten Anhaltspunkte dafür gegeben werden, wann eine Vergütung im Nachhinein regelmäßig nicht mehr als angemessen anzusehen ist.

Änderungsvorschlag

Recital 42

*Certain contracts (...) where the remuneration originally agreed under a licence or a transfer of rights is disproportionately low compared to the relevant revenues and the benefits derived from the exploitation of the work or the fixation of the performance, including in light of the transparency ensured by this Directive. The assessment of the situation should take account of the specific circumstances of each case as well as of the specificities and practices of the different content sectors. **As a general rule the remuneration shall be deemed to be disproportionate if a fair remuneration would have been at least twice as high.** Where the parties do not agree on the adjustment of the remuneration, the author or performer should be entitled to bring a claim before a court or other competent authority.*

h) Sonstige Bestimmungen

5. Verordnung zur Anwendung der Regelungsmechanismen der Satelliten- und Kabelrichtlinie auf bestimmte Nutzungen im Internet (Dokument (COM(2016) 594 final)

Bereits im Rahmen der Konsultation der Europäischen Kommission zur Revision der Satelliten- und Kabelrichtlinie hat die GEMA zu den verschiedenen adressierten Aspekten gegenüber dem BMJV Stellung genommen. Hieran soll im Folgenden insoweit angeknüpft bzw. bestimmte Aspekte geschärft werden, als die Kommission mit ihrem Verordnungsentwurf (VO-E) die nunmehr erfassten Regelungsbereiche entsprechend konkretisiert hat.

Die **Wahl einer Verordnung** ist an dieser Stelle allerdings überraschend und aus Sicht der GEMA unglücklich. Das Problem einer sehr uneinheitlichen Umsetzung der SatCab-RL in den

verschiedenen Mitgliedstaaten bleibt ungelöst und wird durch das zusätzliche Problem der Abgrenzung zwischen Richtlinie und Verordnung (dazu unten b) ergänzt.

a) Online-Übertragungen von Rundfunkveranstaltern (Ursprungslandprinzip)

Positiv ist hervorzuheben, dass das Ursprungslandprinzip allein für sog. „ergänzende Online-Dienste von Rundfunkveranstaltern“ gelten soll. Die Definition dieser Dienste in ErwGr. 8 und Art. 1 lit. a VO-E geht weitgehend konform mit Art. 32 VG-RL sowie zu der gemeinsamen Empfehlung von EBU, ECSA, GESAC und ICMP hinsichtlich der Lizenzierung von sendenahen Online-Angeboten von Rundfunkveranstaltern. Es ist jedoch nochmals klarzustellen, dass die Territorialität des Schutzrechts nicht für die Probleme ursächlich ist, die Inhalteanbieter bei der Rechtklärung beklagen. Wenn es Schwierigkeiten gibt, liegen diese primär im Film- und Sportrechtebereich und sind darauf zurückzuführen, dass Rechte immer noch nach dem Grundsatz territorialer Exklusivität vergeben werden.

Der Ansatz, für derartige Dienste den Ort der Nutzungshandlung gesetzlich festzulegen, berührt nicht die Frage, welche **Repertoires** im Wege dieser Lizenzierung eingeräumt werden können. Insofern bleibt es dabei, dass die Verwertungsgesellschaften fehlende Repertoireile über Vereinbarungen z. B. mit großen Verlagen reaggregieren müssen. Je weiter die inhaltlichen und territorialen Grenzen für die Sendelizenzierung im Onlinebereich ausgedehnt werden, desto schwieriger ist es für nationale Verwertungsgesellschaften, diese Repertoires zu erhalten.

Das größte Problem besteht allerdings darin, dass die vorgeschlagene Regelung es dem Anbieter erlaubt, seine **Hauptniederlassung** in denjenigen Mitgliedstaat zu verlagern, in dem das **niedrigste Schutzniveau** hinsichtlich der abzugeltenden Nutzungen besteht, obwohl das Zielpublikum in einem anderen Mitgliedstaat zu verorten ist. In der Praxis gibt es bereits das Beispiel skandinavischer Dienste, die ihren Sitz aus diesem Grunde in England gewählt haben. Es ist zu befürchten, dass sich in Zukunft Dienste, die auf ein mitteleuropäisches Land abzielen, z. B. in osteuropäischen Mitgliedstaaten ansiedeln, um die strenger nationalen Vorschriften des Ziellandes zu umgehen. Zudem ist mit der Definition in Art. 2 Abs. 1 VO-E nicht sichergestellt, dass die für die Verbreitung des linearen Programms notwendigen Senderechte in demselben Mitgliedstaat zu lizenzieren sind, in dem nach Art. 2 Abs. 1 VO-E die Rechte für die öffentliche Wiedergabe und Zugänglichmachung sowie die Vervielfältigung für den „ergänzenden Online-Dienst“ einzuholen sind, was im Ergebnis zusätzlich zu einem „cherry picking“ führen kann.

Daher sollte in Art. 2 klargestellt werden, dass die Hauptniederlassung des Rundfunkveranstalters dann ausnahmsweise nicht als Nutzungsland gilt, wenn der ergänzende Online-Dienst **seinem Inhalt nach hauptsächlich auf einen anderen Mitgliedstaat gerichtet ist**, also z. B. die entsprechende Sprache verwendet wird, das dort ansässige Publikum beworben wird oder der Inhalt sich auf lokale Besonderheiten bezieht.

Dies entspricht auch dem Ziel des Vorschlags für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltendiensten im Binnenmarkt vom 9. Dezember 2015 (COM(2015) 627 final). Nach dieser Vorschrift soll sich die Lizenz eines Online-Services für das Land, auf das das Angebot abzielt und in dem seine Nutzer ihren festen Wohnsitz haben, ausnahmsweise auch auf die

Nutzung des Dienstes bei kurzfristigen Aufenthalten der Konsumenten in einem anderen Land erstrecken, für welches das Angebot eigentlich nicht gedacht ist.

b) Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen (Verwertungsgesellschaftenpflichtigkeit)

Zu begrüßen ist zunächst, dass die Europäische Kommission den Ruf nach einer technologieneutralen Ausgestaltung der Regelungen für die Weiterverbreitung von Fernseh- und Hörfunkprogrammen aufgegriffen hat. Denn von einer Ausdehnung der für die Weitersendung über Kabel- und Mikrowellensysteme bereits geltenden Verwertungsgesellschaftenpflichtigkeit profitieren sowohl die Anbieter von Weitersendediensten bei der Rechteklärung wie auch diejenigen Rechteinhaber, die ohne dieses Instrument aufgrund ihrer schwachen Verhandlungsposition gegenüber den Anbietern geringe oder gar keine Aussichten haben, auf individualrechtlichem Wege Vergütungsansprüche durchzusetzen. Dabei ist allerdings zu bedenken, dass der Anwendungsbereich des Verordnungsentwurfs allein auf grenzüberschreitende Sachverhalte beschränkt ist. Darüber hinaus weist der Verordnungsentwurf der Kommission zwei systematische Defizite auf, die im weiteren Rechtsetzungsprozess behoben werden müssen, damit es nicht zu einer künstlichen Einschränkung der sinnvollen Regelung kommt.

aa) Zum einen sollen laut ErwGr.12 VO-E von der neuen Regelung auch geschlossene internetprotokollgestützte Netze erfasst werden, worunter nach dem Impact Assessment der Kommission „IPTV“-Angebote zu verstehen sind. Als „IPTV“ werden solche Multimedadienste angesehen, bei denen Rundfunkprogramme über ein „*managed network*“ verbreitet werden, bei dem Qualitätsstandards hinsichtlich der Zuverlässigkeit der Datenübertragung, der Sicherheit und des Wiedergabevorgangs beim Endkunden gewährleistet werden (IA Part 1, S.44 Fn.131). Dies könnte jedoch durch die gewählte Systematik, den Begriff der „Weiterverbreitung“ in Art. 1 lit. b VO-E durch eine Abgrenzung vom Sachverhalt der Kabelweiterverbreitung i. S. d. SatCab-Richtlinie zu definieren, zu Problemen führen. Denn es besteht die Gefahr, dass daraus der Umkehrschluss gezogen wird, die SatCab-Richtlinie sei im Hinblick auf die kabelgebundene Weitersendung nicht technologieneutral zu verstehen und könne insbesondere nicht für die IP-basierte Weitersendung in geschlossenen Netzen („IPTV“) gelten. Dies würde jedoch dem bislang völlig einhelligen Verständnis widersprechen, dass solche „IPTV“-Angebote als reine technische Weiterentwicklung eines kabelgebundenen Weitersendevorgangs anzusehen und ohne Weiteres dem Anwendungsbereich der SatCab-Richtlinie zuzuordnen sind. Dieses Verständnis liegt auch der Lizenzierungspraxis nach § 20b UrhG in Deutschland zugrunde.

Der deutsche Gesetzgeber hat diese Regelung ergänzend auch auf inländische Sachverhalte erweitert, um eine Inländergleichbehandlung sicherzustellen. Da rein nationale Weitersendungen jedoch von der Regelung in der Verordnung nicht erfasst werden, könnte die absurde Situation entstehen, dass z. B. die deutsche Telekom für ihr „IPTV“-Angebot hinsichtlich grenzüberschreitender Sachverhalte, d. h. für ausländische Rundfunkprogramme, nach dem neuen Regelungsregime der Verordnung eine Weitersendungslicenz erhalten könnte, dagegen aber für inländische Sachverhalte, d.h. deutsche Rundfunkprogramme, wieder mit allen Rechteinhabern einzeln verhandeln müsste, soweit keine freiwilligen One-stop-shop Lösungen entstehen. Insofern könnte die von der Kommission intendierte

Klarstellung erstmals zu Rechtsunsicherheiten bei der – in diesem Kontext – etablierten Lizenzierungspraxis führen.

Aus diesen Gründen ist in ErwGr. 13 klarzustellen, dass es den Mitgliedstaaten weiterhin unbenommen bleibt, ihr **nationales Regelungsregime, wie es in Umsetzung der Cab/Sat-Richtlinie etabliert worden ist, auch auf „IPTV“-Angebote** i. S. d. neuen Verordnung zu erstrecken.

bb) Zum anderen werden gemäß ErwGr. 12 und Art. 1 lit. b VO-E solche Dienste ausdrücklich vom Anwendungsbereich der Verordnung ausgenommen, die die Weiterverbreitung über das „offene Internet“ gewissermaßen „over the top“ vornehmen (**OTT-Dienste**): Solche Dienste seien nicht an eine dezidierte Infrastruktur geknüpft und würden eine kontrollierte Umgebung nur bedingt gewährleisten. Diese Abgrenzung scheint jedoch nur auf den ersten Blick sinnvoll. In der Praxis greifen auch OTT-Dienste auf technische Verfahren und Instrumente zurück, um Qualitätsstandards hinsichtlich Zuverlässigkeit der Datenübertragung, der Sicherheit und des Wiedergabevorgangs sicherzustellen. Zudem werden diese Dienste nur territorial begrenzt bereitgestellt. Wie von der Kommission in diesem Zusammenhang selbst festgestellt (IA Part 1, S. 44, „Option 2“), können solche Dienste zumindest dann mit geschlossenen IP-basierten Netzen gleichgestellt werden, wenn sie sich an einen dezidierten Empfängerkreis richten, nämlich an Abonnenten oder registrierte Kunden. Die Gefahr einer Schlechterstellung von Rechteinhabern, die ihre Rechte bei diesen Sachverhalten individuell lizenzieren wollen, kann durch ein entsprechendes Tarifierungsregime der Verwertungsgesellschaften aufgefangen werden. Eine Einbeziehung solcher in diesem Sinn definierten OTT-Dienste ist daher unerlässlich, um einerseits der Gleichbehandlung der Marktteilnehmer Rechnung zu tragen und andererseits eine angemessene Vergütung der Urheber und Leistungsschutzberechtigten auch bei solchen Nutzungsvorgängen sicherzustellen.

Im Ergebnis ist daher der **Verweis auf die Regulation (EU) 2015/2120** in Art. 1 lit. b VO-E zu streichen. Zudem ist in den Erwägungsgründen klarzustellen, dass solche **„non closed-circuit services“ ebenfalls in den Anwendungsbereich** der Verordnung fallen sollen.

Änderungsvorschläge

Recital 12

Operators of retransmission services offered on satellite, digital terrestrial, ~~closed-circuit~~ IP-based, mobile and similar networks, provide services which are equivalent to those provided by operators of cable retransmission services when they retransmit simultaneously, in an unaltered and unabridged manner, for reception by the public, an initial transmission from another Member State of television or radio programmes, where this initial transmission is by wire or over the air, including by satellite but excluding online transmissions, and intended for reception by the public. They should therefore be within the scope of this Regulation and benefit from the

mechanism introducing mandatory collective management of rights. **Regarding IP-based retransmission services closed circuit networks as well as services which are offered on the open internet should be ~~excluded from~~ in the scope of this Regulation as long as the latter are provided to a defined number of users (subscribers, registered users) and therefore are comparable to closed circuit networks those services have different characteristics. They are not linked to any particular infrastructure and their ability to ensure a controlled environment is limited when compared for example to cable or closed circuit IP-based networks.**

Recital 13

In order to provide legal certainty to operators of retransmission services offered on satellite, digital terrestrial, ~~closed circuit~~ IP-based, mobile or similar networks, and to overcome disparities in national law regarding such retransmission services, rules similar to those that apply to cable retransmission as defined in Directive 93/83/EEC should apply. The rules established in that Directive include the obligation to exercise the right to grant or refuse authorisation to an operator of a retransmission service through a collective management organisation. This is without prejudice to Directive 2014/26/EU and in particular to its provisions concerning rights of right holders with regard to the choice of a collective management organisation. **For avoidance of doubt, nothing in this regulation shall preclude Member States from applying their national regulatory systems provided by implementing the Directive 93/83/EEC to operators of retransmission services offered via closed circuit IP-based networks when they retransmit simultaneously, in an unaltered and unabridged manner, for reception by the public, an initial transmission of television or radio programmes.**

Article 1

Definitions

For the purpose of this Regulation, the following definitions shall apply:

(a) (...)

(b) "retransmission" means any simultaneous, unaltered and unabridged retransmission, other than cable retransmission as defined in Directive 93/83/EEC ~~and other than retransmission provided over an internet access service as defined in Regulation (EU) 2015/2120 of the European Parliament and of the Council¹⁹~~, intended for reception by the public of an initial transmission from another Member State, by wire or over the air, including that by satellite but excluding online transmission, of television or radio programmes intended for the reception by the public, provided that such retransmission is made by a party other than the broadcasting organisation which made the initial transmission or under whose control and responsibility such transmission was made.

¹⁹ ~~Regulation (EU) 2015/2120 of the European Parliament and of the Council of 25 November 2015 laying down measures concerning open internet access and amending Directive 2002/22/EC on universal service and users' rights relating to electronic communications networks and services and Regulation (EU) No~~

531/2012 on roaming on public mobile communications networks within the Union, OJ L 310, 26.11.2015, p. 1.

Article 2

Application of the principle of 'country of origin' to ancillary online services

(1) The acts of communication to the public and of making available occurring when providing an ancillary online service by or under the control and responsibility of a broadcasting organisation as well as the acts of reproduction which are necessary for the provision of, the access to or the use of the ancillary online service shall, for the purposes of exercising copyright and related rights relevant for these acts, be deemed to occur solely in the Member State in which the broadcasting organisation has its principal establishment.

(2) (...)

(3) Article 2 (1) does not apply to ancillary online services that are primarily targeted at a member state other than the member state in which the broadcasting organisation has its principal establishment.

6. Überlegungen der Europäischen Kommission zur Rechtsdurchsetzung (Dokument COM(2016) 592 final); Wenn Sie es für zweckmäßig halten, können Sie zu den Überlegungen der Europäischen Kommission zur geplanten Reform der Rechtsdurchsetzung schon jetzt Stellung nehmen.

Ob die bestehende Enforcement-Richtlinie (2004/48/EG) überhaupt überarbeitet wird, ist derzeit unklar. Bislang ist jedenfalls noch kein Vorschlag der Kommission unterbreitet worden.

Aus Sicht der GEMA sind für die Rechteinhaber die E-Commerce-RL und die Urheberrechtsrichtlinien entscheidend. Das Hauptaugenmerk der EU sollte auf der Schaffung und Bewahrung funktionierender Märkte und der Sicherstellung einer angemessenen Beteiligung der Urheber an den durch Onlinedienste erwirtschafteten Erträgen liegen, statt auf der repressiven Durchsetzung von Verbotsrechten.

Mit besten Grüßen,

Dr. Tobias Holzmüller