

STELLUNGNAHME

des Verbandes unabhängiger Musikunternehmer*innen e.V.
zum Referentenentwurf zur Anpassung des Urheberrechts
an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz vom
13. Oktober 2020



Berlin, 6. November 2020

Über den VUT – Verband unabhängiger Musikunternehmer*innen e. V.

Der Verband unabhängiger Musikunternehmer*innen e. V. (VUT) vertritt die Interessen der unabhängigen Unternehmer*innen der deutschen Musikwirtschaft. Zu seinen Mitgliedern zählen rund 1.200 Künstler*innen, die sich selbst vermarkten, Labels, Verlage, Vertriebe, Produzent*innen u.a. Insgesamt stehen unabhängige Musikunternehmer*innen für einen Marktanteil von 35 Prozent der genutzten Musikaufnahmen. Ihr Anteil an den jährlichen Neuveröffentlichungen liegt bei über 80 Prozent, damit leisten sie einen essenziellen Beitrag zur vielfältigen Kulturlandschaft in Deutschland. Kennzeichnend für VUT-Mitglieder ist neben ihrer Innovationsbereitschaft ein oft partnerschaftliches Verständnis in einer arbeitsteiligen Branche. VUT-Mitglieder sind oft in mehreren Gewerken zu Hause und betreiben beispielsweise neben ihrer eigenen Künstler*innenkarriere ein eigenes Label.

I. Vorbemerkung

Die Regelungen insbesondere zur Umsetzung von Art. 17 im Referentenentwurf unterscheiden sich mit Ausnahme weniger marginaler Änderungen kaum vom Diskussionsentwurf des 24. Juni 2020. Wir verweisen daher vollinhaltlich auf unsere **Stellungnahme zum Diskussionsentwurf vom 4. August 2020**.¹

Die DSM-Richtlinie setzt auf faire Lizenzverträge als Schlüssel zum Gelingen eines Interessenausgleichs der Rechte aller Beteiligten. Der **Referentenentwurf** geht bei der Umsetzung von Art. 17 davon aus, die Sperrung von Inhalten auf Uploadplattformen solle um jeden Preis verhindert werden. Die Folgen sind aus unserer Sicht gravierend: Der **Interessenausgleich misslingt**, weite Teile der Rechteinhaber werden **tatsächlich oder faktisch enteignet**, die **Umsetzung der Richtlinie wird verfehlt** und der **Binnenmarkt** für audio- und audiovisuelles Streaming wird nicht nur auf Uploadplattformen **empfindlich gestört** – zum Nachteil insbesondere der unabhängigen Musikunternehmer*innen, die im deutschen Markt arbeiten.

¹ https://www.vut.de/fileadmin/user_upload/public/images/Politik/Stellungnahmen/20200804_finale_Stellungnahme_VUT_DiskussionsentwurfBMJV.pdf

Das Konzept wurde von einer breiten Allianz der Kreativwirtschaft als unbalanciert, ausschließlich **zum Nachteil der Rechtsposition der Kreativbranche**, praxisfern, reguläre etablierte und zukünftige **Lizenzmärkte untergrabend** sowie zum Missbrauch einladend heftig kritisiert.²

Diese Kritik verfiel ebenso wenig wie grundlegende Kritik der überwältigenden Mehrheit der Rechtswissenschaftler*innen³ und der inzwischen als Tatsache anzuerkennende Umstand, dass ein Festhalten an der vorgeschlagenen Umsetzung von Art. 17 DSM-Richtlinie in einen **deutschen Sonderweg** führt. Frankreich – auf dessen Vorschlag wir zurückkommen werden – , die Niederlande und die Tschechische Republik bleiben bei ihrer Umsetzung im Einklang sowohl mit der Richtlinie als auch den jeweils anderen nationalen Implementierungen der DSM-Richtlinie. Weitere EU-Mitglieder warnen vor dem deutschen Alleingang – darunter bedeutende Musikmärkte wie Spanien, Frankreich oder Italien. In ihrem „**Non Paper**“ zu den **Umsetzungsrichtlinien der Europäischen Kommission vom 28.10.2020**⁴ (gerichtet an die Europäische Kommission) kritisieren neben Frankreich auch Kroatien, Dänemark, Griechenland, Italien, Portugal sowie Spanien im Hinblick auf Art. 17 DSM-Richtlinie gezielt den deutschen Diskussionsentwurf/ Referentenentwurf, indem sie klarstellen:

„Proposing new concepts absent from article 17 and more generally from the copyright acquis, and entrusting these concepts with a role that will impede the functioning of preventive measures is not only extremely confusing in light of the objective and the provisions of article 17, it is also extremely damaging.

Only if the political and legal agreements negotiated and voted by the co-legislators are fully preserved, will article 17 be able to secure a clear and trusting environment where platforms and rightsholders can smoothly collaborate, users can benefit from the new advantages introduced by the directive and rightsholders are truly and effectively encouraged to grant licenses on a voluntary basis.“

Dabei hat die Bundesregierung in ihrer **Protokollerklärung vom 15. April 2019**⁵ zwar bedauert, dass es ihrer Ansicht nach nicht gelungen sei, „ein Konzept zur urheberrechtlichen Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen zu verabreden, das in der Breite überzeugt“, gleichzeitig aber als vorrangige Maxime anerkannt, dass „eine unionsweit einheitliche Umsetzung vereinbart wird, denn eine fragmentarische Umsetzung in 27 nationale Varianten wäre mit den Prinzipien eines

² siehe Pressemitteilung vom 14. Oktober 2020 - <https://www.vut.de/politik/urheberrecht/artikel/details/rechteinhaber-kritisieren-bmjv-entwurf-zur-reform-des-urheberrechts-die-rechtsposition-der-kreativ/>

³ Beispielsweise: https://www.alai.org/en/assets/files/resolutions/200918-second-opinion-article-17-dsm_draft_en.pdf

⁴ “Consultation related to the European Commission’s future guidance on the application of article 17 of the Copyright in the digital single market directive. Non paper from Croatia, Denmark, France, Greece, Italy, Portugal and Spain”.

⁵ <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1-REV-2/de/pdf>

*Europäischen Digitalen Binnenmarkts nicht zu vereinbaren.“ Diese Haltung schließt sich dem **Koalitionsvertrage der Bundesregierung** an: „EU-Regelungen werden wir 1:1 umsetzen.“⁶*

Vor diesem Hintergrund wundert es uns nicht, dass die Abstimmung dieses Referentenentwurfs (laut Hinweis im Versendungsschreiben) nicht gelungen ist.

Wir fordern vom BMJV seinen offensichtlichen **Widerstand gegen die europaweit harmonisierte Umsetzung von Art. 17 DSM-Richtlinie** aufzugeben, den deutschen Sonderweg zu verlassen, zum Regelungskonzept des Art. 17 DSM-Richtlinie zurückzukehren und die Umsetzung auch nicht zum weiteren Schaden der durch die Corona-Krise schwer geschädigten Kreativwirtschaft auf einen späteren Zeitpunkt zu verlagern.

II. Die Umsetzung von Art. 17 DSM-Richtlinie

1. Gegenüberstellung DSM-Richtlinie und Referentenentwurf

Das Konzept hinter Art. 17 DSM-Richtlinie ist einfach und klar: Sowohl betroffenen **Uploadplattformen als auch allen Rechteinhabern werden vertretbare Pflichten** in der Administration von Inhalten auf Uploadplattformen auferlegt. Kommen sie ihren Pflichten nicht nach, hat eine Pflichtverletzung für die jeweilige Seite negative Folgen – Haftung einerseits, Verlust von Verfügungsgewalt und Vergütung von Rechten andererseits.

Der europäische Gesetzgeber geht davon aus, dass beide Seiten in hohes Eigeninteresse haben, keine negativen Folgen aufgrund von vermeidbaren Pflichtverletzungen zur erleiden. Deshalb wird weiter vermutet, dass aus diesem Grund **Lizenzverträge zwischen Uploadplattformen und Rechteinhabern abgeschlossen werden, die typische Nutzungen der Uploader*innen im großen Umfang erlauben**. Da Verbraucher*innen, Uploadplattformen und Rechteinhaber ein gemeinsames, grundsätzliches Interesse an der maximalen Verfügbarkeit von Inhalten auf Uploadplattformen haben, werden auf diese Weise ex-ante oder ex-post Sperrungen auf ein vertretbares Maß beschränkt. Die Uploadplattformen werden unter Berücksichtigung definierter Umstände abgestuft in die Verantwortung genommen, aber nur, wenn die Rechteinhaber ihrerseits Obliegenheiten erfüllen. Nur dann erhalten sie ihre Verfügungsgewalt zurück. Lizenzverträge erhöhen die Einnahmen der Rechteinhaber und machen Sperrungen der betreffenden Inhalte zur absoluten Ausnahme. Sollten dennoch Sperrungen geschehen, sichern wirksame und zügige Beschwerde- und Rechtsbehelfsverfahren die Rechte der Uploader*innen weiter ab.

⁶ Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD, Zeile 2910 <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/975226/847984/5b8bc23590d4cb2892b31c987ad672b7/2018-03-14-koalitionsvertrag-data.pdf?download=1>

Der Referentenentwurf setzt dieses vom europäischen Gesetzgeber beschlossene Konzept der DSM-Richtlinie nicht um, sondern ersetzt es durch einen Sonderweg. **Der Referentenentwurf zielt offenbar nicht auf einen Interessenausgleich, dessen Dreh- und Angelpunkt Lizenzverträge sind.**

Stattdessen geht es darum, automatische Sperrungen um jeden Preis zu umgehen. Dafür wird Art. 17 DSM-Richtlinie und mit ihm ein fairer Interessenausgleich unter den Betroffenen geopfert. Um dieses Ziel zu erreichen, werden in einem ersten Schritt durch überschießende (Drei-Stufen-Test) und neue (de-minimis) Schranken die **typischen Inhalte der Uploadplattformen dem Urheberrecht entrisen** und durch eine – teilweise entschädigte – gesetzliche Erlaubnis ersetzt. Die logische Folge ist: Die Einnahmen aller Musiker*innen, Musikproduzent*innen und Musikunternehmer*innen werden weniger. Mit der Abschmelzung der Rechte geht für die Rechteinhaber eine Erhöhung ihrer Obliegenheiten einher, was wiederum Voraussetzung für eine gesteigerte Verantwortung der Uploadplattformen ist.

Diese **Obliegenheiten überschießen gerade für kleine und mittelständische Musikunternehmer*innen**, d.h. für 98% aller in Deutschland tätigen Musikunternehmer*innen, **jedes verhältnismäßige Maß**: „Angebotspflicht“ durch Rechteinhaber, Lizenzverträge nur für Inhaber von „erheblichem Repertoire“, doppelte Informationspflicht nach Rechten und Inhalten, Schadensersatzpflicht bei fahrlässigem Sperrverlangen.

Wir gehen davon aus, dass Rechteinhaber durch die Regelungen des Referentenentwurfes **von der Geltendmachung ihrer Rechte abgeschreckt werden**. Verfahrensprozesse und Transparenzpflichten zwischen Uploadplattformen und Uploader*innen verzögern und erschweren im Ergebnis berechnete ex-post und ex-ante Sperrverlangen. Zuletzt sollen Ansprüche, die an Dritte abgetreten wurden, nur von Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden können.

Das bedeutet im Ergebnis für einen Großteil der Musikunternehmer*innen soweit sie nicht ihre eigenen Leistungen und Produktionen vermarkten, dass ab Geltung des Gesetzes nicht mehr ihre selbstgewählten Vertriebe ihre Ansprüche gegenüber Uploadplattformen wahrnehmen werden, sondern obligatorisch die Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL). Die GVL ist als Verwertungsgesellschaft allerdings weder geeignet noch darauf ausgerichtet, insbesondere Beschwerdeverfahren für ihre Berechtigten durchzuführen.

2. Die einzelnen Regelungen in der Umsetzung von Art. 17 DSM-Richtlinie

2.1. Keine Umsetzung in einem neuen Stammgesetz (UrhDaG)

Die Umsetzung von Art. 17 DSM-Richtlinie in einem neuen Stammgesetz – außerhalb der Info-Soc-Richtlinie – ist ein deutscher Sonderweg, der von der überwältigenden Mehrheit der Rechtswissenschaftler*innen mit überzeugenden Gründen für europarechtswidrig gehalten wird. Richtig ist es dagegen, die DSM-Richtlinie maßgeblich durch Anpassungen im Gesetz über das Urheberrecht und verwandte Schutzrechte, im Telemediengesetz sowie im Verwertungsgesellschaftengesetz umzusetzen.⁷ Mehr Klarheit würde beispielweise geschaffen werden, wenn die öffentliche Zugänglichmachung in § 19a UrhG als eigener Absatz geregelt wäre. Einen entsprechenden Weg hat der französische Gesetzgeber beschritten, dort in Art. L. 137-2. I.⁸, wobei er sich in der Formulierung an Art. 17 (1) DSM-Richtlinie anlehnt bzw. diese übernimmt.

2.2. Upload-Plattformen müssen die Erlaubnis einholen

Aus der Klarstellung, dass Uploadplattformen eigene Inhalte öffentlich wiedergeben, folgt konsequent und der Formulierung in Art. 17 Abs. 1 DSM-Richtlinie entsprechend: Upload-Plattformen haben hierfür die urheberrechtliche Erlaubnis einzuholen. Entsprechend kann eine Regelung wie in § 4 UrhDaG-E keinen Bestand haben. Sinnvoll wäre dagegen an dieser Stelle, den von der Richtlinie vorgesehenen notwendigen Regelungsumfang zu Gunsten der Uploader*innen (Art. 17 Abs. 2 DSM-Richtlinie) einzuführen, wenn man diesen Teil systematisch besser bei der Vorschrift im Urheberrechtsgesetz zur Einräumung der Nutzungsrechte verankert.⁹

2.3. Wegfall der Haftungsprivilegierung

Die Umsetzung von Art. 17 Abs. 3 DSM-Richtlinie ist im Telemediengesetz (TMG) zu verankern, z. B. durch eine Regelung in einem neuen § 10a TMG, indem wiederum der Wortlaut des Art. 17 Abs. 4 - 5 die Obliegenheiten und Pflichten in deutsches Recht übersetzt. Der französische

⁷ siehe dazu auch, Rolf Schwartmann / Christian-Henner Hentsch, Stufenkonzept gegen Overblocking durch Uploadfilter, MMR 2020, 207; https://beck-online.beck.de/rsw/upload/OZMMRAktuell/2020-03-03_Umsetzungsvorschlag_Art._17.pdf

⁸ PROJET DE LOI relatif à la communication audiovisuelle et à la souveraineté culturelle à l'ère numérique; CHAPITRE VII, « Dispositions applicables à certains fournisseurs de services de partage de contenus en ligne » Section 1 « Champ d'application, S. 39ff.

⁹ sie dazu auch den Vorschlag im Stufenkonzept gegen Overblocking durch Uploadfilter, aaO, S.4

Gesetzgeber hat den von ihm gewählten Ansatz einer möglichst wörtlichen Umsetzung entsprechend konsequent weiterverfolgt und diesem Teil einen eigenen Absatz gewidmet in Art. L. 137-2 III.¹⁰

2.3.1. Schranken I – Maschinell nicht überprüfbare gesetzliche erlaubte Nutzungen

Wenn man der Intention und dem Regelungsmodell der DSM-Richtlinie – Interessenausgleich und Verhinderung von Overblocking durch Lizenzverträge – konsequent folgt, sind die neuen Schranken für Karikaturen, Parodien und Pastiches ebenfalls an geeigneter Stelle im Urheberrechtsgesetz zu regeln. Dafür bietet sich wie im Vorschlag vorgesehen § 51 UrhG an. Die Schranke ist mit einem Vergütungsanspruch zu versehen. Im Hinblick auf die unüberschaubare Anzahl von denkbaren Einzelfällen schlagen wir vor, zur Klarstellung den Wortlaut des Drei-Stufen-Tests aufzunehmen. Das entspricht dem internationalen sowie europäischen Rechtsrahmen und hat konkret seine Entsprechung in den Erwägungsgründen 6 der DSM-Richtlinie.

Die Erwägungsgründe des Referentenentwurfs zu Nummer 15, S.93ff., überdehnen den gesetzten Rahmen der Richtlinie und widersprechen den Vorgaben des Drei-Stufen-Test. Sie sollten gestrichen werden. Offensichtlich dienen diese Ausführungen als Rechtfertigung und Flankierung des Flagging-Konzepts (dazu nachfolgend in Ziff. 2.4.) mit dem Ziel, auf diesem Weg Sperrungen weitgehend unmöglich zu machen – dem offensichtlich vorrangigen Ziel des Referentenentwurfs (§ 8 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 UrhDaG-E). Die bloße Behauptung des Vorliegens einer gesetzlichen Nutzungserlaubnis führt vor diesem Hintergrund dazu, dass der Upload aus Sicht des Diensteanbieters zumindest nicht „offensichtlich unzutreffend“ ist und damit weder gesperrt noch entfernt werden darf. Dies ist eine Art gesetzlicher Vermutung, nutzergenierte Inhalte seien per se Zitate, Kritik, Karikatur, Parodie oder Pastiche. Dabei ist eben dies nur in jedem Einzelfall durch menschliche Prüfung festzustellen.

2.3.2. Schranken II - Maschinell überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen

Dieser Vorschlag zerstört reguläre, erprobte Lizenzmärkte, er widerspricht europäischem und internationalem Recht und er hat folglich keinen Ansatzpunkt in der Richtlinie. Daher ist § 6 UrhDaG-E ersatzlos zu streichen.

¹⁰ siehe Fn.3

2.4. Pre-Flagging – Blocking

Pre-Flagging und ex-ante Sperren von Inhalten sind zwei Seiten einer Medaille des Informationsaustauschs zwischen den Beteiligten. Im ersten Fall unterstützen zusätzliche Informationen den Verbleib auf der Uploadplattform, indem Betroffene – im UrhDaG die Uploader*innen – ihren Upload mit der Flagge „gesetzlich erlaubt“ versehen und dem Diensteanbieter verbieten, den Upload zu sperren. Im anderen Fall kann nur auf Grundlage von Informationen der Rechteinhaber ein Sperrverlangen durchgeführt werden, z. B. durch Abgleich eines Uploads mit einem Referenzfile.

Der Referentenentwurf unterscheidet sich zu Gunsten der Rechteinhaber insofern vom früheren Diskussionsentwurf des BMJV, da nun wiederholt fälschlicherweise als erlaubt kennzeichnende Uploader*innen für einen angemessenen Zeitraum vom „Flagging“ auszuschließen **sind** (§ 19 Abs. 3 UrhDaG-E). Bisher war diese Möglichkeit in das Belieben des Diensteanbieters gestellt. Aus Sicht der betroffenen Rechteinhaber ist dies eine Verbesserung, löst aber nicht das eigentliche Problem (siehe oben – 2.3.1).

Wir schlagen vor, die im Grundsatz sinnvolle Ergänzung der Kennzeichnung von Uploads vor dem Hintergrund eines echten Interessenausgleichs der Betroffenen neu zu denken.

Beim auf YouTube bereits heute praktizierten „Trusted Flagging“ entscheiden Rechteinhaber, ob gegen bestimmte Uploader*innen grundsätzlich keine Claims erhoben werden und kennzeichnet solche Uploader*innen in Content-ID (sog. „Withlisting“). Ausgehend von diesem Verfahren ist zu fordern, dass Rechteinhaber nicht erst ab dem Beschwerdeverfahren in den Prozess einbezogen werden.

Zur Frage des ex-ante Blockings liefert die Rechtsprechung Rahmenbedingungen. Als gesicherte Rechtsprechung gilt: Keine ex-ante Sperrverpflichtung erfolgt ohne eine vorherige Forderung des Betroffenen.¹¹ Die Forderung nach Sperrung kann bereits wirksam gestellt werden, bevor entsprechender Inhalt auf einer Plattform entdeckt wurde, etwa durch das Übermittlung von erforderlichen Informationen (z. B. Werktitel, Interpret*in ggf. Referenzfile oder weitere Informationen).

Nicht grundsätzlich erfasst von dieser Pflicht darf erfasst sein, dass in jedem Fall immer auch die Information über den konkret betroffenen Inhalt (die konkrete Datei auf der Uploadplattform) beigebracht werden muss.

¹¹ Wagner: Haftung von Plattformen für Rechtsverletzungen (Teil 2), GRUR 2020, 447 m.w.N.

Gegen diese Pflicht spricht zum einen, dass der EuGH eine Löschungspflicht auch für sinngleiche Inhalte annimmt.¹² Zum anderen ist in Art. 17 Abs. 6 DSM-Richtlinie klargestellt, dass ein Diensteanbieter alle Anstrengungen unternehmen muss, um zukünftiges Hochladen der Werke und Schutzgegenstände – und gerade eben nicht nur der identischen Dateien – zu verhindern. Jede Stay-down-Pflicht setzt der Frage des Verschuldens ihre Grenzen.¹³ Daher kann es auch sein, dass der Rechteinhaber den Diensteanbieter über den konkreten, rechteevertzenden Inhalt – die betroffene Einzeldatei – informieren muss. Allerdings kann dies vor diesem Hintergrund nur die Ausnahme sein (Erwägungsgrund 66 – DSM-Richtlinie). Deshalb kann § 10 Abs. 1 UrhDaG-E nur so verstanden werden, dass ein Sperrverlangen eines Rechteinhabers regelmäßig nur die Informationen über das Werk oder den sonstigen Schutzgegenstand beinhalten muss, den er ggf. durch ein Referenzfile zum technischen Ablauf belegt. Zu § 10 Abs. 1 UrhDaG sollte ein weiterer, klarstellender Satz hinzugefügt werden, dass eine Informationspflicht der Rechteinhaber über den konkreten, rechtsvertzenden Inhalt regelmäßig nicht verhältnismäßig ist.

Im Sinne einer Balance der Interessen wäre es vielversprechender, die Haftung entsprechend den vorliegenden Informationen zu verlagern. Wenn ein Sperrverlangen vom Rechteinhaber aufrechterhalten wird, obwohl die/der Uploader*in nach Information durch den Provider substantiiert und am konkreten Fall dargelegt hat, warum sie/er meint, der betreffende Upload sei von einer gesetzlichen Erlaubnis gedeckt, dann könnte sich die Haftungsfrage auf die Rechteinhaber verlagern, wenn das Sperrverlangen aufrecht erhalten wird und der Diensteanbieter diesem entspricht. In jedem Fall sollte die Haftung auf Seiten des Diensteanbieters immer bestehen bleiben, wenn er ohne weitere Informationen Inhalte blockiert oder sperrt oder sich für das Gegenteil entscheidet.

In jedem Fall müssen Uploader*innen, Rechteinhaber und Diensteanbieter zusammen einbezogen sein, wenn der Interessenausgleich durch einen Flagging-Prozess unterstützt werden soll.

¹² EuGH: Löschungspflichten für Hosting-Anbieter sinngleicher ehrvertzender Kommentare - Eva Glawischnig-Piesczek/Facebook, GRUR 2019, 1208

¹³ BGH GRUR 2007, 708 Rn. 47 – Internet-Versteigerung II - (GRUR 2020, 447, beck-online)

2.5 § 6 UrhDaG-E

Aus rechtlichen und tatsächlichen Gründen halten wir § 6 UrhDaG-E für verfehlt. Offensichtlich scheint die Idee zu dieser Regelung auf einen Beitrag einer Gruppe von Rechtswissenschaftlern zurückzugehen.¹⁴ Die Vorschrift widerspricht sowohl der DSM-Richtlinie also auch dem Wesen von Urheberrechten, deren Bestehen oder Nicht-Bestehen sich kaum an quantitativen Maßstäben messen lässt. So bleibt das unterschiedlichen Interpretationen zu Grunde liegende Musikwerk jeweils zu 100% erhalten. Ausschnitte davon unterfallen dem Urheberschutz – ebenso bis zu 2 Sekunden lange Ausschnitte, die von erheblichem wirtschaftlichem Wert sein können, wie der EuGH im Pelham/Krafwerk Fall erkannt hat.

Art. 17 Abs. 4 DSM-Richtlinie geht ebenfalls nicht von einer entsprechenden Einschränkung von zumutbaren Anstrengungen aus. Wenn sich Uploader*innen an Musik zur Hintergrunduntermalung ihrer Videos bedienen, ist eine Abweichung von mehr als 10% die Regel und nicht die Ausnahme. Auch hier soll – wie bei der Auslegung der Schranken – durch den Referentenentwurf die Ausnahme zur neuen Regel stilisiert werden. Das deckt sich weder mit der DSM-Richtlinie noch mit dem Prinzip des Vorrangs exklusiver Rechte in Art. 17 DSM-Richtlinie. Aus diesem Grund verbietet sich jede rein auf die Quantität bezogene Diskussion, denn sie führt zu keinem befriedigenden Ergebnis. § 6 UrhDaG-E ist daher ersatzlos zu streichen.

2.6. §§ 7 Abs. 1, 22 UrhDaG

Für viele Musiker*innen, Musikunternehmer*innen und Produzent*innen von aufgezeichneten Musikaufnahmen ist der Online-Streaming-Markt heute **die** Hauptverwertungsart und -einnahmequelle.

Dabei wird ein nicht unerheblicher Teil der Einnahmen im Rahmen von bestehenden Vertragsbeziehungen zwischen Rechteinhaber*innen und Uploadplattformen erwirtschaftet. Da für Nutzungen bisher keine Lizenzen erworben werden müssen, handelt es sich allerdings rechtlich am ehesten um Kooperationsverträge, deren Regelungsgehalt schon heute denen von echten Lizenzverträgen ähnelt.

Die unabhängigen Musikunternehmer*innen als Inhaber der ausschließlichen Leistungsschutzrechte (insbesondere auch des Tonträgerherstellungsrechts § 85 UrhG) lizenzieren

¹⁴ Safeguarding User Freedoms in Implementing Art. 17 of the Copyright in the Digital Single Market Directive: Recommendations from European Academics” - Husovec, Senfleben u.a.; https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3484968

weltweit ihre Rechte direkt bzw. über ihre Digitalvertriebe und Agenturen an die Diensteanbieter. Die Diensteanbieter rechnen nutzungsbasiert an die Musikunternehmer*innen ab, d.h. je höher das Streaming-Aufkommen bestimmter Titel, desto höher auch die Einnahmen.

Das gilt gleichermaßen für von Art. 17 DSM-Richtlinie betroffenen Uploadplattformen. Der Unterschied besteht lediglich darin, dass sich aufgrund der bekannten Situation YouTube, TikTok, Facebook etc. leicht durchsetzen können, geringere Vergütung zu zahlen, da sie gegenüber den anderen Plattformen wie Spotify privilegiert sind. Trotzdem ist das Nutzungsaufkommen erheblich und damit auch die Einnahmen.

Durch die Abwesenheit von Lizenzverträgen entsteht eine Unwucht – der Value Gap –, der sich auf den gesamten Markt auswirkt. Dies wird sich durch eine richtlinienkonforme Umsetzung von Art. 17 DSM-Richtlinie ändern und zwar zu Gunsten der Tonträgerhersteller, Interpret*innen und Urheber*innen – in ganz besonderem Maße und in großer Breite.

Voraussetzung dafür ist, dass nutzungsbasiert – wie im Leistungsschutzbereich bereits üblich – abgerechnet wird. Solange eine Verwertungsgesellschaft keine abrechnungstauglichen Informationen besitzt, kann sie die Einnahmen nur über einen Umweg nutzungsbasiert abrechnen, z. B. indem sie die Einnahmen prozentual einer der tatsächlichen Nutzung nahe kommenden Verwertung aufschlägt. Selbst wenn ein einigermaßen vergleichbarer Maßstab herangezogen werden kann, entspricht diese Art der Vergütung nach einem analogen Vergütungsmaßstab nicht der Verteilungsgerechtigkeit wie sie bereits möglich ist und praktiziert wird.

Dagegen wird ein weiterer Graben aufgetan, wenn die Musikunternehmer*innen und Inhaber*rinnen von Leistungsschutzrechten zur kollektiven Lizenzvergabe gezwungen werden, für die Wiedergabe von Werken bzw. Leistungsschutzrechten die sie Dritten eingeräumt haben. Das gilt in ganz besonderem Maße für die unabhängigen Musikunternehmer*innen.

Gem. § 22 UrhDaG-E ist § 7 UrhDaG-E auch auf verwandte Schutzrechte anwendbar also sowohl auf die Leistungen der Interpret*innen als auch der Tonträgerhersteller. Das Tonträgerherstellerrecht (§ 85 UrhG) entsteht bei den Produzent*innen. Diese übertragen es dem Label idR über einen Bandübernahmevertrag oder z. B. einer GbR, wenn sich ein Gruppe von mehreren Personen zur gemeinsamen Auswertung zusammengetan hat. Über den Weg zum Vertrieb – im digitalen Geschäft Aggregator genannt – wird es an die Plattformen lizenziert, die im Gegenzug die Vergütung abrechnen und zwar konkret nach Nutzungen je Titel (!). Die Rechteinhaber werden somit nutzungsbasiert vergütet.

Bei einer pauschalen Vergütung im Bereich der Leistungsschutzrechte werden beispielsweise nur noch die Interpret*innen sowie Tonträgerhersteller beteiligt, deren Werke in den von der Verwertungsgesellschaft GVL bei der Auswertung berücksichtigten Rundfunksender laufen.