



Wikimedia Deutschland e. V., Tempelhofer Ufer 23-24, 10963 Berlin

An die  
Ministerpräsidentinnen und Ministerpräsidenten  
der Länder

**Berlin, 22.03.2021**

**Korrektur “alternativer Fakten” im Bundesratsentwurf zur DSM-Umsetzung**

Sehr geehrte Ministerpräsidentinnen und Ministerpräsidenten,

den Unterzeichnenden liegt der Entwurf des Beschlusses des Bundesrates im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens des Bundes zur Umsetzung der DSM-Richtlinie der EU vor, der am kommenden Freitag, 26.03.2021 im Bundesrat gefasst werden soll (Drs. 142/1/21 vom 16.03.2021, 25 Seiten).

Neben einigen aus unserer Sicht sehr zu begrüßenden Punkten wie der Forderung einer konsequenten Entfristung des UrhWissG und der Aufforderung, bei der DSM-Umsetzung auf Upload-Filter zu verzichten, enthält der Entwurf zahlreiche weitere politische Empfehlungen, die zwar problematisch erscheinen, die jedoch an anderer Stelle weiter zu verhandeln sein werden und deren Inhalt nicht Gegenstand des vorliegenden offenen Briefes ist.

Was allerdings nicht so stehen bleiben darf, wie im derzeitigen Entwurf zu lesen, sind einige faktisch wie juristisch schlicht falsche Behauptungen. Wir fordern Sie daher auf, die unten dargestellten Teile des Textes – wie auch immer das prozedural noch möglich sein mag – vor der Beschlussfassung zu korrigieren. Unsere Länderkammer macht sich ansonsten insoweit mit “alternativen Fakten” lächerlich.

Mit freundlichen Grüßen

Handwritten signature of Abraham Taherivand in blue ink.

Abraham Taherivand  
Geschäftsführender Vorstand  
Wikimedia Deutschland e. V.

Handwritten signature of John H. Weitzmann in blue ink.

John H. Weitzmann  
Leiter Politik und Recht, Syndikus  
Wikimedia Deutschland e. V.

**Wikimedia Deutschland - Gesellschaft zur Förderung Freien Wissens e. V.**

Postfach 61 03 49, 10925 Berlin · Tempelhofer Ufer 23-24, 10963 Berlin  
Tel.: +49 (0) 30 219 158 26 - 0 · Fax: +49 (0) 30 219 158 26 - 9 · <http://wikimedia.de> · [info@wikimedia.de](mailto:info@wikimedia.de)  
Geschäftsführender Vorstand: Abraham Taherivand · Eingetragen beim Amtsgericht Berlin-Charlottenburg unter der Nummer 23855 B  
Spendenkonto: IBAN: DE05 1002 0500 0003 2873 00, BIC: BFSWDE33BER

Im Einzelnen:

### ***Juristische Fehler in der Empfehlung unter Ziffer 27:***

*"Der Bundesrat erinnert an die allgemeinen Beweisgrundsätze, wonach derjenige, der sich auf eine für ihn günstige Vorschrift beruft, nachweisen muss, dass ihre Tatbestandsmerkmale erfüllt sind. Dementsprechend ist es zentrales Prinzip des Urheberrechts, dass derjenige, der eine Schranke in Anspruch nimmt, deren Voraussetzungen nachweisen muss. Dieses Prinzip wird durch § 9 UrhDaG in sein Gegenteil verkehrt, wenn der Rechteinhaber darlegen und nachweisen muss, dass eine Nutzung nicht die Voraussetzungen für die gesetzliche Erlaubnis erfüllt."*

1. Es handelt sich bei § 9 UrhDaG-E nicht um eine Schranke. Eine solche ist in der InfoSoc-Richtlinie gar nicht vorgesehen und dazu hat das BMJV bereits umfassend ausgeführt in seinen Entwurfstexten.

2. Art. 17 der DSM-Richtlinie schafft (erstmalig im Urheberrecht) positive Nutzendenrechte. Wenn diese nicht greifen und eine Sperrung erfolgen soll, sind es die Rechteinhaber, die sich insoweit auf für sie günstige Regelungen berufen. Damit ist der reguläre Beweislastgrundsatz vollumfänglich gewahrt, allerdings auf einer für das Urheberrecht neuen Basis.

### ***Tatsachenfehler in der Empfehlung unter Ziffer 29:***

*"Der Bundesrat weist darauf hin, dass eine „Geringfügige Nutzung“ im Sinne von § 10 UrhDaG weder in der DSM-Richtlinie angelegt, noch bekannt ist, ob vergleichbare Regelungen der Umsetzungspraxis in anderen Mitgliedstaaten entsprechen. Die in Artikel 17 Absatz 7 Satz 2 DSM-Richtlinie angelegten Schranken werden durch die zusätzlichen Regelungen in § 10 UrhDaG erweitert und damit die Position der Rechteinhaber entgegen Artikel 17 Absatz 1 und 2 DSM-Richtlinie entwertet. Der Bundesrat bittet mit Blick auf einen funktionierenden digitalen Binnenmarkt von weitreichenden nationalen Alleingängen abzusehen."*

Was bei der Abfassung dieses Abschnitts offenbar nicht geprüft wurde:

Die Bagatellgrenze findet sich im Umsetzungsvorschlag Österreichs (sogar mit höheren Grenzwerten als im deutschen Vorschlag) und im Entwurf der Leitlinien für die Umsetzung von Artikel 17 DSM-RL durch die Europäische Kommission.

Der Umsetzungsvorschlag Finnlands sieht sogar vor, dass überhaupt kein Inhalt automatisch gesperrt werden darf, also auch nicht solche Nutzungen, die über etwaigen Bagatellgrenzen liegen.

Die deutsche Umsetzung befindet sich in diesem Punkt also im europäischen Mainstream. Dass nicht bekannt sei, ob ähnliches wie in Deutschland auch im EU-Ausland in den Entwürfen stehe, ist also schlicht falsch. Das führt weiter dazu, dass von "Alleingängen" keine Rede sein kann. Im Gegenteil würde ein Ignorieren der Empfehlungen der EU-Kommission einen Sonderweg darstellen.

**(Rechtschreib- und) Tatsachenfehler in der Empfehlung unter Ziffer 30:**

*"Artikel 17 der DSM-Richtlinie sieht keine erlaubte geringfügige Nutzung der in § 10 in Verbindung mit § 9 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 UrhDaG beschriebenen Art vor. Nach aktuellem Kenntnisstand setzen andere europäische Länder die Richtlinie ohne eine entsprechende Ausnahme für „geringfügige Nutzung“ vor. Sollte die vorgelegte Regelung in deutsches Recht umgesetzt werden, droht ausgerechnet im Bereich des bekanntlich weltweiten Internet eine uneinheitliche Rechtslage in Europa: in Deutschland wäre erlaubt was etwa in Frankreich oder Österreich untersagt wäre."*

Abgesehen vom Rechtschreibfehler am Ende des 2. Satzes gilt hier dasselbe wie oben zu Ziffer 29, denn der Kenntnisstand des Autors ist falsch:

Österreichs Umsetzungsvorschlag enthält sehr wohl eine Bagatellregelung, sogar mit höheren Grenzwerten.

Frankreichs Umsetzungsgesetzgebung enthält weder eine Bagatellgrenze noch eine wortlautgetreue Wiedergabe von Artikel 17, sondern besteht aus einer schlichten Ermächtigung der französischen Regierung, Artikel 17 per Dekret umzusetzen. Da die französische Regierung von dieser Möglichkeit bislang keinen Gebrauch gemacht hat, kann zum aktuellen Zeitpunkt nicht gesagt werden, in welchen Aspekten die französische Umsetzung der deutschen Umsetzung entsprechen oder von ihr abweichen wird.

**Weiter zu Ziffer 30:**

*"Die Regelung § 10 in Verbindung mit § 9 Absatz 2 Satz 1 Nummer 3 UrhDaG befreit auch große Dienstanbieter (Plattformen) von der Prüfung von Urheberrechtsverletzungen bei sogenannter „geringfügiger Nutzung“ und konkretisiert die geringfügige Nutzung. Sie ist somit eine Beweislastumkehr zum Nachteil der Urheber, die nicht nur der EU-Regelung widerspricht, sondern zugleich ohne Rechtsgrund in die Rechtsposition der Urheber eingreift."*

Siehe oben 2. zu Ziffer 27. Diese Beweislastregelung entspricht den Vorgaben von Artikel 17 Abs. 7 DSM-RL, die erstmals positive Nutzendenrechte schafft. Der Entwurf der BReg widerspricht also nicht der EU-Regelung, sondern setzt deren Vorgabe aus Artikel 17 Abs. 7 um, wonach legale Inhalte nicht gesperrt werden dürfen.

Wie die Europäische Kommission bereits am 10. November vor dem Europäischen Gerichtshof erläutert hat, handelt es sich bei der Verpflichtung, legale Inhalte online zu lassen, um eine Zielverpflichtung, während die Verpflichtung zum Sperren urheberrechtsverletzender Inhalte lediglich eine Verpflichtung zu bestmöglichen Anstrengungen ist. Deshalb hat die Verpflichtung, legale Inhalte online zu belassen, immer dann Vorrang, wenn beide Verpflichtungen miteinander kollidieren. Dieses Prinzip gibt der deutsche Gesetzesentwurf korrekt wieder.

**Weiter zu Ziffer 30:**

*"Die Beschreibung „geringfügiger Nutzungen“ in absoluten, starren Einheiten ist zudem nicht sachgerecht. Beispielsweise können bei Schriftwerken die als geringfügige Nutzung festgelegten 160 Zeilen ohne weiteres das gesamte Werk ausmachen, hingewiesen sei insbesondere auf die kurzen Gedichte des vielfach ausgezeichneten Frankfurter Lyrikers Robert Gernhardt (1937 – 2006)."*

Diese Bezugnahme auf Robert Gernhardt ist nicht nur eine recht dreiste Vereinnahmung eines Dichters, der sich dagegen nicht mehr wehren kann, sie ist auch juristisch falsch: Geringfügige Nutzungen gemäß § 9 Abs. 2 Nr. 1 UrhDaG-E gelten nur dann als mutmaßlich erlaubt (und sind dann im Übrigen auch pauschal zu vergüten), wenn sie nicht mehr als die Hälfte eines geschützten Werks enthalten. Die genannten Gedichte von Robert Gernhardt wären von der Bagatellregelung also keineswegs komplett abgedeckt, selbst wenn sie weniger als 160 Zeichen umfassen.

**Weiter zu Ziffer 30:**

*"Die in § 11 Absatz 2 beschriebene 48-stündige Erlaubnis rechtswidriger Nutzung ist nicht sachgerecht und widerspricht dem schützenswerten Recht und Interesse der Urheber. Eine zweitägige Rechtsverletzung kann eine ganz erhebliche, nicht hinnehmbare Beeinträchtigung der wirtschaftlichen Rechteverwertung bedeuten. So sei insbesondere auf das äußerst kurzlebige Verwertungsfenster für aktuelle Ereignisse insbesondere Pressefotografie oder Bewegtbild hingewiesen."*

Abgesehen von der äußerst tendenziösen Formulierung, die nahelegt, es gebe im Gesetzentwurf eine bewusste Erlaubnis ansonsten rechtswidriger Nutzung, was nicht der Fall ist, unterschlägt diese Bemerkung:

Die 48-stündige Frist zur Nachholung des Flagging besteht nur in Fällen, in denen nicht bereits zum Zeitpunkt des Uploads ein Sperrverlangen vorliegt.

Gerade bei den Inhalten mit besonders kurzlebigen Verwertungsfenstern können (und werden) die Rechteinhabenden also selbst dafür sorgen, dass diese Werke sofort im Uploadfilter hinterlegt werden. Dann kommt die 48-Stunden-Regelung erst gar nicht zum Zuge.

Sie ist vielmehr für Fälle vorgesehen, in denen ein Rechteinhaber eine Sperrung von Inhalten veranlasst, die sich bereits längere Zeit auf der Plattform befinden, teilweise Monate oder Jahre. In diesen Fällen ist eine besondere Kurzlebigkeit aber gerade nicht gegeben. Darüber hinaus steht vertrauenswürdigen Rechteinhabern auch im Fall gekennzeichnete Inhalte der "Red-Button"-Mechanismus nach § 14 Abs 4 UrhDaG-E zur Verfügung, der die 48-Stunden-Regelung ausschaltet.

***Juristischer Fehler in der Empfehlung unter Ziffer 31:***

*"Das Erfordernis der Prüfung durch eine natürliche Person kann insbesondere bei einer Vielzahl von gleichzeitigen Verfahren und bei zeitkritischen Inhalten (Live-Inhalte) dazu führen, dass der Rechtsinhaber die Erklärungen nach § 14 Absatz 4 UrhDaG nicht mehr ordnungsgemäß prüfen kann und somit in der Verteidigung seiner Rechte sowie seiner verfassungsrechtlich geschützten Verwertungsbefugnis behindert wird."*

Das Erfordernis der Prüfung durch eine natürliche Person ist durch Artikel 17 Abs. 9 Satz 2 DSM-Richtlinie selbst ausdrücklich und zwingend vorgeschrieben (Hervorhebung durch die Unterzeichnenden):

"Im Rahmen des in Unterabsatz 1 vorgesehenen Verfahrens eingereichte Beschwerden sind unverzüglich zu bearbeiten, und Entscheidungen über die Sperrung des Zugangs zu hochgeladenen Inhalten bzw. über die Entfernung hochgeladener Inhalte sind einer von Menschen durchgeführten Überprüfung zu unterziehen."

***Abschließender Hinweis:***

Weiterführende Informationen zum Umsetzungsstand in den genannten anderen EU-Ländern übersenden wir auf Anfrage gerne, sind aber der Auffassung, dass der Bundesrat resp. seine Ausschüsse auch selbst in der Lage sein sollten, sich diese Informationen zu beschaffen.

- - -