

HENRIKE MAIER

Remixe auf Hosting-Plattformen

Internet und Gesellschaft

11

Mohr Siebeck

Internet und Gesellschaft

Schriften des Alexander von Humboldt Institut
für Internet und Gesellschaft

Herausgegeben von
Jeanette Hofmann, Ingolf Pernice,
Thomas Schildhauer und Wolfgang Schulz

11



Henrike Maier

Remixe auf Hosting-Plattformen

Eine urheberrechtliche Untersuchung
filmischer Remixe zwischen grundrechtsrelevanten
Schranken und Inhaltfiltern

Mohr Siebeck

Henrike Maier; geboren 1989; Studium der Rechtswissenschaften an der Humboldt-Universität zu Berlin und der Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne; 2014–2017 wiss. Mitarbeiterin am Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft; 2016 Visiting Researcher an der University of California Los Angeles; 2017 Promotion; 2017–2019 Rechtsreferendarin am Kammergericht Berlin.

ISBN 978-3-16-156025-5 / eISBN 978-3-16-156035-4
DOI 10.1628/978-3-16-156035-4

ISSN 2199-0344 / eISSN 2569-4081 (Internet und Gesellschaft)

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Dieses Werk ist lizenziert unter der Lizenz „Creative Commons Namensnennung – Nicht kommerziell – Keine Bearbeitungen 4.0 International“ (CC-BY-NC-ND 4.0). Eine vollständige Version des Lizenztextes findet sich unter: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/deed.de>.

Jede Verwendung, die nicht von der oben genannten Lizenz umfasst ist, ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar.

Das Buch wurde von epline in Böblingen aus der Times gesetzt, von Gulde Druck in Tübingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2017/2018 an der Juristischen Fakultät der Humboldt-Universität zu Berlin als Dissertation angenommen. Bis zur Drucklegung konnten Rechtsprechung und Literatur bis Ende des Jahres 2017 eingearbeitet werden. Mit Blick auf den europäischen Reformprozess im Urheberrecht bezieht sich die Arbeit in erster Linie auf den Kommissionsentwurf zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt. Auf Änderungsvorschläge von Ausschüssen des Europäischen Parlaments sowie der Ratspräsidentschaft konnte ergänzend eingegangen werden.

Die Erstellung dieser Arbeit wäre ohne die durchgängige Unterstützung vieler Personen nicht möglich gewesen. Mein Dank gilt zuvorderst Prof. Dr. Katharina de la Durantaye für die Betreuung dieser Arbeit und wertvolle inhaltliche Anregungen. Ihre Lehrveranstaltungen haben schon im Studium meine Begeisterung für Remix, Urheberrecht und U.S. Copyright Law geweckt und somit den Grundstein für diese Arbeit gelegt.

Prof. Dr. Axel Metzger danke ich herzlich für die Erstellung des Zweitgutachtens.

Die Dissertation entstand während meiner Arbeit im Forschungsprojekt „dwerft“ am Alexander von Humboldt Institut für Internet und Gesellschaft (HIIG). Für die finanzielle Förderung des Vorhabens danke ich dem Bundesministerium für Bildung und Forschung.

Den Direktoren des HIIG – insbesondere Prof. Dr. Ingolf Pernice – danke ich für das inspirierende Arbeitsumfeld und die Aufnahme in die Schriftenreihe *Internet und Gesellschaft*. Freunden und Kollegen am HIIG und an der Humboldt-Universität bin ich sehr verbunden für spannende Gespräche und Doktorandentreffen, die diese Zeit für mich ungemein bereichert haben.

Meine amerikanische Gastfamilie hat mich dankenswerterweise auch während meiner Zeit als Visiting Researcher an der UCLA in größtmöglicher Gastfreundschaft aufgenommen. Ohne diesen Forschungsaufenthalt und den wissenschaftlichen Austausch vor Ort wäre der rechtsvergleichende Teil meiner Arbeit in dieser Form nicht möglich gewesen.

Der größte Dank gebührt meiner Familie und Felix für hilfreiche Anmerkungen zum Manuskript und liebevolle moralische Unterstützung.

Berlin im Januar 2018

Henrike Maier

Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	IX
<i>Einleitung</i>	1
A. Einführung und Problemaufriss	1
B. Gang der Untersuchung und Methodisches	3
C. Remix-Film – ein Überblick	4
Erster Teil: Remix-Film und gesetzlich erlaubte Nutzungen	17
§ 1 <i>Erlaubnisfreie Nutzung im deutschen Urheberrecht</i>	19
A. Zitatrecht und filmischer Remix	20
B. Freie Benutzung und filmischer Remix	43
§ 2 <i>Fair use im U.S.-amerikanischen Urheberrecht</i>	66
A. Zweck und Charakter der Nutzung in Remix-Filmen	67
B. Charakter des genutzten Ausgangsmaterials	81
C. Umfang und Wesentlichkeit des genutzten Filmmaterials	84
D. Auswirkung der Nutzung auf den potentiellen Markt oder Wert des Ausgangswerks	89
E. Zwischenergebnis und Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland	94
Zweiter Teil: Auswirkungen der Zugänglichmachung über Hosting-Plattformen	99
§ 3 <i>Auswirkung grenzüberschreitender Verbreitung auf das anwendbare Recht</i>	101
A. Anwendbares Recht	101
B. Begrenzbarkeit der zu berücksichtigenden Rechtsordnungen?	113
C. Bedeutung für gesetzlich erlaubte Nutzungen und Remix-Film	122
§ 4 <i>Verhältnis von Rechtklärung zu gesetzlich erlaubten Nutzungen</i>	125
A. „Rechtklärung“ über Hosting-Plattformen	126
B. Das Marktversagen-Argument	130

C.	Relevanz möglicher Rechtklärung in der Rechtsprechung	138
D.	Bedeutung für gesetzlich erlaubte Nutzungen und Remix-Film	146
§ 5	<i>Verhältnis von Inhalte-Filtern zu gesetzlich erlaubten Nutzungen</i>	149
A.	Inhaltefilter auf Hosting-Plattformen	149
B.	Rechtlicher Hintergrund	153
C.	Nachgelagerte Mechanismen zur Schrankensicherung	186
D.	Bedeutung für gesetzlich erlaubte Nutzungen und Remix-Film	195
	<i>Schlussbetrachtung: Problemlage und Lösungsmöglichkeiten</i>	197
A.	Gesetzlich erlaubte Nutzungen	197
B.	Einschränkung Filterpflichten	199
C.	Nachgelagerte Mechanismen zur Schrankensicherung	201
	Literaturverzeichnis	203
	Sachverzeichnis	219

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsübersicht	VII
<i>Einleitung</i>	1
A. Einführung und Problemaufriss	1
B. Gang der Untersuchung und Methodisches	3
C. Remix-Film – ein Überblick	4
I. Historische Vorläufer des Remix-Films	5
II. Remix als Appropriation	6
III. Remix als Argument	7
IV. Remix als Meta-Kino	8
V. Remix-Formen	9
1. Kritischer Remix und Trailer-Remix	10
2. Fan-Videos (<i>vids</i>)	12
3. Videoessays	13
VI. Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand der Arbeit	14
Erster Teil: Remix-Film und gesetzlich erlaubte Nutzungen	17
§1 Erlaubnisfreie Nutzung im deutschen Urheberrecht	19
A. Zitatrecht und filmischer Remix	20
I. Selbstständigkeit als eigenständiges Kriterium?	21
II. Zitat zwecke im Remix-Film	23
1. Problem: Ausschließlich Fremdmaterial	23
a) Eigene Aussage allein durch Fremdmaterial?	23
b) Belegfunktion	24
c) Kunstspezifische Auslegung	25
2. Grenzfragen der kunstspezifischen Auslegung für Remixe	27
a) „Engagierte“ Kunst im Remix-Film	27
b) Amateurkunst und Unterhaltung	28
aa) Amateurkunst	28
bb) Reine Unterhaltung oder Erforderlichkeit	28
c) Erkennbarkeit	29
d) Vereinbarkeit mit europäischen Vorgaben?	30
aa) Relevanz europäischer Grundrechte	30
bb) Enge Auslegung und Drei-Stufen-Test	33

cc) Grundrechtskonforme Auslegung	35
3. Musik in filmischen Remixen	36
III. Persönlichkeitsrechtliche und wirtschaftliche Interessen	38
1. Änderungsverbot	38
2. Quellenangabe	40
3. Wirtschaftliche Interessen	41
IV. Zwischenergebnis	43
B. Freie Benutzung und filmischer Remix	43
I. Film-Parodien und § 24 UrhG	46
1. Ausschließlich Fremdmaterial	47
2. Grundsätzlich weites Parodieverständnis	48
3. Ziel der Verspottung	49
4. Rechte Dritter und berechtigtes Interesse des Rechteinhabers	50
5. Urheberpersönlichkeitsrechte	51
II. Freie Benutzung sonstiger künstlerischer Remixe	52
1. Stand der deutschen Rechtsprechung	53
a) BGH zur künstlerische Auseinandersetzung	53
b) Verfassungsrechtliche Wertungen (<i>Metall auf Metall</i>)	54
2. Übertragung auf Remix-Filme	56
a) Klare These oder künstlerische Konzeptidee	56
b) Künstlerische Interpretation	57
c) Schlichtes Weitererzählen und Materialfunktion	58
d) Implikationen für den starren Melodienschutz?	58
3. Vereinbarkeit mit europäischem Recht?	60
a) Relevanz europäischer Vorgaben	60
b) Anknüpfung an bestehende Schranken	61
c) Erweiterung des europäischen Schrankenkatalogs	64
III. Zwischenergebnis	65
 § 2 <i>Fair use im U.S.-amerikanischen Urheberrecht</i>	 66
A. Zweck und Charakter der Nutzung in Remix-Filmen	67
I. Transformativität und Remix	67
1. Parodien und sonstige kritische Remixe	69
2. Die in 17 U.S.C. § 107 privilegierten Zwecke	70
3. Transformativität durch neue Kombination bei Mashups	71
4. Grenze: Unterhaltungswert des Originals ausnutzen	72
5. Zweckidentifikation bei Remixen	73
a) Kriterien zur Bestimmung des neuen Zwecks im Filmbereich	74
b) Ambiguität und mehrere Zwecke	75
aa) Berücksichtigung des veränderten Ausdrucks	76
bb) Berücksichtigung verschiedener Perspektiven	77
II. Kommerzielle Remixe	80
B. Charakter des genutzten Ausgangsmaterials	81
I. TV-Mitschnitte	81
II. Spielfilme	82
III. Noch nicht gezeigtes bzw. gesendetes Filmmaterial	82

IV. Selten gezeigtes Filmmaterial und begrenzt verfügbare Aufnahmen	83
C. Umfang und Wesentlichkeit des genutzten Filmmaterials	84
I. Maßstab des dritten Faktors	84
II. „Heraufbeschwören“ des Ausgangsmaterials	84
1. Werk-bezogene Kritik (Parodie)	85
2. „Erforderlichkeit“ im Übrigen, insbesondere bei Filmsatiren	86
III. Länge und Aussagekraft des entnommenen Filmmaterials	87
IV. „Zentrale“ Nutzung des Materials im Remix?	87
V. Wiederholtes Zeigen eines Filmausschnitts	88
D. Auswirkung der Nutzung auf den potentiellen Markt oder Wert des Ausgangswerks	89
I. Maßstab des vierten Faktors	89
II. Einschränkungen des vierten Faktors für kritische Remixe	90
III. Eingeschränkte Berücksichtigung von entgangenen Lizenzgebühren	91
1. Nur traditionelle, übliche Lizenzmärkte	91
2. Marktbeeinträchtigung durch transformative Remixe?	92
IV. Berücksichtigung positiver Auswirkung auf den Markt des Ausgangsfilms	93
E. Zwischenergebnis und Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland	94

Zweiter Teil: Auswirkungen der Zugänglichmachung über Hosting-Plattformen 99

§ 3 *Auswirkung grenzüberschreitender Verbreitung auf das anwendbare Recht* 101

A. Anwendbares Recht	101
I. Schutzlandprinzip der Rom II-VO	102
1. Ubiquitäre Medien	102
2. Sachrechtliche Einschränkung	105
a) EU-Recht	105
b) Deutsche Rechtsprechung	106
II. Anwendbares Recht aus Perspektive U.S.-amerikanischer Gerichte	109
B. Begrenzbarkeit der zu berücksichtigenden Rechtsordnungen?	113
I. Internetspezifische Anknüpfung	114
1. Schutzlandprinzip und spezielle Regel für ubiquitäre Medien	114
2. Identifikation der engen bzw. engsten Verbindung	115
3. „Retreat to territoriality“-Ausnahme	117
4. Spezielle Anknüpfung für Internet-Dienste	118
II. Lokalisierung der öffentlichen Wiedergabe	119
1. Beispiel: Portabilitätsverordnung	120
2. Weitere Harmonisierung erforderlich	121
C. Bedeutung für gesetzlich erlaubte Nutzungen und Remix-Film	122

§ 4 *Verhältnis von Rechtklärung zu gesetzlich erlaubten Nutzungen* 125

A. „Rechtklärung“ über Hosting-Plattformen	126
I. Rechteinhaber – Plattformbetreiber	126

II.	Plattformbetreiber – Nutzer	128
III.	Nutzer – Rechteinhaber	129
IV.	Zwischenergebnis	130
B.	Das Marktversagen-Argument	130
I.	Verringerte Transaktionskosten durch Plattformen	131
II.	Transaktionskosten und Marktversagen	132
1.	Rein marktbasierende Ansätze („neoclassicism“)	132
2.	Anreiz- und Nutzenoptimierungsansatz	134
3.	Bedeutung für kreative Nutzungen auf Hosting-Plattformen	136
C.	Relevanz möglicher Rechtklärung in der Rechtsprechung	138
I.	Deutsche Rechtsprechung	139
II.	Europäische Rechtsprechung	141
III.	Vereinfachte Rechtklärung in der US-amerikanischen Rechtsprechung	143
1.	Bedeutung tatsächlicher Nutzungs- und Lizenzierungspraktiken	143
2.	<i>Fair use</i> trotz einfacher Rechtklärungsmöglichkeit	144
D.	Bedeutung für gesetzlich erlaubte Nutzungen und Remix-Film	146
§ 5	<i>Verhältnis von Inhalte-Filtern zu gesetzlich erlaubten Nutzungen</i>	149
A.	Inhaltefilter auf Hosting-Plattformen	149
I.	Funktionsweise der Filtersysteme	149
II.	Gefahr des Overblockings	151
B.	Rechtlicher Hintergrund	153
I.	US-amerikanisches Recht	153
1.	Grundsätzlich keine Filterpflichten für privilegierte Provider	154
2.	Verbleibende Rechtsunsicherheit und <i>UGC-Principles</i>	155
3.	Zwischenergebnis	159
II.	Europäischer Rechtsrahmen	159
1.	ECRL und EuGH-Rechtsprechung	159
a)	Safe-Harbour-Privileg und Prüfpflichten	159
b)	Grenzen für Prüfpflichten	164
c)	Zwischenergebnis	165
2.	Richtlinienentwurf zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt	166
a)	Hintergrund	166
b)	„Große Mengen“ hochgeladener Werke	167
c)	Offene Fragen zur öffentlichen Wiedergabe	167
d)	Konflikt mit ECRL und Durchsetzungsrichtlinie	172
e)	Grundrechtliche Bedenken	175
f)	Zwischenergebnis	176
III.	Filterpflichten nach deutschem Recht	177
1.	Anwendung der Safe-Harbour-Voraussetzungen	177
2.	Störerhaftung und Prüfpflichten	180
a)	Gleichartige Verletzungen	181
b)	Zumutbarkeit	182
3.	Vereinbarkeit mit europäischen Vorgaben?	184
C.	Nachgelagerte Mechanismen zur Schrankensicherung	186
I.	USA	187

1. Gesetzliches <i>Put-back</i>	187
2. Praktische Anwendungsschwierigkeiten	187
a) Kritik am <i>Put-back</i> -Verfahren	187
b) Zusammenspiel mit privaten Streitbelegungsverfahren	189
II. EU und Deutschland	191
1. Richtlinienentwurf zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt	191
2. Vertraglicher <i>Put-back</i> -Anspruch	192
3. Wertung europäischer Grundrechte	194
D. Bedeutung für gesetzlich erlaubte Nutzungen und Remix-Film	195
<i>Schlussbetrachtung: Problemlage und Lösungsmöglichkeiten</i>	197
A. Gesetzlich erlaubte Nutzungen	197
B. Einschränkung Filterpflichten	199
C. Nachgelagerte Mechanismen zur Schrankensicherung	201
Literaturverzeichnis	203
Sachverzeichnis	219

Einleitung

A. Einführung und Problemaufriss

Kaum ein Phänomen illustriert die „kreative Referenzkultur“¹ des Internets so sehr wie der Remix von Videos.² Das Internet bietet – von kommerziell hergestellten Hollywood-Filmen über Amateurvideos zu historischen Aufnahmen – einfachen Zugriff auf vielfältiges Rohmaterial.³ Diesen Fundus nutzen Remixer⁴, um Geschichten neu zu erzählen, Parodien zu gestalten oder Popkultur kritisch zu kommentieren.⁵ Ein weltweites und millionenfaches Aufrufen von Remixen lässt sich seit Mitte der 2000er Jahre beobachten.⁶ Seit dieser Zeit verbreiten kreative Nutzer (oder „user-producer“)⁷ ihre Remixe auch über Hosting-Plattformen⁸.

Wesensmerkmal des Remix-Films ist die Neukombination fremden audiovisuellen Materials. Derartige Filme können also eine Vielzahl von Urheber- und Leistungsschutzrechten verletzen, wenn sie nicht über gesetzlich erlaubte Nutzungen⁹ privilegiert sind.¹⁰ Bei Auslegung der relevanten Normen ist zu beachten, dass die Gestaltung und Zugänglichmachung von Remixen in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen können. Es gilt daher insbesondere zu untersuchen, welche Bedeutung grundrechtlichen Erwägungen bereits *de lege lata* für die Auslegung von gesetzlich erlaubten Nutzungen zukommt und welche Konsequenzen dies für kreativ gestalte-

¹ von Gehlen, Mashup, S. 19: „Dabei handelt es sich um eine Technik der Bezugnahme, des Zitats und der Adaption, die schon immer Grundlage unseres Kulturverständnisses war, die jedoch – ebenso wie die Vervielfältigung – durch die Digitalisierung einem Veränderungsprozess unterworfen ist, der ihre Bedeutung noch verstärkt“. Dazu auch Klass, ZUM 2016, 801.

² Nachfolgend auch als Film-Remixe oder Remix-Filme bezeichnet.

³ Baron, 6 Projections 2012, 102, 103.

⁴ Alle Personenbezeichnungen im folgenden Text sind geschlechtsneutral zu verstehen.

⁵ Horwatt in: Smith, Cultural Borrowings (2009), S. 76.

⁶ Manovich in: Navas/Gallagher/Burrough, Remix Studies (2015), S. 169. Zur Online-Distribution von Remixen siehe auch Horwatt in: Smith, Cultural Borrowings (2009), S. 76.

⁷ Sonvilla-Weiss in: Navas/Gallagher/Burrough, Remix Studies (2015), S. 88.

⁸ In der Arbeit werden die Begriffe Hosting-Plattform, UGC-Plattform und Social-Sharing-Plattform zum Teil synonym verwendet. Gemeint sind diejenigen Webseiten, auf denen Remixe verbreitet werden, d. h. insbesondere Plattformen wie Vimeo oder YouTube, aber teilweise auch soziale Netzwerke wie Facebook.

⁹ Der Begriff wird im Rahmen dieser Arbeit als Oberbegriff für urheberrechtliche Schranken und Beschränkungen in Deutschland sowie die *Fair use*-Doktrin genutzt.

¹⁰ Zugleich beschäftigen sich bisher nur wenige Arbeiten vertieft mit den Besonderheiten von Remix im Filmbereich. Die Arbeit von Gelke (Mashups im Urheberrecht, S. 25 ff.) ist hier eine Ausnahme, auch wenn Video-Mashups dort nicht den Schwerpunkt bilden. Die meisten anderen Arbeiten beschäftigen sich insbesondere mit dem Sampling von Tonfolgen oder musikalischen Mashups, so etwa Döhl, Mashup in der Musik; Salagean, Sampling; Schlinghoff, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit.

te, filmische Remixe hat. Insofern unterscheidet sich der Fokus dieser Untersuchung von Arbeiten, die sich mit einer Privilegierungsfähigkeit von sog. User Generated Content auseinandersetzen.¹¹ Denn User Generated Content meint zumeist sehr heterogene Gestaltungsformen und umfasst teilweise sogar Uploads von Werken in unveränderter Form.¹² Vorliegend sollen dagegen gerade kreative Neukombinationen von Filmausschnitten in den Blick genommen und dahingehend untersucht werden, inwieweit darin eine (grundrechtsrelevante) künstlerische Betätigung liegen kann.

Eine Untersuchung von Remix-Filmen darf sich allerdings nicht auf die Auslegung gesetzlich erlaubter Nutzungen beschränken. Mit Hosting-Plattformen tritt neben die Rechteinhaber¹³ und Nutzer¹⁴ ein weiterer relevanter Akteur, denn Remix-Videos sind ein Paradebeispiel für kreative Nutzungen, die über solche Plattformen geteilt werden. Der Umgang von Plattformen mit hochgeladenen Remixen hat erheblichen Einfluss darauf, welche Bedeutung gesetzlich erlaubten Nutzungen faktisch zukommt. Ziel dieser Arbeit ist daher, die urheberrechtliche Privilegierung von Remix-Filmen zu untersuchen und darüber hinaus mögliche Auswirkungen der Zugänglichmachung über Plattformen auf die grundrechtsrelevanten Schranken und Beschränkungen für kreative Nutzungen zu klären.

Plattformen operieren zumeist über nationale Grenzen hinweg. Das wirft Fragen nach dem anwendbaren Recht und den für gesetzlich erlaubte Nutzungen relevanten Rechtsordnungen auf. Darüber hinaus können Plattformen als Intermediäre mit Rechteinhabern kooperieren und so möglicherweise die (transnationale) Rechtereklärung vereinfachen.¹⁵ Damit stellt sich aber auch die Frage, ob eine vereinfachte Rechtereklärung Auswirkungen auf die Berechtigung oder Auslegung von gesetzlich erlaubten Nutzungen haben kann. Zuletzt ist der Einsatz von Filtertechniken zur Identifikation urheberrechtlich geschützter Inhalte auf Hosting-Plattformen weit verbreitet. Dabei ist klärungsbedürftig, inwieweit beim Einsatz solcher Techniken die grundrechtsrelevanten Schranken und Beschränkungen für kreative Nutzungen berücksichtigt werden können. Die Arbeit wird sich all diesen Aspekten widmen, mögliche Probleme identifizieren und Lösungsansätze auf verschiedenen Ebenen vorschlagen.

Dabei ist die Darstellung auch U.S.-amerikanischen Rechts unverzichtbar, denn Hosting-Plattformen haben ihren Sitz oft in den USA und stellen teilweise sogar nur auf *fair use* ab, um die Erlaubnisfreiheit von Remixen zu beurteilen. Die Nutzerer-

¹¹ Siehe dazu insbesondere *Bauer*, UGC sowie *Ziegler*, Social Sharing. Vgl. auch den Vorschlag von *Leister/Metzger*, Wie sich das Problem illegaler Musikknutzung lösen lässt, FAZ v. 04.01.2017, FAZ v. 04.01.2017, verfügbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/medien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse-14601949.html>.

¹² Näher zur Begriffsbestimmung und Abgrenzungen *Bauer*, UGC, S. 24 ff.

¹³ Die Rechte und Interessen von Urhebern und Rechteinhabern wie Verwertern können sich selbstverständlich unterscheiden. Der besseren Lesbarkeit halber wird nachfolgend zumeist der Begriff „Rechteinhaber“ verwendet, sofern es nicht (wie etwa beim Urheberpersönlichkeitsrecht) auf die Unterscheidung ankommt.

¹⁴ Im Rahmen dieser Arbeit sind damit kreative Nutzer bzw. „user-producer“ gemeint, die Fremdmaterial remixen und online zugänglich machen.

¹⁵ Dazu etwa *Dobusch*, ‚Viewable everywhere except Germany‘: Mehr Transparenz bei YouTube's Content ID, Netzpolitik.org v. 09.12.2014, verfügbar unter: <https://netzpolitik.org/2014/viewable-everywhere-except-germany-mehr-transparenz-bei-youtubes-content-id-verfahren/>.

fahrung ist damit zu einem wesentlichen Teil von U.S.-Recht geprägt und die Untersuchung erschiene unvollständig, wenn die Einflüsse der Zugänglichmachung über Plattformen nicht auch für *fair use* untersucht würden.

B. Gang der Untersuchung und Methodisches

Im folgenden Abschnitt (C.) soll zunächst der Begriff des Remixes näher erläutert werden. Dazu werden die Geschichte und die Erscheinungsformen des filmischen Remixes auf der Basis film- und medienwissenschaftlicher Literatur dargestellt. Die so gewonnenen Erkenntnisse fließen im Laufe der Arbeit immer wieder in die urheberrechtliche Untersuchung ein.

Der *erste Teil* der Arbeit behandelt sodann isoliert die derzeitige urheberrechtliche Privilegierung von Remix-Filmen über gesetzlich erlaubte Nutzungen. Für das deutsche Recht (§ 1) gilt es dabei insbesondere die Bedeutung der Kunstfreiheit im Urheberrecht (und speziell für Remix-Filme) herauszuarbeiten. Zudem ist stets zu klären, ob die gefundenen Ergebnisse mit europäischen Vorgaben vereinbar sind.

Da die vorliegende Untersuchung zum Ziel hat, über eine rein nationale Betrachtung der gesetzlich erlaubten Nutzungen hinauszugehen, folgt in § 2 eine Untersuchung der Privilegierung von Remix-Filmen über die U.S.-amerikanische *Fair use*-Doktrin.¹⁶ Das Kapitel endet mit einem Abschnitt (§ 2 E.), in welchem die deutschen gesetzlich erlaubten Nutzungen und die U.S.-amerikanische *Fair use*-Doktrin verglichen und neuere, für Remix-Filme relevante Parallelen aufgezeigt werden.

Im *zweiten Teil* sollen die gesetzlich erlaubten Nutzungen im Kontext der zentralen Zugänglichmachung von Film-Remixen über Hosting-Plattformen untersucht werden. Dabei interessieren die Auswirkungen, die diese Verbreitungsform möglicherweise für – insbesondere grundrechtsrelevante – Schranken und Beschränkungen für kreative Nutzungen mit sich bringt. Die bereits identifizierten Aspekte – internationale Ebene, Rechtklärung über Intermediäre und technische Ebene – geben den Aufbau für diesen Teil vor.

§ 3 soll klären, welche Bedeutung nationalen, gesetzlich erlaubten Nutzungen für online verbreitete Remixe zukommt. Dafür wird vor allem auf die Frage des anwendbaren Rechts nach der Rom II-VO sowie in der deutschen und der U.S.-amerikanischen Rechtsprechung einzugehen sein. Insbesondere interessieren die Probleme der Anknüpfung bei vermeintlichen Urheberrechtsverletzungen in sogenannten ubiquitären Medien und Vorschläge, diese Probleme zu lösen. Es wird sich zudem zeigen, dass das U.S.-amerikanische Recht für Remix-Filme auf Hosting-Plattformen besonders bedeutend ist.

§ 4 widmet sich der Frage, ob Hosting-Plattformen die Transaktionskosten für eine Rechtklärung beim Remix-Film senken können. Sodann gilt es sich mit der – hier als „Marktversagen“-Argument bezeichneten – Überlegung auseinanderzusetzen.

¹⁶ Für den Rechtsvergleich, der diese Arbeit durchzieht, wurde vor allem auf die Methode der funktionalen Rechtsvergleichung (v. a. Problemvergleich) zurückgegriffen, dazu näher *Kischel*, Rechtsvergleichung, § 3 Rn. 3 ff., 166 ff.

zen, wonach gesetzlich erlaubte Nutzungen bei vereinfachter Lizenzierung zu einem gewissen Grad ihre Berechtigung verlieren können. Dafür werden ökonomische Ansätze zur Rechtfertigung urheberrechtlicher Schranken näher betrachtet. Zudem wird geklärt, ob die Rechtsprechung vereinfachte Rechtklärungsmöglichkeiten einschränkend bei der Auslegung gesetzlich erlaubter Nutzungen heranzieht. Hierbei wird inzident insbesondere auf weitere Schutzzwecke des Copyrights und Urheberrechts sowie auf grundrechtliche Wertungen eingegangen.

§ 5 behandelt schließlich die technische Ebene, das heißt den Einsatz von Filtersystemen zur Inhalteerkennung. Zunächst wird dafür die Funktionsweise von Filtersystemen und die damit einhergehende Gefahr des Overblockings beschrieben. Sodann ist der rechtliche Hintergrund dieser Filtermechanismen zu beleuchten. Dies erfordert eine Untersuchung der Providerhaftung mit Blick auf Prüfpflichten im U.S.-amerikanischen, europäischen und deutschen Recht. Hierbei gilt es insbesondere die insbesondere grundrechtlichen Grenzen von Filterpflichten zu identifizieren und die bisherige Rechtsprechung kritisch zu untersuchen. Werden Remixe unberechtigt gesperrt, besteht grundsätzlich die Möglichkeit, sie wieder entsperren zu lassen. Zuletzt widmet sich die Arbeit daher nachgelagerten Mechanismen der Schrankensicherung. Da sich U.S.-amerikanisches und deutsches Recht diesbezüglich deutlich unterscheiden, wird funktional die Frage untersucht, wie Nutzerrechte im Take-Down-Prozess gesichert werden können. Zugleich interessiert – aufbauend auf den Erfahrungen in den USA – die Erarbeitung von Regelungsanregungen für die EU oder im nationalen Recht.

Im Rahmen der Schlussbetrachtung werden die Ergebnisse und identifizierten Probleme in Kernthesen zusammengetragen und Lösungsansätze auf verschiedenen Ebenen aufgezeigt.

C. Remix-Film – ein Überblick

Ganz allgemein beschreibt Remix das Verbinden verschiedener medialer Elemente zu einem neuen medialen Element, das regelmäßig eine dem Original gegenüber neue Bedeutung bzw. Aussage erhält.¹⁷ Für ein besseres Verständnis der Remix-Kultur gilt es, die verschiedenen Formen des Remix-Films zu beleuchten. Nachfolgend soll der Begriff daher in den Kontext des Filmemachens mit Fremdmaterial – sogenanntes *Found-footage*-Filmemachen¹⁸ – eingeordnet, genauer erläutert und untergliedert werden.

¹⁷ So die Definition der Remix-Künstlerin *Elisa Kreisinger* auf ihrem Blog: What is a remix exactly?, verfügbar unter: <https://elisakreisinger.wordpress.com/2011/09/23/what-is-a-remix-exactly/>. *Manovich* definiert Remix als „a composition that consists of previously existing parts assembled, which is edited to create particular aesthetic, semantic, and/or bodily effects“, *Manovich* in: Navas/Gallagher/Burrough, *Remix Studies* (2015), S. 173. Beiträge (insbesondere im Musikbereich), die allein aus Fremdmaterial bestehen, werden teilweise auch unter der Bezeichnung Mashups untersucht (vgl. etwa *Jütte*, 5 JIPITEC 2014, 172, 173; *Varga* in: Lewin, *Second Hand Cinema* (2014), S. 142). Für audiovisuelle Werke ist jedoch – soweit ersichtlich – bislang „Remix“ als Oberbegriff geläufiger.

¹⁸ Damit gemeint ist hier allgemein das Filmemachen mit altem Filmmaterial, das aus Archiven, Sammlungen oder von Plattformen im Internet stammt und ursprünglich für einen anderen

I. Historische Vorläufer des Remix-Films

Das Filmemachen mit Fremdmaterial geht auf eine langjährige Tradition zurück.¹⁹ Einer der ersten *Found footage*-Filme wurde bereits 1898 von Francis Doublier, einem Kameramann der Lumière Brüder, erstellt. Doublier schnitt generisches Archivmaterial geschickt zusammen, um damit die Dreyfuß-Affäre²⁰ zusammenfassend darzustellen. Dabei verwendete er Filmausschnitte „metaphorisch“, ohne die eigentlichen Geschehnisse zu zeigen.²¹ Doublier schnitt dafür Archivbilder einer Militärparade, eines Regierungsgebäudes und eines wegfahrenden Bootes zusammen und versah diese mit passendem Kommentar.²² Dies ist typisch für frühe Nutzungen von Fremdmaterial im Film. Anfang des 20. Jahrhunderts standen bei der Wiederverwendung von Filmmaterial nämlich häufig pragmatische Überlegungen im Vordergrund. Altes Material zur Illustration von Tagesschauen zu verwenden oder es für Eröffnungsszenen in Spielfilmen zu nutzen, sparte Zeit und Kosten.²³

Vor allem ab den 1920er Jahren schufen Künstler wie Esfir Shub in der damaligen Sowjetunion einige der ersten Filme, die bis heute als Vorläufer des Remix-Films angesehen werden.²⁴ Durch gezielten und effektvollen Schnitt alten Filmmaterials kreierte Shub Filme, welche die (mindestens impliziten) Aussagen des genutzten Materials umkehrten. In *The Fall of the Romanov Dynasty* nutzte Shub die Kompilationstechnik beispielsweise, um offiziellen Aufnahmen aus dem Zarenreich eine neue, die Revolution von 1917 befürwortende, politische bzw. propagandistische Aussage zu verleihen.²⁵

Filme aus Fremdmaterial verfolgten neben solchen politischen Zwecken häufig auch künstlerisch-experimentelle Ziele. In den 1920er und 30er Jahren gab es mit Avantgarde-Künstlern wie Charles DeKeukeleire, Hans Richter, René Clair oder Walter Ruttmann *Found footage*-Filmemacher, die besonders auf Verfremdungseffekte und die Betonung des Fantastischen setzten.²⁶

Zweck hergestellt wurde. Zu den Begriffen *found footage* und *archival footage* und den zunehmenden Überschneidungen s. *Baron*, 6 Projections 2012, 102, 103. Zum Teil werden die Begriffe „Postproduktionsfilme“ (*Elsaesser*, Ethik der Aneignung, S. 3), „Recycled Cinema“/„Recycled Images“ (s. z. B. *Jarosi*, 53 Screen 2012, 228; *Wees*, Recycled Images) und „Appropriation Film“ (s. z. B. *Baron*, 6 Projections 2012, 102, 104) ähnlich oder synonym zu diesem Verständnis des Filmemachens mit *found footage* verwendet. *Appropriation* und *recycling* werden in der medienwissenschaftlichen Literatur doch z. T. auch kritisiert, da sie zu stark den Vorrang des originären Autors nahelegten, s. z. B. *Kuhn*, 9 TWC 2012, Rn. 2.1.

¹⁹ Halter, Recycle It.

²⁰ Die Dreyfuß-Affäre war ein Justizskandal während der dritten Republik in Frankreich, der sich um die fälschliche Verurteilung eines französisch-jüdischen Artillerie-Hauptmanns wegen angeblichen Landesverrats drehte und zu langwierigen und erbitterten gerichtlichen und gesellschaftlichen Auseinandersetzungen führte. Vgl. dazu *Kotowski*, APuZ, 2007, 25.

²¹ *Arthur*, 20 Spectator 1999/2000, 57, 58.

²² *Ibid.*

²³ Halter, Recycle It.

²⁴ Halter, Recycle It; *Horwatt* in: Smith, Cultural Borrowings (2009), S. 77.

²⁵ „An ‚aha‘ moment occurs as something familiar and known is seen in an unfamiliar, new way. [...] Czar Nicholas II's celebratory home movies of life in Russia as seen by a monarch become transformed, through Schub's editing, into a condemnation of poverty, exploitation, and arrogance in *The Fall of the Romanov Dynasty* (1927)“, *Nichols*, 26 Film History 2014, 146, 149.

²⁶ *Arthur*, 20 Spectator 1999/2000, 57, 59.

Ausgehend von diesen beiden Haupttendenzen²⁷ (politische Kompilationsfilme und experimentelle Montagen) entwickelte sich das Filmemachen mit Fremdmaterial über die Jahrzehnte in verschiedensten Formen weiter.²⁸

II. Remix als Appropriation

„Appropriation“ fungiert teilweise als Überbegriff für das Filmemachen mit Fremdmaterial,²⁹ da dies stets mit einer irgendwie gearteten Aneignung des Ausgangsmaterials verbunden ist. Allerdings wird Appropriation von einigen Autoren³⁰ auch als eigene – zumeist kritisch bewertete – Methode des Umgangs mit Fremdmaterial begriffen. Wees ist der Meinung, dass sich Appropriation dadurch auszeichne, dass die Fremdmaterialnutzung Medien unkritisch referenziere und vor allem der Unterhaltung diene, ohne sich für geschichtliche oder sonstige logische Verbindungen zu interessieren.³¹ Als Beispiel nennt er das Musikvideo zu Michael Jacksons *Man in the Mirror* (1987).³² In diesem würden zwar geschichtliche Ereignisse „zitiert“ (beispielsweise die Wolke eines Atomtests), allerdings gehe es nicht um die Darstellung einer historischen „Wirklichkeit“. Vielmehr würde das Material dem Kontext „Medien“ entrissen und sodann ohne Wahrheitsgehalt („truth content“) wieder in die Medien entlassen.³³ Varga definiert Appropriation im Filmbereich als „eine [...] für das postmoderne Zeitalter charakteristische [...] Strategie oder Methode, bei der aus jeder Art visuellen Materials frei gewählt wird, was sie in die Nähe der Herangehensweise des Avantgarde- und des Experimentalfilms rückt, wobei es hier in erster Linie nicht um eine ästhetische Motivation und das Erzielen einer sinnlich-intellektuellen Wirkung geht, sondern vor allem um Unterhaltung“.³⁴

Insbesondere solche Remix-Filme, die einer als amateurhaft angesehenen Bewegung entspringen oder bei denen die Wertschätzung für das Ausgangsmaterial und das Fan-hafte deutlich zum Vorschein kommen, könnten als Appropriation in diesem Sinne eingeordnet werden.³⁵ Varga³⁶ spricht in diesem Zusammenhang kritisch

²⁷ Als solche identifiziert von Arthur, 20 *Spectator* 1999/2000, 57, 58.

²⁸ Dazu näher Horwatt in: Smith, *Cultural Borrowings* (2009), S. 77.

²⁹ So z. B. Baron, die *appropriation films* als Sammelbegriff verwendet Baron, 6 *Projections* 2012, 102, 104.

³⁰ Dazu Varga in: Lewin, *Second Hand Cinema* (2014), S. 141; Wees, *Recycled Images*, S. 40 ff.

³¹ Wees, *Recycled Images*, S. 40 ff.

³² Wees, a. a. O., S. 44.

³³ Wees, a. a. O., S. 45. Hierzu zu Recht kritisch Dias Branco in: Smith, *Cultural Borrowings* (2009), S. 113: „The private mood of the song is fundamental to make sense of a video that bridges the individual and the collective creating an opportunity for the self-examination mentioned in the lyrics, ‚I’m starting with the man in the mirror/I’m asking him to change his way‘. The video confronts us with emblematic images that only re-gain significance when re-examined in the context of the song, connecting what is apparently disconnected. Activists like Martin Luther, Jr. are placed beside group demonstrations that can only be actualised by individuals acting together to achieve shared goals. Wees’s analysis is not attentive to these details“.

³⁴ Varga in: Lewin, *Second Hand Cinema* (2014), S. 141.

³⁵ Horwatt z. B. äußert sich kritisch über einfache Internetmemes und Remixe, die das Ausgangsmaterial zu stark zelebrierten, Horwatt in: Smith, *Cultural Borrowings* (2009), S. 77.

³⁶ Varga in: Lewin, *Second Hand Cinema* (2014), S. 141.

von „Do-It-Yourself-Bewegungen“, „hemmungslosen visuellen Spielen“ und sogar „freie[m] Raub[...]“.³⁷

III. Remix als Argument

Eine ganz andere Seite der Remix-Kultur heben Teile der Literatur hervor, die diese Filme nicht nur filmwissenschaftlich i. e. S. einordnen, sondern auch unter Anwendung von Rhetoriktheorien analysieren.³⁸ Vertreter des letztgenannten Vorgehens lehnen eine abschließende Systematisierung von Remix-Filmen ab, stellen v. a. dynamische Remix-Strategien in den Fokus und definieren Remix als digitales Argument.³⁹ „Argument“ ist dabei weit zu verstehen; als Behauptung, für die Nachweise beigebracht werden und die zugleich einen dialogischen oder dialogorientierten Charakter aufweist.⁴⁰

Metaphern, die sich auf Dialog, Argument oder Konversation beziehen, finden sich tatsächlich häufig, wenn es um Filmmachen mit Fremdmaterial geht. Besonders deutlich wird die Bedeutung von Remix als Argument bei den vielen Remix-Filmen, die kritisch Massenmedien hinterfragen. Diese Handlung lässt sich als *talking back*⁴¹ gegenüber den von vielen Videokünstlern als kontrollierend empfundenen Medien beschreiben. Selbst Wissenschaftler, die traditionell filmwissenschaftlich argumentieren und *Found footage*-Filme eher als Kunstform denn als Meinungsäußerung ansehen, betonen an verschiedenen Stellen das Dialoghafte dieser Art des Filmmachens.⁴²

Im Remix lassen sich jedenfalls viele Stilmittel erkennen, die aus der Rhetorik bekannt sind. Diese Stilmittel werden jeweils bewusst eingesetzt, um die Aufmerksamkeit der Zuschauer auf sich zu ziehen und sie von einem bestimmten Punkt zu überzeugen.⁴³ *Kuhn* betont unter Rückgriff auf Aristoteles Theorie der Rhetorik, dass für die Analyse von Remix nicht nur die Betrachtung von Logik als Stilmittel wichtig

³⁷ Aus juristischer Sicht passt dieser Begriff freilich nicht, aber auch aus filmwissenschaftlicher Perspektive wird z. T. vorgeschlagen, sich eher anderer Metaphern, z. B. „Trespass“, zu bedienen, vgl. *Misek*, 153 October 133, 139.

³⁸ So insbesondere *Kuhn*, 9 TWC 2012, Rn. 1.3.

³⁹ *Kuhn*, a. a. O., Rn. 1.3. Ähnlich auch *Tushnet*, 86 Notre Dame L. Rev. 2011, 2133, 2136.

⁴⁰ *Church* in: Navas/Gallagher/Burrough, *Remix Studies* (2015), S. 65 ff.; *Kuhn*, 9 TWC 2012, Rn. 1.3.

⁴¹ Vgl. *Horwatt* in: Smith, *Cultural Borrowings* (2009), S. 88; *Tushnet*, 86 Notre Dame L. Rev. 2011, 2133, 2154 f.: „[...] new technologies allow people with somewhat limited financial resources to talk back to mass culture in language that audiences are ready to hear, both because they are familiar with the referents in a remix and because the quality of a remix can now be sufficient to keep it from being dismissed out of hand as ludicrously amateurish or unwatchable“.

⁴² *Arthur* über eine Möglichkeit *Found footage*-Kollagen zu interpretieren: „Found footage collage is thus by definition a dialogical operation, pitting two (or more) enunciative agents against each other“, *Arthur*, 20 *Spectator* 1999/2000, 57, 62. Vgl. auch *Varga* zu Beginn seines Aufsatzes über verschiedene Formen des Umgangs mit gefundenem Filmmaterial: „Die Kultur ist ein ständiger Dialog, der zwischen Kunstwerken und Rezipienten, Kunstwerken und Künstlern, aber auch zwischen Kunstwerken untereinander stattfindet“, *Varga* in: Lewin, *Second Hand Cinema* (2014), S. 137; *Wees* über Kompilationsfilme: „[...] when the filmed representation of events are taken from the archives and made to serve the purpose of a particular filmmaker, they enter the plane of discourse [...]“ *Wees*, *Recycled Images*, S. 43.

⁴³ *Church* in: Navas/Gallagher/Burrough, *Remix Studies* (2015), S. 65.

sei, sondern auch Ethos und v. a. Pathos Beachtung geschenkt werden müssten.⁴⁴ Anders als bei einer rein kunstorientierten Betrachtung werden Werke, die bestehendes Material zelebrieren (wie etwa Fan-Videos), grundsätzlich als gleichwertig in ihrer Funktion als Argument angesehen. Dazu führt *Kuhn* aus:

To argue, one must take a stand, not be disinterested. Further, the very notion that a remix intent on being overtly political should somehow lack passion seems untenable. Perhaps the issue is one of critical distance; emotions are traditionally seen as opposed to logic and reason, and thus having passion seems to interrupt intentionality and criticality [...]. However, this is also a holdover from a print-literate world in which the myth of objectivity reigns.⁴⁵

Es ist für Vertreter dieses Ansatzes auch nachrangig, ob ein Werk fiktional oder faktenbasiert ist, da ohnehin anerkannt sei, dass alle Formen des Films zu einem gewissen Grad beide Elemente aufwiesen.⁴⁶ Remix als Argument zu begreifen, erlaube es darüber hinaus, Online-Gemeinschaften (*communities*) verstärkt in den Blick zu nehmen. Innerhalb dieser *communities* finden fortwährende Diskussionen statt, die den Kontext liefern, um einen einzelnen Remix und seine Aussagen einzuordnen.⁴⁷ Insgesamt erscheint es daher bedeutsam, bei der Analyse von Remix-Filmen besonderes Augenmerk darauf zu richten, inwieweit ein Filmwerk inkorporiert wurde, um als Teil einer (übergreifenden) Konversation zu fungieren. Ob es also die Betrachter von etwas – das ggf. auch verschiedene Interpretationen zulässt – zu überzeugen versucht. Gleichzeitig muss beachtet werden, dass dieses Verständnis z. T. so weit sein kann, dass es sich zweckgetrieben einsetzen lässt. So führt z. B. *Kuhn* an, dass ein Verständnis von Remix als Argument sich möglicherweise positiv auf eine *Fair use*-Analyse im U.S.-amerikanischen Recht auswirken würde.⁴⁸

IV. Remix als Meta-Kino

Um eine möglichst wertneutrale Beschreibung von Remix-Filmen zu erreichen, liegt es nahe, den Zweck und Effekt der Fremdmaterialnutzung zu untersuchen. Dafür lässt sich zunächst das Theorem der Simulation von *Baudrillard* heranziehen. *Baudrillard* unterscheidet zwischen einfachen Abbildungen von Vorhandenem (Simulacrum) und der Schaffung von etwas Neuem, Hyperrealem (Simulation).⁴⁹ Diese Idee wurde von *Gunkel*⁵⁰ auf (v. a. musikalische) Remixe übertragen und auch *Gelke*⁵¹

⁴⁴ *Kuhn*, 9 TWC 2012, Rn. 3.1. ff.

⁴⁵ *Kuhn*, a. a. O., Rn. 3.11.

⁴⁶ *Kuhn*, a. a. O., Rn. 3.3.

⁴⁷ Dazu z. B. *Tushnet*, 86 Notre Dame L. Rev. 2011, 2133, 2136.

⁴⁸ Insbesondere, wenn der genutzte Werkausschnitt dann als Beleg im Rahmen eines Zitats gelten kann, vgl. *Kuhn*, 9 TWC 2012, Rn. 3.2.

⁴⁹ *Baudrillard*, *Simulacra and Simulation*, S. 3 ff. Dazu *Summerer*, *Illegale Fans*, S. 114.

⁵⁰ *Gunkel* versteht Simulation wie folgt: „Simulation, therefore, does not announce the mere substitution of copies for the real thing, which has worried remix critics from Socrates to Henry Rollins, but designates a radical intervention that not only suspends the very difference that would distinguish copies from the original in the first place but results in something that is neither one nor the other“, *Gunkel*, *Of Remixology*, S. 76. Er sieht sie als einen Teil eines neuen Remix-Verständnisses, dazu näher, S. 170 ff.

⁵¹ *Gelke*, *Mashups im Urheberrecht*, S. 228.

zieht sie für einen Auslegungsvorschlag von § 24 UrhG für Mashups heran. Entscheidend ist für letzteren, ob der Simulationscharakter erkennbar sei, der in „einer Begegnung, die nie stattgefunden habe“ liege.⁵²

Gelke betont zudem zu Recht, dass die Kunstform der Montage kennzeichnend für viele Remixe (dort: Mashups) ist, da heterogenes Material verfremdend zusammengestellt wird, wobei der neuen Strukturierung besondere Bedeutung zukommt.⁵³ *Tavares* baut ebenfalls auf dem Montagebegriff auf, sieht allerdings aufgrund der technischen Infrastruktur auch Besonderheiten bei digitalen Remixen.⁵⁴ Sie bettet die Remix-Kultur unter anderem in den Kontext von *Intermedia* (der qualitativen Synthese verschiedener Medien zur Erstellung eines neuen Mediums) und *Multimedia* (der Erschaffung neuer Aussagen aus bekannten Daten) ein.⁵⁵

Ein Kernpunkt dieser Ansätze ist, dass sie auf den neu erzeugten Inhalt mit neuer Deutungsebene abstellen. Das Ziel von *Found footage*-Filmen ist, dass sie den genutzten Ausschnitten neuen Kontext und bisher unerkannte Implikationen verleihen.⁵⁶ Sie generieren „Formen von Meta-Kino“.⁵⁷ Dies gilt auch für Remix-Filme. Die eingesetzten Schnitttechniken dynamisieren Bilder, sodass dem Publikum eine neue Aussage vermittelt werden kann.⁵⁸ Daneben kreieren Remixer neue Aussagen insbesondere durch geschickte Szenen- und Musikauswahl sowie bestimmte Effekte. Zur Deutung eines Remixes sind daher all diese Elemente heranzuziehen und ihre Wirkung zu untersuchen.

V. Remix-Formen

Nachfolgend sollen die wichtigsten Remix-Formen näher beleuchtet werden. Dabei ist jedoch zu berücksichtigen, dass sich die einzelnen Begriffe durchaus überschneiden können. So ist es auch möglich, dass bestimmte Werke von mehr als einem der vorgestellten Begriffe umfasst werden. Darüber hinaus entsprechen die in den Film- und Medienwissenschaften vorgenommenen Unterteilungen nicht zwangsläufig den für die urheberrechtlichen Schranken und Beschränkungen relevanten Begrifflichkeiten. Die in diesem Abschnitt herausgearbeiteten Erkenntnisse für das Urheberrecht nutzbar zu machen wird eine Aufgabe des sich anschließenden ersten Teils sein.

⁵² *Gelke*, Mashups im Urheberrecht, S. 228. Dazu sowie zur eingeschränkten Übertragbarkeit auf Fan-Art auch *Summerer*, Illegale Fans, S. 114.

⁵³ *Gelke*, Mashups im Urheberrecht, S. 50.

⁵⁴ Hierfür stellt sie u. a. auf die Hypermedialität und neue Partizipationsmöglichkeiten ab: „Hypertext und hypermedia are therefore delimited as a structural potential brought by digital media. When placed in the hands of artists, it may allow for the composition and construction of a polyphonic space, which incorporates new forms of reading and participation. This space is therefore articulated, resulting from the interpenetration between different media and the dialog between distinct languages“, *Tavares* in: Navas/Gallagher/Burrough, *Remix Studies* (2015), S. 232.

⁵⁵ *Tavares* in: Navas/Gallagher/Burrough, *Remix Studies* (2015), S. 231.

⁵⁶ Vgl. *Dias Branco* in: Smith, *Cultural Borrowings* (2009), S. 114; *Wees*, *Recycled Images*, S. 12. Ähnlich *Tavares*, die allgemein von „metacreation procedures“ spricht, *Tavares* in: Navas/Gallagher/Burrough, *Remix Studies* (2015), S. 228 f.

⁵⁷ *Elsaesser*, *Ethik der Aneignung*, S. 1.

⁵⁸ *Gelke*, Mashups im Urheberrecht, S. 43.

1. Kritischer Remix und Trailer-Remix

Mit damals neuen Technologien in der Videoproduktion und -verbreitung sowie relativ günstigen Kamerasystemen machten Künstler wie Nam June Paik und Dara Birnbaum schon in den 1970er Jahren zunehmend Remixe aus Mainstream-Filmen und Fernsehsendungen.⁵⁹ Bereits zu dieser Zeit ging es den Künstlern darum, sich gegen Massenmedien aufzulehnen und Ideologien kritisch zu hinterfragen.⁶⁰ Dies ist auch beim digitalen Remix einer der zentralen Zwecke.⁶¹ Heute identifizieren Wissenschaftler jedoch noch eine Reihe an Remix-Subkategorien.

Horwatt unterteilt digitalen Remix in politischen Remix und Trailer-Remix.⁶² Er geht davon aus, dass diese beiden Arten des Remix-Films aus den von *Arthur* identifizierten Haupttendenzen (s. o.) hervorgehen.⁶³ Politischer Remix – als Nachfolger der u. a. von Shub betriebenen „politicized recalibration“⁶⁴ offizieller Tagesschauen – habe zum Ziel, Massenmedien zu widersprechen und alternative, unzensurierte Kulturkritik zu üben.⁶⁵ Nachvollziehen kann man diese These z. B. am Remix *Special Report with Bryan Boyce* (1999): Um den seines Erachtens durch Paranoia geprägten Tonfall vieler Nachrichtensendungen in den USA humorvoll zu kritisieren,⁶⁶ schnitt Boyce Filmmaterial aus Tagesschauen zusammen und „synchronisierte“ die Ausschnitte. Dazu ließ er die Nachrichtensprecher dramatische Sätze aus Horrorfilmen der 1950er Jahre verlauten. Solche politischen Remixe betreffen vielerlei Themen, dazu zählen u. a. Armut, Gewalt, Identitätsfragen oder das Konsumverhalten einer Gesellschaft.⁶⁷ Ein weiteres Beispiel aus dem deutschsprachigen Raum sind die Remixe der medienkritischen Seite *Übermedien*.⁶⁸ Das Video *So natürlich: Dresden wie es singt und lacht* (2017), ist etwa ein Zusammenschnitt der „authentischsten Momente“ des Semperopernballs, der die vermeintliche Lebensfreude und erfolgreiche Feier als eine Ansammlung verkrampft lachender oder peinlich berührter Menschen zu entlarven sucht. Ähnlich kann der Zusammenschnitt „*Der Bachelor*“ in *30 Sekunden* (2016), der weitestgehend kreischende Kandidatinnen zeigt, als Kritik am Konzept der Sendung „*Der Bachelor*“ verstanden werden, bei der 22 Frauen wochenlang „um Gunst und Rosen“⁶⁹ eines Junggesellen buhlen.

Trailer-Remixe, genau genommen Re-cuts (aus einem Film) und Mashups (aus mehreren Filmen) sind nach *Horwatt* Montagen von Filmausschnitten im Stil eines Trailers.⁷⁰ Häufig imitierten sie die Sprache des kommerziellen Films, was sich

⁵⁹ Halter, Recycle It.

⁶⁰ Halter, Recycle It; *Elsaesser*, Ethik der Aneignung, S. 6.

⁶¹ *Horwatt* in: Smith, Cultural Borrowings (2009), S. 87.

⁶² *Horwatt*, a. a. O., S. 77 ff.

⁶³ Ibid.

⁶⁴ *Arthur*, 20 *Spectator* 1999/2000, 57, 58.

⁶⁵ *Horwatt* in: Smith, Cultural Borrowings (2009), S. 80.

⁶⁶ Siehe dazu Halter, Recycle It; *Horwatt*, a. a. O., S. 80.

⁶⁷ *Horwatt*, a. a. O., S. 78. Zu weiteren Themen politischen Videoaktivismus (z. T. über *found footage*-Filme hinausgehend) vgl. *Askanius*, JOMEC Journal 2013, 3 ff.

⁶⁸ www.uebermedien.de.

⁶⁹ So die Beschreibung des Videos auf Übermedien, verfügbar unter: <http://uebermedien.de/category/video/page/3/>.

⁷⁰ *Horwatt* in: Smith, Cultural Borrowings (2009), S. 83, der auch auf verschiedene Webseiten wie www.totalrecut.com hinweist, die ganz dem Trailer-Remix verschrieben sind.

z. B. an eingefügten FBI-Warnungen und Logos von Filmstudios zeigt.⁷¹ Dennoch parodierten sie die Narrative und darüber hinaus vor allem die gesamte Marketingstrategie dieser Filme, welche die Trailer versinnbildlichen.⁷² 2005 schnitt Robert Ryang beispielsweise Szenen von *The Shining* (1980) neu zusammen und ließ den so entstandenen „Trailer“ mithilfe von Peter Gabriels „Solsbury Hill“ wie die Ankündigung einer romantischen Komödie klingen.⁷³ Den einzelnen Filmausschnitten kommt so durch die Szenen- und Musikauswahl sowie den Schnitt eine ganz neue Bedeutung zu.⁷⁴

Es ist allerdings wichtig anzumerken, dass nicht nur neue Trailer auf diese Weise zusammengestellt werden. In *A Fair(y) Use Tale* (2007) z. B. haben Professor Eric Faden der Bucknell University und seine Studenten ein Video aus Disney-Filmausschnitten erstellt, um *fair use* zu erklären und gleichzeitig auf den Prüfstand zu stellen. Dabei ist es kein Zufall, dass sie sich Disneyfilme als Ausgangsmaterial ausgesucht haben, da Disney in den USA damals für strenge Rechtsverfolgung bekannt war.⁷⁵ Auch dieses Video bedient sich allerdings der Sprache des genutzten Ausgangsmaterials: Das Disney Logo wird z. B. in der üblichen Art und Weise mit passender Musik unter dem Text „The following film is not associated with, authorized by, or should be confused with any other product produced by:“ eingeblendet. Der gewisse Widerspruch, der zwischen dem Text und der Art der Einblendung des Logos entsteht, kann durchaus als humorvolle Kritik an Disneys damaligem Vorgehen in Urheberrechtsfragen verstanden werden.

Trailer-Remixe werden in der Literatur unterschiedlich beurteilt, wobei insbesondere strittig ist, inwieweit sie reine Unterhaltung sind und inwieweit ihnen eine kritische oder künstlerische Aussage entnommen werden kann. Mit Blick auf einen Remix mit dem Titel *Clint Eastwood's The Office*, der Szenen aus dem Film *Evan Almighty* und der TV-Serie *The Office* vereint, ist etwa *Aufderheide* der Meinung, dass damit gezeigt werden solle, wie Clint Eastwood die TV-Serie gedreht hätte und dass dies zugleich einen kritischen Kommentar über den Regisseur beinhalte.⁷⁶ Diese Interpretation wird teilweise als zu großzügig kritisiert, wobei angezweifelt wird, ob dieser und vergleichbare Remixe tatsächlich einen kritischen Kommentar bezwecken.⁷⁷ *Horwatt* betont, dass sowohl Remixe mit klarer Aussage als auch simple Zusammenschnitte existierten:

While I argue that many digital remixes critique films and film marketing, they are just as often vacuous plays on titles and half-baked and poorly assembled demonstrations of improbability.⁷⁸

⁷¹ *Horwatt*, a. a. O., S. 83.

⁷² *Horwatt*, a. a. O., S. 82.

⁷³ *Ibid.*

⁷⁴ *Horwatt*, a. a. O., S. 83.

⁷⁵ In jüngerer Zeit scheint Disney nicht mehr gegen Fan-Videos, wie beispielsweise die vielfältigen Remix- und Home-Video-Versionen von *Frozen*, vorzugehen, vgl. zum Ganzen *Fromer*, 90 *Wash. L. Rev.* 2015, 615, 634.

⁷⁶ *Aufderheide* in: Navas/Owen/Burrough, *Remix Studies* (2015), S. 315.

⁷⁷ *Rothman*, 9 *Berkeley Tech. L. J.* 2014, 1595, 1623.

⁷⁸ Dazu *Horwatt* in: Smith, *Cultural Borrowings* (2009), S. 85.

Wo die Grenzen zwischen Unterhaltung und (künstlerischer) Aussage zu ziehen sind, ist schwierig zu verorten. Diese Einschätzung hängt stark von der Perspektive der Betrachter, ihrer Kenntnis des Materials und dem breiteren Kontext ab – wie etwa aktuellem politischen Geschehen oder der fortlaufenden Diskussion im Rahmen einer Online-Community.⁷⁹ Die resultierende Deutungsunsicherheit ist vielen Remixen inhärent und stellt eine Herausforderung dar, mit der das Recht umgehen muss.

Festzuhalten bleibt, dass die von *Horwatt* vorgeschlagenen Kategorien einen ersten Überblick über die unterschiedlichen Formen des digitalen Remixes geben. Gleichzeitig weisen sie gewisse Schwächen auf, da z. B. nicht ausgeschlossen ist, dass auch Trailer-Remixe politisch sein können. Zudem werden bestimmte Remix-Formen, wie insbesondere Fan-Videos, davon auch nur in geringem Umfang oder gar nicht erfasst.⁸⁰

2. Fan-Videos (vids)

Vidding ist eine Form des Remixes, bei der (zum großen Teil weibliche)⁸¹ Fans bestimmte Filme oder Serien Filmclips neu zusammenschneiden und mit Musik verbinden.⁸² Anders als in Musikvideos sollen nicht die Bilder die Musik illustrieren. Vielmehr soll die Musik dem Zuschauer helfen, die Montage der Filmausschnitte im Sinne des Künstlers zu interpretieren.⁸³ *Vidders* möchten damit die bestehenden Filme kommentieren, analysieren, eine bestimmte Lesart hervorheben oder manchmal auch einfach eine neue Geschichte erzählen.⁸⁴ Eine ambivalente Haltung ihrer Macher gegenüber dem verwendeten Material ist typisch für Fan-Videos. Einerseits sind *vidder* Fans, die Bewunderung für das Fan-Objekt ausdrücken und sich mit anderen *Community*-Mitgliedern austauschen möchten.⁸⁵ Andererseits sind *vidder* aber auch Kritiker, die eher subtile und ästhetische Remixe gestalten.⁸⁶ *Vogue/300* (2007) beispielsweise ist ein Fan-Video, das Szenen des Films *300* neu zusammensetzt, *split screens* und Farbänderungen nutzt (die an *graphic novels* erinnern) und die Bilder mit Madonnas Lied *Vogue* verbindet. Dadurch entsteht eine humorvolle, subtile Kritik des Films, bei der die Stimme einer weiblichen Ikone der Popmusik

⁷⁹ Vgl. hierzu die Forschung von *Sinnreich* u. a., die anhand von qualitativen und quantitativen Studien beispielsweise aufzeigt, dass größere Kenntnis von Remix-Kultur mit größerer Akzeptanz bzw. der Wertung von Remixen als originell korreliert. *Sinnreich/Latonero/Gluck*, 12 *Information, Communication & Society* 2009, 1242, 1249: „That is to say, younger people tended to be more aware of configurable technologies and practices, more likely to engage in them, and – most interestingly – more likely to accept the legitimacy of these expressive forms, by viewing remixes and mash-ups as ‚original“.

⁸⁰ Dazu auch *Kuhn*, 9 *TWC* 2012, Rn. 1.8 f.

⁸¹ Dass *vidding* vor allem von weiblichen Fans betrieben wird, heben viele Autoren hervor, so z. B. *Freund*, in deren Befragung sich 90% der *vidder* als weiblich identifizierten, *Freund*, 18 *new media & society* 2016, 1347, 1349.

⁸² *Coppa*, 1 *TWC* 2008, Rn. 1.1.

⁸³ *Coppa*, a. a. O., Rn. 1.1 ff. Wenn die Musik dabei besonders im Vordergrund steht, werden diese Remixe teilweise als *song vids* bezeichnet, *McKay*, 24 *Regent U. L. Rev.* 2011, 117, 133.

⁸⁴ *Coppa*, a. a. O., Rn. 1.1.

⁸⁵ *Summerer*, *Illegale Fans*, S. 80.

⁸⁶ *Tushnet*, 86 *Notre Dame L. Rev.* 2011, 2133, 2139.

die Aneinanderreihung der gewalttätigen Bilder wenig bekleideter Männer kontrastiert.⁸⁷

Zudem werden in Fan-Videos oft die Beziehungen der Charaktere analysiert (*character study*) oder auch anders erzählt (*shipper vids*).⁸⁸ Die Künstlerin *Kreisinger* etwa erstellte ein Video zweier männlicher (in der Serie heterosexueller) Patriarchen aus der TV-Serie *Mad Men*, in dem sie durch geschickten Schnitt eine Liebesbeziehung der beiden simulierte. Der Remix *Don Loves Roger* (2012) soll patriarchalische Systeme hinterfragen und aufzeigen, wie auch die Charaktere, die in diesem System zu Macht gelangt sind, darunter leiden können, wenn sie bestimmte Vorstellungen von Männlichkeit herausfordern.⁸⁹

Fan-Videos verfolgen also unterschiedliche Zwecke, die im Einzelfall untersucht werden müssen. Verallgemeinern lässt sich, dass einige Fan-Videos das Ausgangsmaterial parodieren und andere mit dem Fremdmaterial neu erzählen, wobei auch in letzterem nicht selten eine kritische Analyse der Charaktere, des Settings oder der Grundannahmen des Ausgangsmaterials liegen kann. Zuletzt gibt es auch Fan-Videos (sog. *recruiter vids*), die besonders beeindruckende oder schöne Szenen zusammenschneiden, um andere davon zu überzeugen, eine bestimmte Serie oder einen bestimmten Film anzuschauen.⁹⁰

3. Videoessays

Videoessays, teilweise auch als Supercut bezeichnet⁹¹, stellen ein Hybrid aus Dokumentarfilm und Wissenschaft dar und nehmen sich eines relativ begrenzten Themas an.⁹² Ein anschauliches Beispiel bieten die Studien zu den Stilen verschiedener Regisseure, die der Künstler *Kogonada* anfertigt. Sein Film *Wes Anderson Centered* (2014) besteht beispielsweise nur aus Ausschnitten der Filme des Regisseurs Wes Anderson, die dessen Vorliebe für Symmetrien und Aufnahmen mit klaren Linien

⁸⁷ Näher dazu *Tushnet*, a. a. O., S. 2139. *Tushnet* betont, dass es hierbei um den „female gaze“ gehe, womit insbesondere die Präsentation eines Werkes aus weiblicher Perspektive gemeint ist: „The song is vital to the vid because it celebrates female sexuality, dancing, and the female gaze, all of which the original film attempted to suppress or ignore“, S. 2136. Die Remixerin *Luminosity* erklärt zu ihrem Remix selbst: „It was my chance to do a bait and switch, and turn the ‚male gaze‘ back onto itself“, *Hill*, *The Vidder – Luminosity upgrades fan video*, NYMag v. 12. 11. 2007, verfügbar unter: <http://nymag.com/movies/features/videos/40622/index1.html>.

⁸⁸ „As fans, vidders are passionate about film and television, and use their vids as an expression of their fannish interests: vids use footage from favorite media texts and edit them to music in order to share a particular interpretation of that televisual text. These interpretations often relate to show-casing particular romantic pairings between characters (known as ‚shipper vids,‘ short for ‚relationship‘) or on a particular character’s history or motivations (known as a character study)“ *Freund*, 18 new media & society 2016, 1347, 1349.

⁸⁹ *Kreisinger*, *Mad Men Remix: Don Loves Roger*, Blog v. 12. 03. 2012, verfügbar unter: <https://elisakreisinger.wordpress.com/2012/03/12/mad-men-remix-don-loves-roger/>.

⁹⁰ *Trombley*, 25 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 2007, 647, 651 f.

⁹¹ Vgl. *Creekmur*, *Compilation and Found-Footage Traditions*. Die in dieser Arbeit als Essayfilme bezeichneten Werke werden u. a. von *Varga* unter der Bezeichnung „Supercut“ gesammelt, wobei damit eher die Technik, nämlich das „Zusammenfügen einer Reihe sich wiederholender, stereotyper Situationen“ gemeint ist, über die die Analyse in *Kogonadas* Werken z. B. hinaus gehe, vgl. *Varga* in: *Lewin*, *Second Hand Cinema* (2014), S. 141.

⁹² *Creekmur*, *Compilation and Found-Footage Traditions*; *Möbius*, *Essayfilm*, S. 18.

darlegen. Das Material dient dem Remixer zur Veranschaulichung und analytischen Erkenntnis;⁹³ es ermöglicht damit eine Form der Filmkritik.⁹⁴ Teilweise stehen die Zusammenschnitte für sich und werden nur mit Musik (zumeist aus einem untersuchten Film) unterlegt, teilweise wird aber auch durch *voice over* erklärt, worauf der Zuschauer achten soll.⁹⁵ Wieder andere Videoessays kombinieren solche Film-ausschnitte, die ein bestimmtes Motiv zeigen, mit anderen Texten, z. B. Gedichten.⁹⁶

Essayfilme sind erst wenige Jahre jung. Video-Essayisten nutzen direkt das Ausgangsmaterial, anstatt es nur zu beschreiben, und erfinden so zunehmend „die Filmkritik und Filmwissenschaft als ein multimediales Genre neu“.⁹⁷ Es werden mittlerweile Kurse in Filmkritik durch Videoessays angeboten und Webseiten wie *Filmstudies for free*⁹⁸ verschreiben sich ganz dem Thema. Insbesondere jene Essays, die auf eine klassische *Voice over*-Analyse verzichten, sehen sich z. T. ähnlicher Kritik ausgesetzt wie Fan-Videos. Bemängelt wird, dass eine nötige kritische Distanz zum Material fehle oder dass es auch um ästhetische Fragen, statt nur um Filmkritik, gehe.⁹⁹ Andererseits wird vielfach gerade die Kunst, Bilder „rhetorisch, als das Alphabet einer visuellen Sprache“ zu verwenden, als besonderer Reiz von Essayfilmen angesehen.¹⁰⁰ Dadurch können Remixer klare Thesen auch ohne (gesprochenen) Kommentar ausdrücken und das Publikum in den Kommentarspalten zur Mitdiskussion einladen.¹⁰¹

VI. Bedeutung für den Untersuchungsgegenstand der Arbeit

Im Rahmen dieser Arbeit werden unter den Begriff „Remix-Film“ solche Filme gefasst, die ausschließlich aus Fremdmaterial erstellt wurden. Das kann Material aus einer oder einer Vielzahl verschiedener Quellen betreffen. Der Fokus liegt dabei auf digitalen und online verbreiteten Remixen. Remixe zeichnet aus, dass verschiedene Medien zur Erstellung eines neuen Mediums verbunden und neue Aussagen aus bekanntem Material erschaffen werden (Intermedia und Multimedia). Die Untersuchung fokussiert sich daher auf jene typischen Remix-Filme, die als eine Form des „Meta-Kinos“ aufgefasst werden können, bei denen also dem bestehenden

⁹³ Möbius, Essayfilm, S. 18.

⁹⁴ Creekmur, *Compilation and Found-Footage Traditions*; vgl. auch *Elsaesser*, *Ethik der Aneignung*, S. 21 f.

⁹⁵ Dazu *Vassilieva*, *Explainer: the exciting new genre of the audio-visual film essay*, Scroll.in – The Reel v. 13. 03. 2016, verfügbar unter: <https://thereel.scroll.in/804900/explainer-the-exciting-new-genre-of-the-audio-visual-film-essay>.

⁹⁶ So etwa *Kogonadas* *Essay Mirrors of Bergman* (2015), der Ausschnitte von weiblichen Charakteren in Filmen von Ingmar Bergman, die in den Spiegel schauen kombiniert mit dem Gedicht *The Mirror* von Sylvia Plath.

⁹⁷ *Bovermann*, *Das sind die Superstars der Filmkritik*, SZ vom 07. 01. 2017, verfügbar unter: <http://www.sueddeutsche.de/kultur/video-essayisten-das-sind-die-superstars-der-filmkritik-1.3320933>.

⁹⁸ <http://filmstudiesforfree.blogspot.de/>.

⁹⁹ Dazu *Vassilieva*, *Explainer: the exciting new genre of the audio-visual film essay*, Scroll.in – The Reel v. 13. 03. 2016, Link siehe Fn. 95.

¹⁰⁰ *Bovermann*, *Das sind die Superstars der Filmkritik – Videoessays als eine Art Grammatikschule*, SZ vom 07. 01. 2017, Link siehe Fn. 97.

¹⁰¹ *Ibid.*

Material durch den neuen Zusammchnitt auch neue Aussagen oder Implikationen zukommen. Zugleich wird die Arbeit auch Grenzfälle und „reine“ Zusammchnitte behandeln und urheberrechtlich-relevante Abgrenzungen erkunden. Auf die verschiedenen Unterformen des Remix-Films und die hier identifizierten konkreten Funktionen des Einsatzes von Fremdmaterial wird im Laufe der Arbeit immer wieder eingegangen werden.

Erster Teil

Remix-Film und gesetzlich erlaubte Nutzungen

§ 1 Erlaubnisfreie Nutzung im deutschen Urheberrecht

Die Rekombination von Filmausschnitten in Form von Remixen und ihr Upload auf eine Hosting-Plattform berühren eine Reihe von Verwertungsrechten. Das von Remixern verwendete Ausgangsmaterial ist auf verschiedenen Ebenen geschützt.

Für persönliche geistige Schöpfungen i. S. d. § 2 Abs. 2 UrhG besteht urheberrechtlicher Schutz.¹ Diesbezüglich setzt der europarechtlich geprägte Werkbegriff voraus, dass der Urheber „seine schöpferischen Fähigkeiten in eigenständiger Weise zum Ausdruck bringt, indem er freie und kreative Entscheidungen trifft“ und dem Werk seine „persönliche Note“ verleiht.² Da auch im Film- und Musikbereich die sog. kleine Münze gilt, sind an den urheberrechtlichen Schutz keine allzu hohen Anforderungen zu stellen.³ Insbesondere Kinofilme sowie die meisten Musikstücke, die für Remixe ausschnittsweise verwendet werden, dürften daher urheberrechtlichen Schutz genießen. Dabei besteht urheberrechtlicher Schutz auch für Teile von Film- oder Musikwerken, soweit diese für sich genommen als Ergebnis eines kreativen Schaffensprozesses angesehen werden können.⁴ Da im Remix regelmäßig mehrsekündige Ausschnitte verwendet werden, dürfte diese Voraussetzung häufig erfüllt sein.

Fehlen gestalterische Überlegungen im Ausgangsmaterial gänzlich, besteht insoweit kein urheberrechtlicher Schutz.⁵ Auch für solche Filmausschnitte kommt jedoch zumindest leistungsschutzrechtlicher Schutz in Betracht. Insbesondere hat der Filmhersteller⁶ gem. § 94 UrhG ein 50 Jahre währendes Recht am Filmträger. Darüber hinaus kommt der Person, die ein Filmbild erstellt, nach der Rechtsprechung der Lichtbildschutz des § 72 UrhG zu.⁷ Dieser Lichtbildschutz erstreckt sich nicht nur auf die Verwertung der filmischen Standbilder in Form von Fotos, „sondern auch auf die Verwertung der Einzelbilder in Form des Films“.⁸ Damit besteht Rechtsschutz unabhängig von der Gestaltungshöhe des Beitrags für sämtliche Videos – auch für kürzeste Ausschnitte.⁹

¹ Filmwerke und Werke, die ähnlich wie ein Filmwerk geschaffen werden, sind explizit in § 2 Nr. 6 UrhG aufgeführt, Musikwerke in § 2 Nr. 2 UrhG.

² Vgl. EuGH, Rs. C-604/10 *Football Dataco* [2012] Rn. 38. Siehe auch EuGH, Rs. C-145/10 *Painer* [2011] Rn. 92. Näher dazu *Metzger*, ZEuP 2017, 836, 852.

³ *Schulze* in: *Dreier/Schulze/Schulze*, § 3 UrhG Rn. 45.

⁴ Vgl. EuGH, Rs. C-5/08 *Infopaq I* [2009] Rn. 39. Siehe zudem *Bulliger* in: *Wandtke/Bullinger*, § 2 UrhG Rn. 21 ff. zu Individualität und Gestaltungshöhe eines Werkes.

⁵ *Wiebe* in: *Spindler/Schuster* § 2 UrhG Rn. 22.

⁶ Zum Begriff des Filmherstellers siehe *Manegold/Czernik* in: *Wandtke/Bullinger* § 94 UrhG Rn. 31 f.

⁷ BGH GRUR 2014, 363 Rn. 20 – *Peter Fechter*.

⁸ BGH GRUR 2014, 363 Rn. 21 – *Peter Fechter*.

⁹ Vgl. dazu auch *Peukert*, Filmzitate, Kompilationsfilme und Mashups, Vortrag DOKU.ARTS 2014, S. 3.

Soweit die im Remix verwendeten Filmausschnitte zuvor gesendet wurden, ist zudem das ausschließliche Recht des Sendeunternehmens an der jeweiligen Sendung gem. § 87 UrhG zu beachten. Zuletzt bestehen auch ausschließliche Rechte für ausübende Künstler (§ 73 UrhG), d. h. insbesondere an den Darbietungen von Schauspielern, Sängern oder Filmmusikern.

Die Nutzungen der Remixer betreffen insbesondere das Vervielfältigungsrecht (§ 16 UrhG)¹⁰ und das Bearbeitungsrecht (§ 23 UrhG)¹¹, da Remixe stets die Anfertigung von Kopien erfordern und diese häufig in abgeänderter Form integriert werden.¹² Mit dem Upload machen – jedenfalls¹³ – die einstellenden Nutzer das Material auch öffentlich zugänglich i. S. d. § 19 UrhG.¹⁴ Darüber hinaus kann die Nutzung des Fremdmaterials im Remix Urheberpersönlichkeitsrechte¹⁵ sowie Persönlichkeitsrechte der ausübenden Künstler¹⁶ und ideelle Interessen der Filmhersteller¹⁷ tangieren. Denn schon der verfremdende Zusammenschritt verschiedener Materialien kann den Tatbestand der Entstellung bzw. Beeinträchtigung im Sinne dieser Normen erfüllen.¹⁸

Die vorliegende Arbeit fokussiert sich in diesem ersten Teil auf die Privilegierung all dieser Eingriffe durch gesetzlich erlaubte Nutzungen.¹⁹ Für das deutsche Recht sind zunächst das Zitatrecht und die freie Benutzung zu untersuchen.

A. Zitatrecht und filmischer Remix

Das Zitatrecht ist für die Nutzung von Fremdmaterial im Film von zentraler Bedeutung. Aufgrund von Verweisungsnormen kann es auch Eingriffe in die soeben aufgeführten Leistungsschutzrechte privilegieren.²⁰ § 51 UrhG sieht drei Fälle möglicher Zitate vor, welche als Regelbeispiele fungieren und sich überschneiden sowie ergänzen können.²¹ Gemäß der Generalklausel des § 51 S. 1 UrhG ist „die Vervielfältigung, Verbreitung und öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum

¹⁰ Bzw. für die Leistungsschutzrechte §§ 72 i. V. m. § 16; 77 Abs. 2; 87 Abs. 1 Nr. 2; 94 Abs. 1 UrhG.

¹¹ Bzw. für Lichtbildschutz §§ 72 i. V. m. § 23 UrhG.

¹² Zum europarechtlichen Verständnis der Bearbeitung (auch) als Vervielfältigung in veränderter Form siehe *infra*, § 1 B. II. 3. a).

¹³ Zur Frage, ob auch die Plattformbetreiber die Werke öffentlich wiedergeben siehe näher *infra*, § 5 B. II. 2. c).

¹⁴ Vgl. OLG München GRUR 2016, 612 Rn. 41 – *Allegro barbaro*. Vgl. auch *Spindler* in: Dreier/Hilty, FS 50 Jahre UrhG (2015), S. 419; *Dreier/Leistner*, GRUR Beil. 2014, 13, 27.

¹⁵ §§ 12–14 UrhG, über § 72 UrhG auch auf Lichtbilder anwendbar.

¹⁶ §§ 74, 75 UrhG.

¹⁷ §§ 94 Abs. 1 S. 2, 95 UrhG.

¹⁸ Dazu näher *infra*, § 1 A. III. 1. Zum Entstellungsschutz des Filmherstellers siehe *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 94 UrhG Rn. 44.

¹⁹ Für eine ausführliche Darstellung der betroffenen Verwertungsrechte sei auf die Arbeit von *Bauer*, UGC, S. 123 ff. verwiesen. Die durch Remixe betroffenen Verwertungsrechte überschneiden sich zum größten Teil mit den von Bauer als UGC verstandenen Handlungen der Nutzer.

²⁰ §§ 72, 83, 85, 87 Abs. 4, 94 Abs. 1 S. 2 UrhG.

²¹ *Dustmann* in: Fromm/Nordemann, § 51 UrhG Rn. 8.

Zweck des Zitats [zulässig], sofern die Nutzung in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt ist“.

I. Selbstständigkeit als eigenständiges Kriterium?

Alle Regelbeispiele des § 51 UrhG sehen vor, dass in einem „selbständigen“ Werk zitiert wird. Diesbezüglich ist einerseits fraglich, ob es sich beim zitierenden Film um ein schutzfähiges Werk i. S. d. § 2 UrhG handeln muss.²² Andererseits ist zu klären, ob die Selbstständigkeit bei Remix-Filmen fehlt, sofern diese ausschließlich aus Fremdmaterial bestehen.

Dass Werkqualität des zitierenden Werkes erforderlich sei, wird teilweise mit dem Zweck der Regelung – der (alleinigen) Privilegierung der schöpferischen Leistung – begründet.²³ Zu beachten ist jedoch, dass das Zitatrecht von europäischen Vorgaben geprägt ist. Der EuGH hielt in *Painer* ausdrücklich fest, dass es unerheblich ist, „ob das Zitat in einem urheberrechtlich geschützten Werk oder aber in einem nicht urheberrechtlich geschützten Gegenstand erfolgt“.²⁴ Dafür, dass nach deutschem Recht dennoch in einem schutzfähigen Werk zitiert werden muss, ließe sich Erwägungsgrund 32 InfoSocRL heranziehen, der die unterschiedlichen Rechtstraditionen der Mitgliedstaaten betont. Dabei wird jedoch nur festgestellt, dass der Schrankenkatalog „den unterschiedlichen Rechtstraditionen in den Mitgliedstaaten Rechnung“ trägt. Die Liste der Schranken ist daher bereits als Kompromiss zu verstehen,²⁵ den die Mitgliedstaaten in „kohärenter Weise anwenden“ müssen.²⁶ Für das Zitatrecht bestehen in Art. 5 Abs. 3 lit. d) InfoSocRL insoweit detaillierte Vorgaben. Demnach sind Zitate „zu Zwecken wie Kritik oder Rezensionen“ zulässig, dürfen nur aus veröffentlichten Werken entlehnen, bedürfen grundsätzlich einer Quellenangabe, müssen den „anständigen Gepflogenheiten“ entsprechen und „in ihrem Umfang durch den besonderen Zweck gerechtfertigt“ sein. Darüber hinaus fasst der EuGH Rechtsbegriffe, für deren Auslegung Richtlinien nicht spezifisch auf das Recht der Mitgliedstaaten verweisen, häufig als autonome Rechtsbegriffe des EU-Rechts auf.²⁷ Dies begründet der Gerichtshof in *Padawan*²⁸ und *TV2 Danmark*²⁹ damit, dass es den Zielen der InfoSocRL entgegenstehe, nationale Schranken uneinheitlich auszulegen. Auch bei op-

²² So z. B. *Czernik*, Collage, S. 266; *Hoeren/Herring*, MMR 2011, 143, 146.

²³ *Czernik*, Collage, S. 266; *Lüfi* in: Wandtke/Bullinger, § 51 UrhG Rn. 8.

²⁴ EuGH, Rs. C-145/10 *Painer* [2011] Rn. 135 ff.

²⁵ Vgl. Art. 5 Abs. 3 lit. n) InfoSocRL. Gemäß dieser Norm ist es Mitgliedstaaten erlaubt, Schranken und Beschränkungen „in bestimmten anderen Fällen von geringer Bedeutung, soweit solche [...] bereits in einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen sind und sofern sie nur analoge Nutzungen betreffen [...]“ im nationalen Urheberrecht zu behalten.

²⁶ Erwägungsgrund 32 der InfoSocRL.

²⁷ Vgl. für das Urheberrecht z. B. EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 17 („Parodie“); EuGH, Rs. C-467/08 *Padawan* [2010] Rn. 31 ff. („gerechter Ausgleich“). Dieses Vorantreiben der Harmonisierung durch den EuGH wird z. T. als eine Art Ersatzgesetzgebung kritisiert, dazu (letztlich aber eher positiv) *Metzger*, GRUR 2012, 118, 126; *Geiger/Schönherr* in: Stamatoudi/Torremans, 11.86.

²⁸ EuGH, Rs. C-467/08 *Padawan* [2010] Rn. 36.

²⁹ Vgl. EuGH, Rs. C-510/10 *TV2 Danmark* [2012] Rn. 36.

tionalen Schranken – wie dem Zitatrecht – greift dieser Grundsatz.³⁰ Machen die europäischen Regelungen also nähere Vorgaben oder hat der EuGH die Rechtsbegriffe konkretisiert, müssen die Mitgliedstaaten die nationalen Gesetze richtlinienkonform auslegen.³¹ Dabei dürfen sie weder weitere noch strengere Maßstäbe als auf europäischer Ebene anwenden.³² Dass ein neuer Remix-Film urheberrechtlichen Schutz erlangt, ist demnach für die Zulässigkeit darin zu zitieren irrelevant.³³

Da Remixe zu 100% aus Fremdmaterial bestehen, könnte das Merkmal der Selbstständigkeit weitere Schwierigkeiten aufwerfen. Teilweise wird darunter nämlich verstanden, dass dem Zitat „nur eine untergeordnete Rolle im Verhältnis zum eigenen Beitrag des Zitierenden“ zukommen dürfe.³⁴ Das zitierende Werk sei nur dann selbstständig, wenn es auch ohne das Zitat bestehen bleibe.³⁵ Mashups fehle es zudem von vornherein an „eigenen Ausführungen“.³⁶

In Art. 5 Abs. 3 lit. d) InfoSocRL wird „Selbstständigkeit“ jedoch nicht als Tatbestandsmerkmal aufgeführt. Wenn die Frage der Schutzfähigkeit des zitierenden Werkes mangels Auflistung in der Norm unbedeutend für den Interessenausgleich zwischen Urheber und Nutzer ist, spricht vieles dafür, dass dies auch allgemein für das Merkmal der Selbstständigkeit gilt.³⁷ Aufgrund der europäischen Rechtslage sowie des Wortlauts der Generalklausel in § 51 S. 1 UrhG (der auf „Selbstständigkeit“ ebenfalls verzichtet) erscheint es überzeugender, Selbstständigkeit als eigenständiges

³⁰ Vgl. *Geiger/Schönherr* in: Stamatoudi/Torremans, 11.86 ff.

³¹ Vgl. *Leistner*, JZ 2014, 846, 852. Hat der Gesetzgeber seinen Willen deutlich gemacht, eine richtlinienkonforme Regelung zu schaffen, dies jedoch nicht erreicht, kann auch eine richtlinienkonforme Rechtsfortbildung geboten sein, vgl. BGH NJW 2009, 427 Rn. 21 – *Quelle*.

³² So auch *Geiger/Schönherr* in: Stamatoudi/Torremans, 11.86; *Grünberger*, ZUM 2015, 273, 285; *Rosati*, JIPILP 2014, 585, 594; *Stieper*, AfP 2015, 303, 304. Kritisch und letztlich ablehnend noch *Stieper*, 4 ZGE 2012, 443, 447 f.

³³ Vgl. *Dreier* in: Blaurock/Bornkamm/Kirchberg, FS Krämer (2009), S. 232; *Dreyer* in: Dreyer/Kothoff/Meckel, § 51 UrhG Rn. 11, erreicht werden könne eine solche europarechtskonforme Auslegung, indem für Fälle von Zitaten in Leistungen ohne Werkcharakter § 51 S. 1 UrhG zur Anwendung komme, da der Wortlaut der Generalklausel Selbstständigkeit ohnehin nicht verlange. So auch die Einschätzung der Bundesregierung, RegE: Gesetz zur Angleichung des Urheberrechts an die aktuellen Erfordernisse der Wissensgesellschaft (Urheberrechts-Wissensgesellschafts-Gesetz – UrhWissG), S. 34; A. A. *Stieper*, 4 ZGE 2012, 448. Im Übrigen werden jedoch die meisten Remix-Filme Werkqualität aufweisen, vgl. zur Schutzfähigkeit von Video-Mashups als Bearbeitungen *Gelke*, Mashups im Urheberrecht, S. 80 ff. Vgl. auch *Reinemann/Remmert*, ZUM 2012, 216, 220. Siehe zudem *Peifer*, ZUM 2016, 805, 809, der zu Recht darauf hinweist, dass der BGH in seiner Entscheidung *Exklusivinterview* (BGH GRUR 2016, 368) nicht mehr darauf abstellt, ob das zitierende Werk Urheberschutz genießt.

³⁴ *Dustmann* in: Fromm/Nordemann, § 51 UrhG Rn. 19.

³⁵ *Dustmann* in: Fromm/Nordemann, § 51 UrhG Rn. 19; so auch *Lüft* in: Wandtke/Bullinger, § 51 UrhG Rn. 8.

³⁶ Vgl. z. B. *Gelke*, Mashups im Urheberrecht, S. 154 f.; *Spindler* in: Schricker/Loewenheim, § 51 Rn. 22. Frage der „Selbstständigkeit“ einer Zitatsammlung offengelassen in BGH GRUR 1973, 216, 217 – *Handbuch moderner Zitate*.

³⁷ Der EuGH stellt nur auf die ausdrücklich in Art. 5 Abs. 3 lit. d) genannten Voraussetzungen ab: „Insoweit ist zunächst festzustellen, dass Art. 5 Abs. 3 Buchst. d der Richtlinie 2001/29 eine Reihe von Voraussetzungen für seine Anwendung aufstellt, zu denen nicht das Erfordernis gehört, dass ein Werk oder sonstiger Schutzgegenstand in einem urheberrechtlich geschützten Sprachwerk zitiert wird“, EuGH, Rs. C-145/10 *Painer* [2011] Rn. 137.

Kriterium aufzugeben.³⁸ Das Verhältnis zwischen zitiertem und zitierendem Werk ist außerdem eine zentrale Frage des Zitatzwecks. Fragen, die sich daraus ergeben, dass Remixe ausschließlich aus Fremdmaterial bestehen, sind daher im Rahmen des Zitatzwecks zu adressieren.

II. Zitatzwecke im Remix-Film

Weitere Voraussetzung für ein zulässiges Zitat ist das Vorliegen eines Zitatzwecks. Durch diesen muss die innere Verbindung des Zitats mit den eigenen Gedanken des Zitierenden deutlich werden.³⁹ Dafür kommen die Belegfunktion sowie die eigenständige künstlerische Aussage in Betracht.

1. Problem: Ausschließlich Fremdmaterial

Unabhängig davon, welche Zwecke inhaltlich mit dem Zitat verfolgt werden dürfen, erfordert der Zitatzweck in jedem Fall die Auseinandersetzung mit fremden Werken im Rahmen eigener Ausführungen.⁴⁰ Wie der BGH in *TV Total* hervorhebt, ist für die Zulässigkeit eines Zitates vor allem maßgeblich, dass „es als Belegstelle oder Erörterungsgrundlage für selbstständige Ausführungen des Zitierenden erscheint“.⁴¹ Dies setzt einen „eigenständigen inhaltlichen Beitrag“ des Zitierenden voraus, zu dem das Zitat in einem inneren Zusammenhang stehen kann.⁴²

a) Eigene Aussage allein durch Fremdmaterial?

In seiner über 40 Jahre zurückliegenden Entscheidung *Handbuch moderner Zitate* hatte der BGH festgehalten:

Wird dagegen auf eine reine ‚Zitatensammlung‘ ohne Einfügung in ein gegenüber dem Entlehnten selbständiges Werk Wert gelegt, so muß das gesetzliche Gebot beachtet werden, hierzu die Erlaubnis derjenigen einzuholen, die Inhaber der Urheberrechte an den entlehnten Textstellen sind.⁴³

Im zitierten Fall lehnte der BGH den Zitatzweck ab, da es sich um eine „bloße Aneinanderreihung fremder Textstellen“⁴⁴ handelte. Ebenso vermisste der BGH in der jüngeren Entscheidung *Blühende Landschaften* eigene Ausführungen im „Dokumentationsteil“ eines Buches, welcher allein aus verschiedenen fremden Zeitungsartikeln bestand.⁴⁵ Für Remix-Filme ergibt sich der eigene Gedankengang nur aus der Verbindung mehrerer fremder Werke.⁴⁶ Deshalb wird vertreten, dass auch hier

³⁸ So, jedenfalls für § 51 S. 1, auch Dreyer in: Dreyer/Kotthoff/Meckel, § 51 UrhG Rn. 11.

³⁹ Vgl. anstatt vieler BGH GRUR 2008, 693 Rn. 42 – *TV Total*.

⁴⁰ Dustmann in: Fromm/Nordemann, § 51 UrhG Rn. 1.

⁴¹ BGH GRUR 2008, 693 Rn. 42 – *TV Total* (eigene Hervorhebung).

⁴² Vgl. BGH GRUR 2008, 693 Rn. 43 – *TV Total*.

⁴³ BGH GRUR 1973, 216, 218 – *Handbuch moderner Zitate*. Dies gelte auch, wenn das zitierende Werk eine urheberrechtlich schutzfähige Sammlung sei.

⁴⁴ BGH GRUR 1973, 216, 218 – *Handbuch moderner Zitate*.

⁴⁵ BGH GRUR 2012, 819 Rn. 27 – *Blühende Landschaften*.

⁴⁶ So auch Gelke, Mashups im Urheberrechts, S. 154 f.

„der Bezugspunkt der *eigenen Ausführungen* bzw. der eigenen Formgestaltung“⁴⁷ fehle.

In dieser Allgemeinheit überzeugt diese Auffassung jedoch nicht. Das Gesetz gibt nicht vor, in welcher Weise die eigenen Ausführungen dargelegt werden müssen. Die Zusammenschnitte in Remixen sind oft aufwendig konzipiert und von einem übergreifenden Gedankengang oder Argument geleitet. Die einzelnen Stellen von Videoessays oder medienkritischen digitalen Remixen sind so zusammengeschnitten, dass sich aus ihrer Gesamtheit eine Argumentationslinie ergibt. Das verwendete Material dient keineswegs nur der „Illustration“.⁴⁸ Neue Aussagen, die durch diese Rekontextualisierung im Remix-Film entstehen, werden in der filmwissenschaftlichen Literatur einhellig dem Remixer zugerechnet. Insofern unterscheiden sich viele Video-Mashups erheblich von der Zitatensammlung im oben zitierten BGH-Fall. Natürlich lassen sich auch bei Film-Remixen nie alle entlehnten Stellen wegdenken, ohne dass das Werk insgesamt entfele.⁴⁹ Es ist jedoch kein sachlicher Grund ersichtlich, weshalb für die Identifikation der Aussage des Remixes alle anderen Entlehnungen wegdenken wären.⁵⁰ Bei der Prüfung des Zitatrechts sollte jede Entlehnung einzeln betrachtet werden.⁵¹ Auch eine Aussage, die nur durch weiteres Fremdmaterial Gestalt annimmt, kann ein eigenständiger inhaltlicher (ggf. urheberrechtlich geschützter) Beitrag sein. Gerade wenn der Remixer – wie häufig – sogar ein urheberrechtlich geschütztes Werk gestaltet, „verdient“ er auch die Privilegierung durch die Zitat-schranke.

b) Belegfunktion

Der wohl bedeutendste Zitatzweck ist die Belegfunktion, in deren Rahmen Zitate als Belegstelle oder Erörterungsgrundlage dienen müssen.⁵² Mit Blick auf die Belegfunktion stellt sich für Filme aus 100 % Fremdmaterial ein weiteres Problem. Zwischen den eigenen Ausführungen und dem entlehnten Werkteil muss eine innere Verbindung im Sinne des Belegs bestehen.⁵³ Der BGH trennt klar zwischen der Funktion als Beleg bzw. Erörterungsgrundlage im Rahmen des klassischen Zitatzwecks und einer erweiterten Auslegung i. S. d. Kunstfreiheit.⁵⁴ Der Unterschied bestehe vor allem darin, dass bei letzterer die erforderliche Verbindung im Zitat als „Gegenstand und Gestaltungsmittel“ liegen könne.⁵⁵ Dies lässt den Rückschluss zu,

⁴⁷ In Bezug auf (auch Video-)Mashups *Gelke*, Mashups im Urheberrecht, S. 155 (eigene Hervorhebung). Ebenso *Poll*, ZUM 2004, 511, 515.

⁴⁸ Dies wäre kein legitimer Zitatzweck, BGH GRUR 2012, 819 Rn. 28 – *Blühende Landschaften*.

⁴⁹ Dazu, dass Selbstständigkeit nur gegeben sei, wenn das Werk bei Wegdenken des Zitats bestehen bliebe *Dustmann* in: Fromm/Nordemann, § 51 UrhG Rn. 19; so auch *Lüft* in: Wandtke/Bullinger, § 51 UrhG Rn. 8.

⁵⁰ Dies gilt insbesondere im Rahmen der verfassungskonformen, kunstspezifischen Auslegung. Zu dieser Ausführlich sogleich unter c).

⁵¹ Vgl. BGH GRUR 2012, 81 Rn. 22, 28 – *Blühende Landschaften*.

⁵² BGH GRUR 1987, 24, 25 – *Liedtextwiedergabe I*; BGH GRUR 2010, 628 Rn. 26 – *Vorschau-bilder*; BGH GRUR 2012, 819 Rn. 12 – *Blühende Landschaften*.

⁵³ Vgl. *Dustmann* in: Fromm/Nordemann, § 51 UrhG Rn. 16.

⁵⁴ Vgl. z. B. BGH GRUR 2012, 819 Rn. 22 – *Blühende Landschaften*.

⁵⁵ Vgl. z. B. BGH GRUR 2012, 819 Rn. 17 – *Blühende Landschaften*.

dass außerhalb der kunstspezifischen Auslegung das Zitat untergeordnete bzw. unterstützende Funktion haben muss und nicht gleichzeitig zentrales Gestaltungsmittel sein darf.⁵⁶

Bei Remixen sind die entnommenen Stellen nicht nur Erläuterungen, sondern gleichzeitig selbstständige Werkbestandteile, welche als „eigenständige Darstellungsmittel“ dienen.⁵⁷ Sie tragen das neue Werk, sodass ihnen keine untergeordnete Funktion zukommt.⁵⁸ Damit erfüllen sie nicht die traditionelle Belegfunktion.⁵⁹

c) Kunstspezifische Auslegung

Soweit Remixe in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen,⁶⁰ ist es nach Rechtsprechung des BVerfG⁶¹ erforderlich, bei der Auslegung des § 51 UrhG eine kunstspezifische Betrachtung einzunehmen.⁶² Demnach kann die erforderliche innere Verbindung auch im „Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung“ liegen.⁶³ So hielt auch der BGH in *TV Total* fest, dass es im Rahmen der kunstspezifischen Auslegung unerheblich sei, ob sich der Künstler mit dem zitierten Werk auseinandersetze.⁶⁴ Ausreichend, aber auch erforderlich sei vielmehr, dass sich das fremde Werk „funktional in die künstlerische Gestaltung und Intention des Werkes einfügt und damit als integraler Bestandteil einer eigenständigen künstlerischen Aussage erscheint“.⁶⁵ Das heißt, dass das Zitat nicht nur unterstützend als Beleg, sondern als „Gegenstand und Gestaltungsmittel“ der Aussage des Künstlers dienen kann.⁶⁶

Der verfassungsrechtliche Kunstbegriff ist weit – Kunstrichtertum und eine staatliche Bewertung von Ansichten sollen vermieden werden.⁶⁷ Damit ist der Begriff „Kunst“ allerdings auch schwer zu fassen. Das Bundesverfassungsgericht lässt offen, welchen Kunstbegriff – formal, materiell, offen – es zugrunde legt.⁶⁸ Aufgrund der kunstspezifischen Auslegung des Zitatrechts übertragen sich diese Definitionsunsicherheit (wenn nicht gar die Unmöglichkeit einer Definition)⁶⁹ und die damit verbundenen Probleme auf das Urheberrecht.

⁵⁶ Vgl. z. B. BGH GRUR 1994, 800, 803 – *Museumskatalog*; OLG München ZUM-RD 2012, 479, 480 – *Das unlesbare Buch*.

⁵⁷ Vgl. *Spindler* in: Schricker/Loewenheim, § 51 Rn. 54.

⁵⁸ Vgl. *Spindler* in: Schricker/Loewenheim, § 51 Rn. 54.

⁵⁹ Ähnlich auch *Peifer*, ZUM 2016, 805, 809.

⁶⁰ Art. 5 Abs. 3 S. 1 GG.

⁶¹ Vgl. auch BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*. Vgl. auch BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 86 – *Metall auf Metall*. Zu letzterem *Podszun*, ZUM 2016, 606 und ausführlich im Rahmen der Behandlung der freien Benutzung, *infra* § 1 B. II. 1. b).

⁶² Vgl. *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 51 UrhG Rn. 1.

⁶³ BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*.

⁶⁴ BGH GRUR 2008, 693 Rn. 45 – *TV Total*.

⁶⁵ BGH GRUR 2008, 693 Rn. 45 – *TV Total* (eigene Hervorhebung).

⁶⁶ *Lüft* in: *Wandtke/Bullinger*, § 51 UrhG Rn. 4.

⁶⁷ Vgl. *Kempfen* in: *Epping/Hillgruber*, Art. 5 GG Rn. 157; *Scholz* in: *Maunz/Dürig*, Art. 5 Abs. III S. 1 GG Rn. 38.

⁶⁸ Vgl. BVerfG NJW 1985, 261, 262 – *anachronistischer Zug*; *Kempfen* in: *Epping/Hillgruber*, Art. 5 GG Rn. 158 ff., 162.

⁶⁹ So *Erdmann* in: *Erdmann/Hefermehl/Mees/et al.*, FS v. Gamm (2009), S. 403. Für ein Definitionsgebot trotz aller Schwierigkeiten *Scholz* in: *Maunz/Dürig*, Art. 5 Abs. III S. 1 GG Rn. 25.

Der BGH hat in *Blühende Landschaften*⁷⁰ klargestellt, dass ein rein formaler Kunstbegriff für die kunstspezifische Auslegung des Zitatrechts nicht genügt. Für die Annahme eines Kunstwerks sei nicht ausreichend, dass sich künstlerischer Techniken – z. B. Montage oder Collage – bedient werde.⁷¹ Vielmehr stellt der BGH materielle Anforderungen⁷² und berücksichtigt wohl in gewissem Maße sogar das künstlerische Selbstverständnis.⁷³ Es müssten Elemente schöpferischer Gestaltung zum Einsatz kommen, die Interpretationen ermöglichten und Rückschlüsse auf eine künstlerische Absicht zuließen.⁷⁴ Dabei käme z. B. die „verfremdende Verknüpfung von verschiedenen Stilmitteln“ in Betracht.⁷⁵

Ferner hält der BGH (unter Verweis auf das *Mephisto*-Urteil des BVerfG⁷⁶) zum Kunstbegriff fest:⁷⁷

Jede künstlerische Tätigkeit ist ein Ineinander von bewussten und unbewussten Vorgängen, die rational nicht aufzulösen sind. Beim künstlerischen Schaffen wirken Intuition, Fantasie und Kunstverstand zusammen; es ist primär nicht Mitteilung, sondern Ausdruck, und zwar unmittelbarster Ausdruck der individuellen Persönlichkeit des Künstlers.

Viele Remixe erfüllen diese Anforderungen an die kunstspezifische Auslegung. Die Simulation, welche durch den neuen Zusammenschritt erfolgt, hat häufig verfremdende Effekte. Perspektivenvielfalt macht Remixe teilweise sogar aus, sodass verschiedenste Interpretationsmöglichkeiten bestehen.

Im Gegensatz zur Belegfunktion ist dabei unerheblich, ob die Filme ausschließlich aus Fremdmaterial bestehen. Die verfassungskonforme (kunstspezifische) Auslegung setzt gerade voraus, dass die Entlehnungen gleichzeitig Gestaltungsmittel sind. Damit kann ihnen auch eine tragende Funktion zukommen; sie sollen gerade „integraler Bestandteil“⁷⁸ der künstlerischen Aussage werden. Vorbehaltlich der nachfolgenden Analyse können viele Remix-Formen also grundsätzlich vom Zitatrecht gedeckt sein.⁷⁹ Für verschiedene Remix-Formen ergeben sich aus der Rechtsprechung des BGH jedoch weitere Fragen, die im Folgenden behandelt werden sollen.

⁷⁰ BGH GRUR 2012, 819 Rn. 18 – *Blühende Landschaften*.

⁷¹ BGH GRUR 2012, 819 Rn. 18 – *Blühende Landschaften*.

⁷² Der BGH spricht von den „der Kunst eigenen materiellen Strukturmerkmale[n]“, BGH GRUR 2012, 819 Rn. 18.

⁷³ *Wandtke*, ZUM 2005, 769, 771 hält die Selbsteinschätzung des Künstlers für urheber- und verfassungsrechtlich irrelevant. Anders die sog. Präsentationstheorie von Kummer, dazu *Fallert*, GRUR 2014, 719.

⁷⁴ BGH GRUR 2012, 819 Rn. 18 – *Blühende Landschaften* (eigene Hervorhebung). Leider klingen die Formulierungen, die sich an „freier schöpferischer Gestaltung“ (Kunstbegriff des BGH) bzw. an Gestaltungshöhe durch „freie kreative Entscheidungen“ (europäischer Werkbegriff, EuGH, Rs. C-145/10 *Painer* [2011] Rn. 89) orientieren, sehr ähnlich.

⁷⁵ BGH GRUR 2012, 819 Rn. 18 – *Blühende Landschaften*.

⁷⁶ BVerfG NJW 1971, 1645 – *Mephisto*.

⁷⁷ BGH GRUR 2012, 819 Rn. 17 – *Blühende Landschaften*.

⁷⁸ BGH GRUR 2008, 693 Rn. 45 – *TV Total*.

⁷⁹ So (implizit) auch *Peukert*, Filmzitate, Kompilationsfilme und Mashups, Vortrag DOKU. ARTS 2014, S. 13, der die zu 100% aus Fremdmaterial bestehenden Filme „The Clock“, „Final Cut – Ladies and gentlemen“ sowie die Arbeiten von *Kogonada* als vom Zitatrecht gedeckt ansieht. Vgl. auch *Dreyer* in: *Dreyer/Kothhoff/Meckel*, § 51 UrhG Rn. 19, wobei *Dreyer* es grundsätzlich für schwierig erachtet, mit Mashups einen anerkannten Zitatzweck zu wahren.

2. Grenzfragen der kunstspezifischen Auslegung für Remixe

a) „Engagierte“ Kunst im Remix-Film

Remixe, die künstlerisch gestaltet sind, drücken häufig gleichzeitig eine Meinung aus oder beinhalten populärwissenschaftliche Erkenntnisse (wie Filmkritik). Es stellt sich die Frage, ob auch bei diesen Filmen eine erweiterte Auslegung des Zitatrechts in Betracht kommt.

Der BGH differenziert scheinbar klar zwischen Kunst und Meinungsäußerung. Er verknüpft Kunst mit dem Ausdruck der „individuellen Persönlichkeit“ und unterscheidet davon Mitteilungen und Bewertungen von Tatsachen.⁸⁰ Auf Meinungen und Mitteilungen soll die erweiterte kunstspezifische Auslegung keine Anwendung finden.⁸¹ An mehreren Stellen im *Blühende Landschaften*-Urteil grenzt der BGH dabei danach ab, ob „primär“ (oder „vorwiegend“) eine Meinung bzw. Mitteilung vorliegt oder eher ein Ausdruck der Künstlerpersönlichkeit.⁸²

Viele Fan-Videos versuchen Argumente bezüglich einzelner Charaktere bekannter TV Serien, ihrer Beziehungen zueinander etc. künstlerisch darzustellen und neu aufzurollen. Dabei betonen die *vidder* selbst jedoch in der Regel eher den meinungsbildenden Aspekt („collaborative critical thinking“)⁸³ als den künstlerischen Ausdruck ihrer Persönlichkeit. Auch Videoessays, wie die von *Kogonada*, sind zwar künstlerisch gestaltet, fungieren aber als Hybrid zwischen Wissenschaft und Dokumentarfilm.⁸⁴ Das gleiche ließe sich über medienkritische Remixe, wie die Zusammenschnitte von *Übermedien*, konstatieren. Bei diesen Arten des Remix-Films könnte man vertreten, dass sie nicht „primär“ Ausdruck der Künstlerpersönlichkeit sind, sondern es vorwiegend um Wissenschaft, Analyse oder Meinung geht. Diese Meinungsäußerung wird mit filmischen Mitteln – und ausschließlich mit Hilfe von Fremdmaterial – dargestellt.

Stellt ein Remix-Film schwerpunktmäßig eine Meinungsäußerung dar, könnte möglicherweise weder die erweiterte kunstspezifische Auslegung greifen (da es sich nicht „vorwiegend“ um einen Ausdruck der Persönlichkeit handelt), noch die traditionelle Belegfunktion (da das Fremdmaterial „integraler Bestandteil“ und nicht nur „Nebensache“ wäre).

Verfassungsrechtlich ist eine Schwerpunktbildung von Kunst oder Meinung allerdings nicht geboten. Die Kunstfreiheit schützt auch die „engagierte“ Kunst, welche eine bestimmte Meinung künstlerisch ausdrückt, da sich die Schutzbereiche der beiden Grundrechte nicht absolut voneinander abgrenzen lassen.⁸⁵ *Scholz* betont zudem, dass „die Neutralität des verfassungsrechtlichen Kunstbegriffs [...] auch die Freiheit zum entsprechenden Engagement“ verbürge.⁸⁶ Überzeugender erscheint es

⁸⁰ BGH GRUR 2012, 819 Rn. 20 – *Blühende Landschaften*.

⁸¹ Vgl. auch *Peukert*, Filmzitate, Kompilationsfilme und Mashups, Vortrag DOKU.ARTS 2014, S. 12 f.

⁸² Vgl. BGH GRUR 2012, 819 Rn. 17, 19, 20 – *Blühende Landschaften*.

⁸³ Vgl. z. B. *Coppa*, 1 TWC 2008, Rn. 5.1.

⁸⁴ Vgl. *supra*, Einleitung, C. V. 3.

⁸⁵ *Scholz* in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. III S. 1 GG Rn. 28, 32.

⁸⁶ *Scholz* in: Maunz/Dürig, Art. 5 Abs. III S. 1 GG Rn. 32.

daher, die BGH-Rechtsprechung dahingehend zu verstehen, dass lediglich informative Mitteilungen nicht die erweiterte kunstspezifische Auslegung des Zitatzwecks eröffnen. Am Ergebnis des Urteils in *Blühende Landschaften* würde sich bezüglich des „Dokumentationsteils“ nichts ändern. Meinungen, die künstlerisch ausgedrückt werden – und insofern auch eine „künstlerische Aussage“⁸⁷ darstellen, müssen aber der kunstspezifischen Auslegung unterworfen werden.

b) Amateurkunst und Unterhaltung

Da viele Remix-Filme von Amateuren hergestellt werden, stellt sich bezüglich Filmen unterhaltender Natur die Frage, ob auch diese in den Schutzbereich der Kunstfreiheit fallen. Im *Appropriation*-Diskurs, der in der Einleitung (C. II.) kurz vorgestellt wurde, klingt eine Abgrenzung von Filmkunst zu Unterhaltung an. Dies betrifft häufig (aber nicht immer) die Unterscheidung zwischen professionell-künstlerischen Remix-Filmen und nicht-professionellen Projekten. Nicht-professionelle Nutzer erstellen Trailer-Remixe beispielsweise häufig als unterhaltende „Spielerei“. Teilweise können allerdings (auch amateurhafte) Trailer-Remixe verfremdende Effekte aufweisen und sich durch eine mehr oder weniger ausgeprägte Ästhetik auszeichnen. Die Relevanz dieser Aspekte für die urheberrechtliche Analyse soll daher in den Blick genommen werden.

aa) Amateurkunst

Obwohl der BGH in seiner Kunstdefinition in *Blühende Landschaften* auch das Wort „Kunstverstand“ verwendet, können daraus keine konkreten Anforderungen an eine bestimmte Professionalität der künstlerischen Betätigung entnommen werden. Ein solches Verständnis des Kunstbegriffs wäre als Inhaltskontrolle verfassungswidrig.⁸⁸ Demnach kann die kunstspezifische, erweiterte Auslegung des Zitatzwecks grundsätzlich für Amateur-Remixe greifen. Voraussetzung bleibt stets das „Erfordernis der inneren Verbindung der zitierten Stellen mit den Gedanken und Überlegungen des Zitierenden“.⁸⁹ Es kommt im Einzelfall darauf an, ob das entlehnte Material integraler Bestandteil einer künstlerischen Aussage ist.⁹⁰

bb) Reine Unterhaltung oder Erforderlichkeit

Zu beachten ist jedenfalls, dass Fremdmaterial nicht nur verwendet werden darf, um den eigenen Beitrag für die Zuschauer unterhaltsamer zu gestalten⁹¹ oder sonst auszuschnücken.⁹² Der Zitatzweck muss überwiegen.⁹³ Dabei ist der erlaubte Zitatumfang davon abhängig, inwiefern das entlehnte Material für den verfolgten Zitatzweck

⁸⁷ Vgl. BGH GRUR 2008, 693 Rn. 45 – *TV Total*.

⁸⁸ Vgl. *Kempfen* in: Epping/Hillgruber, Art. 5 GG Rn. 166.

⁸⁹ BGH GRUR 2012, 819 Rn. 22 – *Blühende Landschaften*.

⁹⁰ Vgl. *Fallert*, GRUR 2014, 719, 723 zur Definitionskompetenz von Richtern in Kunstfragen.

⁹¹ Für den Filmbereich: LG Stuttgart ZUM 2003, 156 – *Spiegel TV*.

⁹² *Lüft* in Wandtke/Bullinger, § 51 UrhG Rn. 3.

⁹³ *Dreier* in: Dreier/Schulze, § 51 UrhG Rn. 4; *Lüft* in: Wandtke/Bullinger, § 51 UrhG Rn. 5.

„erforderlich“ ist.⁹⁴ Dies muss auch im hier interessierenden Zusammenhang der kunstspezifischen Auslegung gelten. Ein einfacher Zusammenschritt der eindrucksvollsten oder besten Trailer eines Jahres wäre – ohne künstlerische Aussage – beispielsweise unzureichend.⁹⁵

Das LG Köln hatte in einer Entscheidung von 2009 zudem angenommen, dass der Zitatumfang⁹⁶ jedenfalls gesprengt sei, wenn eine Szene mehrmals gezeigt werde und dies für die kritische Erläuterung nicht zwingend erforderlich sei.⁹⁷ Insoweit stellte das Gericht das für einen logischen Schluss Erforderliche in den Vordergrund. Das Berufungsgericht sah hingegen auch im wiederholten Zeigen der Szene eine „angemessene Form eines meinungsbildenden Beitrags“.⁹⁸ Die Darstellung sei geeignet, zunächst die Aufmerksamkeit des Zuschauers zu wecken und ihm anschließend die relevanten Vorgänge zu verdeutlichen. Diese Erwägungen des OLG Köln berücksichtigen (implizit) auch Pathos als Mittel der Argumentation. Zwar erging die Entscheidung mit Blick auf die Belegfunktion. Die Argumentation lässt sich jedoch auch auf die hier betrachtete kunstspezifische Auslegung (insbesondere im Rahmen der „engagierten“ Kunst) übertragen, da eine künstlerische Aussage grundsätzlich mehr Spielraum beim Einsatz von Gestaltungsmitteln beanspruchen darf. Für die in der Einleitung (C. III.) angesprochenen verschiedenen rhetorischen Stilmittel kann im Zitatrecht also durchaus Raum sein.

c) Erkennbarkeit

Eine weitere Grenze der kunstspezifischen Auslegung ergibt sich aus der grundsätzlichen Schwierigkeit, diese mit dem Wesen des Zitatrechts zu vereinen. Denn einerseits soll das Zitat im Rahmen der kunstspezifischen Auslegung integraler Bestandteil der künstlerischen Aussage sein, andererseits hält der BGH jedoch an den übrigen Voraussetzungen des Zitatzwecks fest. Das heißt insbesondere, dass das Zitat als solches erkennbar sein muss.⁹⁹ Mit Blick auf das Zitatrecht beim Sampling im Musikbereich hat der BGH im Rahmen einer Vorlagefrage an den EuGH deutlich gemacht, dass er ein 2-sekündiges Sample für nicht erkennbar hält.¹⁰⁰ Wie im Musikbereich werden auch Filmzitate nicht durch in der Literatur geläufige Anführungsstriche oder ähnliches gekennzeichnet. Bei Remixen, die in der Tradition der Kompilationsfilme die vorgenommene Rekontextualisierung verschleiern, kann das in seltenen Fällen

⁹⁴ BGH GRUR 2012, 819 Rn. 29 – *Blühende Landschaften*. *Dustmann* in: Fromm/Nordemann, § 51 UrhG Rn. 18.

⁹⁵ Vgl. auch *Peukert*, Filmzitate, Kompilationsfilme und Mashups, Vortrag DOKU.ARTS 2014, S. 14.

⁹⁶ Es handelte sich allerdings nicht um einen Fall der kunstspezifischen Auslegung.

⁹⁷ LG Köln ZUM 2009, 674, 676 – *Berichterstattung über Tagesereignisse*, die Zitate seien (auch) verwendet worden, „um den Beitrag für das Publikum unterhaltsamer zu gestalten“.

⁹⁸ OLG Köln GRUR-RR 2010, 151, 153 – *Zusammenbruch bei Dieter Bohlen*, Ausführungen im Rahmen der Prüfung des § 50 UrhG, auf diese wird jedoch verwiesen, um die Annahme einer (zusätzlichen) Rechtfertigung nach § 51 UrhG zu erläutern. *Spindler* in: Schricker/Loewenheim, § 51 UrhG Rn. 19 plädiert für eine „vernünftige, sachgerechte Wahrnehmung des Zitatzwecks“ und gegen das Kriterium der „zwingenden“ Erforderlichkeit.

⁹⁹ *Summerer*, *Illegale Fans*, S. 77.

¹⁰⁰ BGH BeckRS 2017, 116421 – *Metall auf Metall III*.

(und bei unbekanntem Fremdmaterial) bedeuten, dass Entlehnungen nicht als solche erkennbar sind.¹⁰¹ Allerdings ist noch offen, ob der EuGH die „Erkennbarkeit“ als Tatbestandsmerkmal dieser Schranke nicht ablehnen wird. Für die meisten Remix-Filme dürfte dieses Kriterium jedoch ohnehin kein Problem darstellen. Denn Film-ausschnitte gehen anders als kurze musikalische Samples nicht unbemerkt in einem neuen Werk auf.¹⁰² Zumindest aus dem Kontext wird bei den allermeisten Remixen deutlich, dass es sich beim verwendeten Material um Entlehnungen handelt. Die durch den neuen Zusammenschnitt hervorgerufene Bedeutungsänderung des Fremdmaterials ist zentrales Anliegen vieler Film-Remixe. Dies erfordert Kenntnis und Unterscheidbarkeit vom Ausgangsfilm. Insbesondere wenn Material aus verschiedenen Quellen zusammengeschnitten wird, wird bei Remixen schon optisch deutlich, dass sie aus Entlehnungen bestehen. So behalten Remix-Künstler etwa teilweise absichtlich verschiedene Farbtöne der unterschiedlichen Quellen bei.¹⁰³ Das entnommene Material ist daher regelmäßig in seiner Funktion als künstlerisches Zitat erkennbar.

d) Vereinbarkeit mit europäischen Vorgaben?

Klärungsbedürftig ist, ob die kunstspezifische Auslegung des Zitatzwecks auch mit europäischen Vorgaben vereinbar ist. Dafür kommt es zunächst darauf an, ob (auch) europäische Grundrechte für die Auslegung des Zitatrechts relevant sind (1). Des Weiteren ist zu untersuchen, welche Aspekte der bisherigen EuGH-Rechtsprechung gegen eine extensive Auslegung des Zitatzwecks sprechen könnten (2) und ob eine weite, kunstspezifische Auslegung dennoch auch auf europäischer Ebene möglich und erforderlich ist (3).

aa) Relevanz europäischer Grundrechte

Der BGH bezog sich in der urheberrechtlichen Rechtsprechung zum Zitatrecht¹⁰⁴ bis vor Kurzem nur auf nationale, nicht jedoch (auch) auf Unionsgrundrechte.¹⁰⁵ Allerdings hat der Bundesgerichtshof die Frage der Bedeutung europäischer Grundrechte für die Auslegung urheberrechtlicher Schranken (inklusive des Zitatrechts) nun dem EuGH vorgelegt.¹⁰⁶ Nach Rechtsprechung des EuGH kann eine Richtlinie nämlich nach Maßgabe der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) umzusetzen sein.¹⁰⁷ Zugleich hielt der EuGH zwar fest, dass es „nationalen Behörden und Gerichten weiterhin frei [stehe], nationale Schutzstandards für die Grundrechte

¹⁰¹ Im Übrigen halten sie teilweise die Vorgaben zur Quellenangabe (§ 62 UrhG, dazu sogleich unter III. 2.) nicht ein.

¹⁰² Daher kommt bei Filmen im Rahmen der freien Benutzung auch kaum ein äußerliches Verblenden in Betracht.

¹⁰³ Siehe dazu etwa den Remix von JohnMcIntosh *Buffy vs. Edward – Twilight Remixed* (2009).

¹⁰⁴ Anders etwa in einer Entscheidung zu § 95 a UrhG, der Art. 6 InfoSocRL umsetzt, BGH GRUR 2011, 513 Rn. 20 ff. – *AnyDVD*. Dazu zustimmend *Raue*, GRUR Int. 2012, 402, 406.

¹⁰⁵ Dazu kritisch *Stieper*, 4 ZGE 2012, 443, 449 f.

¹⁰⁶ BGH BeckRS 2017, 116421 – *Metall auf Metall III*; BGH GRUR 2017, 1027 – *Reformistischer Aufbruch*.

¹⁰⁷ EuGH, Rs. C-578/08 [2010] Rn. 44 f. – *Chakroun*. Dazu kritisch *Masing*, JZ 2015, 477, 482 ff.

anzuwenden“.¹⁰⁸ Dies gelte allerdings nur in Fällen, in welchen das „Handeln eines Mitgliedstaats nicht vollständig durch das Unionsrecht bestimmt wird“ und sofern das Schutzniveau der GRCh sowie Vorrang und Einheit des Unionsrechts nicht beeinträchtigt würden.¹⁰⁹

Teile der Literatur gehen davon aus, dass bei fakultativen Vorgaben einer Richtlinie – wie den meisten Schranken in der InfoSocRL¹¹⁰ – in jedem Fall ein gewisser Umsetzungsspielraum für Mitgliedstaaten bestehe, da die Regelung im nationalen Recht auch gestrichen werden könnte, ohne mit Europarecht in Konflikt zu geraten.¹¹¹ Dieses Argument kann jedoch allenfalls mit Blick auf eine nationale Schranke tragen, die engere Voraussetzungen als die europäische Regelung hat. Wenn – wie im Fall der kunstspezifischen Erweiterung des Zitatzwecks – das nationale Recht (potentiell) mehr erlaubt, als sich der europäischen Vorgabe entnehmen lässt, ist dies entweder unvereinbar mit EU-Recht oder es ist zu klären, ob die infrage stehende Richtliniennorm nicht doch ebenso weit auszulegen ist.¹¹² Im Übrigen ist bei der grundrechtskonformen Auslegung im Privatrecht zu beachten, dass mehr Grundrechtsschutz für die eine Seite zugleich weniger für die andere impliziert.¹¹³ Bedenkt man die Grundrechtsrelevanz einiger Schranken (wie dem Zitatrecht)¹¹⁴ ist daher zweifelhaft, ob eine vollständig unterbliebene Umsetzung mit der GRCh vereinbar wäre.¹¹⁵ Insofern, und da sich der EuGH häufig für eine EU-weit kohärente Interpretation von auslegungsbedürftigen Rechtsbegriffen im Urheberrecht ausspricht,¹¹⁶ ist der verbleibende Spielraum für Mitgliedstaaten zumindest sehr beschränkt.¹¹⁷ Eu-

¹⁰⁸ EuGH, Rs. C-617/10 [2013] Rn. 29 – *Åkerberg Fransson*. Viele Stimmen in der Literatur sehen diese Rechtsprechung des EuGH aufgrund des sehr weiten Anwendungsbereichs europäischer Grundrechte kritisch, vgl. etwa *Unselde*, Verfassungsblog v. 07.05.2014. Siehe dazu auch Einschränkungen aus Sicht des BVerfG, z. B. BVerfG NJW 2013, 1499 Rn. 91 – *Antiterrordatei*.

¹⁰⁹ EuGH, Rs. C-617/10 [2013] Rn. 29 – *Åkerberg Fransson*.

¹¹⁰ Eine Ausnahme stellt nur Art. 5 Abs. 1 InfoSocRL (die Schranke für vorübergehende Vielfältigkeiten) dar.

¹¹¹ *Raue*, GRUR Int. 2012, 402, 406.

¹¹² Dazu *Obergfell/Stieper* in: Dreier/Hilty, FS 50 Jahre UrhG (2015), S. 233. Vgl. zudem *Raue*, GRUR Int. 2012, 402, 403: „Europarechtliche Vorgaben sind nicht mehr nur über die richtlinienkonforme Auslegung und gelegentliche Anwendung der Grundfreiheiten zu beachten, sondern auch im Wege der grundrechtskonformen Auslegung nach Maßgabe der europäischen Grundrechte“.

¹¹³ Vgl. dazu *Jütte/Maier*, 12 JIPLP 2017, 784, 789.

¹¹⁴ Vgl. nur BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3. Dustmann* in: Fromm/Nordemann, § 51 UrhG Rn. 1. Zur Bedeutung auf EU-Ebene siehe sogleich *infra* sowie *Geiger* in: Hilty/Peukert, Interessenausgleich im Urheberrecht (2004), S. 149; *Geiger/Griffiths/Senftleben/et al.*, IIC 2015, 93, 98 f. Im Übrigen ist das Zitatrecht bereits in Art. 10 RBÜ als Schranke zwingend vorgesehen.

¹¹⁵ So auch *Husovec*, 18 CYELS 2016, 239, 260: „[A]lthough a citation exception enshrined in Article 5(3) of the Directive 2001/29 is currently only an option for the Member States, the Court of Justice could potentially recognise it as obligatory in nature even with autonomously broad scope. The obligatory nature would follow not from the directive, but be mandated by its interpretation of a positive obligation surrounding the freedom of scientific research envisaged in Article 13 of the EU Charter“.

¹¹⁶ Siehe dazu beispielsweise die Entscheidungen EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 17 und EuGH, Rs. C-467/08 *Padawan* [2010] Rn. 31 ff.

¹¹⁷ Vgl. zur Relevanz des Europarechts für Nutzungen in veränderter Gestalt auch *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533. Mit Blick auf die Ausnahme in Art. 5 Abs. 3 lit. e) betonte der EuGH zwar, dass es „in Ermangelung hinreichend genauer Kriterien in einer Richtlinie, anhand deren die sich aus ihr ergebenden Verpflichtungen bestimmt werden könnten, Sache der Mitgliedstaaten ist,

ropäische Grundrechte sind für die Auslegung der Schrankenregelungen also relevant,¹¹⁸ ggf. müssen nationale Grundrechte daneben zur Anwendung kommen.¹¹⁹

Mit Blick auf eine Auslegung im Lichte der Kunstfreiheit gibt es bislang zwar kaum Rechtsprechung des EuGH auf die Bezug genommen werden kann.¹²⁰ Allerdings speist sich die GRCh auch aus der EMRK und den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten.¹²¹ Gemäß Art. 52 Abs. 3 GRCh ist die EMRK und ihre Auslegung durch den EGMR insoweit relevant, als die EMRK-Rechte einen Mindeststandard darstellen, den auch die GRCh erfüllt. Dabei ist der Anwendungsbereich der Meinungsfreiheit in Art. 10 EMRK bisher weitestgehend deckungsgleich mit der Meinungsfreiheit des Art. 11 GRCh, wobei allerdings die EMRK die Kunstfreiheit als Konkretisierung der Meinungsfreiheit behandelt.¹²² Mit Blick auf das Spannungsverhältnis von Meinungsfreiheit und Urheberrecht sind die Urteile in *The Pirate Bay*¹²³ und *Ashby Donald*¹²⁴ bedeutend, in denen der EGMR klarstellte, dass auch eine urheberrechtsverletzende, kommerziell-motivierte Handlung vom Schutzbereich des Art. 10 EMRK erfasst ist und eine Verurteilung wegen einer Urheberrechtsverletzung einen Eingriff in diesen Schutzbereich darstellt.¹²⁵ Im Ergebnis verneinte der EGMR zwar jeweils eine Verletzung von Art. 10 EMRK, da die Eingriffe gesetzlich vorgesehen waren, ein in Art. 10 Abs. 2 EMRK berechtigtes Ziel verfolgten und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig waren, um das Ziel zu erreichen. Dennoch unterstreichen die Entscheidungen die Bedeutung der Meinungsfreiheit auch gegenüber dem Urheberrecht.¹²⁶

In Anbetracht dieser EGMR-Rechtsprechung heben Teile der Literatur hervor, dass die Meinungsfreiheit als externe Grenze („external limit“) den Urheberrechts-

in ihrem Hoheitsgebiet die sachnahen Kriterien festzulegen, um die Beachtung der Richtlinie zu gewährleisten“, EuGH, Rs. C-145/10 *Painer* [2011] Rn. 103. Dabei seien jedoch stets die europarechtlichen Grenzen, wie der Wortlaut der Richtlinie, die Erreichung des Hauptziels der Richtlinie, der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit oder der Drei-Stufen-Test zu beachten, Rn. 104 ff. Vgl. auch *Griffiths*, 28 E. L. Rev. 2013, 65, 72, der die Rechtsprechung des EuGH zum gerechten Ausgleich vor allem als Harmonisierungsprojekt ansieht: „[I]n responding to preliminary references from national courts, the Court of Justice has begun to chart the boundaries of the Information Society Directive’s exceptions and limitations with increasing precision. In so doing, it has fostered the impression that these provisions constitute a complete legal code rather than a loosely defined set of permissive constraints. The presentation of ‚fair balance‘ as an over-arching principle of general application provides important rhetorical legitimisation for this harmonisation project“.

¹¹⁸ „Jedenfalls aber erstreckt der Gerichtshof die Charta auch auf Regelungen, für die die Mitgliedstaaten Umsetzungsspielräume haben“, *Masing*, JZ 2015, 477, 482. Siehe zudem *Obergfell/Stieper* in: Dreier/Hilty, FS 50 Jahre UrhG (2015), S. 234, die darauf hinweisen, dass Schranken jedenfalls in Bezug auf den Drei-Stufen-Test in Art. 5 Abs. 5 InfoSocRL in den Geltungsbereich des Unionsrechts fallen.

¹¹⁹ Vgl. zur parallelen Anwendbarkeit verschiedener Grundrechtssysteme *Raue*, GRUR Int. 2012, 402, 406.

¹²⁰ *Augsberg* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, GRC Art. 13 Rn. 2.

¹²¹ *Ders.* in: von der Groeben/Schwarze/Hatje, GRC Art. 52 Rn. 15 ff.

¹²² Vgl. *Daiber* in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, Art. 10 EMRK Rn. 20.

¹²³ EGMR GRUR Int. 2013, 476 – *The Pirate Bay*.

¹²⁴ EGMR GRUR 2013, 859 – *Ashby Donald*.

¹²⁵ EGMR GRUR Int. 2013, 476, 478 – *The Pirate Bay* und EMGR GRUR 2013, 859 Rn. 34 – *Ashby Donald*.

¹²⁶ Ausführlich zur Rechtsprechung des EGMR zur Kunstfreiheit und Implikationen für das europäische Urheberrecht, siehe *Jütte/Maier*, 12 JIPLP 2017, 784, 787.

schutz beschränken kann.¹²⁷ Es wäre zwar problematisch, von Gerichten im Einzelfall eine „freischwebende“ Abwägung verschiedener Grundrechte zu verlangen.¹²⁸ Im Wege einer grundrechtskonformen Auslegung von bestehenden urheberrechtlichen Schranken kann aber – jedenfalls in den hier interessierenden Fällen kreativer Nutzungen – ein angemessener Ausgleich der Rechte innerhalb des urheberrechtlichen Systems hergestellt werden.¹²⁹

Konsequenterweise müssen deutsche Zivilgerichte daher (auch) Art. 11 und 13 GRCh für die unionsgrundrechtskonforme Auslegung der Zitierfreiheit¹³⁰ heranziehen.¹³¹

bb) Enge Auslegung und Drei-Stufen-Test

Es ist fraglich, ob der EuGH den Zitatzweck im Lichte der Kunstfreiheit auslegen und eine Nutzung des Fremdmaterials als „Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung“¹³² als zulässig anerkennen würde. Dagegen könnte die enge Auslegung – die der EuGH nach wie vor nicht aufgegeben hat¹³³ – der urheberrechtlichen Schranken und die restriktive Auslegung des Drei-Stufen-Tests sprechen. So hielt der Gerichtshof in *Painer* auch für das Zitatrecht fest, dass Art. 5 Abs. 3 lit. e) InfoSocRL „strikt auszulegen“ sei, „weil es sich dabei um eine Abweichung von dem in dieser Richtlinie aufgestellten allgemeinen Grundsatz – dem Erfordernis einer Zustimmung des Inhabers des Urheberrechts für die jeweilige Vervielfältigung eines geschützten Werks – handelt“.¹³⁴ Dieser Auslegungsgrundsatz überzeugt insbesondere bei Schranken mit Grundrechtsrelevanz nicht; hier sollte eine Abwägung der betroffenen Grundrechte und eine Auslegung am Zweck der Schranken erfolgen.¹³⁵

¹²⁷ So etwa *Jütte*, 38 E. I. P. R. 2016, 11, 22; *Izyumenko*, 19 JWIP 2016, 115, 116.

¹²⁸ So auch *Stieper*, GRUR 2017, 1209, 1211 f.

¹²⁹ So auch von *Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 535. Zur Frage, inwieweit allein aus Grundrechten urheberrechtliche Schranken erwachsen können legte der BGH dem EuGH im Fall *Afghanistan Papiere* Fragen im Vorabentscheidungsverfahren vor, vgl. BGH BeckRS 2017, 116420.

¹³⁰ *Leibe/Domröse* in: *Riesenhuber*, § 8 Rn. 41 sprechen sich dafür aus, dass die Richtlinie im Lichte der Unionsgrundrechte, das nationale Recht sodann richtlinienkonform auszulegen sei: „Unionsrecht führen die Mitgliedstaaten u. a. durch, wenn die mitgliedstaatliche Judikative nationales Recht zur Umsetzung von Richtlinienvorgaben anwendet. Die Bindung an die Unionsgrundrechte bei der Anwendung von Umsetzungsrecht darf indessen nicht das Verbot der Horizontalwirkung von Richtlinien im Privatrechtsverhältnis überspielen und den Stufenbau der Rechtsordnung missachten. Dementsprechend ist mitgliedstaatliches Umsetzungsrecht richtlinienkonform auszulegen und die jeweilige Richtlinie, die den Auslegungsmaßstab für das mitgliedstaatliche Recht bildet, ist ihrerseits unionsgrundrechtskonform auszulegen“.

¹³¹ So bzgl. der europarechtlich verankerten Meinungs- und Medienfreiheit überzeugend etwa LG Hamburg, BeckRS 2017, 129173.

¹³² BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*.

¹³³ Siehe etwa EuGH, Rs. C-5/08 *Infopaq I* [2009] Rn. 56; EuGH, Rs. C-435/12 *ACI Adam* [2014] Rn. 22; EuGH, Rs. C-138/16 *AKM* Rn. 42 [2017], EuGH, Rs. C-527/15 *Filmspeler* [2017] Rn. 62.

¹³⁴ EuGH, Rs. C-145/10 *Painer* [2011] Rn. 109.

¹³⁵ Dazu auch sogleich unter (3). Zu Recht betont *Riesenhuber*, dass allgemein die enge Auslegung von Ausnahmeregelungen im Unionsrecht nicht überzeugt und es stets um eine Auslegung am Zweck gehen sollte, *Riesenhuber* in: ders., § 10 Die Auslegung, Rn. 66.

Der Drei-Stufen-Test der InfoSocRL (Art. 5 Abs. 5) wird mittlerweile zumeist so verstanden, dass er sich neben der Legislative auch an die Rechtsprechung richtet.¹³⁶ In mehreren Urteilen hat der EuGH einerseits festgehalten, dass der Drei-Stufen-Test den „materiell-rechtlichen Inhalt“ von Schranken der InfoSocRL nicht berühren und insbesondere nicht ausdehnen solle.¹³⁷ Zugleich seien jedoch Ausnahmen und Beschränkungen „im Licht von deren Art. 5 Abs. 5“ auszulegen,¹³⁸ wonach „sie nur in bestimmten Sonderfällen angewandt werden [dürfen], in denen die normale Verwertung des Werks oder des sonstigen Schutzgegenstands nicht beeinträchtigt wird und die berechtigten Interessen des Rechteinhabers nicht ungebührlich verletzt werden“ (Art. 5 Abs. 5 InfoSocRL). Dem Test kommt bisher also eher eine restriktive Funktion zu. Die Rechtsprechung überprüft, ob eine konkrete Nutzung den Wortlaut einer Schranke und darüber hinaus die Kriterien des Drei-Stufen-Tests erfüllt.¹³⁹ Zwar fordern viele Stimmen in der Literatur eine großzügige Interpretation des Drei-Stufen-Tests und seine Nutzung zur Flexibilisierung des Schrankenkatalogs.¹⁴⁰ Allerdings hat die europäische Rechtsprechung dies bislang nicht aufgegriffen.

Da die Interessen des Rechteinhabers im Rahmen des Zitatrechts berücksichtigt werden (dazu *infra* III.), könnte allenfalls die erste Stufe des Tests einer erweiterten Auslegung der erlaubten Zitatzwecke im Wege stehen. Die Zahl der Nutzungen, die über das Zitatrecht privilegiert werden könnten, vergrößert sich mit der kunstspezifischen Auslegung durchaus.¹⁴¹ Nichtsdestotrotz grenzen die Voraussetzung einer künstlerisch-inhaltlichen Auseinandersetzung mit dem Material sowie die weiteren Erfordernisse des Zitatrechts die potentiell erlaubten Nutzungen noch deutlich ein. Teilweise wird die erste Stufe des Tests auch so verstanden, dass die Schranke einen bestimmten Zweck haben und durch öffentliche Interessen zu rechtfertigen sein müsse.¹⁴² Diese Voraussetzungen wären bei einer kunstspezifischen Auslegung erfüllt. Es erscheint daher eher unwahrscheinlich, dass der EuGH eine erweiterte Auslegung im Lichte der Kunstfreiheit am Drei-Stufen-Test scheitern lassen würde.

¹³⁶ Vgl. dazu etwa EuGH, Rs. C-360/13 PRC A [2014] Rn. 53; EuGH, Rs. C-527/15 *Filmspeler* [2017] Rn. 63; zum Ganzen ausführlich *Arnold/Rosati*, 10 JIPLP 2015, 741, 744.

¹³⁷ EuGH, Rs. C-463/12 *Copydan* [2014] Rn. 90.

¹³⁸ EuGH, Rs. C-117/13 *TU Darmstadt* [2014] Rn. 47; EuGH, Rs. C-5/08 *Infopaq I* [2009] Rn. 55; dazu verallgemeinernd und mit weiteren Beispielen *Arnold/Rosati*, 10 JIPLP 2015, 741, 746.

¹³⁹ EuGH, Rs. C-5/08 *Infopaq I* [2009] Rn. 57 ff.; EuGH, Rs. C-527/15 *Filmspeler* [2017] Rn. 63.

¹⁴⁰ Vgl. etwa *Geiger/Hilty/Griffiths/Suthersanen*, 1 JIPITEC 2010, 119; *Geiger/Gervais/Senftleben*, 29 Am. U. Int'l L. Rev. 2014, 581, 66 ff.; *Gervais*, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 2005, 1, 27 ff.; *Senftleben*, 1 JIPITEC 2010, 67, 75 ff.

¹⁴¹ Dies könnte insbesondere mit Blick auf die Interpretation des Drei-Stufen-Tests durch ein Panel der WTO problematisch sein, wonach „an exception or limitation should be narrow in quantitative as well as a qualitative sense“, WTO, Panel Report: United States – Section 110(5) of the U.S. Copyright Act, WT/DS/160/R., Rn. 6.109. Allerdings ist zu beachten, dass sich die Formulierungen des Drei-Stufen-Tests in verschiedenen internationalen Abkommen (wie insbesondere Art. 13 TRIPS) und in der InfoSocRL unterscheiden und dieser Report daher nicht ohne Weiteres übertragbar ist.

¹⁴² *Gervais*, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 2005, 1, 14 f. m. w. N. Die erweiterte Auslegung erfordert, dass der Schutzbereich der Kunstfreiheit eröffnet ist, und dient der Durchsetzung dieses Grundrechts. Vgl. auch *Summerer*, *Illegale Fans*, S. 197: „Für das Vorliegen eines ‚Sonderfalls‘ ist richtigerweise darauf abzustellen, welchem Zweck eine Beschränkung des Urheberrechts dient. Dient die Schranke der Durchsetzung von Grundrechten wie der Kunstfreiheit kann von einem Sonderfall ausgegangen werden“.

cc) Grundrechtskonforme Auslegung

In einigen Entscheidungen hat sich der EuGH durchaus offen für eine flexiblere Interpretation von Schranken und Beschränkungen gezeigt.¹⁴³ Bereits in *FAPL/Murphy* erkannte der Gerichtshof an, dass bei der Auslegung „die praktische Wirksamkeit der so umrissenen Ausnahme zu wahren und ihre Zielsetzung zu beachten“ sei.¹⁴⁴ Dabei bezog sich der EuGH auf Erwägungsgrund 31 der InfoSocRL, der einen angemessenen „Rechts- und Interessenausgleich zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechteinhabern sowie zwischen den verschiedenen Kategorien von Rechteinhabern und Nutzern von Schutzgegenständen“ fordert. In *Painer* und *Deckmyn* betonte der EuGH in diesem Zusammenhang die Bedeutung der Grundrechte der Nutzer. Die Zitierfreiheit diene dazu, einen angemessenen Ausgleich „zwischen dem Recht der Nutzer eines Werks oder sonstigen Schutzgegenstands auf freie Meinungsäußerung und dem Vervielfältigungsrecht des Urhebers“ zu erreichen.¹⁴⁵ Darauf stützte der EuGH in *Painer* im Folgenden seine Auslegung und befand, dass es für diesen Interessenausgleich nachrangig sei, ob der aufnehmende Inhalt ein urheberrechtlich geschütztes Werk sei.¹⁴⁶ Ähnlich sah der Gerichtshof auch in *Deckmyn* die Meinungsfreiheit des Parodisten als das zentrale Recht an, welches mit den „Interessen und Rechten“ der Rechteinhaber durch die Schranke (und ihre Auslegung) in einen angemessenen Ausgleich zu bringen sei.¹⁴⁷

Generalanwältin *Trstenjak* betonte in ihren Schlussanträgen in *Painer* zwar, dass Mitgliedstaaten prüfen müssten, ob das Zitat als „Erörterungsgrundlage“ diene, also „auch ein inhaltlicher Rückbezug auf das zitierte Werk in Form einer Beschreibung, Kommentierung oder Bewertung“ vorliege.¹⁴⁸ Der EuGH griff dies jedoch nicht auf. Der Wortlaut von Art. 5 Abs. 3 lit. d) InfoSocRL ist zudem ausreichend offen („zu Zwecken wie Kritik oder Rezensionen“)¹⁴⁹, um eine kunstspezifische Auslegung zuzulassen. Eine erweiterte Auslegung des Zitatzwecks im Lichte der Kunstfreiheit ist daher durchaus auch auf europäischer Ebene möglich und, soweit nicht anderweitig Raum für eine künstlerische Auseinandersetzung geschaffen wird, auch erforderlich.¹⁵⁰ Der Vorrang des europäischen Primärrechts spricht zudem dafür, dass eine am Zweck orientierte, grundrechtskonforme Auslegung der engen Auslegung in den

¹⁴³ Hier ist etwa die Entscheidung in *TU Darmstadt* zu nennen, in der der EuGH die Schranke in Art. 5 Abs. 3 lit. n) i. V. m. Abs. 2 lit. c) InfoSocRL mit Verweis auf ihre praktische Wirksamkeit so auslegte, dass sie auch ein akzessorisches Digitalisierungsrecht unter bestimmten Umständen erfasst, EuGH, Rs. C-117/13 *TU Darmstadt* [2014] Rn. 43 ff. Zudem betonte der EuGH in *VOB* den Beitrag einer Schranke zu „kulturpolitischen Zielsetzungen“ und begründete damit, sowie mit ihrer praktischen Wirksamkeit, dass die Ausnahme für das öffentliche Verleihwesen auch für die elektronische Leihe gelte, EuGH, Rs. C-174/15 *VOB* [2016] Rn. 50 ff.

¹⁴⁴ EuGH, verb. Rs. C-403/08 und C-429/08 *FAPL/Murphy* [2011] Rn. 163.

¹⁴⁵ EuGH, Rs. C-145/10 *Painer* [2011] Rn. 134.

¹⁴⁶ Dazu bereits oben unter I.

¹⁴⁷ EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 25 ff.

¹⁴⁸ *GA Trstenjak*, Schlussanträge Rs. C-145/10 *Painer* [2011] Rn. 210 f.

¹⁴⁹ Eigene Hervorhebung.

¹⁵⁰ Dafür auch *Leistner/Roder* in: Drexl, *The Innovation Society and Intellectual Property* (im Erscheinen), unter 4. sowie *Geiger*, IIC 2007, 707, 713, der auch darauf hinweist, dass in einigen Mitgliedstaaten Bildzitate gar nicht erlaubt sind.

Fällen mit Grundrechtsrelevanz vorgeht.¹⁵¹ Sofern der EuGH zu dieser Frage nicht bereits im *Metall-auf-Metall*-Verfahren Stellung nimmt, sollten deutsche Gerichte den Gerichtshof zur Klärung dieser Frage in künftigen Verfahren anrufen, um diesbezüglich weitergehende Rechtssicherheit zu schaffen.¹⁵²

3. Musik in filmischen Remixen

Musik spielt bei Film-Remixen regelmäßig eine wichtige Rolle. Dabei kann es sich um die ursprüngliche Film-Musik handeln, welche auch im Remix wiedergegeben wird oder um ein Lied aus einem ganz anderen Zusammenhang. Bei Fan-Videos kann dies eingesetzt werden, um das Geschehen zu kommentieren. Als Beispiel für letzteres ließe sich etwa ein Remix der Künstler Elisa Kreisinger und Marc Faletti anführen, in dem sie die weiblichen Charaktere der Serie *Mad Men* „Keep me hanging on“ von den Supremes als Coverversion singen lassen. Der Remix, der *Set me free* heißt, soll Geschlechterrollen konsequenter, als dies in der Serie geschieht, kritisieren.¹⁵³ Dies geschieht durch das Zusammenspiel von Musik (inkl. Songtext), Filmausschnitten und eingefügten grafischen Elementen.

§ 51 Nr. 3 UrhG regelt das Musikzitat und erlaubt nur die Übernahme „einzelne[r] Stellen“ – das heißt kleinerer Ausschnitte.¹⁵⁴ Zumindest in Fan-Videos, wie beispielsweise in *Set me free* oder dem in der Einleitung (C. V. II.) erläuterten Remix *Vogue/300* werden Lieder dagegen (fast) in voller Länge genutzt. § 51 Nr. 3 UrhG würde dies nicht erlauben, da Musik in diesen Fällen ein zentrales Element des neuen Inhalts darstellt.¹⁵⁵ Allerdings ist zu beachten, dass es sich bei der Integration von Musik in einen neuen Film nicht um ein Musikzitat handelt.¹⁵⁶ Dies wäre nur der Fall, wenn auch *in* einem Musikwerk zitiert würde.¹⁵⁷ Die Aufnahme von Musik in ein Filmwerk richtet sich daher nach den anderen Nummern des § 51 UrhG bzw. den allgemeinen Voraussetzungen der Generalklausel.¹⁵⁸ Für die erlaubten Zitatzwecke gilt daher grundsätzlich das gleiche wie bereits für Filme festgehalten wurde. Auch für Musik in Remixen ist somit insbesondere die kunstspezifische Auslegung relevant.

Teilweise sind die Zitatzwecke möglicherweise noch schwieriger als bei filmischem Material zu deuten, da Musik „gedankliche Abläufe nicht wortwörtlich aus-

¹⁵¹ Dazu auch *Geiger/Griffiths/Senftleben/et al.*, IIC 2015, 93, 98 f. Vgl. auch *Leible/Domröse* in: *Riesenhuber*, § 8 Rn. 27: „Von mehreren möglichen Interpretationen einer sekundärrechtlichen Regelung setzt sich in jedem Falle diejenige durch, die mit dem Primärrecht vereinbar ist“.

¹⁵² Denkbar wäre, auch diese Fälle über eine andere Schranke zu erfassen, dazu unten § 1 B. II. 3. b).

¹⁵³ Dazu Elisa Kreisinger in einem Interview: „Being able to create a story that firmly critiqued gender roles and masculinity without any question was my story to tell, not AMC’s or Weiner’s. They can’t. It’s not their business model“, *Cieplak-Mayr von Baldegg*, Sex, Lies, and Video Remixes: Critiquing ‚Mad Men‘ in Its Own Words, *The Atlantic* v. 22.03.2012, verfügbar unter: <https://www.theatlantic.com/entertainment/archive/2012/03/sex-lies-and-video-remixes-critiquing-mad-men-in-its-own-words/468126/>.

¹⁵⁴ *Schlinghoff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, S. 131.

¹⁵⁵ Vgl. *Hertin*, GRUR 1989, 159, 161.

¹⁵⁶ *Dustmann* in: *Fromm/Nordemann* § 51 UrhG Rn. 35.

¹⁵⁷ *Ibid.*

¹⁵⁸ *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 51 UrhG Rn. 18.

spricht, sondern Sinngehalte allenfalls assoziativ vermitteln kann¹⁵⁹. Dies gilt allerdings in deutlich eingeschränkterem Umfang für Musik mit Gesang, bei der der Text eine weitere Deutungsebene ermöglichen kann.¹⁶⁰ Musik kann so kommentierend (*Set me free*) oder mit parodistischem Effekt eingesetzt werden (so womöglich *Vogue/300*) und damit Teil der künstlerischen Aussage werden.¹⁶¹

Grundsätzlich kann also die Nutzung von Musikwerken und sonstigen ggf. nur leistungsschutzrechtlich geschützten Klängen – auch bei Übernahmen in größerem Umfang – einem legitimen Zitat zweck dienen.¹⁶² Klärungsbedürftig ist allerdings das Verhältnis zu § 24 Abs. 2 UrhG, dem sog. starren Melodienschutz.¹⁶³ Die Norm schließt eine freie Benutzung von Musik für den Fall aus, dass „eine Melodie erkennbar dem Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt wird“. Teilweise wird angenommen, dass dies (mindestens mittelbar) das Zitieren von Musik einschränke und es unzulässig sei, im Rahmen des Zitats eine Melodie zugrunde zu legen.¹⁶⁴ Dies lässt sich indessen nicht mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur kunstspezifischen Auslegung in Einklang bringen, die die Freiräume künstlerischer Auseinandersetzung nicht auf bestimmte Werkarten beschränkt hat.¹⁶⁵ Soweit die Musik Teil der künstlerischen Aussage ist, muss konsequenterweise auch die Übernahme von Melodien erlaubt sein. Insofern scheint die Ansicht überzeugender, dass der starre Melodienschutz das Zitieren von Musik unberührt lässt.¹⁶⁶

Festzuhalten ist, dass auch aus Musikwerken zitiert werden darf, wobei die in Fan-Videos üblichen längeren Ausschnitte nur im Rahmen der kunstspezifischen Auslegung erlaubt sind. Es ist im Einzelfall zu prüfen, ob ein entsprechender Zitat zweck gegeben ist.

¹⁵⁹ *Hertin*, GRUR 1989, 159, 162.

¹⁶⁰ Ähnlich auch *Alpert*, ZUM 2002, 525, 534, der die „intellektuell-geistige Verknüpfung“ betont, die durch Gesangspassagen erreicht werden kann.

¹⁶¹ Teilweise wird sogar die „Hommage“ als in der Musik zulässiger Zitat zweck angenommen, jedenfalls soweit eine thematische Auseinandersetzung mit der infrage stehenden Melodie stattfindet, vgl. *Schulz* in: *Ahlberg/Götting*, § 51 UrhG Rn. 22; *Stieper*, ZUM 2009, 219, 225 m. w. N.

¹⁶² So auch *Alpert*, ZUM 2002, 525, 534; *Schulz* in: *Ahlberg/Götting*, § 51 UrhG Rn. 22 für Referenzen, Parodien und Satiren.

¹⁶³ Eine Melodie erfordert eine urheberrechtlich geschützte Tonfolge, vgl. BGH GRUR 1988, 810, 811 – *Fantasy*; BGH GRUR 1988, 812, 814 – *Ein bisschen Frieden*. *Schulze* betont, dass die Tonfolge geordnet sein muss und sich in ihr ein individueller ästhetischer Gehalt ausdrücken müsse, *Schulze* in: *Dreier/Schulze*, § 24 UrhG Rn. 45 m. w. N.

¹⁶⁴ So etwa (teilweise einschränkend) *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 51 UrhG Rn. 19 sowie *Lüft* in: *Wandke/Bullinger*, § 51 UrhG Rn. 20 („Die entnommene Melodie darf folglich nicht dem zitierenden Werk zugrunde gelegt werden [...]“).

¹⁶⁵ Ausführlich zur kunstspezifischen Auslegung oben, II. 1. b) und II. 2, zur Entscheidung des BVerfG in *Metall auf Metall* und möglichen Implikationen für den starren Melodienschutz *infra* § 1 B. II. 1. b).

¹⁶⁶ *Loewenheim* in: *Loewenheim*, § 8 Rn. 17; *Hertin*, GRUR 1989, 159; *Schlinghoff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, S. 139 davon aus, dass § 24 Abs. 2 UrhG die Möglichkeiten Musik zu zitieren nicht ausschließt. Vgl. auch *Schulz* in: *Ahlberg/Götting*, § 51 UrhG Rn. 22, der zwar davon spricht, dass § 24 Abs. 2 UrhG das Musikzitat einschränke, aber dennoch ein musikalisches Zitat zu den o. g. Zwecken für möglich hält. Ähnlich wie *Schlus* auch *Salagean*, *Sampling*, S. 110.

III. Persönlichkeitsrechtliche und wirtschaftliche Interessen

1. Änderungsverbot

Auf europäischer Ebene ist das Änderungsverbot als Ausprägung urheberpersönlichkeitsrechtlicher Interessen nicht harmonisiert.¹⁶⁷ Im nationalen Recht ist es in § 62 UrhG geregelt. Danach dürfen für Schranken im sechsten Abschnitt des UrhG keine Änderungen an dem genutzten Werk vorgenommen werden.

Die Frage, welche Änderungen § 62 UrhG genau erfasst, ist für Remix-Filme relevant.¹⁶⁸ Alle Remix-Filme verwenden nur Ausschnitte des Originalmaterials, was bereits eine Änderung darstellt. Verändert wird teilweise auch die Farbgebung oder die Ablaufgeschwindigkeit.¹⁶⁹ Zudem haben neue Zusammenschnitte häufig verfremdende Effekte, beispielsweise bei medienkritischen Remixen.

Das Änderungsverbot bezieht sich schon wegen des Schrankenzwecks nur auf die jeweils entnommenen Stellen, nicht auf das gesamte Ausgangswerk.¹⁷⁰ § 62 Abs. 2 UrhG erlaubt zudem ausdrücklich die Übernahme von Auszügen, sodass die Nutzung von Filmteilen nicht gegen das Änderungsverbot verstößt.

Allein der neue Zusammenschnitt führt im Remix-Film zu einer Rekontextualisierung, die verfremdend wirken kann. Selbst wenn das verwendete Material an sich unverändert bleibt, stellt dies eine Änderung dar, welche zugleich den Tatbestand der Beeinträchtigung bzw. Entstellung i. S. d. § 14 UrhG sowie i. S. d. § 75 und § 94 Abs. 1 S. 2 UrhG¹⁷¹ erfüllen kann.¹⁷² Änderungen werden von § 62 Abs. 2–4 UrhG nicht gedeckt. Gemäß § 62 Abs. 1 S. 2 UrhG findet jedoch § 39 UrhG entsprechende Anwendung. Demnach ergibt sich ein zusätzlicher Änderungsspielraum insbesondere aus § 39 Abs. 2 UrhG. Diese Norm erlaubt Änderungen, welche für den Zitzatzweck erforderlich und dem Urheber zumutbar sind.¹⁷³ Systematisch stellt dies eine Ausprägung der von § 14 UrhG gebotenen Interessenabwägung dar.¹⁷⁴

Rekontextualisierungen können sich beispielsweise aus einer kontrastierenden Gegenüberstellung von Fremd- und Eigenmaterial ergeben. Dies kann Kritik am Ausgangsmaterial ausdrücken.¹⁷⁵ In solchen Fällen macht gerade der kontrastierende Zusammenschnitt den Zitzatzweck (Kritik) erst erkennbar, sodass die damit ein-

¹⁶⁷ Vgl. A. Nordemann in: Fromm/Nordemann, § 62 UrhG Rn. 5.

¹⁶⁸ Zum Änderungsverbot gibt es wenig Rechtsprechung, vgl. A. Nordemann in: Fromm/Nordemann, § 62 UrhG Rn. 3. Im Filmbereich ist dazu – soweit ersichtlich – bisher kein Urteil ergangen.

¹⁶⁹ Trombley, 25 Cardozo Arts & Ent. L. J. 2007, 647, 667 f.

¹⁷⁰ Vgl. zum Zweck der Regelung Dietz/Peukert in: Schrickler/Loewenheim, § 62 UrhG Rn. 1.

¹⁷¹ Die Begrifflichkeiten „Beeinträchtigung“ und „Entstellung“ im Rahmen des § 75 UrhG werden wie bei § 14 UrhG ausgelegt, Dreier in: Dreier/Schulze, § 75 UrhG Rn. 5. § 94 Abs. 1 Nr. 2 UrhG spricht zwar nur von Entstellung, doch auch dieser Begriff wird im Sinne des § 14 UrhG verstanden, Schulze in: Dreier/Schulze, § 94 UrhG Rn. 44.

¹⁷² Vgl. Dustmann in: Fromm/Nordemann, § 51 UrhG Rn. 10; Göting in: Loewenheim, § 31 Rn. 172.

¹⁷³ Vgl. Schulze in: Dreier/Schulze, § 62 UrhG Rn. 9, 12. Vgl. auch OLG Hamburg, GRUR 1970, 38, 39, – Heintje.

¹⁷⁴ Bullinger in: Wandtke/Bullinger, § 14 UrhG Rn. 13.

¹⁷⁵ Vgl. LG Hamburg ZUM-RD 1997, 469, 471 – Zitat aus einem Werbefilm, der eingespielte Beitrag in diesem Fall sollte den Gegensatz zwischen der impliziten Aussage des Werbefilms und der durch eigenes Material belegten wahren Lage darstellen und sei daher als Kritik aufzufassen.

hergehende Rekontextualisierung erforderlich ist. Sie liegt sogar im Wesen des Zitatrechts, da Zitieren stets bedeutet, entlehntes Material in einen neuen Kontext zu setzen.

Dem BGH zufolge greift die erweiterte Auslegung des Zitatziwecks zudem insbesondere bei Kunstwerken, welche sich durch eine „verfremdende Verknüpfung von verschiedenen Stilmitteln“¹⁷⁶ auszeichnen. Diese Aussage würde ins Leere laufen, würde solch eine Verknüpfung stets mit dem Änderungsverbot kollidieren.

Grundsätzlich steht § 62 UrhG also Rekontextualisierungen, die allein durch neue Zusammenschnitte hervorgerufen werden, sowie den damit verbundenen Verfremdungen nicht entgegen. Allenfalls soweit im Einzelfall (urheber-)persönlichkeitsrechtliche Belange besonders stark betroffen wären,¹⁷⁷ würde diese Wertung anders ausfallen. Dies könnte etwa ausnahmsweise bei verschleierte Änderungen der Fall sein, die das Publikum fälschlicherweise dem Urheber¹⁷⁸ oder dem ausübenden Künstler¹⁷⁹ zurechnet. In aller Regel wird der Simulationscharakter des Remixes dem Zuschauer aber deutlich, sodass die Änderungen dem erstellenden Remixer zugeordnet werden dürften.¹⁸⁰

Äußerliche Änderungen, z. B. Änderungen der Farbgebung oder Ablaufgeschwindigkeit, sind im Rahmen der traditionellen Belegfunktion regelmäßig nicht notwendig und daher auch nicht erlaubt. Etwas anderes kann sich im Rahmen der kunstspezifischen Auslegung ergeben, soweit die Änderungen im Einzelfall für die künstlerische Aussage erforderlich sind.¹⁸¹ Dies gilt auch für Änderungen an verwendeten Musikwerken.¹⁸² Das Kriterium der „Erforderlichkeit“ passt zwar begrifflich schlecht zu Entscheidungen, die auf künstlerischen Überlegungen beruhen.¹⁸³ Um Kunstrichtertum zu vermeiden, kann dies nur in begrenztem Rahmen überprüft werden. Für Kunstwerke könnte aber darauf abgestellt werden, ob die äußerliche Veränderung die künstlerische Aussage mit hervorruft oder gar trägt. Dies würde dem Kriterium der Erforderlichkeit in Bezug auf den Zitatziweck hinreichend Rechnung tragen.

¹⁷⁶ BGH GRUR 2012, 819 Rn. 18 – *Blühende Landschaften*.

¹⁷⁷ *Spindler* in: Schricker/Loewenheim, § 51 UrhG Rn. 8 betont, dass beim Zitatrecht eine „sorgsame Güter- und Werteabwägung“ im Konfliktfall erforderlich sei, die insbesondere das in Art. 1, 2 Abs. 1 GG verankerte Urheberpersönlichkeitsrecht beachtet. Vgl. auch *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, § 14 UrhG Rn. 13. Mit Blick auf den Filmhersteller sind dagegen mit „berechtigten Interessen“ i. S. d. § 94 Abs. 1 S. 2 UrhG vorrangig dessen wirtschaftliche Interessen gemeint, *Diesbach/Vohwinkel* in: Ahlberg/Götting, § 94 UrhG Rn. 35.

¹⁷⁸ Vgl. zu dieser Argumentation im Rahmen von § 24 UrhG BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 47 – *auffett getrimmt*. Dazu näher unter § 1 B. I. 4.

¹⁷⁹ *Dreier* in: Dreier/Schulze, § 75 UrhG Rn. 7.

¹⁸⁰ Dazu bereits *infra*, Einleitung, C. IV. sowie § 1 A. II. 1. a).

¹⁸¹ Vgl. *Summerer*, *Illegale Fans*, S. 75.

¹⁸² Vgl. dazu die Ausführungen von *Hertin* zum Musikzitat, die auch in diesem Zusammenhang passen: „So kann der Witz gerade darin bestehen, durch bestimmte Veränderungen, z. B. harmonischer oder rhythmischer Art das Zitatfragment in einer verfremdeten Weise neu einzukleiden. Dadurch kann das dem Musikzitat immanente Überraschungsmoment noch verstärkt werden. Beim Musikzitat rechtfertigt daher der Zitatziweck regelmäßig auch die vorgenommene Änderung bei Gelegenheit des Zitierens. § 62 Abs. 1 UrhG steht dem nicht entgegen“, *Hertin*, GRUR 1989, 159, 164.

¹⁸³ Vgl. – allerdings bzgl. der Rechtsprechungsentwicklung des § 24 UrhG – von *Becker*, GRUR 2004, 104, 105.

2. Quellenangabe

Anforderungen an die Quellenangabe hat der EuGH in *Painer*¹⁸⁴ teilweise konkretisiert. Demnach darf die Namensnennung bei der Quellenangabe entfallen, wenn sich eine Angabe des Namens als unmöglich erweist und das zitierte Werk bereits rechtmäßig ohne diese Angabe veröffentlicht war.¹⁸⁵ Stellt der Urheber das Material selbst ohne Namensangabe ins Internet, kann es also in bestimmten Fällen ausreichen, wenn der Zitierende nur die Quelle angibt. Auf die Angabe einer solchen Quelle hin sind Remix-Filme im Einzelfall zu überprüfen. Es erscheint aber möglich, dass in bestimmten Fällen Ausnahmen von der Pflicht zur Quellenangabe bestehen, da der EuGH nur von einer „grundsätzliche[n] Verpflichtung“ spricht.¹⁸⁶

Einige Fan-Videos und sonstige Remixe geben die Quelle ausdrücklich an. Häufig sind die Angaben aber uneinheitlich oder unvollständig.¹⁸⁷ Zu klären ist, ob die Quellenangabe (und v. a. die Nennung der Urheber) erforderlich ist, wenn aus dem Kontext für den „verständigen Betrachter“¹⁸⁸ bereits klar ist, um welches Ausgangsmaterial es sich handelt. Dies kann beispielsweise bei medienkritischen Remixen oder Parodien von bekanntem Filmmaterial der Fall sein.

Der Wortlaut von § 62 Abs. 1 S. 3 UrhG spricht dafür, dass dennoch die Quelle angegeben werden muss. Danach ist nämlich nur vorgesehen, dass die Pflicht zur Quellenangabe bei der Vervielfältigung entfällt, wenn die Quelle weder auf dem benutzten Werkstück bzw. bei der benutzten Werkwiedergabe genannt noch dem Nutzer anderweitig bekannt ist.

Sinn und Zweck der Quellenangabe ist es jedoch, den Zuschauern zu ermöglichen, Urheber und Werk eindeutig zu identifizieren, um so die persönlichkeitsrechtlichen Interessen des Urhebers zu wahren.¹⁸⁹ Insbesondere die Kontrollmöglichkeit, welche das Publikum durch die Quellenangabe erhält, soll den Urheber gegen eine Verfälschung seiner Werke schützen.¹⁹⁰ Dies ist den Zuschauern bei sehr bekannten Szenen allerdings auch aus dem Zusammenhang möglich. In diesen besonderen Fällen kann der Remixer daher auf eine Quellenangabe verzichten, sofern deutlich wird, dass es sich um eine Entlehnung handelt.¹⁹¹ Bei weniger bekanntem Ausgangsmaterial ist die Quelle dagegen entsprechend ihrem Zweck anzugeben.¹⁹²

¹⁸⁴ EuGH, Rs. C-145/10 *Painer* [2011].

¹⁸⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-145/10 *Painer* [2011] Rn. 143 ff. für den Sonderfall, dass Fotos zuvor über die Ausnahme nach Art. 5 Abs. 3 lit. e) InfoSocRL ohne Angabe des Namens des Urhebers online gestellt wurden.

¹⁸⁶ EuGH, Rs. C-145/10 *Painer* [2011] Rn. 139.

¹⁸⁷ Das in der Einleitung (C. V. 2.) näher beschriebene Fan-Video *Vogue/300* beispielsweise gibt nur Titel und Künstlerin des verwendeten Lieds an (*Vogue*, *Madonna*), nicht aber Fundstelle geschweige denn Urheber/Rechteinhaber des genutzten Filmmaterials aus *300*.

¹⁸⁸ Vgl. OLG Brandenburg ZUM-RD 1997, 483, 485 – *Stimme Brechts*, ausreichend sei, wenn das Zitat (im Sprachwerk) kursiv abgesetzt und für den verständigen Betrachter aus dem Zusammenhang identifizierbar ist.

¹⁸⁹ Vgl. *Engels* in: Ahlberg/Götting, § 63 UrhG Rn. 1.

¹⁹⁰ *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, § 63 UrhG Rn. 2.

¹⁹¹ Für ein Entfallen der Pflicht zur Quellenangabe bei Parodien, vgl. *von Becker*, GRUR 2004, 104, 109. A. A. – Entfallen der Pflicht nur, wenn (auch) § 24 UrhG einschlägig – *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, § 63 UrhG Rn. 8 f.

Um festzulegen, was die Quellenangabe im Einzelnen beinhalten muss, stellte das LG Stuttgart (in einer der wenigen Entscheidungen zu § 63 UrhG im Filmbereich) wiederum auf den Bekanntheitsgrad der zitierten Sendung ab.¹⁹³ Demnach müssen keineswegs stets alle Urheber oder Rechteinhaber genannt werden; bei der Nutzung von Tagesschau-Ausschnitten genüge der Hinweis auf den Sendungstitel sowie das Datum.¹⁹⁴

Die Quellenangabe muss jedenfalls „deutlich“ – d. h. regelmäßig in unmittelbarer Nähe des wiedergegebenen Werkteils – platziert werden.¹⁹⁵ Wenn es ansonsten aber zu einer „erhebliche[n] ästhetische[n] Störung“¹⁹⁶ käme, darf die Angabe ausnahmsweise auch erst im Abspann angezeigt werden.¹⁹⁷ Da Remix-Filme den Umgang mit Quellen sehr unterschiedlich handhaben, muss im Einzelfall geprüft werden, ob die dargestellten Anforderungen eingehalten sind. Genügen die Quellenangaben nicht, ist das gesamte Zitat unrechtmäßig.¹⁹⁸

3. Wirtschaftliche Interessen

Neben den erläuterten immateriellen Interessen des Urhebers prüft die Rechtsprechung auch, ob das Zitat die wirtschaftlichen Interessen an der Verwertung über Gebühr beeinträchtigt.¹⁹⁹ Grundrechtlich ist der Schutz des Urhebers vor „Ausbeutung [seiner] Werke ohne Genehmigung zu fremden kommerziellen Zwecken“²⁰⁰ in Art. 14 GG verankert. Auch der Drei-Stufen-Test erfordert es, materielle Interessen des Urhebers zu berücksichtigen.²⁰¹

Maßgeblich ist, ob das Zitat nur einen „geringfügige[n] Eingriff in die Urheberrechte ohne die Gefahr merklicher wirtschaftlicher Nachteile“ darstellt.²⁰² Als Beispiel derartiger Nachteile nennt das BVerfG Absatzrückgänge.²⁰³ Auch Instanzgerichte²⁰⁴ und die Literatur²⁰⁵ betrachten den bestehenden Markt des gesamten Ausgangswerkes; ein potentieller Markt oder ein Markt für Klammerteilchen wird

¹⁹² Bei Zitaten aus Musikwerken wird allerdings dafür plädiert, dass eine Quellenangabe nur bei Großzitaten erforderlich ist, *Schulz* in: *Ahlberg/Götting*, § 51 UrhG Rn. 24.

¹⁹³ Vgl. LG Stuttgart ZUM 2003, 156, 157.

¹⁹⁴ LG Stuttgart ZUM 2003, 156, 157.

¹⁹⁵ Vgl. *Bullinger* in: *Wandtke/Bullinger*, § 63 UrhG Rn. 15.

¹⁹⁶ *Bullinger* in: *Wandtke/Bullinger*, § 63 UrhG Rn. 15.

¹⁹⁷ *Schulz*, ZUM 1998, 221, 230.

¹⁹⁸ *Dustmann* in: *Fromm/Nordemann*, § 51 UrhG Rn. 48.

¹⁹⁹ Vgl. insbesondere OLG Hamburg BeckRS 2015, 14252 Rn. 47 ff. (aus anderen Gründen aufgehoben). Dazu auch *Gelke*, Mashups im Urheberrecht, S. 205.

²⁰⁰ BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*.

²⁰¹ Art. 5 Abs. 5 InfoSocRL. Vgl. *GA Trstenjak*, Schlussanträge Rs. C-145/10 *Painer* [2011] Rn. 214 sowie – mit Bezug auf Art. 9 Abs. 2 RBÜ – *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, § 51 UrhG Rn. 4.

²⁰² BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*; BGH GRUR 1987, 362, 363 – *Filmzitat* m. w. N.

²⁰³ BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*.

²⁰⁴ S. nur KG GRUR-RR 2002, 313, 315 – *Das Leben, dieser Augenblick*. Im Filmbereich: OLG Hamburg BeckRS 2015, 14252 Rn. 47 ff. (aus anderen Gründen aufgehoben), Erforderlichkeit einer solchen Interessenabwägung grundsätzlich bestätigt in BGH GRUR 2016, 368 Rn. 29 – *Exklusivinterview*.

²⁰⁵ Anstelle vieler: *Dreier* in *Dreier/Schulze*, § 51 UrhG Rn. 4; *Gelke*, Mashups im Urheberrecht, S. 205.

bisher nicht berücksichtigt.²⁰⁶ Als Indiz ist daher entscheidend, ob zwischen dem Ausgangswerk und dem neuen Werk eine starke „Gebrauchsnähe“ besteht, die bei Dritten zu einem verminderten (kommerziellen) Interesse am Ausgangswerk führen könnte.²⁰⁷

Da viele Remix-Filme gerade ihre Eigenschaft als Meta-Kino ausmacht (vgl. Einleitung, C. IV.), besteht in der Regel keine Gebrauchsnähe zum Ausgangswerk. Es entsteht im Vergleich zum Original ein Produkt mit ganz anderer Zielrichtung. Fan-Videos, aber auch medienkritische Remixe erfordern Kenntnis des Ausgangsmaterials, um ihre Wirkung entfalten zu können. Die Produkte stehen daher grundsätzlich nicht in Wettbewerb zueinander, sondern sind eher komplementär.²⁰⁸

Die materiellen Interessen des Rechteinhabers können jedoch tangiert sein, wenn der neue Film noch in die Erstauswertungsphase des ursprünglichen Materials fällt.²⁰⁹ So bestätigte der BGH eine Entscheidung des OLG Hamburg in Bezug auf den dort aufgestellten rechtlichen Maßstab,²¹⁰ dass die Verwendung als Zitat es dem Rechteinhaber nicht erschweren dürfe, das Ausgangsmaterial „kommerziell umfassend (alleine) auszuwerten“.²¹¹ Dies gelte auch, wenn ein legitimer Zitatzweck (z. B. Kritik) gegeben sei. Dabei sei zu berücksichtigen, dass das Publikumsinteresse an bestimmten Informationen (in diesem Fall an einem Exklusivinterview) nach jeder weiteren Veröffentlichung sinke. Der BGH merkte allerdings an, dass die Interessen des Rechteinhabers nur über Gebühr beeinträchtigt sind, wenn die Filmausschnitte „für die nachfolgende Verwertung maßgebliche[r] Kern der Interviews“ sind und „der Fernsehzuschauer die von der Beklagten übernommenen Sequenzen als Schlüsselszenen der von der Klägerin geführten Interviews erkennen und aus diesem Grund sein Interesse an der Wahrnehmung der vollständigen Interviews auf dem Sender der Klägerin oder durch von der Klägerin lizenzierte Veröffentlichungen verlieren wird“.²¹²

Mashups aus aktuellen Kinotrailern könnte dies betreffen, wenn sie „Schlüsselszenen“ bestimmter Filme zeigen. Allerdings müssen die Szenen in quantitativer oder qualitativer Hinsicht so bedeutend sein, dass sie das Interesse des Zuschauers am Ausgangsfilm vernichten. Naheliegend erscheint insoweit, wieder darauf abzustellen, inwieweit der Remix-Film den Ausgangsfilm ersetzt. Letztlich lässt sich daher auch für die Erstauswertungsphase eines Films keine allgemeine Regel aufstellen, die das Zitatrecht diesbezüglich einschränkt. Parodien von Filmtrailern erfüllen beispielsweise eine deutlich andere Funktion als die Originalversion der Trailer. Die

²⁰⁶ Möglichkeit wurde jedoch in BGH GRUR 1987, 362, 362 – *Filmzitat* angedeutet.

²⁰⁷ Vgl. KG GRUR-RR 2002, 313, 315 – *Das Leben, dieser Augenblick*; vgl. auch *Bisges*, GRUR 2009, 730, 732.

²⁰⁸ Dies kann anders sein bei Fan-Kunst, die einfach die bestehende Geschichte weitererzählt und sich als alternative Fortsetzung darstellt. Dies betrifft jedoch zumeist nicht Fan-Remixe, die mit der Deutungsänderung spielen.

²⁰⁹ Vgl. BGH GRUR 2016, 368 Rn. 33 – *Exklusivinterview*.

²¹⁰ BGH GRUR 2016, 368 Rn. 33 – *Exklusivinterview*, letztlich hob der BGH das OLG Urteil jedoch aus anderen Gründen auf.

²¹¹ Vgl. OLG Hamburg BeckRS 2015, 14252 Rn. 50 (aus anderen Gründen aufgehoben).

²¹² BGH GRUR 2016, 368 Rn. 36 – *Exklusivinterview*.

Substitutionsgefahr erscheint damit geringer, als wenn zentrale Aussagen aus einem Exklusivinterview nochmals gezeigt werden.

IV. Zwischenergebnis

Während für Nutzer, die Sprachwerke zitieren, ein reicher Fundus an Leitfäden, wissenschaftlichen Standards und üblichen Gepflogenheiten zur Orientierung existiert, sind Zitate aus Filmen (in Deutschland) mit mehr Unsicherheit belastet.

Dennoch rechtfertigt § 51 UrhG die Nutzung von Fremdmaterial – insbesondere im Rahmen der kunstspezifischen Auslegung – für mehrere Formen des Remix-Films. Dazu können etwa ein großer Teil der Videoessays, Fan-Videos sowie politischen oder medienkritischen Mashups und Re-Cuts gehören. Allerdings ist im Einzelfall zu prüfen, ob diese Arbeiten die Anforderungen der §§ 62, 63 UrhG erfüllen.

Im Rahmen der kunstspezifischen Auslegung bereitet vor allem die Definition von Kunst und die Frage nach einer eigenständigen künstlerischen Aussage Schwierigkeiten. Da die kunstspezifische Auslegung notwendigerweise auf das Grundrecht der Kunstfreiheit rekurriert, ist das Urheberrecht an dieser Stelle verfassungsrechtlich aufgeladen. Damit überträgt sich aber auch die Schwierigkeit, klare Grenzen der Kunstfreiheit zu ziehen, ins einfache Recht. Es hat sich gezeigt, dass weder amateurhaftes Schaffen noch unterhaltende Remixe *per se* als nicht künstlerisch eingeordnet werden können. Die Abgrenzung muss im Einzelfall erfolgen, klar ausgenommen sind rein informatorische Inhalte und Remixe, die gar keine eigene Aussage haben, sondern nur unterhalten wollen oder besonders beeindruckende Filmausschnitte zusammenschneiden.

Die erweiterte Auslegung des Zitzwecks ist vom EuGH zwar noch nicht anerkannt. Es hat sich aber gezeigt, dass ein weites Verständnis des Zitzwecks zur Durchsetzung von Grundrechten auch europarechtlich möglich und – zumindest, wenn nicht anderweitig Raum für künstlerische Auseinandersetzungen geschaffen wird²¹³ – nötig wäre. Festhalten lässt sich, dass eine ganze Reihe von Film-Remixen über das Zitatrecht gerechtfertigt werden können. Dieser Umstand spiegelt sich allerdings im derzeitigen (komplizierten) Wortlaut von § 51 UrhG kaum wider.²¹⁴

B. Freie Benutzung und filmischer Remix

§ 24 Abs. 1 UrhG sieht vor, dass ein selbstständiges Werk, das in freier Benutzung des Werkes eines anderen geschaffen worden ist, ohne Zustimmung des Urhebers des benutzten Werkes veröffentlicht und verwertet werden darf.

Da Remixer vielfach auch leistungsschutzrechtlich geschütztes Material nutzen, ist klärungsbedürftig, ob § 24 UrhG in diesen Fällen überhaupt anwendbar ist. Für

²¹³ Siehe dazu etwa *infra*, § 1 B. II. 3. b) und c).

²¹⁴ Zur Unsicherheit, welche sich aus den Beispielsangaben bzw. der „verklausulierten Textfassung“ ergibt, siehe auch *Spindler* in: Schricker/Loewenheim, § 51 UrhG Rn. 2, 7.

den Schutz von Lichtbildern verweist § 72 UrhG auf den gesamten ersten Teil des Urheberrechtsgesetzes, der die freie Benutzung einschließt. Anders stellt sich dies jedoch bei den übrigen Leistungsschutzrechten dar; hier fehlt eine Verweisungsnorm auf § 24 UrhG.²¹⁵ Die h. M. wendet in diesen Fällen § 24 UrhG analog an.²¹⁶ Dies wird in der Literatur allerdings teilweise kritisiert: Eine Analogie sei schon deshalb nicht überzeugend, weil § 24 UrhG systematisch keine Schrankenbestimmung, sondern eine Grenze des Schutzbereichs sei.²¹⁷ Ferner sei der Wortlaut des § 24 UrhG nur auf die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke zugeschnitten.²¹⁸ Bei der analogen Anwendung des § 24 UrhG müsse entsprechend systemwidrig auf die vermittelten Inhalte abgestellt werden, obwohl es auf diese Inhalte für das Entstehen des Leistungsschutzrechtes gar nicht ankomme.²¹⁹

Diese Ansicht überzeugt indes nicht. Denn § 24 UrhG dient insbesondere dazu, kulturelle Schöpfungen, die auf anderen aufbauen, in gewissem Rahmen vergütungsfrei zu privilegieren.²²⁰ Die Norm ist damit unverzichtbar, um einen Freiraum für die kulturelle Auseinandersetzung mit vorbestehendem Material zu schaffen.²²¹ Die Notwendigkeit dieses Freiraums – zumindest mit Blick auf grundrechtsrelevante kreative Nutzungen – besteht unabhängig davon, ob das Ausgangsmaterial urheberrechtlich oder leistungsschutzrechtlich geschützt ist.²²² Die Interessenlage ist mit Blick auf die betroffenen Urheber und Leistungsschutzrechteinhaber vergleichbar, da diese jeweils bestimmte kreative Nutzungen ihres Werkes dulden müssen.²²³ Darüber hinaus ist eine Analogie auch nicht aufgrund der Rechtsnatur des § 24 UrhG ausgeschlossen, denn, wie für Schranken typisch, rechtfertigt § 24 UrhG auch Nutzungen „bei denen ein Eingriff in die Rechte des Urhebers stattfindet“.²²⁴ Dies zeigt insbesondere die Rechtfertigung von Parodien über § 24 UrhG, bei denen Werkteile erkennbar übernommen werden.²²⁵ Insoweit kommt § 24 UrhG zumindest funktional einer Schranke gleich.²²⁶ Zu beachten ist zudem, dass der Verweis in § 72 UrhG eine freie Benutzung von Lichtbildern ermöglicht. Auch der Gesetzgeber ging entsprechend davon aus, dass eine freie Benutzung (nur) leistungsschutzrechtlich geschützter Inhalte grundsätzlich möglich ist. Dies überzeugt, da etwa Remixer auch

²¹⁵ Zum Problem *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 10.

²¹⁶ BGH GRUR 2008, 693 – *TV Total*; BGH GRUR 2000, 703 – *Kalkofes Mattscheibe*; anstelle vieler vgl. *Stang* in: Ahlberg/Götting, § 75 UrhG Rn. 19.

²¹⁷ von *Kruedener*, 8 ZGE 2016, 462, 477 f. Die Rechtsnatur von § 24 UrhG ist umstritten. Für die Einordnung als Grenze des Schutzbereichs: *Peifer* in: Bullinger/Grunert/Ohst/Wöhrn, FS Wandtke (2013), S. 106; *Dreier/Leistner*, GRUR-Beilage 2014, 13, 16; *Czernik*, Collage, S. 302 ff.; *Chakraborty*, Rechtsinstitut freie Benutzung, S. 25 f.; *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, § 24 UrhG Rn. 1; *Summerer*, Illegale Fans, S. 162 ff. m. w. N.

²¹⁸ von *Kruedener*, 8 ZGE 2016, 462, 477 f.

²¹⁹ *Ibid.*

²²⁰ Dazu *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 1.

²²¹ *Bauer*, UGC, S. 330.

²²² Siehe dazu auch das Urteil des BVerfG in *Metall auf Metall*, BVerfG GRUR 2016, 690, das nachfolgend noch ausführlich besprochen wird, *infra*, § 1 B. II. 1. b).

²²³ So auch *Bauer*, UGC, S. 336 f.

²²⁴ von *Kruedener*, 8 ZGE 2016, 462, 477.

²²⁵ Dazu näher *infra*, § 1 B. II. 3. a).

²²⁶ So auch *Bauer*, UGC, S. 330; *Garloff*, GRUR 2001, 476, 477; *Stuhlert*, Parodie, S. 15; *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 1; *Stieper*, Schranken, S. 7.

unter Verwendung von nur leistungsschutzrechtlich geschützten Inhalten neue, kreative Werke gestalten können.²²⁷ In Anbetracht der grundlegenden Bedeutung von § 24 UrhG für den Ausgleich der verschiedenen – auch grundrechtlich geschützten – Positionen, ist daher mit Blick auf die fehlenden Verweise in §§ 83, 85, 87 und 94 UrhG von einer planwidrigen Regelungslücke auszugehen.²²⁸ In Übereinstimmung mit der h. M. ist daher die analoge Anwendung von § 24 UrhG auf Leistungsschutzrechte geboten.

Um nun die freie Benutzung im Film von einer Bearbeitung oder Umgestaltung abzugrenzen,²²⁹ ist nach der Rechtsprechung des BGH zunächst festzustellen, welche geschützten Laufbilder oder Filmwerke aus dem Ausgangsfilm in den neuen Beitrag übernommen wurden.²³⁰ Sodann ist „durch Vergleich dieses Beitrags mit den verwendeten Elementen zu bestimmen, ob trotz der Übernahmen in der Gesamtschau ein selbstständiges Werk entstanden ist“.²³¹ Maßgeblich kommt es dafür „auf den Abstand an, den das neue Werk zu den entlehnten eigenpersönlichen Zügen des benutzten Werkes hält“.²³² Ein äußerlicher Abstand durch „Verblässen“ liegt vor, wenn der Gesamteindruck des neuen Beitrags so eigenständig ist, „dass dahinter die Übernahmen aus dem Originalwerk zurücktreten“.²³³ Da die entnommenen Filmausschnitte in Remixen regelmäßig – selbst wenn sie durch Farbänderung oder Spezialeffekte mitunter stark verändert werden – erkennbar bleiben, lässt sich nur schwerlich von einem vollständigen äußerlichen Verblässen sprechen. Allerdings ist für eine freie Benutzung i. S. d. § 24 UrhG ebenso ausreichend, dass ein „innerer Abstand“²³⁴ zwischen altem Material und neuem Film erzeugt wird.²³⁵ Der BGH sieht auch darin eine Form des Verblässens.²³⁶

Nachfolgend wird § 24 UrhG zunächst mit Blick auf parodistische Remixe näher analysiert, da Parodien den wahrscheinlich häufigsten Fall „inneren Abstands“ darstellen.²³⁷ Zudem sieht Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSocRL auf europäischer Ebene eine Schranke für Parodien vor, sodass – insbesondere im Lichte der EuGH-Rechtsprechung in *Deckmyn*²³⁸ – § 24 UrhG richtlinienkonform auszulegen ist. Im Anschluss wird untersucht, inwieweit nach nationalem Recht auch außerhalb von Filmparodien

²²⁷ Vgl. auch OLG Frankfurt Ur. v. 25. 1. 2005 – 11 U 25/04, BeckRS 2005, 18749.

²²⁸ So auch *Bauer*, UGC, S. 337.

²²⁹ Dazu allgemein *Stieper*, AfP 2015, 301, 302. Zur Terminologie ausführlich *A. Nordemann* in *Fromm/Nordemann*, §§ 23/24 UrhG Rn. 9 f., der aus dogmatischen Gründen überzeugend zwischen einfacher Umgestaltung und schöpferischer Bearbeitung unterscheidet. Teilweise wird auf diese Unterscheidung jedoch auch verzichtet, so etwa in BGH GRUR 2014, 65 Rn. 37 – *Beuys-Aktion*. Der Streit kann hier dahinstehen, da Bearbeitung und Umgestaltungen unstreitig die Erlaubnis des Urhebers erfordern und hier vor allem die Abgrenzung zur freien Benutzung (§ 24 UrhG) interessiert.

²³⁰ BGH GRUR 2000, 703, 704 – *Kalkofes Mattscheibe*.

²³¹ BGH GRUR 2000, 703, 704 – *Kalkofes Mattscheibe*.

²³² BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 19 – *auffett getrimmt*.

²³³ Vgl. *Bullinger* in: *Wandtke/Bullinger*, § 24 UrhG Rn. 12. St. Rspr., vgl. etwa BGH GRUR 2008, 693 Rn. 29 – *TV-Total*.

²³⁴ St. Rspr. vgl. z. B. BGH GRUR 2000, 703, 704 – *Kalkofes Mattscheibe*; BGH GRUR 2008, 693 Rn. 29, 36 – *TV-Total*; BGH GRUR 2014, 258 Rn. 30 – *Pippi Langstrumpf Kostüm I*.

²³⁵ Vgl. *Schulze* in: *Dreier/Schulze*, § 24 UrhG Rn. 25.

²³⁶ Vgl. BGH GRUR 2003, 956, 958 – *Gies-Adler*.

²³⁷ Siehe zum Sonderfall Parodien BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 22 f. – *auffett getrimmt*.

²³⁸ EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014].

eine freie Benutzung von Filmmaterial für Remixe möglich ist, und ob dies im Einklang mit europäischen Vorgaben steht.

I. Film-Parodien und § 24 UrhG

Der EuGH hat „Parodie“ in seiner *Deckmyn*-Entscheidung als autonomen Begriff des Unionsrechts aufgefasst und definiert.²³⁹ Merkmale einer Parodie sind nach Ansicht des EuGH ausschließlich, dass diese „an ein bestehendes Werk“ erinnert, „gleichzeitig aber ihm gegenüber wahrnehmbare Unterschiede“ aufweist, und „zum anderen einen Ausdruck von Humor oder eine Verspottung“ darstellt.²⁴⁰ Für die Parodie-Schranke sei jedenfalls weder erforderlich, dass „die Parodie einen eigenen ursprünglichen Charakter hat, der nicht nur darin besteht, gegenüber dem parodierten ursprünglichen Werk wahrnehmbare Unterschiede aufzuweisen“, noch dass sie „vernünftigerweise einer anderen Person als dem Urheber des ursprünglichen Werkes zugeschrieben werden kann, dass sie das ursprüngliche Werk selbst betrifft oder dass sie das parodierte Werk angibt“.²⁴¹ Hinzu tritt jedoch eine nachgelagerte Interessenabwägung.²⁴² Dabei seien die Meinungsfreiheit des Parodisten mit den „Interessen und Rechten“ des Rechteinhabers²⁴³ in Ausgleich zu bringen und „sämtliche Umstände des Einzelfalls“ zu würdigen.²⁴⁴ Es sei Sache der mitgliedstaatlichen Gerichte, diese Abwägung vorzunehmen.²⁴⁵

§ 24 UrhG kommt – jedenfalls, wenn sich der „innere Abstand“ aus einer antithematischen Behandlung ergibt – funktional einer Parodie-Schranke gleich.²⁴⁶ Der Parodiebegriff des EuGH ist deshalb für die Auslegung von § 24 UrhG für (Film-) Parodien maßgeblich.²⁴⁷ Der formalistische Verweis darauf, dass § 24 UrhG keine Schranke, sondern eine Begrenzung des Urheberrechts sei²⁴⁸, kann nicht dazu berechtigen, die europäischen Vorgaben unberücksichtigt zu lassen. Dies wäre eine unzulässige Umgehung des abschließenden, vom EuGH näher zu interpretierenden

²³⁹ EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 17.

²⁴⁰ EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 20.

²⁴¹ EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 21.

²⁴² Teilweise wird das methodische Vorgehen, die Interessenabwägung nachzuschalten, kritisiert. Vgl. z. B. von Becker, GRUR 2015, 336, 338; Haedicke, GRUR Int. 2015, 664, 669. Haberstumpf sieht nur Unterschiede in Einzelheiten, während die von EuGH und deutscher Rechtsprechung verfolgten „Grundkonzepte“ übereinstimmen würden, 7 ZGE 2015, 425, 449 ff.

²⁴³ Die Interessen und Rechte des Rechteinhabers müssen sich nicht unbedingt mit denen des Urhebers decken. Zur Frage, was berechnigte Interessen sein könnten, insbesondere ob der EuGH damit Urheberpersönlichkeitsrechte faktisch teilharmonisiert, vgl. Rosati, Common Market Law Review 2015, 523 ff.

²⁴⁴ EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 27 f.

²⁴⁵ EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 35.

²⁴⁶ Vgl. BGH, GRUR 2009, 403 Rn. 21 – *Metall auf Metall I* („Auch bei der Bestimmung des § 24 I UrhG handelt es sich der Sache nach um eine, wenn auch an anderer Stelle des Urheberrechtsgesetzes geregelte Schranke des Urheberrechts“); Stieper, AfP 2015, 301, 303.

²⁴⁷ So auch Unseld, EuZW 2014, 914, 915. Ebenso (mit Verweis auf das Erfordernis einer unionsrechtskonformen Auslegung) Specht/Koppermann, ZUM 2016, 19, 23; Lauber-Rönsberg, ZUM 2015, 658, 665.

²⁴⁸ Dazu Peifer in: Bullinger/Grunert/Ohst/Wöhrn, FS Wandtke (2013), S. 106. Ausführlich Summerer, Illegale Fans, S. 162 ff. m. w. N.

Schrankenkatlogs.²⁴⁹ Insofern ist überzeugend, dass der BGH in seiner ersten Entscheidung zur Parodie nach *Deckmyn* die Vorgaben des EuGH in die Auslegung von § 24 UrhG inkorporierte.²⁵⁰ Dabei prüfte er die Parodie-Definition des EuGH und konkretisierte zugleich verschiedene Aspekte der geforderten Interessenabwägung. Da letztere die Reichweite der Parodie-Schranke maßgeblich beeinflusst, wird unter den folgenden Punkten – soweit relevant – darauf eingegangen, welche Aspekte nach Ansicht des BGH nun in diese Interessenabwägung verlagert werden und wie dadurch die weite Parodie-Definition ausgeglichen wird.

1. Ausschließlich Fremdmaterial

Ob eine filmische Parodie, z. B. in Form eines Trailer-Remixes, Werkcharakter aufweist, ist nunmehr – anders als nach der früheren BGH-Rechtsprechung – unerheblich.²⁵¹ Aus der Definition des EuGH kann zudem nicht abgeleitet werden, dass die ausschließliche Verwendung von Fremdmaterial einer Einordnung als Parodie entgegensteht. Denn eine humoristische Wirkung kann auch allein durch den Zusammenschchnitt (ggf. unterstützt durch optische Veränderungen) erreicht werden. Die geforderten Veränderungen müssen nur „wahrnehmbar“ sein, was auf eine niedrige Schwelle hindeutet. Dies gilt zumal das genutzte Werk zugleich erkennbar bleiben muss, da die Parodie an ein Werk erinnern muss.²⁵² Mit Blick auf den Sinn und Zweck wird vertreten, dass dieses Kriterium eine Verwechslungsgefahr zwischen Original und Parodie ausschließen soll.²⁵³ Insofern sollten selbst solche Änderungen ausreichen, die sich durch den neuen Zusammenschchnitt von Material aus einem einzigen Film ergeben. Diese sind wahrnehmbar, da sie die Struktur des Filmes völlig aufbrechen und zumeist gerade mit der dadurch veränderten Bedeutung spielen. Insofern ist die Unterscheidbarkeit vom Original regelmäßig gegeben. Als Beispiel lässt sich der Remix *So natürlich: Dresden wie es singt und lacht* (2017) der Seite *Übermedien* anführen, der nur Ausschnitte aus dem Semperoperball enthält und durch die Auswahl und den Zusammenschchnitt dennoch eine skurrile, humoristisch-kritische Wirkung erzielt und vor allem deutlich als Parodie erkennbar ist. Für Remix-Filme, die ein Werk darüber hinaus äußerlich verändern oder Material aus mehreren Quellen nutzen, gilt dies erst recht.²⁵⁴

²⁴⁹ von Ungern-Sternberg, GRUR 2015, 533.

²⁵⁰ BGH GRUR 2016, 1157 – *auffett getrimmt*. Dazu Maier, 12 JIPLP 2017, 16.

²⁵¹ Der BGH gibt seine bisherige Rechtsprechung hierzu (vgl. etwa BGH GRUR 2008, 693 Rn. 31 ff. – *TV-Total*; BGH GRUR 1999, 984, 987 – *Laras Tochter*; dazu Klatt, AfP 2008, 350, 353; Summerer, *Illegale Fans*, S. 78.) ausdrücklich auf, BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 28 – *auffett getrimmt*. Zu dieser Notwendigkeit bereits Lauber-Rönsberg, ZUM 2015, 658, 666; von Ungern-Sternberg, GRUR 2015, 533, 537. A. A. noch Haberstumpf, 7 ZGE 2015, 425, 455. Im Übrigen werden auch Remixe regelmäßig Werkcharakter aufweisen, vgl. zur Schutzfähigkeit von Video-Mashups als Bearbeitungen Gelke, *Mashups im Urheberrecht*, S. 80 ff. Vgl. auch Reinemann/Remmert, ZUM 2012, 216, 220.

²⁵² EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 20.

²⁵³ Peifer, ZUM 2016, 805, 807.

²⁵⁴ Der BGH geht etwa mit Blick auf die Feststellung wahrnehmbarer Unterschiede auf die äußerlichen Änderungen an der Fotografie ein, BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 29 – *auffett getrimmt*.

In den bisherigen BGH-Entscheidungen im Filmbereich²⁵⁵ wurde das Fremdmaterial zumindest anmoderiert oder aus dem Off kommentiert, sodass sich die Frage von Parodien, die ausschließlich aus Fremdmaterial bestehen, in dieser Form nicht stellte.

Dafür, dass auch in Fortführung der deutschen Rechtsprechung eine rein fremdmaterial-basierte Filmparodie in freier Benutzung entstehen kann, sprechen jedoch schon folgende Ausführungen des BGH in *Kalkofes Mattscheibe*:²⁵⁶

Der Gesamtbeitrag erscheint damit als Einheit, als ein Werk, das mit geschickter Montagetechnik darauf hinarbeitet, den Charakter der Fernsehshow mit Hilfe der eingangs und am Schluß aus ihr übernommenen Laufbilder satirisch bloßzustellen und als unter einem kulturellen Mindeststandard liegend zu decouvrieren.²⁵⁷

Entscheidend für die satirische Aussage ist demnach die Wirkung der geschickten Montagetechnik. Ob dem angeeigneten Fremdmaterial nun ein selbsterstellter Beitrag oder ein Zusammenschnitt gegenübergestellt wird, sollte unerheblich sein. In beiden Fällen kann für den Zuschauer eine humorvoll-kritische Aussage erkennbar werden. So verspotten viele Trailer-Remixe durch neuen Schnitt, Farbänderungen, Spezialeffekte und ausgetauschte Musik die Marketingstrategie im Filmbereich oder bestimmte Filmgenres, die immer ähnliche Handlungen aufweisen.²⁵⁸ Ähnliches gilt für viele Fan-Videos, bei denen das Ausgangsmaterial äußerlich stark verändert wird und verschiedene Filmszenen geschickt montiert werden, um eine humoristische bzw. verspottende Aussage über die Charaktere oder Rollenbilder zu tätigen.²⁵⁹ Wie in der soeben zitierten Entscheidung, erscheinen auch solche Remixe als „Einheit[en]“ und als Montagewerke, die auf eine neue Aussage mit humoristischen Mitteln hinarbeiten.²⁶⁰

2. Grundsätzlich weites Parodieverständnis

Die Parodie-Definition des EuGH ist relativ weit. Wie bereits ausgeführt wurde, dürfte die Anforderung der erkennbaren Nutzung eines Werkes, bei der „wahrnehmbare Unterschiede“ zum Original erkennbar sind, verhältnismäßig einfach zu erfüllen sein. Sofern das Ausgangsmaterial selbst nicht unterhaltsam-humoristisch ist, ergibt sich aus der Anforderung des EuGH zwar zudem, dass der neue Beitrag einen „Aus-

²⁵⁵ BGH GRUR 2000, 703 – *Kalkofes Mattscheibe*; BGH GRUR 2008, 693 Rn. 31 ff. – *TV-Total*.

²⁵⁶ BGH GRUR 2000, 703 – *Kalkofes Mattscheibe*.

²⁵⁷ BGH GRUR 2000, 703, 706 – *Kalkofes Mattscheibe*. Vgl. auch OLG Hamburg, GRUR 1997, 822 – *Edgar-Wallace-Filme* zur Irrelevanz des Anteils an genutztem Fremdmaterial.

²⁵⁸ Dazu Einleitung, C. V. I.

²⁵⁹ Vgl. *Summerer*, *Illegale Fans*, S. 83, die zwar davon ausgeht, dass viele Fan-Videos keine freie Benutzung darstellen, aber betont, dass äußerliche Änderungen für eine freie Benutzung sprechen, da die Nutzung dann näher an ein äußerliches Verblässen heranrückt.

²⁶⁰ Dass Mashups als Parodie erlaubnisfrei möglich sein können, stellt auch *Gelke* fest, der dies eher als Ausnahmefall ansieht. Zugleich hält er fest, dass die Antithematik „in der Neukombination von Filmen aus unterschiedlichen Genres in der Natur der Sache“ liege, *Gelke*, *Mashups im Urheberrecht*, S. 175 f.

druck von Humor oder eine Verspottung²⁶¹ verkörpern und sich die Aussage des genutzten Filmmaterials somit verändern muss.

Soweit das Ausgangsmaterial allerdings bereits humoristisch ist, kann die europäische Parodie-Definition sogar dazu führen, dass das Material lediglich seiner ihm innewohnenden Komik wegen erneut ausgewertet wird.²⁶² Denn selbst ein Re-Cut, der in weiten Teilen den Humor des Ausgangsmaterials nutzt und die gleiche humoristische Aussage wie das Ausgangsmaterial trifft, könnte – sofern er nur einige wahrnehmbare äußerliche Unterschiede aufweist – unter die Parodie-Definition fallen.²⁶³ Während die inhaltliche, regelmäßig antithematische Auseinandersetzung mit dem genutzten Material zentrales Merkmal der früheren Rechtsprechung war,²⁶⁴ ist dies nun kein Kriterium der Parodie-Definition mehr.²⁶⁵ Der soeben skizzierten Ausnutzung von Filmmaterial um der bereits innewohnenden Unterhaltung willen beugt der BGH jedoch vor, indem er die Frage nach einer inhaltlichen Auseinandersetzung in die Interessenabwägung verlagert (dazu sogleich unter 3.).²⁶⁶

3. Ziel der Verspottung

Sowohl medienwissenschaftlich als auch beispielsweise im amerikanischen Recht wird die Parodie zumeist so definiert, dass sie sich mit dem genutzten Film selbst kritisch auseinandersetzt, dieser also Ziel der Kritik ist.²⁶⁷ Nach Ansicht des EuGH ist dagegen unerheblich, was Ziel der Verspottung ist.²⁶⁸

Dies schränkt der BGH dadurch ein, dass er im Rahmen der Interessenabwägung berücksichtigt, ob sich der Parodist mit dem genutzten Werk inhaltlich auseinandersetzt oder nicht.²⁶⁹ Es sei zum Nachteil des Parodisten zu berücksichtigen, wenn er sich nicht „unmittelbar“ mit dem genutzten Werk befasst, sondern nur mit dessen Subtext.²⁷⁰ Die somit vorgenommene Unterscheidung zwischen dem Werk an sich und seinem Subtext ist relativ streng. In früheren Entscheidungen hatte der

²⁶¹ Fraglich ist auch, wie justiziabel dieses Kriterium – das scheinbar auf einen humoristischen Effekt abzielt und damit sehr subjektiv erscheint – sein wird. Näher zu diesen Schwierigkeiten s. *Rosati*, Common Market Law Review 2015, 518 ff.

²⁶² Dies sollte nach früherer Rechtsprechung stets verhindert werden, vgl. BGH GRUR 2008, 693 Rn. 38 – *TV-Total*: Die genutzte Sequenz sei von Moderator Raab „in keiner Weise kritisiert, parodiert oder karikiert“ worden, sondern sollte „allein durch die ihr innewohnende Komik wirken“.

²⁶³ Kritisch in diese Richtung auch *Haedicke*, GRUR Int. 2015, 664, 670.

²⁶⁴ „Die Privilegierung des § 24 I UrhG reicht, wie das BerGer. zutreffend angenommen hat, nur so weit, wie eine Auseinandersetzung mit der benutzten Vorlage stattfindet“, BGH GRUR 2008, 693 Rn. 31 – *TV-Total*.

²⁶⁵ BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 34 – *auf fett getrimmt*. Mit Blick auf ein ebenfalls weites Verständnis von „Humor“ zustimmend *Lotte*, ZUM 2016, 991, 992.

²⁶⁶ BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 38 – *auf fett getrimmt*. U. a. auf diese Weise wird auch die von *Brexl* identifizierte Gefahr der Nutzung von Fotografien Prominenter für unfreiwillige „Testimonials“ gebannt, vgl. *Brexl*, GRUR-Prax 2016, 451.

²⁶⁷ Dazu *Lavender-Smith* in: *Smith*, Cultural Borrowings (2009), S. 158; zur entsprechenden Unterscheidung im amerikanischen Urheberrecht: *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 580 f. (1994); für den Filmbereich: *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*, 868 F. Supp. 2d 962, 971 (C. D. Cal. 2012), näher zum Ganzen *infra* § 2 A. I. 1.

²⁶⁸ Vgl. EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 21.

²⁶⁹ BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 38 – *auf fett getrimmt*.

²⁷⁰ *Ibid.*

BGH ausdrücklich festgehalten, dass sich ein innerer Abstand „auch aus einer Auseinandersetzung mit dem urheberrechtlich freien Inhalt und der Tendenz der Vorlage ergeben“²⁷¹ könne. In seiner Entscheidung *Edgar-Wallace-Filme* hielt es das OLG Hamburg gleichsam für legitim, mit der Fremdmaterialnutzung in einer Comedy-Serie „das gesamte Genre des Kriminalfilms“ zu parodieren.²⁷² Nunmehr ist der Parodiebegriff zwar deutlich erweitert, im Rahmen der Interessenabwägung scheint es dagegen auf eine unmittelbare inhaltliche Auseinandersetzung anzukommen. Wie viel Gewicht dem Kriterium der inhaltlichen Auseinandersetzung in der Interessenabwägung zukommen wird, ist noch offen. Eine graduelle Berücksichtigung wäre möglich; je mehr die inhaltliche Aussage das Ausgangsmaterial betrifft, desto eher könnte dies für den Parodisten sprechen. Jedenfalls sollte kein strenger Erforderlichkeitsmaßstab angelegt werden, da dies, wie der BGH schon in *Kalkofes Mattscheibe* betonte, „nicht dem Wesen urheberrechtlich geschützter eigenschöpferischer Werke entsprechen [würde], weil deren Wirkung stets abhängig ist von den eingesetzten Mitteln“.²⁷³ Dieses Kriterium könnte nichtsdestotrotz in geringem Ausmaß gegen Fan-Videos ins Gewicht fallen, die durch eher implizite, visuelle Kommentare die Tendenzen des Ausgangsmaterials offenlegen und humorvoll kritisieren. Jedenfalls spricht dies gegen die Zulässigkeit von *recruiter vids*,²⁷⁴ bei denen es im Wesentlichen darauf ankommt, die beeindruckendsten oder lustigsten Szenen eines Films oder einer Serie zusammenzuschneiden. Letztere würden die Voraussetzungen der Parodie-Schranke somit wahrscheinlich nicht erfüllen.

4. Rechte Dritter und berechtigtes Interesse des Rechteinhabers

Der EuGH stellte in *Deckmyn* auf die inhaltliche Aussage der Parodie ab. Bei dieser müsse das nationale Gericht feststellen, ob sie diskriminierend sei.²⁷⁵ Das wurde im Hinblick auf die Meinungsfreiheit vielfach zu Recht kritisiert²⁷⁶, da eine inhaltliche Wertung von Meinungen im Urheberrecht nicht vorgenommen wird.²⁷⁷ Der EuGH

²⁷¹ BGH GRUR 2000, 703, 704 – *Kalkofes Mattscheibe*. Vgl. auch BGH GRUR 2003, 956, 959 – *Gies-Adler*. Urheberrechtlich freier Inhalt eines Films kann beispielsweise dessen Stil oder erkennbare Herstellungsweise sein, *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, § 24 UrhG Rn. 4. Dafür, dass sich eine Parodie nur auf das parodierte Werk selbst beziehen darf siehe *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 280.

²⁷² OLG Hamburg, GRUR 1997, 822, 824 f. – *Edgar-Wallace-Filme*.

²⁷³ BGH GRUR 2000, 703, 704 – *Kalkofes Mattscheibe*.

²⁷⁴ Dazu schon Einleitung, C. V. 3.

²⁷⁵ EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 29 ff.

²⁷⁶ Vgl. nur von *Becker*, GRUR 2015, 336, 338 f.; *Haberstumpf*, 7 ZGE 2015, 425, 452 ff.; *Hae-dicke*, GRUR Int. 2015, 664, 669; *Unselde*, EuZW 2014, 914, 915; *Riesenhuber*, LMK 2014, 363019. Ähnlich *Leistner/Roder*, ZfPW 2016, 129, 153: „Der unmittelbare Rekurs auf das Diskriminierungsverbot ist nicht nur unzutreffend, sondern birgt auch die Gefahr in sich, durch inflationierte Heranziehung von Grundrechten in mehr argumentativ-diskursiver Funktion die eigentliche Abwehrfunktion der Grundrechte in ihrem Kernbereich zu verunklaren und im Ergebnis zu gefährden“.

²⁷⁷ *Riesenhuber*, LMK 2014, 363019. Zu dieser Frage hielt der BGH in *Kalkofes Mattscheibe* fest: „Es mag sein, daß die darin gestaltete satirische Kritik als selbst nicht gelungen, geschmacklos, böseartig, gehässig oder ungerechtfertigt, vielleicht sogar als rechts- oder sittenwidrig angesehen wird. [...] Der Schutz gegen Schmähekritik sowie gegen die Verbreitung rechts- und sittenwidriger Werke ist nicht Aufgabe des Urheberrechts, sondern anderer gesetzlicher Regelungen. Ebenso ist die Beurteilung von Geschmacksfragen nicht Sache der Gerichte“, BGH GRUR 2000, 703, 705 f.

vertrat dessen ungeachtet die Auffassung, der Rechteinhaber habe „ein berechtigtes Interesse daran, dass das geschützte Werk nicht mit einer solchen [diskriminierenden] Aussage in Verbindung gebracht wird“.²⁷⁸

Auf dieser Basis teilt der BGH die relevanten Rechte überzeugend in Urheberpersönlichkeitsrechte des Urhebers (dazu 5.) sowie sonstige mögliche Rechte Dritter (etwa Persönlichkeitsrechte) auf. In Bezug auf Rechte Dritter hob er hervor, dass zwei Aspekte zu berücksichtigen seien: „[...] ob durch die den Begriff der Parodie erfüllenden Veränderungen des Werkes Rechte Dritter verletzt werden und [ob] der Urheber ein schutzwürdiges Interesse hat, dass sein Werk mit einer solchen Rechtsverletzung nicht in Verbindung gebracht wird“.²⁷⁹ Letzteres bedeutet konkret, dass der Urheber nur dann ein Bedürfnis hat, nicht mit der Rechtsverletzung in Verbindung gebracht zu werden, wenn ihm das relevante Publikum die Aussage des neuen Inhaltes überhaupt zuschreibt.²⁸⁰ Diese Eingrenzung des BGH überzeugt. Auf diese Weise ist es möglich, sicherzustellen, dass die Meinungsfreiheit hinreichend zur Geltung kommt und die Interessenabwägung „nicht im Sinne einer allgemeinen ‚Political-Correctness-Kontrolle‘ missverstanden“²⁸¹ wird.

Bei den allermeisten Remixen wird (zumindest aus dem Kontext)²⁸² deutlich, dass diese nicht von dem oder den Urhebern oder Rechteinhabern autorisiert wurden. Gerade bei kritisch-humoristischen Popkultur-Remixen wird grundsätzlich klar, dass die neue Aussage auf den Remixer zurückgeht. Anders könnte dies wiederum nur bei *recruiter vids* sein, da diese in ihrer Funktion offiziellen Trailern oder sonstiger Werbung ähneln können. Hier fehlt es jedoch regelmäßig an einer Verletzung der Rechte Dritter (sofern diese die Parodie-Definition erfüllen und die Schranke überhaupt infrage kommt).²⁸³ Insgesamt ist unwahrscheinlich, dass Rechte Dritter in der Interessenabwägung gegen parodistische Film-Remixe eine Rolle spielen.

5. Urheberpersönlichkeitsrechte

In den Ausführungen des EuGH schien es insbesondere darum zu gehen, reputationschädigende Aussagen für den Rechteinhaber zu unterbinden.²⁸⁴ Das ist eigentlich eine urheberpersönlichkeitsrechtliche Frage. Das UrhG schützt den Urheber in seiner Beziehung zum Werk sowie in gewissem Rahmen auch die ideellen Interessen der ausübenden Künstler und Filmhersteller²⁸⁵ – nicht aber die persönlichkeits-

²⁷⁸ EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 31.

²⁷⁹ BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 39 – *auf fett getrimmt*.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ *Ibid.*

²⁸² Nach Ansicht des BGH sind auch die „maßgeblichen Begleitumstände“ zu betrachten, BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 40 – *auf fett getrimmt*.

²⁸³ Wie oben festgehalten, müssten diese ohnehin zunächst einen Ausdruck von Humor darstellen, um überhaupt die Parodie-Definition zu erfüllen, was nicht immer der Fall sein dürfte.

²⁸⁴ *Lauber-Rönsberg*, ZUM 2015, 658, 663. *Specht/Koppermann* gehen davon aus, dass es sich allgemein um urheberpersönliche Belange – die eigentlich nicht auf EU-Ebene harmonisiert sind – handelt, vgl. *Specht/Koppermann*, ZUM 2016, 19, 23 f.

²⁸⁵ §§ 75 sowie 94 Abs. 1 S. 2, 95 UrhG. Auf Seiten der Filmhersteller werden aufgrund des Schutzzwecks des § 94 UrhG in der Interessenabwägung vorrangig wirtschaftliche Interessen berücksichtigt, künstlerische Interessen des Filmherstellers sind nur insoweit relevant als sie „die wirtschaftliche Auswertung des Filmwerkes nachweislich beeinträchtigen und darüber hinaus eventuell

rechtlichen Interessen jeglicher Rechteinhaber.²⁸⁶ Das in der bisherigen deutschen Rechtsprechung erforderliche Kriterium des „inneren Abstands“ stellte sicher, dass die Aussage des neuen Beitrags vernünftigerweise nur einem anderen als dem Originalurheber bzw. -rechteinhaber zugeschrieben werden konnte.²⁸⁷ Da dieses Abgrenzungskriterium für die Parodie nun wegfällt, prüft der BGH ausdrücklich urheberpersönlichkeitsrechtliche Belange in der Interessenabwägung.²⁸⁸ So könnten weitgehende Veränderungen durchaus den Tatbestand der Entstellung (§ 14 UrhG) erfüllen, was gegen den Parodisten ins Gewicht falle.²⁸⁹ Hierbei sei u. a. zu berücksichtigen, ob „das ursprüngliche Werk dem Publikum bekannt ist“²⁹⁰ – wobei in der bisherigen Rechtsprechung geringe Bekanntheit gegen eine schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung sprach.²⁹¹ Da das genutzte Fremdmaterial bei Remixen häufig sehr bekannt ist, könnte dies im Rahmen der Interessenabwägung für eine Persönlichkeitsrechtsverletzung sprechen. Allerdings stellte der BGH in *Goldrapper* sowie in *auf fett getrimmt* nur auf die (fehlende) Bekanntheit des Werkes ab, um zu bewerten, ob das „maßgebliche Publikum die Bearbeitung überhaupt dem Urheber zuordnet“.²⁹² Eine solche Zuordnung kann aber nicht nur an fehlender Bekanntheit, sondern auch an großer Bekanntheit des Ausgangsmaterials und dem entsprechenden Kontext der neuen Nutzung scheitern. Da die Umstände bei parodistischen Remixen in aller Regel deutlich machen, dass die neue Aussage dem Remixer zuzurechnen ist, dürften Urheberpersönlichkeitsrechte regelmäßig nicht zulasten einer Film-Parodie aus Fremdmaterial ins Gewicht fallen.²⁹³

II. Freie Benutzung sonstiger künstlerischer Remixe

Nur ein Teil von Remix-Filmen stellt einen „Ausdruck von Humor oder eine Verspottung“ dar und kann damit unter den europarechtlich determinierten Parodiebegriff fallen. Somit ist die Frage bedeutsam, in welchem Umfang § 24 UrhG über die Parodie hinaus die Benutzung von bestehendem Filmmaterial erlaubt. Die deutsche Rechtsprechung hat den „inneren Abstand“ zunehmend zum Kernkriterium für § 24 UrhG erhoben.²⁹⁴ Dieser Abstand kann auch auf andere Weise als durch eine antithematische Behandlung erzielt werden.²⁹⁵ Zwar ergingen die einschlägigen Entschei-

auch die gerechtfertigte Befürchtung besteht, dass die Entstellung oder Kürzung des Filmwerkes den Goodwill des filmherstellenden Unternehmens schädigen könnte“, *Diesbach/Vohwinkel* in: Ahlberg/Götting, § 94 UrhG Rn. 35.

²⁸⁶ Vgl. *Kroitzsch/Götting* in: Ahlberg/Götting, § 11 UrhG Rn. 5 ff.

²⁸⁷ Dazu *Haedicke*, GRUR Int. 2015, 664, 667; *Specht/Koppermann*, ZUM 2016, 19, 21 f.

²⁸⁸ BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 38 – *auf fett getrimmt*. Dazu *Lotte*, ZUM 2016, 991, 992.

²⁸⁹ Vgl. BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 38 – *auf fett getrimmt*.

²⁹⁰ BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 47 – *auf fett getrimmt*.

²⁹¹ BGH GRUR 2015, 1189 Rn. 94 – *Goldrapper* sowie GRUR 1971, 525, 526 – *Petite Jacqueline*. In letzterem Fall sprach hohe Bekanntheit für eine schwerwiegende Verletzung.

²⁹² BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 47 – *auf fett getrimmt*. Ähnlich BGH GRUR 2015, 1189 Rn. 94 – *Goldrapper*.

²⁹³ Zur Güterabwägung schon *von Becker*, GRUR 2004, 908, 911 ff.

²⁹⁴ *Summerer*, *Illegale Fans*, S. 83 f., siehe dazu die Urteile in der nachfolgenden Fußnote.

²⁹⁵ Vgl. BGH 1994, 206, 208 – *Alcolix*; BGH GRUR 1994, 191, 196 – *Asterix-Persiflagen*; BGH GRUR 1999, 984, 987 – *Laras Tochter*; BGH GRUR 2003, 956, 958 – *Gies-Adler*; BGH GRUR

dungen hierzu nicht im Filmbereich. Die Aussagen des BGH dazu, dass § 24 UrhG über die antithematische Behandlung hinaus Kunstwerke zu privilegieren vermag, sind jedoch so allgemein gehalten, dass sie auf den Filmbereich übertragen werden können.²⁹⁶ Das gilt umso mehr, da das BVerfG in *Metall auf Metall* allgemein festhielt, dass künstlerische Auseinandersetzungen – auch nicht kritischer Natur – in relativ ungehinderter Weise ermöglicht werden müssen, soweit damit nur eine geringfügige Beschränkung der Verwertungsmöglichkeiten einhergeht.²⁹⁷ Da die freie Benutzung keine Erforderlichkeitsprüfung kennt und §§ 62, 63 UrhG die Nutzung nicht einschränken, passt dieses Rechtsinstitut eigentlich besser zu künstlerischen Auseinandersetzungen mit Fremdmaterial als § 51 UrhG.²⁹⁸ Allerdings ist klärungsbedürftig, was genau außerhalb der antithematischen Behandlung einen „inneren Abstand“ im Filmbereich begründen kann (2.) und ob dies mit europäischem Recht vereinbar ist (3.). Zuvor werden die relevante BGH-Rechtsprechung zur künstlerischen Auseinandersetzung i. S. d. § 24 UrhG und die für Remix-Filme übertragbaren, zentralen Aussagen des *Metall-auf-Metall*-Urteils des BVerfG²⁹⁹ in den Blick genommen (1.).

1. Stand der deutschen Rechtsprechung

a) BGH zur künstlerische Auseinandersetzung

Die bisherige Rechtsprechung zu § 24 UrhG außerhalb der Parodie betrifft vor allem die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Charakteren. In seiner *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*-Entscheidung³⁰⁰ zieht der BGH zur Begründung des inneren Abstands das Spannungsverhältnis heran, welches sich „zwischen realer Person und dargestellter Person“ ergebe.³⁰¹ *Summerer* weist zwar darauf hin, dass dieses Verständnis an die Simulation erinnert und eine Spannung zwischen Realität und Fiktion als freie Benutzung anerkennt.³⁰² Da die Entscheidung den besonderen Fall eines Kostüms betraf, lässt sich daraus für Remix-Filme allerdings wenig ableiten. Mit *Laras Tochter*³⁰³ entschied der BGH zuvor einen Fall mit direkteren Implikationen

2011, 134 Rn. 34 – *Perlentaucher*; BGH GRUR 2014, 258 Rn. 39 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*. Vgl. zuletzt BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 22 – *auf fett getrimmt*: „Auf den inneren Abstand kommt es vor allem bei Fallgestaltungen an, in denen eine künstlerische Auseinandersetzung mit einem älteren Werk es erfordert, dass dieses und seine Eigenheiten, soweit sie Gegenstand der Auseinandersetzung sind, im neuen Werk erkennbar bleiben“.

²⁹⁶ Allgemein zur Erfassung von „Paraphrasen“ vgl. *Bullinger* in: Wandtke/Bullinger, § 24 UrhG Rn. 13 f. Anders *Peukert*, Filmzitate, Kompilationsfilme und Mashups, Vortrag DOKU.ARTS 2014, S. 11: „Festzuhalten bleibt, dass die ‚freie Benutzung‘ gem. § 24 I UrhG nach gegenwärtiger Rechtspraxis nur spezifisch antithematische, insbesondere parodistische und satirische Zugriffe auf vorhandenes Filmmaterial deckt“. *Peukert* spricht sich jedoch für eine weite Auslegung des § 24 UrhG auch im Filmbereich aus.

²⁹⁷ BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 75, 86, 96 – *Metall auf Metall*.

²⁹⁸ Vgl. u. a. *Gelke*, Mashups im Urheberrecht, S. 155, 173 f.; *Schack* in: Ohly/Bodewig/Dreier/et al., FS Schrickler (2005), S. 520; *Summerer*, Illegale Fans, S. 77.

²⁹⁹ BVerfG GRUR 2016, 690 – *Metall auf Metall*.

³⁰⁰ BGH GRUR 2014, 258 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*.

³⁰¹ BGH GRUR 2014, 258 Rn. 39 – *Pippi-Langstrumpf-Kostüm*.

³⁰² *Summerer*, Illegale Fans, S. 115.

³⁰³ BGH GRUR 1999, 984 – *Laras Tochter*.

für Fan-Fiction, da es um eine Art Fortsetzungsroman von Boris Pasternaks *Doktor Schiwago* ging. Dazu hielt der BGH fest, dass es nicht ausreiche, wenn schöpferische Elemente des Ausgangsmaterials nur genutzt würden, um damit zu erzählen.³⁰⁴ Es sei zu unterscheiden zwischen einer „gewissen Interpretation“ der Vorlage, die Selbstständigkeit i. S. d. § 24 UrhG nicht zu begründen vermag und einer „künstlerisch eigenständige[n] Verarbeitung und Anverwandlung des Übernommenen“.³⁰⁵ Hierbei legte der BGH einen relativ strengen Maßstab an.³⁰⁶ Insbesondere sei ein „Wechsel der Erzählperspektive“ ungenügend, um eine freie Benutzung zu begründen.³⁰⁷ Bisher wurde eine urheberrechtliche Privilegierung von Remixen über § 24 UrhG in der Literatur – häufig mit Verweis auf die Entscheidung in *Laras Tochter* – eher kritisch gesehen.³⁰⁸ Im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts lässt sich dieser Standpunkt aber nicht aufrecht erhalten.

b) Verfassungsrechtliche Wertungen (Metall auf Metall)

Das *Metall-auf-Metall*-Urteil des BVerfG befasste sich zwar mit Sampling im Musikbereich sowie den dabei potentiell betroffenen Tonträgerherstellerrechten (und nicht Urheberrechten i. e. S.). Dennoch lassen sich daraus grundlegende Wertungen für die künstlerische Nutzung von Fremdmaterial ziehen.³⁰⁹

Zunächst betonte das BVerfG in Fortführung der *Germania 3*-Rechtsprechung,³¹⁰ dass „[d]ie kunstspezifische Betrachtung verlangt, bei der Auslegung und Anwendung der urheberrechtlichen Ausnahmeregelungen die Übernahme fremder Werk-ausschnitte in eigene Werke als Mittel künstlerischen Ausdrucks und künstlerischer Gestaltung anzuerkennen und damit diesen Vorschriften für Kunstwerke zu einem Anwendungsbereich zu verhelfen, der weiter ist als bei einer anderen, nichtkünstlerischen Nutzung“.³¹¹ Für Remix-Filme ist dabei besonders interessant, dass sich das BVerfG offen gegenüber veränderten „kultur-ästhetischen Rahmenbedingungen“ zeigt.³¹² Mit Blick auf das Sampling hält das Gericht fest:

Der direkte Zugriff auf das Originaltondokument ist – ähnlich wie bei der Kunstform der Collage – Mittel zur „ästhetischen Reformulierung des kollektiven Gedächtnisses kultureller Gemeinschaften“ (Großmann, Die Geburt des Pop aus dem Geist der phonographischen Re-

³⁰⁴ BGH GRUR 1999, 984, 988 – *Laras Tochter*.

³⁰⁵ BGH GRUR 1999, 984, 988 – *Laras Tochter*.

³⁰⁶ *Summerer*, *Illegale Fans*, S. 85; *Knopp*, GRUR 2010, 28, 29 m. w. N.

³⁰⁷ BGH GRUR 1999, 984, 988 – *Laras Tochter*.

³⁰⁸ Vgl. etwa *Knopp*, GRUR 2010, 28, 29; *Kreutzer*, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 62; *Ohly*, Gutachten F DJT 2014, S. 89; *Summerer*, *Illegale Fans*, S. 84 ff. Viele Autoren weisen daher darauf hin, dass § 24 UrhG anders zu interpretieren oder zu konkretisieren sei, vgl. etwa die Vorschläge bei *Huttenlauch*, *Appropriation Art*, S. 189 f.; *Gelke*, *Mashups im Urheberrecht*, S. 223; *Ohly*, Gutachten F DJT 2014, S. 90. Eine Privilegierung von „Mashups“ ablehnend – sowohl über § 24 UrhG als auch über § 51 UrhG – *Spindler* in: *Schricker/Loewenheim*, § 51 UrhG Rn. 54.

³⁰⁹ *Stieper* weist darauf hin, dass Urhebern im Gegensatz zu Leistungsschutzrechtinhabern das Recht auf Vergütung für die teilweise Nutzung ihrer Werke zukomme, auch wenn keine unmittelbare Konkurrenz zwischen den Inhalten bestehe, *Stieper*, ZUM 2016, 637, 638.

³¹⁰ Dazu bereits ausführlich oben, § 1 A. II. 1. b) und 2.

³¹¹ BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 86 – *Metall auf Metall*.

³¹² *von Kruedener*, 8 ZGE 2016, 462, 470.

produktion in Bielefeldt/Dahmen/Großmann, *PopMusicology. Perspektiven der Popmusikwissenschaft*, 2008, 119 [127]) und wesentliches Element eines experimentell synthetisierenden Schaffensprozesses. Die erforderliche kunstspezifische Betrachtung verlangt, diese genrespezifischen Aspekte nicht unberücksichtigt zu lassen.³¹³

Auch bei Film-Remixen ist die Arbeit mit Fremdmaterial genretypisch. Remixer wollen einen Ausschnitt nicht etwa beschreiben und sich text-basiert damit auseinandersetzen, sondern das Material selbst einsetzen, um es zu kritisieren, implizite Annahmen zu hinterfragen oder es populärwissenschaftlich zu interpretieren. Selbstverständlich beinhaltet nicht jeder Zusammenschnitt eine künstlerische Aussage³¹⁴ (dazu näher sogleich unter 2.). Jedoch fallen – wie schon im Rahmen des Zitatrechts dargelegt – viele Remixe in den Schutzbereich der Kunstfreiheit.³¹⁵ *Von Kruedener* betont zu Recht, dass es Künstlern bei „Re-Use-Formaten“ nicht unbedingt darum geht, eigene Aufwendungen zu ersparen³¹⁶, sondern „der Zugriff selbst sowie der technische Umgang mit dem übernommenen Material wichtige gestalterische Tätigkeiten sein [können], die von der Kunstfreiheit geschützt werden müssen“.³¹⁷

Bei der Frage, wie eine ausreichende Freiheit für künstlerische Auseinandersetzung mit Fremdmaterial gewährleistet werden kann, überlässt das BVerfG den Zivilgerichten und dem Gesetzgeber weite Spielräume.³¹⁸ Wichtig sei allerdings, dass gegebenenfalls die „Verwertungsinteressen der Urheberrechtsinhaber zugunsten der Freiheit der künstlerischen Auseinandersetzung zurückzutreten haben“, soweit „der künstlerischen Entfaltungsfreiheit ein Eingriff in die Urheberrechte gegenüber [steht], der die Verwertungsmöglichkeiten nur geringfügig beschränkt“.³¹⁹

Um festzustellen, wann Verwertungsmöglichkeiten nur geringfügig beschränkt werden, stellt das Gericht Kriterien auf, die als Auslegungshilfe verallgemeinerungsfähig scheinen und somit auch konkret im Rahmen der freien Benutzung zum Tragen kommen könnten.³²⁰ Maßgeblich seien „der künstlerische und zeitliche Abstand zum Ursprungswerk, die Signifikanz der entlehnten Sequenz, die wirtschaftliche Bedeutung des Schadens für den Urheber des Ausgangswerkes sowie dessen Bekanntheit“.³²¹

³¹³ BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 99 – *Metall auf Metall*. Dazu kritisch *Ladeur*, 8 ZGE 2016, 447.

³¹⁴ Zur Schwierigkeit, die Grenzen der künstlerischen Betätigungsfreiheit zu ziehen siehe *Peifer*, ZUM 2016, 806, 807 f. sowie 810.

³¹⁵ Für eine Verallgemeinerungsfähigkeit des Urteils auf andere Kulturtechniken wie Film-Remixe auch *von Kruedener*, 8 ZGE 2016, 462, 468; *Peifer*, ZUM 2016, 806, 807 f.; *Podszun*, ZUM 2016, 606, 609.

³¹⁶ Dies spricht grundsätzlich gegen eine freie Benutzung, vgl. *Bullinger* in: *Wandtke/Bullinger*, § 24 Rn. 12.

³¹⁷ *von Kruedener*, 8 ZGE 2016, 462, 470.

³¹⁸ Die Verwendung von kurzen Samples zu tongestalterischen Zwecken könne etwa über eine restriktive Auslegung von § 85 UrhG oder eine analoge Anwendung von § 24 UrhG (ohne das Nachspielbarkeitskriterium der früheren BGH-Rechtsprechung) oder über das Zitatrecht erlaubt werden, BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 110 – *Metall auf Metall*.

³¹⁹ BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 86 – *Metall auf Metall*.

³²⁰ So auch *Podszun*, ZUM 2016, 606, 610. Auf diese Kriterien bezieht sich teilweise auch *Peifer*, ZUM 2016, 806, 809.

³²¹ BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 102 – *Metall auf Metall*.

Eine restriktive Auslegung von § 24 UrhG kann in Anbetracht der Urteile in *Germania 3* und *Metall auf Metall* nicht aufrechterhalten werden. Die für § 24 UrhG zentrale Frage ist, ob eine künstlerische Auseinandersetzung mit dem genutzten Fremdmaterial stattfindet (und somit von einem inneren Abstand auszugehen ist). Dies wird auch in der zitierten zivilgerichtlichen Rechtsprechung grundsätzlich untersucht. Um dies festzustellen, sind allerdings genrespezifische Besonderheiten zu berücksichtigen. Damit kann, gerade im Remix-Bereich, nicht ausgeschlossen werden, dass eine künstlerische Auseinandersetzung auch in einem Perspektivwechsel oder einer künstlerischen Interpretation des Ausgangsmaterials liegen kann.³²² Im Übrigen müssen die vom BVerfG genannten weiteren Kriterien herangezogen werden, um sicherzustellen, dass die Verwertungsmöglichkeiten des Urhebers tatsächlich nur geringfügig beschränkt werden.³²³

2. Übertragung auf Remix-Filme

Klärungsbedürftig ist, zu welchem Grad Remix-Filme einen künstlerischen inneren Abstand aufweisen könnten.

a) Klare These oder künstlerische Konzeptidee

In Anbetracht verfassungsrechtlicher Wertungen erreichen jedenfalls solche Film-Remixe den erforderlichen inneren Abstand, die eine klare, mit filmischen Mitteln künstlerisch ausgedrückte These oder eine künstlerische „Konzeptidee“³²⁴ aufweisen.³²⁵ Dazu zählen medienkritische Fan-Videos (wie *Don Loves Roger* (2012)), die etwa Geschlechterrolle kritisch neu interpretieren und sich dabei stark mit dem genutzten Material auseinandersetzen.³²⁶ *Summerer* hält zwar mit Blick auf die BGH-Entscheidung *Laras Tochter*³²⁷ eine Privilegierung auf Grundlage der bisherigen zivilgerichtlichen Rechtsprechung für problematisch, da dabei einige Formen der Fan Art „auch vorbekannte Handlungsstränge, Verhältnisse zu anderen Figuren sowie das bekannte Setting der Vorlage“ übernehmen.³²⁸ Dass bei medienkritischen Film-Remixen das Setting der Vorlage genutzt wird, ist allerdings unvermeidbar und hindert

³²² Vgl. dafür auch *Haberstumpf* in: Büscher/Dittmer/Schwiw, § 24 UrhG Rn. 23; *Peukert*, GRUR-Beil. 204, 77, 89.

³²³ Ähnlich, obwohl bereits vor dem *Metall-auf-Metall*-Urteil, *Peukert*, GRUR Beil. 2014, 77, 89 sowie *Peifer*, ZUM 2016, 805, 809, der drei Voraussetzungen für die erlaubnisfreie, vergütungsfreie Nutzung identifiziert: „(1) Die Nachschöpfung muss selbst eine künstlerische Leistung darstellen, dazu kann es genügen, wenn sie eigene Kunstrichtung ist. (2) Sie darf im konkreten Fall den Markt des Originals nicht stören und sie muss (3) das Ergebnis einer künstlerischen Auseinandersetzung mit dem Original darstellen“.

³²⁴ *Peukert*, Filmzitate, Kompilationsfilme und Mashups, Vortrag DOKU.ARTS 2014, S. 13.

³²⁵ *Summerer* entwickelt ausführlich Auslegungskriterien, die im Lichte der Kunstfreiheit eine großzügigere Auslegung von § 24 UrhG für Fan-Art allgemein erlauben würden, s. *Summerer*, *Illegale Fans*, S. 167 ff.

³²⁶ Vgl. auch *Summerer*, die ebenfalls davon ausgeht, dass innerer Abstand in „der genretypischen völlig gegensätzlichen Darstellung der Figuren“ liegen kann, *Summerer*, *Illegale Fans*, S. 85. Sofern diese kritischen Remixe auch einen Ausdruck von Humor oder der Verspottung aufweisen, könnten sie bereits als Parodie erlaubt sein.

³²⁷ BGH GRUR 1999, 984 – *Laras Tochter*. Dazu näher *supra*, § 1 B. II. 1. a).

³²⁸ *Summerer*, *Illegale Fans*, S. 90.

die Einordnung als künstlerische Auseinandersetzung (etwa als „engagierte“ Kunst) nicht. Allein deshalb eine freie Benutzung abzulehnen, wäre daher mit der verfassungskonformen Auslegung nicht vereinbar.

Darüber hinaus verfolgen viele Videoessays wie *Mirrors of Bergman* (2015) von *Kogonada* und umfassende Videoprojekte wie Christian Marclays *The Clock* (2010) eine künstlerische Konzeptidee, ohne das genutzte Material zu kritisieren. In *Mirrors of Bergman* eröffnet das Timing der Ausschnitte weiblicher Charaktere vor dem Spiegel aus Bergman Filmen zum Gedicht *The Mirror* von Sylvia Plath ganz neue Bedeutungsebenen aller genutzten Inhalte.³²⁹ Durch *The Clock* zieht sich die Memento-mori-Idee.³³⁰ Es soll durch einen 24-stündigen Remix der Bedeutung von Zeit in Filmen nachgegangen werden, wobei dies durch aufwendig gestaltete Übergänge und Leitmotive ästhetisch so ansprechend gestaltet ist, dass die Zuschauer dazu verleitet werden sollen, stundenlang den Film zu schauen, wobei sie zugleich stets mit dem Verstreichen von Lebenszeit konfrontiert werden.³³¹ Derartige künstlerische Konzeptideen eröffnen für Remixe ebenfalls die kunstspezifische Auslegung.

b) Künstlerische Interpretation

Zwar werden durch die Neustrukturierung des Materials im Film-Remix regelmäßig neue Aussagen erzeugt. Teilweise geht es den Filmemachern jedoch gerade um eine Interpretation des Ausgangsmaterials. Dabei heben sie Aspekte hervor, die bereits im Ausgangsmaterial angelegt sind.

Jedenfalls, wenn der Remix eine kritische Betrachtung des Ausgangsmaterials bezweckt, ist schon nach der bisherigen Rechtsprechung zur antithematischen Behandlung von einem inneren Abstand auszugehen.³³² Dies gilt etwa für Remixe wie *James Bond Hitting Women* (2010), weil dort das genutzt Material aus James Bond Filmen zugleich als sexistisch kritisiert wird.

Aber auch Videoessays wie *Wes Anders Centered* (2014) setzen sich inhaltlich stark mit dem genutzten Material auseinander und können dem Publikum auf populärwissenschaftliche Weise neue Interpretationen eröffnen. *Haberstumpf* hebt mit Blick auf Videoessays zu Recht hervor, dass dies „eine erheblich schöpferische Interpretationsleistung“ erfordere.³³³ Anders als in *Laras Tochter* geht es nicht primär darum, eine eigene Geschichte mit bekannten Charakteren weiterzuerzählen, sondern mit künstlerischen Mitteln (und dem Material selbst) eine filmwissenschaftliche Analyse vorzunehmen. Insofern kommt auch Videoessays die kunstspezifische Auslegung zugute und sie weisen den erforderlichen inneren Abstand auf.

³²⁹ Zumal Sylvia Plath einen Film von Bergman als Inspiration für eines ihrer Gedichte nahm, was wiederum *Kogonada* inspirierte, die Stimme von Plath mit den Frauen verschiedener Bergman Filme in Dialog treten zu lassen, vgl. die Beschreibung des Künstlers auf seiner Webseite, verfügbar unter: <http://kogonada.com/portfolio/mirrors-of-bergman>.

³³⁰ Vgl. *Zalewski*, *The hours – How Christian Marclay created the ultimate digital mosaic*, *The New Yorker* v. 12.03.2012, verfügbar unter: <http://www.newyorker.com/magazine/2012/03/12/the-hours-daniel-zalewski>.

³³¹ *Ibid.*

³³² Vgl. etwa BGH GRUR 2016, 1157 Rn. 22 – *auf fett getrimmt*: „Dabei kann der innere Abstand in einer antithematischen Behandlung zum Ausdruck kommen“.

³³³ *Haberstumpf* in: Büscher/Dittmer/Schwiy, § 24 UrhG Rn. 23.

c) Schlichtes Weitererzählen und Materialfunktion

Da die Neustrukturierung von Film-Remixen regelmäßig auch eine Bedeutungsänderung des genutzten Materials impliziert, werden Remixe seltener als literarische Fan-Fiction bestehende Geschichten linear weiter erzählen.³³⁴ Letzteres wäre eher vergleichbar mit Film-Projekten, die vor allem eigenes Filmmaterial produzieren und nutzen, wie etwa eine von Fans geplante *Star-Trek*-Fortsetzung.³³⁵ Dennoch gibt es auch Remixe, die das Ende eines Films oder einer Serie nur geringfügig verändern und etwa das Raumschiff am Ende einer im Übrigen 1:1 übernommenen Schlusszene explodieren lassen. In diesem Fall ist schon die Werkqualität des Remixes fraglich. Zudem fällt die inhaltliche Auseinandersetzung äußerst gering aus. Daher könnten solche Remixe allenfalls als Parodie gerechtfertigt werden. Allerdings fielen auch hierbei die geringe inhaltliche Auseinandersetzung im Rahmen der Interessenabwägung zu Lasten des Remixers ins Gewicht.³³⁶

Allgemein kommt dem Fremdmaterial in einigen Remix-Filmen eine bloße Materialfunktion zu. Dies gilt etwa für *recruiter vids* oder sonstige *Best-of*-Zusammenchnitte. Diese Remixe sind regelmäßig weder von einer künstlerischen Konzeptidee noch einer künstlerisch ausgedrückten These getragen, sondern sollen vor allem eindrucksvolles Material zusammenstellen.³³⁷ Das ist von § 24 UrhG nicht mehr gedeckt.

d) Implikationen für den starren Melodienschutz?

Dass eine freie Benutzung von Musik (inkl. Melodien) in Film-Remixen jedenfalls im Rahmen des Zitatrechts erlaubt sein kann, wurde bereits in § 1 A. erläutert.³³⁸ Nach § 24 Abs. 2 UrhG scheidet allerdings eine freie Benutzung aus, wenn „die Melodie erkennbar dem Werk entnommen und einem neuen Werk zugrunde gelegt wird“. Die Berechtigung der Norm ist seit langem umstritten.³³⁹ Dabei besteht zudem keine Einigkeit darüber, wie „starr“ die Regelung des § 24 Abs. 2 UrhG ist. Teilweise wird die Norm so verstanden, dass bei schutzfähigen Tonfolgen stets deren Erkennbarkeit im neuen Werk ausreiche, um eine freie Benutzung auszuschließen.³⁴⁰

³³⁴ Im Remix werden seltener „Handlungsfäden in linearer Fortschreibung aufgenommen und [...] im Sinne der Vorlage weitergesponnen“. Das Zitat stammt aus BGH GRUR 1999, 984, 985 – *Laras Tochter* und betrifft die Fortschreibung des Romans *Doktor Schiwago*.

³³⁵ In den USA planten Fans einen neuen Film, *Axanar*, der wohl teilweise fremdes Filmmaterial, vor allem aber die Nutzung bekannter Charaktere und der Sprache Klingonisch beinhalten sollte, dazu näher *Gardner*, CBS, Paramount Settle Lawsuit Over ‚Star Trek‘ Fan Film, *The Hollywood Reporter* v. 20.01.2017, verfügbar unter: www.hollywoodreporter.com/thr-esq/cbs-paramount-settle-lawsuit-star-trek-fan-film-966433. Vor dem Vergleich hatte ein Gericht entschieden, dass sich die Filmemacher jedenfalls nicht auf *fair use* berufen können würden, vgl. *Paramount Pictures Corp. v. Axanar Prods., Inc.*, No. 2:15-CV-09938-RGK-E, 2017 WL 83506, S. 7 ff. (C. D. Cal. Jan. 3, 2017).

³³⁶ Zu den zu berücksichtigenden Kriterien s. o. unter I.

³³⁷ Hierzu ebenfalls kritisch *Peukert*, Filmzitate, Kompilationsfilme und Mashups, Vortrag DOKU.ARTS 2014, S. 13.

³³⁸ § 1 A. II. 3.

³³⁹ Dazu *Loewenheim* in: Schricker/Loewenheim, § 24 UrhG Rn. 31 m. w. N. für die verschiedenen Ansichten.

³⁴⁰ *Schulze* in: Dreier/Schulze, § 24 UrhG Rn. 44.

Teile der Literatur führen auch an, dass der Melodienschutz gar keine Besonderheit für Musik darstelle, sondern nur klarstelle, dass bei erkennbaren Melodien der erforderliche Abstand nicht gegeben sei.³⁴¹ Dies mag mit Blick auf das traditionelle Verblässenskriterium überzeugen, klärt indessen nicht, inwieweit auch ein „innerer Abstand“ ausreichend ist.

Zumindest für Parodien wird in Anlehnung an ein frühes Urteil des OLG Dresden³⁴² vertreten, dass § 24 Abs. 2 UrhG nur dann greife, wenn die Nutzung der Melodie „objektiv geeignet ist, dem Originalwerk Konkurrenz zu machen [und] seinen Absatz zu beeinträchtigen“.³⁴³ Denn nur um „das materielle Interesse des Autors oder seines Verlegers an der alleinigen Ausnutzung des Vermögenswertes der musikalischen Komposition zu schützen [und] die wirtschaftliche Ausbeutung der fremden Melodie zu verhindern“, sei der schwere Eingriff in die künstlerische Freiheit, die im Melodienschutz liege, zu rechtfertigen.³⁴⁴ Eine solche restriktive Auslegung ist auch mit Blick auf die heutige Rechtslage interessant. Das gilt insbesondere angesichts der Parodie-Schranke der InfoSocRL, die nicht zwischen verschiedenen Werkarten differenziert. Damit lässt sich ein ausnahmsloser Melodienschutz kaum aufrechterhalten.³⁴⁵ Seitdem der EuGH „Parodie“ als autonomen Begriff des Unionsrechts ausgelegt und eine abweichende Auslegung durch Mitgliedstaaten somit ausgeschlossen hat, gilt dies umso mehr.

Im Übrigen ähnelt die Argumentation des OLG Dresden in Teilen dem BVerfG-Urteil in *Metall auf Metall*. In Anbetracht der erneuten Betonung der künstlerischen Auseinandersetzung (explizit auch im Musikbereich) durch das BVerfG, ist es geboten, die künstlerische Auseinandersetzung mit Musik nach den gleichen Kriterien wie andere Werkarten zu behandeln.³⁴⁶ Dabei kann einer möglicherweise gesteigerten Gefahr der „Ausbeutung fremden Musikschaffens“³⁴⁷ Rechnung getragen werden, indem genau untersucht wird, ob eine Nutzung im konkreten Fall tatsächlich nur geringe Auswirkungen auf die Verwertungsmöglichkeiten des Urhebers hat. Der starre Melodienschutz muss daher im Bereich künstlerischer Nutzung zumindest restriktiv auslegt werden. Er steht somit der künstlerischen Nutzung musikalischer Werke im Rahmen filmischer Remixe nicht *per se* im Wege. Es wäre *de lege ferenda* allerdings überzeugender, die Norm zu streichen.³⁴⁸

³⁴¹ So etwa *Schlinghoff*, Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit, S. 97 m. w. N.

³⁴² OLG Dresden GRUR 1909, 332, 336 ff. – *Kaleidoskop*.

³⁴³ OLG Dresden GRUR 1909, 332, 336 – *Kaleidoskop*. Für diese Einschränkung *Hoeren*, GRUR 1989, 11, 12 m. w. N. Strenger dagegen *Salagean*, Sampling, S. 109, der davon ausgeht, dass jedenfalls speziell die Musik an sich (nicht etwa der zugehörige Text) parodiert werden muss und die Melodie nicht mehr erkennbar sein darf.

³⁴⁴ OLG Dresden GRUR 1909, 332, 336 – *Kaleidoskop*.

³⁴⁵ Zum gleichen Ergebnis kommt man bereits, wenn man, wie hier, davon ausgeht, dass § 24 Abs. 2 UrhG die Zitierfreiheit nicht beschränkt und auch zu parodistischen Zwecken grundsätzlich zitiert werden darf. A. A. etwa *Tudor*, Parodie, Pastiche und Karikatur, S. 70 f., der musikalische Parodien *de lege lata* unter § 24 Abs. 2 UrhG für vollständig ausgeschlossen hält.

³⁴⁶ In diese Richtung auch *Stieper*, ZUM 2016, 637, 638.

³⁴⁷ *Loewenheim* in: Schricker/Loewenheim, § 24 UrhG Rn. 31.

³⁴⁸ So auch *Ohly*, Gutachten F DJT 2014, S. 91; *Summerer*, Illegale Fans, S. 185.

3. Vereinbarkeit mit europäischem Recht?

a) Relevanz europäischer Vorgaben

Die Meinungen darüber, ob europäische Vorgaben außerhalb des Parodiebegriffs für § 24 UrhG eine Rolle spielen, divergieren. Dies liegt u. a. darin begründet, dass die freie Benutzung teils als Schranke³⁴⁹ und teils als Inhaltsbestimmung³⁵⁰ begriffen wird. Einige Vertreter der letzteren Auffassung führen an, dass der abschließende Schranken-katalog sowie der Drei-Stufen-Test daher für die freie Benutzung irrelevant seien.³⁵¹ Indessen ist weitestgehend anerkannt, dass zumindest die Verwertungsrechte der InfoSocRL vollharmonisiert sind.³⁵² Auch die Nutzung von (Teilen von) Werken in abgewandelter Form ist vom Regelungsbereich des Europarechts erfasst.³⁵³ Bei den in der Richtlinie harmonisierten Verwertungsrechten „fehlt“ zwar das Bearbeitungsrecht,³⁵⁴ doch geht der EuGH in verschiedenen Entscheidungen davon aus, dass deutliche Veränderungen am Werk (zumindest auch) das Vervielfältigungsrecht betreffen.³⁵⁵ Insofern ist auch, wenn man § 24 UrhG als Inhaltsbestimmung begreift, europäisches Recht relevant.³⁵⁶

Solche weitgehenden Übernahmen urheberrechtlich geschützter Werke sind europarechtlich (bisher) nicht mehr von einer immanenten Beschränkung der Verwertungsrechte gedeckt.³⁵⁷ Zwar erscheint die Entwicklung eines der freien Benutzung ähnlichen Instituts auf europäischer Ebene grundsätzlich möglich.³⁵⁸ Bisher hat der

³⁴⁹ So etwa *Bauer*, UGC, S. 330; *Garloff*, GRUR 2001, 476, 477; *Stuhler*, Parodie, S. 15; *Schulze* in: *Dreier/Schulze*, § 24 UrhG Rn. 1; *Stieper*, Schranken, S. 7.

³⁵⁰ So etwa *Peifer* in: *Bullinger/Grunert/Ohst/Wöhrn*, FS Wandtke (2013), S. 106; *Dreier/Leistner*, GRUR-Beilage 2014, 13, 16; *Czernik*, Collage, S. 302 ff.; *Chakraborty*, Rechtsinstitut freie Benutzung, S. 25 f.; *Bullinger* in: *Wandtke/Bullinger*, § 24 UrhG Rn. 1; *Summerer*, Illegale Fans, S. 162 ff. m. w. N.

³⁵¹ So etwa *Summerer*, S. 199.

³⁵² Dazu ausführlich *Grünbeger*, ZUM 2015, 273 m. w. N.

³⁵³ So auch *van Eechoud* in: *van Eechoud*, *The Work of Authorship* (2014), S. 166 ff.; *Haberstumpf*, 7 ZGE 2015, 425, 436; *Leistner/Roder* in: *Drexel*, *The Innovation Society and Intellectual Property* (im Erscheinen), unter II. 3. a) bb); *Rosati*, GRUR Int. 2014, 419, 427 f. (soweit eine Vervielfältigung im technischen Sinne stattfindet); *von Ungern-Sternberg*, GRUR 2015, 533, 534.

³⁵⁴ Vgl. dazu *Peifer* in: *Bullinger/Grunert/Ohst/Wöhrn*, FS Wandtke (2013), S. 106 f., der daher davon ausgeht, dass die Auslegung von § 24 UrhG unabhängig von europäischen Vorgaben der InfoSocRL erfolgen kann.

³⁵⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-145/10 *Painer* [2011] (Verwendung einer Porträtfotografie als Vorlage für ein Phantombild); EuGH, Rs. C-419/13 *Art & Allposters* [2014] (Änderung des Trägermediums eines Kunstdrucks); EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] (Parodie des Deckblatts eines Comichefts). Vgl. auch *Griffiths*, 33 OJLS 2013, 767, 784.

³⁵⁶ A. A. noch *Ohly*, Gutachten F DJT 2014, S. 88, der davon ausgeht, dass die Mitgliedstaaten „autonom zwischen Bearbeitung und freier Benutzung unterscheiden“ können. Nimmehr für die Relevanz EU-Rechts in dieser Hinsicht, *Ohly*, GRUR 2017, 964, 968. Dafür auch *Leistner/Roder* in: *Drexel*, *The Innovation Society and Intellectual Property* (im Erscheinen), unter II. 3. a) bb); *Haberstumpf*, 7 ZGE 2015, 425, 449.

³⁵⁷ *Stieper*, AfP 2015, 301, 303; *ders.* ZUM 2016, 637, 638 verweist darauf, dass nun der europäische Gesetzgeber gefragt sei, der die Zulässigkeit transformierender Nutzungen nur stiefmütterlich behandelt habe.

³⁵⁸ Dazu etwa *Leistner/Roder* in: *Drexel*, *The Innovation Society and Intellectual Property* (im Erscheinen), unter II. 3. b). *Leistner*, GRUR 2016, 772, 775 ist der Auffassung, dass es sich bei § 24 UrhG eher um eine immanente Begrenzung des Schutzgegenstands bei veränderten Vervielfältigun-

EuGH dafür jedoch allenfalls Ansätze entwickelt, die sich eher auf eine freie Benutzung im weiten Sinne beziehen.³⁵⁹ Diese Ansätze könnte der EuGH etwa aufgrund einer Vorlage durch den BGH im *Metall-auf-Metall*-Verfahren mit Blick auf eine neue untere Schutzwelle für Leistungsschutzrechte weiterentwickeln.³⁶⁰ Selbst dann bliebe es jedoch vermutlich für die Nutzung von Teilen urheberrechtlich geschützter Werke bei den in der *Infopaq*-Rechtsprechung³⁶¹ entwickelten Grundsätzen, die bislang keine immanente Schutzbegrenzung für künstlerische Auseinandersetzungen kennen. Die Existenz der Parodie-Schranke, die Änderungen am Ausgangswerk voraussetzt, ist zudem ein Indiz dafür, dass diese Art der umgestaltenden Nutzung europarechtlich über Schranken privilegiert werden muss.

b) Anknüpfung an bestehende Schranken

Entsprechend müsste (derzeit) die freie Benutzung eigentlich stets an die in Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSocRL privilegierten Ausdrucksformen, also, neben der Parodie an Pastiche oder Karikaturen, anknüpfen. Allerdings ist bisher kaum absehbar, wie der EuGH diese Begriffe definieren würde.³⁶² *Stieper* schlägt vor, Fan-Fiction als moderne Art der Pastiche zu verstehen.³⁶³ Dabei könne die Schranke einschlägig sein, wenn „die Entlehnung der eigenschöpferischen Züge der Vorlage als künstlerisches Stilmittel des Anklangs oder Kontrasts oder der Hommage dazu dient, eine gedankliche Verbindung zu den in Bezug genommenen Werken bzw. deren Urheber herzustellen, und der Umfang der Entlehnung nicht über das erforderliche Maß hinaus-

gen handelt, für die europäische Schranken nicht die Obergrenze seien, sondern es auf die Auslegung des Teilvervielfältigungsrechts durch den EuGH und einen ökonomischen Gesamtbetrachtungsansatz ankäme.

³⁵⁹ *Stieper*, AfP 2015, 301, 302 f. mit Verweis auf die Teilwerkschutzrechtsprechung und die „Tendenz des EuGH, die urheberrechtlichen Verwertungsrechte funktional schutzgegenstandsbezogen zu begrenzen“. Vgl. auch *Leistner*, 5 ZGE 2013, 4, 38 ff. *Von Ungern-Sternberg*, geht dagegen davon aus, man könne die wesentlichen Rechtsgrundsätze für die Abgrenzung von erlaubnispflichtigen Nutzungen in veränderter Gestalt von der freien Benutzung der Rechtsprechung des EuGH entnehmen, GRUR 2015, 533, 539. Diesen entspreche jedoch § 24 UrhG derzeit nicht.

³⁶⁰ Siehe dazu insbesondere den Vorschlag von *Ohly*, Gutachten F DJT 2014, S. 41 für eine am Wettbewerbsschutz orientierte Schwelle. Vgl. auch *Leistner*, GRUR 2016, 772, 776, der zu Recht eine Beachtung der Kunstfreiheit bei der künftigen Rechtsprechung zum Teileschutz fordert.

³⁶¹ EuGH, Rs. C-5/08 *Infopaq I* [2009] Rn. 31 ff.: „Sofern die [...] fraglichen Handlungen unter den Begriff der teilweisen Vervielfältigung eines geschützten Werkes im Sinne von Art. 2 der Richtlinie 2001/29 fallen, geht aus den Art. 2 und 5 der Richtlinie hervor, dass eine solche Vervielfältigung nicht ohne die Zustimmung des betreffenden Urhebers erfolgen darf, es sei denn, diese Vervielfältigung erfüllt die Voraussetzungen von Art. 5 der Richtlinie“ (Rn. 52).

³⁶² Generalanwalt *Cruz Villalón* ging davon aus, dass eine Unterscheidung der einzelnen Begriffe nicht erforderlich sei, da letztlich „alle diese Begriffe dieselbe Wirkung [haben], nämlich eine Ausnahme vom Recht des Urhebers des ursprünglichen Werkes zuzulassen, das auf die eine oder andere Weise in dem sozusagen abgeleiteten Werk vorhanden ist“, *GA Cruz Villalón*, Schlussanträge Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 46. Dazu *Cabay/Lambrecht*, 10 JIPLP 2015, 359, 371; kritisch *Rosati*, Common Market Law Review 2015, 511, 513. Auch *Tudor* hält eine genaue Unterscheidung der Begriffe für unnötig, erwähnt aber, dass die Pastiche insbesondere Werke bezeichnet, deren Vorlagengattung Literaturwerke sind, *Tudor*, Parodie, Pastiche und Karikatur, S. 48.

³⁶³ *Stieper*, AfP 2015, 301, 305. Mit Blick auf Sampling sieht auch *Ohly* die Möglichkeit, den Begriff „Pastiche“ nutzbar zu machen, *Ohly*, GRUR 2017, 964, 968.

geht“.³⁶⁴ Zudem seien die Voraussetzungen des Drei-Stufen-Test zu beachten, sodass die Schranke vor allem für Amateur-Kreativität³⁶⁵ infrage komme. In eine ähnliche Richtung wie *Stieper* geht der *Reda*-Report³⁶⁶, der fordert, dass ein parodistischer Zweck der Nutzung keine Voraussetzung der Schranke in Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSocRL sein sollte. *Geiger* spricht sich allgemein dafür aus, dass die Grundrechte in Ausnahmefällen sogar eine Nutzung trotz Fehlens einer passenden gesetzlichen Schranke erlaubten müssten.³⁶⁷ Teile der Literatur gehen indessen davon aus, dass die freie Benutzung, wenn sie als Schranke eingeordnet wird, mit europäischem Recht unvereinbar wäre.³⁶⁸

Ob sich allein aus dem Begriff „Pastiche“ das Verständnis von *Stieper* (insbesondere mit Blick auf „Anklang“ und „Kontrast“) herleiten lässt, ist fraglich. Denn bei der Pastiche steht nach allgemeinem Sprachverständnis weniger eine nur irgendwie geartete künstlerische Werknutzung als die (offengelegte) Nachahmung eines Stils oder eines Werkes im Vordergrund.³⁶⁹ Zugleich ist der Begriff jedenfalls insoweit offen, als er keine kritische Auseinandersetzung fordert.

Im Übrigen kommt ein Analogieschluss zur primärrechtskonformen Rechtsfortbildung³⁷⁰ in Betracht. Diese Methode kann herangezogen werden, „wenn das Sekundärrecht eine mit dem Primärrecht unvereinbare Lücke enthält, aber eine Regelung vorsieht, die zwar nicht nach ihrem Wortlaut, jedoch nach ihrem Sinn und Zweck angewandt werden kann, um die Lücke zu schließen und so den Primärrechtsverstoß zu vermeiden“.³⁷¹

In *Deckmyn* betonte der EuGH, dass Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSocRL u. a. dem Zweck diene, einen angemessenen Ausgleich „insbesondere zwischen den Urhebern und den Nutzern von Schutzgegenständen“ herzustellen.³⁷² Dabei sei auf Seiten

³⁶⁴ Ibid.

³⁶⁵ Ibid.

³⁶⁶ Europäisches Parlament, Draft report on the implementation of Directive 2001/29/EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonisation of certain aspects of copyright and related rights in the information society v. 14. 01. 2015, 2014/2256(INI), verfügbar unter: https://pub.juliareda.eu/copyright_evaluation_report.pdf.

³⁶⁷ *Geiger*, IIC 2007, 707, 713: „Admittedly, it is perfectly legitimate to want to prevent the creator of the second work from pillaging the first work. However, excessive rigidity can lead to excessive situations and to the rejection by the authors of a right that appears to be too much in conflict with the function of the creative process. Perhaps these are only marginal cases. However, for these situations, it would seem important to introduce more flexibility to the provisions in the continental-tradition countries by interpreting the existing exceptions in the light of the freedom of expression and the freedom of creativity, and indeed in very exceptional cases by permitting the use in the absence of any legislative text“.

³⁶⁸ So etwa *Summerer*, Illegale Fans, S. 199.

³⁶⁹ Vgl. etwa die vorgeschlagene Definition im Bericht des UK Intellectual Property Office, *Exceptions to copyright: Guidance for creators and copyright owners* (2014), verfügbar unter: https://www.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/448274/Exceptions_to_copyright_-_Guidance_for_creators_and_copyright_owners.pdf, S. 6: „Pastiche is musical or other composition made up of selections from various sources or one that imitates the style of another artist or period“. Siehe auch die Definition in *Danesi*, *Dictionary of Media and Communications* (2008), S. 226: „media product that is created in imitation of another similar one“.

³⁷⁰ Zur Rechtsfortbildung im Urheberrecht durch den EuGH *Metzger*, ZEuP 2017, 836.

³⁷¹ *Leibe/Domröse* in: *Riesenhuber*, § 8 Rn. 35.

³⁷² EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 26.

des (parodierenden) Nutzers dessen Recht auf freie Meinungsäußerung zu berücksichtigen.³⁷³ Auch wenn der EuGH keine ausdifferenzierte Grundrechtsprüfung vornimmt,³⁷⁴ bettet er die urheberrechtliche Rechtsprechung doch zunehmend in das Grundrechtssystem ein. Wie in § 1 A. erläutert, lässt sich dies zum Zitatrecht in *Painer* beobachten. Zudem betonte der Gerichtshof mittlerweile bereits mehrfach, dass der Schutz der Urheber grundrechtlich verankert ist (Art. 17 Abs. 2 GRCh),³⁷⁵ dieses Grundrecht jedoch nicht „schrankenlos und sein Schutz daher [nicht] bedingungslos zu gewährleisten“³⁷⁶ ist.

Von diesem Ausgangspunkt ist der Schritt nicht mehr weit, anzuerkennen, dass Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSocRL auch der Sicherung der Kunstfreiheit (Art. 13 GRCh) nachschaffender Künstler dient. Alle drei aufgeführten Begriffe sind Kunstformen. Dem Unionsgesetzgeber kommt die Pflicht („positive obligation“)³⁷⁷ zu, über die Schranken einen Ausgleich zwischen der Kunstfreiheit und Art. 17 Abs. 2 GRCh herzustellen. Da aber nur einzelne Kunstformen aufgezählt sind, lässt sich eine Lücke identifizieren. Nimmt man die vom EuGH vorgenommene grundrechtliche Verankerung der Schranken ernst,³⁷⁸ liegt dann eine primärrechtskonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung nahe. Damit können über den Wortlaut hinaus Formen künstlerischer Auseinandersetzung (unter bestimmten Bedingungen) vergütungsfrei zugelassen werden.³⁷⁹ Das muss nicht zu einer unkontrollierten „Konstitutionalisierung“ des Urheberrechts führen.³⁸⁰ Die EU-grundrechtskonforme Rechtsfortbildung ermöglicht vielmehr, die Entscheidungen des Unionsgesetzgebers möglichst aufrechtzuerhalten³⁸¹ und dennoch mit höherrangigem Recht in Einklang zu brin-

³⁷³ EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 27.

³⁷⁴ Dazu *Myilly* in: Geiger, Research Handbook HR and IP (2015), S. 124 f. und S. 128, skeptisch, dass sich die zunehmende Heranziehung von Grundrechten (bisher) ausreichend auf die Interpretation des Sekundärrechts ausgewirkt habe.

³⁷⁵ Dazu, sowie zur Sozialbindung des (geistigen) Eigentums ausführlich *Griffiths*, 28 E. L. Rev. 2013, 65, 67.

³⁷⁶ EuGH, Rs. C-70/10 *Scarlet Extended/SABAM* [2011] Rn. 43. EuGH, Rs. C-314/12 *UPC Telekabel* [2014] Rn. 61.

³⁷⁷ Zur Existenz von „positive obligations“ im EU-Recht und ihrer Bedeutung im Urheberrecht *Husovec*, 18 CYELS, 2016, 239, 257 ff.

³⁷⁸ Vgl. auch *Husovec*, 18 CYELS, 2016, 239, 252: „Owing to the Court’s reference to the social function of IP, it seems clear that the Court is already willing to interpret the entire body of IP law in the light of other fundamental rights“.

³⁷⁹ Vgl. auch *Husovec*, der zu Recht in Erwägung zieht, dass angesichts der Bedeutung von Grundrechten und daraus resultierenden Schutzpflichten die Umsetzung einiger Schranken obligatorisch sein müsse. Dies gebe zwar nicht die Richtlinie, aber eben das Primärrecht, vor. „For instance, after the *Deckmyn* case one could argue that not only the parody exception has to be read in the light of freedom of expression, but also that a Member State’s copyright law without such an exception can infringe Article 11 of the EU Charter. [...] As a consequence, this could then basically mean that in some circumstances, positive obligations can mandate what is presented as a choice under the secondary law“, *Husovec*, 18 CYELS 2016, 239, 260 f.

³⁸⁰ So die Befürchtung von *Leistner/Roder* in: *Drexler, The Innovation Society and Intellectual Property* (im Erscheinen), unter II. 4., die sich aber dennoch dafür aussprechen, Schranken verstärkt grundrechtskonform auszulegen und so die Grundrechtsabwägung in das urheberrechtliche System zu inkorporieren („A ‚freedom of creativity‘ could be specified not only by the extensive construction of the quotation exception, but also by referring to fundamental rights in the interpretation of other exceptions“). Vgl. auch *Stieper*, GRUR 2017, 1209, 1211 f.

³⁸¹ Auch *Stieper* sieht die Schranke in Art. 5 Abs. 3 lit. k) mit Blick auf die „unzureichend erfass-

gen.³⁸² Um die Rechte von Urhebern und sonstigen Rechteinhabern ebenfalls zu berücksichtigen (und den Anforderungen des Drei-Stufen-Tests zu genügen)³⁸³, wäre sodann – vergleichbar mit der Entscheidung in *Deckmyn* – eine nachgelagerte Interessenabwägung erforderlich. Die Rechte und Interessen der Urheber und Rechteinhaber könnten konkretisiert werden durch ähnliche Kriterien, wie der BGH sie in Umsetzung der *Deckmyn*-Rechtsprechung prüft,³⁸⁴ oder das BVerfG in *Metall auf Metall* heranzieht.

c) *Erweiterung des europäischen Schrankenatalogs*

Lehnt man eine solche grundrechtskonforme Auslegung ab, bleibt bislang nur der Ruf nach einer Erweiterung des Schrankenatalogs durch den Gesetzgeber.³⁸⁵ Dies ist in jedem Fall erforderlich, wenn man auch solche Alltagskreativität privilegieren möchte, die keine künstlerische Aussage beinhaltet (und nicht unter das Zitatrecht fällt). Für Remix-Formen wie etwa einfache *Best-of*-Zuschnitts oder einige *recruiter vids* wäre dies relevant.

Im Übrigen ist zu beachten, dass dem Unionsgesetzgeber mehrere Möglichkeiten zur Verfügung stehen, um einen angemessenen Ausgleich von Urheberrecht und Kunstfreiheit zu erzielen (etwa über eine offene Schranke nach U.S.-amerikanischem Vorbild,³⁸⁶ einer spezifischen UGC-Schranke nach kanadischem Vorbild³⁸⁷ oder einer Schutzbereichsbegrenzung). Die grundrechtskonforme Auslegung darf nicht dazu führen, dass der EuGH eine gesetzgeberische Entscheidung durch eine eigene ersetzt.³⁸⁸ Nach hier vertretener Auffassung drückt die Schranke in Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSocRL, die drei verschiedene Kunstformen privilegiert, zwar einen gesetzgeberischen Willen aus, an den die Auslegung anknüpfen kann. Folgt man dieser Auffassung nicht, bestünde dennoch eine Schutzpflicht, wonach der Unionsgesetzgeber den Schrankenatalog anpassen oder eine Schutzbereichsbegrenzung regeln müsste.³⁸⁹

te Vielfalt kreativ-transformierender Nutzer“ einer GR-konformen Auslegung grundsätzlich zugänglich, *Stieper*, GRUR 2017, 1212.

³⁸² Vgl. *Leibe/Domröse* in: Riesenhuber, § 8 Rn. 22 ff., die das Gebot der primärrechtskonformen Auslegung von Sekundärrecht ableiten aus dem Systemgedanken, dem Vorrang des primären Unionsrechts und der Respektierung der Autorität des Unionsgesetzgebers.

³⁸³ Zur ersten Stufe des Drei-Stufen-Tests und einer Auslegung zur Sicherung von Grundrechten siehe bereits die Ausführungen im Rahmen des Zitatrechts, § 1 A. 2. d).

³⁸⁴ Für eine Aufrechterhaltung der normalen Auslegung von § 24 UrhG außerhalb von Parodie, Karikatur oder Pastiche auch *Haberstumpf*, 7 ZGE 2015, 425, 458, der davon ausgeht, dass „die in der Rechtspraxis hierzu entwickelten Auslegungskriterien und -grundsätze mit den allgemeinen Zielsetzungen der InfoSocRL im Einklang stehen“.

³⁸⁵ So etwa *Ohly*, GRUR 2017, 964, 969. Es existiert eine Vielzahl von Reformvorschlägen, siehe dazu etwa *Bauer*, UGC, S. 407 ff.; 419; *Förster*, Fair Use, S. 220 ff.; *Hugenholz/van Eechoud/van Gompel/et al.*, The Recasting of Copyright (2006), S. 75; *Kreutzer*, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 73 f.; *Leistner/Roder* in: Drexl, The Innovation Society and Intellectual Property (im Erscheinen), unter III. 2.; *Metzger* in: Leistner, Europäische Perspektiven (2010), S. 121 f.

³⁸⁶ Ausführlich zu *fair use* siehe *infra* § 2.

³⁸⁷ Siehe Section 29.21 Canadian Copyright Act. Einen Vorschlag für eine UGC-Schranke in Deutschland/Europa macht *Bauer*, UGC, S. 407 ff.

³⁸⁸ *Leibe/Domröse* in: Riesenhuber, § 8 Rn. 36.

³⁸⁹ Dazu *Jütte/Maier*, 12 JIPLP 2017, 784, 795.

III. Zwischenergebnis

Mehrere neuere Entwicklungen implizieren eine zunehmend großzügigere Rechtfertigungsmöglichkeit von Remix-Filmen über (den europarechtskonform ausgelegten) § 24 UrhG. Zum einen ist durch die EuGH-Entscheidung in *Deckmyn* das Parodie-Verständnis grundsätzlich erweitert. So ist das Ziel der Parodie nunmehr für die Parodie-Definition unerheblich und es spielt „nur“ noch im Rahmen der Interessenabwägung eine Rolle, ob sich ein Remixer auch inhaltlich mit dem genutzten Material auseinandersetzt. Zudem ist sogar unerheblich, ob der aufnehmende Film selbst urheberrechtlich schutzfähig ist. Viele (humoristische) Film-Remixe können daher über § 24 UrhG gerechtfertigt werden.

Noch bedeutender ist womöglich die Entscheidung des BVerfG in *Metall auf Metall*, die das Erfordernis der kunstspezifischen Betrachtung im Urheberrecht noch einmal unterstreicht. Das geschieht gerade mit Blick auf postmoderne Kreativität. Auch (nicht humoristische) Remixe, die eine künstlerische Konzeptidee oder These ausdrücken, können nun eher über § 24 UrhG privilegiert werden. Dabei profitieren auch solche Fan-Remixe, die das Ausgangsmaterial (mit künstlerischen Mitteln) interpretieren, von der kunstspezifischen Auslegung. Zusammenschnitte ohne eigene Aussage oder künstlerische Konzeptidee sind dagegen nicht von § 24 UrhG erfasst.³⁹⁰

Wichtig ist, dass für Nutzungen in veränderter Form in jedem Fall europarechtliche Vorgaben relevant sind. Ein Konzept der freien Benutzung könnte zwar grundsätzlich auch vom EuGH entwickelt werden. Bisher aber erfordern weitgehende Übernahmen, die einen „inneren Abstand“ im Sinne der deutschen Rechtsprechung aufweisen, europarechtlich eine rechtfertigende Schranke. Dabei gebietet eine primärrechtskonforme Auslegung der InfoSocRL künstlerische Freiräume unter bestimmten Bedingungen sicherzustellen. Daher liegt eine analoge Anwendung der Schranke in Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSocRL für alle Formen der künstlerischen Auseinandersetzung nahe. Wie für Parodien sind mittels einer Interessenabwägung die Rechte und Interessen des Urhebers zu berücksichtigen. Somit steht auch das Europarecht der Privilegierung von künstlerischen Remix-Filmen nicht im Wege. Aufgrund der verbleibenden Rechtsunsicherheit sollten deutsche Zivilgerichte bei Gelegenheit eine entsprechende Vorlage an den EuGH formulieren.

³⁹⁰ Wollte man auch diese Nutzungen privilegieren, müsste (auf europäischer Ebene) eine neue (UGC-)Schranke geschaffen werden. Dies ist indes nicht Fokus dieser Arbeit. Es liegen allerdings mehrere Vorschläge in diese Richtung vor, siehe etwa *Bauer*, UGC, S. 407 ff.; *Kreutzer*, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 73. Vgl. auch den Vorschlag von *Joulaud* für eine UGC-Schranke in einem neu zu schaffenden Art. 5 lit a) der Richtlinie für Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, Europäisches Parlament, Ausschuss für Kultur und Bildung, Opinion of the Committee on Culture and Education on the proposal for a directive on copyright in the Digital Single Market, 2016/0280(COD), S. 41 f.

§ 2 Fair use im U.S.-amerikanischen Urheberrecht

Wie die deutschen urheberrechtlichen Schranken wurde auch *fair use* zunächst im Hinblick auf andere Werke als Filmwerke entwickelt.¹ Dennoch ist *fair use* selbstverständlich auf Filmwerke anwendbar und heute die wichtigste Schranke, welche Remix-Filme vergütungsfrei erlauben kann.

Ein Rechtsvergleich mit dieser U.S.-amerikanischen Doktrin ist für Remix-Filme wichtig. Insbesondere stellen – wie nachfolgend noch aufgezeigt wird – Hosting Plattformen teilweise einzig auf die amerikanische *fair use*-Norm ab, um Urheberrechtsstreitigkeiten beizulegen. *Fair use* kommt daher gerade für online verbreitete Remix-Filme große Bedeutung zu. Im Rahmen von Urheberrechtsreformen in Europa stellt sich darüber hinaus immer wieder die Frage, ob eine offene Schranke wie *fair use* (oder einige Kriterien der Doktrin)² auch hier eingeführt werden sollte(n) oder ob dies mit zu viel Rechtsunsicherheit verbunden wäre.³ Viele Rechteinhaber, insbesondere große Filmstudios, haben ihren Sitz in den USA und auch die Remix- und Fan-Video-Szene ist dort besonders ausgeprägt.⁴

17 U.S.C. § 107 regelt, wann eine Nutzung „fair“ ist und entsprechend keine Urheberrechtsverletzung darstellt:

Notwithstanding the provisions of sections 106 and 106A, the fair use of a copyrighted work, including such use by reproduction in copies or phonorecords or by any other means specified by that section, for purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research, is not an infringement of copyright. In determining whether the use made of a work in any particular case is a fair use the factors to be considered shall include –

(1) the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature or is for nonprofit educational purposes;

(2) the nature of the copyrighted work;

(3) the amount and substantiality of the portion used in relation to the copyrighted work as a whole; and

(4) the effect of the use upon the potential market for or value of the copyrighted work.

The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors.

¹ Vgl. den Fall *Folsom v. Marsh*, 9 F. Cas. 342, 345 (C. C. D. Mass. 1841), bei dem es um den Abdruck von 319 Briefen von George Washington in einem Buch über denselben ging und das Gericht ein „fair and bona fide abridgment“ letztlich verneinte.

² Zur Diskussion um eine Übertragung verschiedener *Fair use*-Kriterien in § 24 UrhG siehe *Summerer*, *Illegale Fans*, S. 104 ff. m. w. N.

³ Vgl. u. a. *Förster*, *Fair Use*, S. 211 ff.; *Kleinmenke*, 5 ZGE 2013, 103.

⁴ Vgl. nur die vielen Beispiele von *Aufderheide* in: *Navas/Gallagher/Burrough*, *Remix Studies* (2015), S. 311 ff.

Nachfolgend wird die Auslegung der einzelnen Faktoren im Hinblick auf ihre Besonderheiten im Filmbereich untersucht. Anschließend werden die gewonnenen Erkenntnisse mit der deutschen Rechtslage verglichen.

A. Zweck und Charakter der Nutzung in Remix-Filmen

Als erster Faktor ist der Zweck und Charakter der neuen Nutzung zu berücksichtigen. Dafür relevant sind einerseits die in 17 U.S.C. § 107 genannten Zwecke, welche für *fair use* sprechen („criticism, comment, news reporting, teaching [...], scholarship, or research“), sowie die Frage, ob die Nutzung kommerziell oder nicht kommerziell ist. Einen zentralen Ausgangspunkt bildet jedoch die Frage, ob der Einsatz des entlehnten Materials transformativ ist.⁵ Dieses Merkmal soll daher als erstes untersucht werden, wobei auch auf das Zusammenspiel mit den in 17 U.S.C. § 107 genannten Zwecken eingegangen wird.

I. Transformativität und Remix

Der U.S. Supreme Court (U.S.S.C.) stellte die Bedeutung von Transformativität erstmals in *Campbell v. Acuff-Rose Music*⁶ heraus:

Under the first of the four § 107 factors, „the purpose and character of the use, including whether such use is of a commercial nature...“, the enquiry focuses on whether the new work merely supersedes the objects of the original creation, or whether and to what extent it is „transformative,“ altering the original with new expression, meaning, or message.⁷

Seit dieser Entscheidung hat sich Transformativität zu einem Meta-Faktor entwickelt (*transformative use doctrine*).⁸ Primär wird dieses Kriterium im ersten Faktor (Zweck und Charakter der neuen Nutzung) geprüft, es kann aber auch die anderen drei in 17 U.S.C. § 107 vorgesehenen Faktoren zugunsten des Remixers beeinflussen.⁹ Transformative Nutzungen fördern in besonderer Weise die utilitaristischen Ziele des amerikanischen Urheberrechts, da sie häufig ein bestehendes Werk in einer für die Öffentlichkeit interessanten Weise kommentieren, während dabei zugleich ein neues Werk entsteht.¹⁰ Eine transformative Nutzung spricht daher deutlich für eine erlaubnisfreie Nutzung, obgleich Transformativität keine zwingende Voraussetzung von *fair use* ist.¹¹

⁵ Als erster arbeitete Judge Pierre Leval dieses Kriterium 1990 in einem Aufsatz heraus: *Leval, Toward a Fair Use Standard*, 113 Harv. L. Rev. 1990, 1105, 1111.

⁶ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

⁷ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569 (1994).

⁸ Vgl. *Jaszi*, Utah L. Rev. 2007, 715, 720 ff.

⁹ Vgl. *Jaszi*, Utah L. Rev. 2007, 715, 720 ff. Vgl. auch *Hofheinz v. Discovery Commc'ns, Inc.*, No. 00 CIV. 3802 (HB), 2001 WL 1111970, S. 3 (S. D. N. Y. Sept. 20, 2001).

¹⁰ Vgl. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994); im Filmbereich: *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*, 868 F. Supp. 2d 962, 971 (C. D. Cal. 2012).

¹¹ Vgl. *Nimmer*, *Nimmer on Copyright* § 13.05.

Was also bedeutet Transformativität? Grundsätzlich lassen sich zwei Interpretationen der soeben zitierten Passage denken, die sich schlagwortartig als „transforming content versus transforming message“ beschreiben lassen.¹² Transformativität kann einerseits bedeuten, dass sich das neue Werk in Ausdruck und Inhalt unterscheidet (*transforming content*)¹³ oder andererseits, dass der neue Film einen anderen Zweck als das Ausgangsmaterial verfolgt (*transforming message/meaning/purpose*).¹⁴

Die U.S.-amerikanische Rechtsprechung berücksichtigt beide Varianten.¹⁵ Der Schwerpunkt liegt (bisher) aber deutlich auf der Frage, ob mit dem neuen Film gegenüber dem Originalmaterial, bzw. den vom Rechteinhaber selbst hergestellten derivativen Werken, ein anderer Zweck verfolgt wird.¹⁶ Zwischen 1995 und 2010 wurde in nur 3 % der Entscheidungen, die sich inhaltlich mit Transformativität auseinandersetzten, ein veränderter Ausdruck bei gleichbleibendem Zweck für ausreichend transformativ angesehen.¹⁷ Überwiegend verlangte die Rechtsprechung in diesem Zeitraum,¹⁸ dass die neue Nutzung (auch) einen anderen Zweck als das Original verfolge.¹⁹

Wie der 3rd Circuit Court in *Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entm't, Inc.*²⁰ festhielt, ist die Herstellung von eigenen Filmtrailern zum Bewerben von Spielfilmen daher jedenfalls dann nicht transformativ, wenn der Rechteinhaber selbst Filmtrailer herstellt. In diesem Fall verfolgen die neuen Filmtrailer zwar einen anderen Zweck als der Film selbst (Werbung statt Unterhaltung), jedoch den gleichen Zweck wie das derivative Werk des Rechteinhabers (jeweils Werbung).²¹

Einigkeit besteht darin, dass eine Nutzung nicht transformativ ist, wenn der neue Filmemacher lediglich die dem Ausgangsmaterial innewohnende Kreativität erneut auswertet.²² Dies könnte für Remix-Filme ein Problem darstellen, weil kreative Passagen aus anderen Filmen übernommen werden. Es erscheint jedoch denkbar, dass sich ein transformativer Zweck aus einer Rekontextualisierung des Materials ergibt.

¹² *Netanel*, Lewis & Clark L. Rev. 2011, 715, 746.

¹³ *Netanel*, Lewis & Clark L. Rev. 2011, 715, 746 f.

¹⁴ Die Einteilungen und Bezeichnungen werden in verschiedenen Aufsätze uneinheitlich verwendet, vgl. nur die Einteilungen in *Netanel*, Lewis & Clark L. Rev. 2011, 715; *Samuelson*, 77 *Fordham L. Rev.* 2009, 2537; *Tushnet*, 90 *Wash. L. Rev.* 2015, 869.

¹⁵ Vgl. z. B. *Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entm't, Inc.*, 342 F.3d 191, 198 ff. (3d Cir. 2003), as amended (Sept. 19, 2003).

¹⁶ *Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entm't, Inc.*, 342 F.3d 191, 198 f. (3d Cir. 2003), as amended (Sept. 19, 2003). Vgl. auch *Hofheinz v. Discovery Commc'ns, Inc.*, No. 00 CIV.3802 (HB), 2001 WL 1111970, S. 4 (S. D. N. Y. Sept. 20, 2001).

¹⁷ *Netanel*, Lewis & Clark L. Rev. 2011, 715, 747.

¹⁸ Siehe jedoch die spätere Entscheidung in *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694, 708 (2d Cir. 2013), die explizit ästhetische Änderungen in den Vordergrund stellte. Dazu näher *infra*, § 2 A. I. 5. b) (aa).

¹⁹ *Netanel*, Lewis & Clark L. Rev. 2011, 715, 747 f.

²⁰ *Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entm't, Inc.*, 342 F.3d 191 (3d Cir. 2003), as amended (Sept. 19, 2003).

²¹ *Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entm't, Inc.*, 342 F.3d 191, 198 f. (3d Cir. 2003), as amended (Sept. 19, 2003).

²² Vgl. nur *Elvis Presley Enterprises, Inc. v. Passport Video*, 349 F.3d 622, 629 (9th Cir. 2003); *Hofheinz v. A & E Television Networks*, 146 F. Supp. 2d 442, 446 (S. D. N. Y. 2001); *SOFA Entm't, Inc. v. Dodger Prods., Inc.*, 709 F.3d 1273, 1278 (9th Cir. 2013).

Denn wie in der Einleitung festgestellt wurde, stellen Remix-Filme oft eine Art Meta-Kino dar und das Fremdmaterial erhält zumeist eine neue Funktion oder Aussage. Diese These soll nachfolgend mithilfe von Beispielen aus der amerikanischen Rechtsprechung im Filmbereich für verschiedene Arten des Remix-Films überprüft werden.

1. Parodien und sonstige kritische Remixe

Obwohl *fair use* eine Einzelfallwertung erfordert,²³ lassen sich bestimmte Nutzungen identifizieren, die besonders häufig als transformativ und – damit korrelierend – als *fair use* qualifiziert werden.²⁴ Dazu zählen insbesondere Parodien und sonstige kritische Filme.²⁵

Der U.S.S.C. entwickelte die *transformative use doctrine* in *Campbell v. Acuff-Rose* für die Parodie eines Liedes.²⁶ Parodien weisen nach dem Verständnis des Gerichts stets die Besonderheit auf, dass das genutzte Werk Ziel der (häufig) humoristischen Kritik ist.²⁷ Obwohl regelmäßig bekannte Werke auf humoristische Weise verspottet werden, hat die Rechtsprechung seither u. a. für Filmwerke festgehalten, dass das zentrale Merkmal der Parodie weder die Bekanntheit des Ausgangsmaterials noch der Witz des neuen Films sei. Vielmehr stelle die kritische und kommentierende Auseinandersetzung mit dem Originalwerk den wichtigsten Aspekt der Parodie dar:²⁸

Moreover, even under the dictionary definition of parody quoted in *Campbell*, a parody is not necessarily humorous: it imitates a prior work for ‚comic effect or ridicule.‘ (emphasis supplied.) Accordingly, for purposes of copyright law, humor is not a necessary element of parody. Here, the accused Videos fall squarely within the *Campbell* definition of parody because there is no doubt that a viewer could, and most likely would, reasonably perceive the accused Videos to be highly critical commentary on the original, aimed at ridiculing it.²⁹

Mit anderen Worten, „[t]he only significance of deeming a work a parody is the concomitant determination that the work contains elements of commentary and criticism“.³⁰ Besonders transformativ sind Filme, welche das Fremdmaterial nutzen, um – mit humoristischen Mitteln oder in ernsthafter Auseinandersetzung – einzel-

²³ Anstelle vieler vgl. für den Filmbereich: *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*, 868 F. Supp. 2d 962, 970 (C. D. Cal. 2012).

²⁴ *Netanel*, 15 *Lewis & Clark Law Review* 2011, 715, 750.

²⁵ Vgl. *Netanel*, 15 *Lewis & Clark Law Review* 2011, 715, 750.

²⁶ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 578 ff. (1994).

²⁷ Vgl. *Dr. Seuss Enterprises, L. P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394, 1400 (9th Cir. 1997); im Filmbereich: *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*, 868 F. Supp. 2d 962, 971 (C. D. Cal. 2012).

²⁸ *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*, 868 F. Supp. 2d 962, 973 f. (C. D. Cal. 2012) (interne Quellenangaben ausgelassen).

²⁹ *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*, 868 F. Supp. 2d 962, 973 f. (C. D. Cal. 2012) (interne Quellenangaben ausgelassen).

³⁰ In Bezug auf einen Videoausschnitt, der in *The Daily Show* gezeigt und verspottend kommentiert wurde: *Kane v. Comedy Partners, No. 00 CIV. 158(GBD)*, 2003 WL 22383387, S. 4 (S. D. N. Y. Oct. 16, 2003) aff'd, 98 F. App'x 73 (2d Cir. 2004).

ne Aussagen zu kritisieren oder Widersprüche aufzuzeigen. In *Caner v. Autry*³¹ beispielsweise postete ein Kritiker Aufzeichnungen eines Vortrags unverändert auf der Hosting-Plattform YouTube und verlinkte das Video anschließend in einem bloßstellenden Blogpost. Dabei dienten die Videos als Beweise zur Entlarvung unwahrer Behauptungen des Redners. Selbst in diesem äußerlich unveränderten Einstellen eines Videos sah das Gericht eine transformative Nutzung.³² Nach U.S.-amerikanischem Recht ist es daher auch unproblematisch, dass Remixe ausschließlich aus Fremdmaterial bestehen.

Transformativität kann aber auch darin begründet sein, dass ein Remix-Film nicht das genutzte Werk, sondern ein *übergreifendes Thema* kritisiert. Wird mit dem Filmmaterial ein bestimmter Stil, ein anderes Werk oder eine allgemeinere Materie verspottet, sammeln Gerichte diese Art der Nutzung unter dem Begriff der Satire.³³

Dies ist insbesondere relevant für medienkritische Remixe. Denn diese kritisieren regelmäßig nicht nur einen Film, sondern nutzen diesen eher exemplarisch, um kritische Aussagen über die massenmediale Darstellung von Geschlechterrollen, von Minderheitengruppen oder von Konsumverhalten zu treffen. Obwohl eine satirische Nutzung von Fremdmaterial aufgrund der kritischen Auseinandersetzung also häufig transformativ ist, stellt sich bei diesen Remix-Filmen im Rahmen des dritten Faktors das Problem, ob die Nutzung des Fremdmaterials erforderlich ist (dazu *infra* C. II.2.).³⁴

2. Die in 17 U.S.C. § 107 privilegierten Zwecke

Zwischen den in 17 U.S.C. § 107 genannten Zwecken³⁵ und dem Merkmal der Transformativität besteht ein enger Zusammenhang.³⁶ Soweit der neue Film das Ausgangsmaterial verwendet, um zu kritisieren, kommentieren, oder es für Berichterstattung oder Forschung zu nutzen, besteht eine starke Vermutung dahingehend, dass die Nutzung auch transformativ ist.³⁷

Bei genauer Betrachtung ist für die Frage nach Transformativität jedoch weniger der neue Zweck – auch wenn er nach 17 U.S.C. § 107 privilegiert ist – für sich genommen maßgeblich, sondern, dass sich die Verwendungszwecke in altem und

³¹ *Caner v. Autry*, 16 F. Supp. 3d 689 (W. D. Va. 2014).

³² *Caner v. Autry*, 16 F. Supp. 3d 689, 710 (W. D. Va. 2014).

³³ Vgl. *Dr. Seuss Enterprises, L. P. v. Penguin Books USA, Inc.*, 109 F.3d 1394, 1400 (9th Cir. 1997); im Filmbereich: *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*, 868 F. Supp. 2d 962, 971 (C. D. Cal. 2012).

³⁴ Ein großzügigeres Verständnis zur Nutzung von Fremdmaterial, um ein völlig anderes Thema zu kritisieren, zeigt die Entscheidung *Seltzer v. Green Day, Inc.*, 725 F.3d 1170, 1176 f. (9th Cir. 2013). Dort nutzte ein Videokünstler ein Foto von Streetart, das für die Skater-Szene von Bedeutung ist, um damit (in äußerlich leicht veränderter Form) und als Einblendung bei Konzerten der Band *Green Day* Religion zu kritisieren. Dazu kritisch *Sites*, 39 Colum. J. L. & Arts 2016, 513, 525 („If a parody must comment on the original to be a protected parody, why can *Scream Icon* be used to discuss anything that *isn't* in the original?“) (Hervorhebung im Original).

³⁵ 17 U.S.C. § 107: „[...] purposes such as criticism, comment, news reporting, teaching (including multiple copies for classroom use), scholarship, or research [...]“.

³⁶ Vgl. *Geary*, 29 S. Ill. U. L. J. 2005, 151, 154 f.

³⁷ *Hofheinz v. Discovery Commc'ns, Inc.*, No. 00 CIV.3802 (HB), 2001 WL 1111970, S. 3 (S. D. N. Y. Sept. 20, 2001).

neuem Film unterscheiden.³⁸ Wird etwa Videomaterial, das bereits nachrichtlicher Berichterstattung entstammt, wieder für Nachrichten verwendet, ist die Nutzung – soweit keine neue Perspektive oder ein neuer Kommentar beigefügt wird – nicht transformativ.³⁹ In ähnlicher Weise entschied der District Court for the Southern District of New York bzgl. eines Films, der einen Bildungsauftrag verfolgte. In *Video-Cinema Films, Inc. v. Lloyd E. Rigler-Lawrence E. Deutsch Found*⁴⁰ ging es um ein Programm, das Zuschauer für klassische Musik begeistern sollte, indem es interessante Aufführungen zusammenschneidet und davor Interviews zeigte, die in die jeweilige Aufführung einführen sollten. Das Gericht erkannte zwar klar den Bildungsauftrag der neuen filmischen Kompilation. Es hielt aber dennoch fest, dass der Konzertmitschnitt seinen eigentlichen Unterhaltungswert behalte; das neue Programm „did not itself otherwise transform or add new meaning to the performance in any observable way“.⁴¹

3. Transformativität durch neue Kombination bei Mashups

Die Entscheidung des District Courts for the Southern District of California in *Dr. Seuss Enterprises, L. P. v. ComicMix LLC*⁴² beschäftigte sich ausdrücklich mit Transformativität beim Mashup zweier Werke. Der Fall betraf eine Comic-Zeichnung im Stil und mit ähnlichen Bildern wie im *Dr. Seuss* Buch *Oh, the places you'll go!* (kurz: *Go!*). Diese Bilder wurden im neuen Werk (*Boldly*) mit Charakteren und Settings aus *Star Trek* kombiniert. Eine parodistische Nutzung lehnt der District Court zwar – mangels kritischen Kommentars – ausdrücklich ab.⁴³ Dennoch sei die Nutzung transformativ:

But although *Boldly* fails to qualify as a parody it is no doubt transformative. In particular, it combines into a completely unique work the two disparate worlds of Dr. Seuss and *Star Trek*. [...] *Go!*'s rhyming lines and striking images, as well as other Dr. Seuss works, are often copied by *Boldly*, but the copied elements are always interspersed with original writing and illustrations that transform *Go!*'s pages into repurposed, *Star-Trek*-centric ones.⁴⁴

Auch wenn dieser Fall nicht unmittelbar filmischen Remix betrifft, sind die Ausführungen des District Courts doch für alle Remix-Formen relevant. Denn das Gericht

³⁸ Vgl. *Netanel*, 15 *Lewis & Clark Law Review* 2011, 715, 749 f.

³⁹ Vgl. *Los Angeles News Serv. v. Reuters Television Int'l, Ltd.*, 149 F.3d 987, 993 (9th Cir. 1998), as amended on denial of reh'g and reh'g en banc (Aug. 25, 1998): „Reuters does not explain the footage, edit the content of the footage, or include editorial comment“.

⁴⁰ *Video-Cinema Films, Inc. v. Lloyd E. Rigler-Lawrence E. Deutsch Found.*, No. 04 CIV. 5332 (NRB), 2005 WL 2875327 (S. D. N. Y. Nov. 2, 2005).

⁴¹ *Video-Cinema Films, Inc. v. Lloyd E. Rigler-Lawrence E. Deutsch Found.*, No. 04 CIV. 5332 (NRB), 2005 WL 2875327, S. 7 ff. (S. D. N. Y. Nov. 2, 2005). Weil die Nutzung nicht-kommerziell war, nahm der District Court zwar an, dass der erste Faktor insgesamt noch für die Beklagte sprach. Allerdings fiel der vierte Faktor aufgrund der fehlenden Transformativität besonders stark für den Kläger ins Gewicht, sodass das Gericht *fair use* letztlich ablehnte.

⁴² *Dr. Seuss Enterprises, L. P. v. ComicMix LLC*, No. 16CV2779-JLS (BGS), 2017 WL 2505007 (S. D. Cal. June 9, 2017).

⁴³ *Dr. Seuss Enterprises, L. P. v. ComicMix LLC*, No. 16CV2779-JLS (BGS), 2017 WL 2505007, S. 4 (S. D. Cal. June 9, 2017).

⁴⁴ *Ibid.*

stellt auf die Zwecke des Copyrights ab und betont, dass auch die Schaffung von neuen – auf anderen aufbauenden – Werken ermöglicht werden solle.⁴⁵ Dies sei für die Mashup-Kultur von grundlegender Bedeutung, da Künstler hierbei bestehende Werke „in a new and unique way“⁴⁶ kombinieren würden.

[I]f fair use was not viable in a case such as this, an entire body of highly creative work would be effectively foreclosed. Of course that is not to say that all mash-ups will or should succeed on a fair use defense; the level of creativity, variance from the original source materials, resulting commentary, and intended market will necessarily make evaluation particularized.⁴⁷

Insbesondere aufgrund des vierten Faktors (dazu unten, D.) hat der District Court for the Southern District of California in einer weiteren Entscheidung⁴⁸ dem Antrag von ComicMix LLC auf Klageabweisung (*motion to dismiss*) nicht entsprochen und ein endgültiges Urteil über die Einschlägigkeit von *fair use* steht noch aus. Die zitierte Entscheidung macht dennoch deutlich, dass Remixe auch außerhalb der Parodie und den in 17 U.S.C. § 107 privilegierten Zwecken „highly transformative“⁴⁹ sein können.

4. Grenze: Unterhaltungswert des Originals ausnutzen

Damit die Nutzung bestehenden Materials transformativ ist, ist es nicht erforderlich, dass genau oder nur die in 17 U.S.C. § 107 genannten Zwecke verfolgt werden. Nutzen Filme beispielsweise Fremdmaterial zur Veranschaulichung und Anreicherung, kann selbst dies transformativ sein.⁵⁰ Gerade wenn Filmausschnitte als Beispiele genutzt werden – sei es um die Anfänge einer Schauspielerkarriere zu illustrieren⁵¹ oder um einen typischen Fall eines bestimmten Genres (z. B. „Alien-Filme“) darzustellen⁵² – ist dieser Zweck häufig verschieden vom ursprünglichen Unterhaltungszweck des Ausgangsmaterials. Auch die Verwendung von Fremdmaterial als historischen Referenzpunkt erkennt die Rechtsprechung grundsätzlich ebenfalls als transformativ an.⁵³

⁴⁵ Dr. Seuss Enterprises, L. P. v. ComicMix LLC, No. 16CV2779-JLS (BGS), 2017 WL 2505007, S. 6f. (S. D. Cal. June 9, 2017).

⁴⁶ Dr. Seuss Enterprises, L. P. v. ComicMix LLC, No. 16CV2779-JLS (BGS), 2017 WL 2505007, S. 7 (S. D. Cal. June 9, 2017).

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Dr. Seuss Enterprises, L. P. v. ComicMix LLC, No. 16-CV-2779-JLS (BGS), 2017 WL 6059130, S. 5 (S. D. Cal. Dec. 7, 2017). Diese Entscheidung revidierte bzgl. *fair use* nur die Beurteilung des vierten Faktors, sodass die zitierten Ausführungen im Rahmen des ersten Faktors – auf die das Gericht auf S. 3 des Urteils ausdrücklich Bezug nimmt – nach wie vor Gültigkeit haben.

⁴⁹ Ibid.

⁵⁰ Implizit *Geary*, 29 S. Ill. U. L. J. 2005, 151, 166 mit Verweis auf *New Era Publications Int'l, ApS v. Carol Pub. Grp.*, 904 F.2d 152, 156 (2d Cir. 1990).

⁵¹ *Hofheinz v. A&E Television Networks*, 146 F. Supp. 2d 442, 446f. (S. D. N. Y. 2001).

⁵² *Hofheinz v. Discovery Commc'ns, Inc.*, No. 00 CIV. 3802 (HB), 2001 WL 1111970, S. 4 (S. D. N. Y. Sept. 20, 2001).

⁵³ *Elvis Presley Enterprises, Inc. v. Passport Video*, 349 F. 3d 622, 629 (9th Cir. 2003). Dies gilt auch für fiktionalisierte Biografien, wie die Geschichte der *Four Seasons*, die in einem Musical verarbeitet wurde und einen Ausschnitt aus dem Auftritt der Band in der *Ed Sullivan Show* zeigte, *SOFA Entm't, Inc. v. Dodger Prods., Inc.*, 709 F. 3d 1273, 1278 (9th Cir. 2013): „By using it as a biographical anchor, Dodger put the clip to its own transformative ends“.

Dabei darf allerdings der Einsatz von Fremdmaterial nicht schwerpunktmäßig den Unterhaltungswert des Originalfilms ausnutzen, statt einen neuen Zweck zu verfolgen.⁵⁴ *Fair use* soll es nicht ermöglichen, sich eigene Arbeit zu sparen und den Erfolg anderer für sich in Anspruch zu nehmen.⁵⁵ Das Problem ist in diesen Fällen zumeist weniger die Nutzung im neuen Film an sich. Vielmehr kann die Länge des gewählten Filmausschnitts den Ausschlag dafür geben, dass die neue Nutzung nicht *hinreichend* transformativ ist.⁵⁶ In *Elvis Presley Enterprises, Inc. v. Passport Video*, einem Fall, in dem es um eine sehr umfangreiche Video-Biografie von Elvis Presley mit vielfältigen Aufnahmen von Konzerten etc. ging, führte das Gericht beispielsweise aus:

[...] [S]ome of the clips are played without much interruption, if any. The purpose of showing these clips likely goes beyond merely making a reference for a biography, but instead serves the same intrinsic entertainment value that is protected by Plaintiffs' copyrights.⁵⁷

Die Frage, wie viel des Ausgangsmaterials Remix-Filme nutzen dürfen, wird im Rahmen des dritten Faktors (Umfang und Wesentlichkeit des genutzten Filmmaterials im Verhältnis zum Ausgangswerk) ausführlich analysiert (§ 2 C.).

5. Zweckidentifikation bei Remixen

Im Hinblick auf Remixe, Mashups, Fan-Videos und Collagen wird teilweise angezweifelt, ob diese wirklich transformativ sind, da der mit dem Ausgangsmaterial verfolgte Zweck (Kunst und Unterhaltung) dem neuen Zweck entsprechen könne.⁵⁸ Beispielsweise ist der Remix *A Fair(y) Use Tale*, wie die Ausgangsfilme von Disney, unterhaltsam sowie kunstvoll und kreativ gestaltet. Das gleiche ließe sich für Fan-Videos wie *Vogue/300* feststellen – im weitesten Sinne sind sowohl Ausgangsmaterial als auch neuer Film den Kategorien Kunst und Unterhaltung zuzuordnen. Dies würde gegen eine transformative Nutzung sprechen.

Diese Argumentation beleuchtet eine wichtige, bisher nicht abschließend geklärte Frage: wie grob oder feinmaschig soll die Beschreibung des Zwecks des Original- und Remix-Films sein? Je genauer die jeweiligen Zwecke beschrieben werden, desto größer ist die Wahrscheinlichkeit, dass sie sich unterscheiden. Wird alles in grobe Kategorien wie „Kunst“ oder „Unterhaltung“ (oder gar beides zusammen als Katego-

⁵⁴ *Elvis Presley Enterprises, Inc. v. Passport Video*, 349 F.3d 622, 629 (9th Cir. 2003). Vgl. auch – jedoch vor Entwicklung der *transformative use doctrine* entschieden und dadurch womöglich zu einem restriktiveren Ergebnis kommend – *Roy Exp. Co. Establishment of Vaduz, Liechtenstein v. Columbia Broad. Sys., Inc.*, 672 F.2d 1095, 1100 (2d Cir. 1982).

⁵⁵ Vgl. auch *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 580 (1994); im Filmbereich: *Hofheinz v. Discovery Commc'ns, Inc.*, No. 00 CIV. 3802 (HB), 2001 WL 1111970, S. 4 (S. D. N. Y. Sept. 20, 2001). Kommerzielle Vorläufer- oder Fortsetzungsgeschichten sind daher nur schwerlich über *fair use* zu rechtfertigen, vgl. dazu zuletzt *Paramount Pictures Corp. v. Axanar Prods., Inc.*, No. 2:15-CV-09938-RGK-E, 2017 WL 83506, S. 7 (C. D. Cal. Jan. 3, 2017).

⁵⁶ Vgl. *Jaszi*, Utah L. Rev. 2007, 715, 728 „[...] the fact that [the content] has been ‚transformed‘ through repurposing weighs heavily in favor of a fair use finding – at least where the quotation is not overly extensive“.

⁵⁷ *Elvis Presley Enterprises, Inc. v. Passport Video*, 349 F.3d 622, 629 (9th Cir. 2003) (eigene Hervorhebung). Dazu kritisch *Geary*, 29 S. Ill. U. L. J. 2005, 151, 160 ff.

⁵⁸ *Netanel*, 15 Lewis & Clark Law Review 2011, 715, 771.

rie) eingeteilt, ist es schwieriger, den Remix-Film als transformativ gegenüber dem Original zu werten. Das Problem stellt sich insbesondere für Remix-Filme, die den etablierten Fallgruppen (wie insbesondere Kritik- oder Belegfunktion) entgleiten. Es ist daher ein genauere Blick dahingehend nötig, wie Gerichte den alten und neuen Zweck bestimmen.

a) *Kriterien zur Bestimmung des neuen Zwecks im Filmbereich*

Relativ weit zog beispielsweise der 2nd Circuit die Vergleichskategorien. Das Gericht stellte in einer Entscheidung von 1980 darauf ab, dass Ausgangsfilm und neuer Film „essentially of the same genre“ seien und somit den gleichen Zweck erfüllten.⁵⁹ Diese Entscheidung erging zwar noch vor der U.S.S.C.-Entscheidung in *Campbell v. Acuff Rose*, doch würden die Ausführungen des 2nd Circuit heute konsequenterweise dazu führen, dass Transformativität abgelehnt würde.⁶⁰

Der 9th Circuit untersuchte Transformativität im Filmbereich dagegen ausdrücklich und stellte (ohne nähere Begründung) darauf ab, ob der neue Film etwas anderes bezweckt als das, was schon den Ausgangsfilm wertvoll (*valuable*) gemacht hatte.⁶¹ So sah das Gericht die Verwendung von Filmmaterial der gewalttätigen Unruhen in Los Angeles 1992 in einem Nachrichtenprogramm als nicht transformativ an:

Although KCAL apparently ran its own voice-over, it does not appear to have added anything new or transformative to what made the LANS work valuable – a clear, visual recording of the beating itself.⁶²

Untersucht man Fälle der unteren Gerichte, zeigt sich, dass diese häufig eher spezifische Zwecke betrachten, als Filme in breite Kategorien einzuteilen. Nur in wenigen Entscheidungen wird deutlich, wie sie bei der Identifikation des Zwecks des neuen Films vorgehen. In einem Fall, in welchem Filmausschnitte aus alten Alien-Filmen entlehnt wurden, um die Geschichte des Genres („Aliens Invade Hollywood“) darzustellen, hielt der District Court for the Southern District of New York allerdings fest:

§ 107 categorizes allegedly infringing works on the basis of their relationship to the subject matter depicted – i. e., whether the allegedly infringing work aims to comment, critique, report on, or research a particular subject. Section 107 does not explicitly distinguish between entertaining and serious, plausible and implausible, or weighty or frivolous commentaries, and I do not propose to engage in such subjective line-drawing.⁶³

Nachfolgend identifizierte das Gericht sehr konkrete Zwecke, die mit dem entlehnten Material im neuen Film in Bezug auf das Thema Alien-Filme verfolgt wurden,

⁵⁹ Iowa State Univ. Research Found. v. ABC, 621 F.2d 57, 61 (2d Cir. 1980).

⁶⁰ So hielt der 2nd Circuit fest „(W)here the two works in issue fulfill the same function,‘ we are instructed by Professor Nimmer, the ‚scope of fair use is ... constricted.‘ 3 Nimmer on Copyright s 13.05(B), at 13–58“, Iowa State Univ. Research Found., Inc. v. Am. Broad. Companies, Inc., 621 F.2d 57, 61 (2d Cir. 1980).

⁶¹ Vgl. Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9, 108 F.3d 1119, 1122 (9th Cir. 1997); Los Angeles News Serv. v. CBS Broad., Inc., 305 F.3d 924, 939 (9th Cir.) opinion amended and superseded, 313 F.3d 1093 (9th Cir. 2002).

⁶² Los Angeles News Serv. v. KCAL-TV Channel 9, 108 F.3d 1119, 1122 (9th Cir. 1997).

⁶³ Hofheinz v. Discovery Commc'ns, Inc., No. 00 CIV.3802 (HB), 2001 WL 1111970, S.4 (S.D. N. Y. Sept. 20, 2001).

beispielsweise „(1) to illustrate the theme of the government cover-up; (2) to demonstrate how, and with what special effects technology, aliens have been represented in film; and (3) to provide contrasts between the early science fiction films like ‚Saucermen‘ and more recent films“.⁶⁴

Es lässt sich also festhalten, dass sich bisher im Filmbereich keine einheitlichen Kriterien erkennen lassen, anhand derer die jeweiligen Zwecke von Ausgangs- und neuem Film identifiziert werden. Das systematische Argument des District Court for the Southern District of New York in *Hofheinz v. Discovery Commc'ns, Inc.* ist jedoch überzeugend. Es verschafft immerhin dahingehend Aufschluss, dass die Zwecke im Verhältnis zum behandelten inhaltlichen Gegenstand oder Thema definiert werden sollten. Es kommt also darauf an, ob das Material eingesetzt wird, um eine neue Funktion mit Blick auf ein bestimmtes Thema wahrzunehmen. Diese Vorgehensweise führt mit großer Wahrscheinlichkeit zu konkreter formulierten Zwecken als beispielsweise „Kunst“ oder „Unterhaltung“. Dies wird den Intentionen der Filmemacher eher gerecht und schließt Remixe, die den Unterhaltungswert des Fremdmaterials schlicht ausnutzen, dennoch aus. So wäre nach dieser Auffassung der *Remix A Fair(y) Use Tale* klar transformativ. Er behandelt mit Filmausschnitten aus Disney-Filmen ein anderes Thema (nämlich *fair use*) als die Originalfilme und zieht die Inhalte des Ausgangsmaterials zur Aufklärung über *fair use* heran. Der Zweck hinter der Verwendung des Materials unterscheidet sich also vom Ausgangsmaterial.

b) Ambiguität und mehrere Zwecke

Solange der neue Film auch transformativ ist, ist es grundsätzlich unschädlich, wenn Fan-Videos oder sonstige Remixe womöglich mehrere Zwecke verfolgen. Beispielsweise steht eine unterhaltsame Nutzung von Fremdmaterial, die zugleich ein Thema kommentiert, Transformativität keineswegs entgegen.⁶⁵ Es schadet also nicht, dass der *Remix A Fair(y) Use Tale* zugleich unterhaltsam ist.

Den oder die Zwecke überhaupt klar und objektiv festzulegen, kann bei einigen Remixen jedoch Schwierigkeiten bereiten. Häufig sind verschiedene Interpretationen denkbar. Dies wiederum kann relevant dafür sein, ob die Zwecke von altem und neuem Film wirklich verschieden und die neue Nutzung damit transformativ ist.⁶⁶ Viele Fan-Videos beispielsweise heben etwas Bestimmtes aus dem Originalmaterial hervor, was dort womöglich schon angelegt war. Durch den neuen Zusammenschnitt und die dazu ausgewählte Musik werden bestimmte Aspekte beleuchtet⁶⁷ – beispielsweise der Umstand, dass sich eine im Original hauptsächlich positiv dargestellte Figur rassistisch oder sexistisch verhält. *Tushnet* nennt als Beispiel die vielen James Bond-Remixe, die das chauvinistische Verhalten von *007* durch den Zusammenschnitt zahlreicher Szenen zeigen, in denen Frauen bevormundet oder gar körperlich

⁶⁴ *Hofheinz v. Discovery Commc'ns, Inc.*, No. 00 CIV.3802 (HB), 2001 WL 1111970, S. 4 (S. D. N. Y. Sept. 20, 2001).

⁶⁵ *Hofheinz v. A & E Television Networks*, 146 F. Supp. 2d 442, 447 (S. D. N. Y. 2001).

⁶⁶ *Tushnet*, 86 Notre Dame L. Rev. 2011, 2133, 2143.

⁶⁷ *Tushnet*, 31 Colum. J. L. & Arts 2008, 497, 503.

misshandelt werden.⁶⁸ Während einige Zuschauer dadurch erst auf diese Seite der Figur aufmerksam gemacht werden könnten, war sie für andere womöglich bereits offensichtlicher Teil des Ausgangsmaterials.

Hinzu tritt der Umstand, dass Fan-Videos einerseits als Kritik des Originalmaterials gewertet werden können, andererseits jedoch auch Anerkennung ausdrücken können. Sie werden immerhin regelmäßig von Fans gestaltet, die das Ausgangsmaterial (auch) zelebrieren möchten.⁶⁹ Je subtiler Remixer die Aussage in den Videos gestalten (beispielsweise im bereits mehrfach erwähnten Fan-Video *Vogue/300*), desto schwerer fällt eine klare Einordnung des neuen Zwecks.

Sowohl die Kriterien des 2nd Circuit („Genre“) als auch des 9th Circuit („Wert“) helfen hier kaum weiter. Fan-Videos haben zwar eine andere Form als die verwendeten Ausgangsfilme oder -serien. Allerdings bestehen sie regelmäßig zu 100 % aus Fremdmaterial und bedienen sich damit gerade der narrativen Elemente und Emotionen des Ausgangsmaterials.⁷⁰ Das spricht womöglich dagegen, ein neues Genre anzunehmen. Was das neue Video im Vergleich zum Ausgangsmaterial wertvoll macht, ist gerade Teil der Interpretationsschwierigkeit von subtilen, nicht offensichtlich kritischen Fan-Videos. Zudem lässt sich – wie der District Court for the Southern District of New York in *Hofheinz v. Discovery Commc'ns, Inc.* es handhabt – die neue Aussage auch in Bezug auf das grob behandelte Thema nicht immer zweifelsfrei festlegen.

Insbesondere zwei Ansätze werden vorgeschlagen, um mit diesem Problem umzugehen. Zum einen könne die andere Seite von Transformativität, d. h. der veränderte Inhalt oder Ausdruck unterstützend betrachtet werden.⁷¹ Zum anderen wird gefordert, dass Gerichte Deutungsunsicherheiten unter bestimmten Umständen zugunsten der Remixer auslegen.⁷²

aa) Berücksichtigung des veränderten Ausdrucks

Für den ersten Ansatz spricht, dass der U.S.S.C. in *Campbell v. Acuff Rose* Transformativität ausdrücklich auch als „altering the original with new expression“ definiert.⁷³ Zudem berücksichtigte beispielsweise der District Court for the Central District of California in *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*⁷⁴ derartige Faktoren bereits unterstützend für ein Remix-Video. In dem Fall

⁶⁸ *Tushnet*, 86 Notre Dame L. Rev. 2011, 2133, 2143.

⁶⁹ Vgl. *Tushnet*, 86 Notre Dame L. Rev. 2011, 2133, 2139.

⁷⁰ „Das Genre wird [...] als historisch entstandene kodifizierende Institution der Filmkultur im Sinne einer regulierenden Beziehung zwischen Produzent und Rezipient aufgefasst, die Muster und Modi der Erzählung, ideologische Positionen und vor allem Rezeptions-Gratifikationen konventionellerweise festlegt“, *Wulff* in: Lexikon der Filmbegriffe, Genre, verfügbar unter: <http://filmlexikon.uni-kiel.de/index.php?action=lexikon&tag=det&id=190>.

⁷¹ Vgl. *Netanel*, 15 Lewis & Clark Law Review 2011, 715, 771.

⁷² Vgl. *Tushnet*, 86 Notre Dame L. Rev. 2011, 2133, 2146.

⁷³ Siehe *supra*, § 2 A. I. 1. Zur Bedeutung von Änderungen im Rahmen von Appropriation Art siehe *Sites*, 39 Colum. J. L. & Arts 2016, 513, 530.

⁷⁴ *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*, 868 F. Supp. 2d 962, 978 (C. D. Cal. 2012).

wurde ein Video, das für Abtreibung warb, in ein abtreibungsfeindliches Video gemixt. Nachdem das Gericht festgestellt hatte, dass es sich bei dem neuen Video um eine Parodie handele, hielt es fest:

The new background soundtrack, the visuals, and the juxtaposition of the new video clips with the original creates an *entirely different impact on the viewer*. Thus, the accused Videos are transformative.⁷⁵

Auch in vielen Fan-Videos wird das genutzte Filmmaterial ganz erheblich äußerlich verändert. So zeigen Remixer durch den neuen Schnitt Bilder häufig nur sehr kurz und in veränderter Reihenfolge, ersetzen die ursprünglichen Dialoge und Soundtracks durch eigene und bedienen sich Spezialeffekten.⁷⁶

Die Entscheidung in *Prince v. Cariou*⁷⁷ – einem Fall, in dem der Appropriationskünstler Richard Prince Fotografien von Patrick Cariou für eine Ausstellung nutzte und durch Einfügungen äußerlich veränderte – lässt den Rückschluss zu, dass „a fundamentally different aesthetic“ von zentraler Bedeutung für das Vorliegen von Transformativität sein kann.⁷⁸ Obwohl Gerichte in der Vergangenheit vornehmlich auf den veränderten *Zweck* der Nutzung abstellten (s. o.), stellte der 2nd Circuit Court in dieser Entscheidung heraus, dass auch die ästhetischen, äußerlichen Veränderungen den Ausschlag für Transformativität geben können: 25 von 30 der neuen Bilder haben nach Ansicht des Gerichts „a different character, give Cariou’s photographs a new expression, and employ new aesthetics with creative and communicative results distinct from Cariou’s“. ⁷⁹ Es sei nicht erforderlich, dass ein Werk ein anderes kommentiere, um transformativ zu sein.⁸⁰

Fan-Videos und andere Remixe wandeln den beim Zuschauer hinterlassenen Eindruck des Filmmaterials häufig stark um. Daher erscheint es naheliegend, die in *Prince v. Cariou* für Fotos hervorgehobene Bedeutung von ästhetischer Änderungen auch bei Remixen zu berücksichtigen, um Transformativität zu bewerten.

bb) Berücksichtigung verschiedener Perspektiven

Da Richter neutral gegenüber verschiedenen Kunstformen sein müssen,⁸¹ lässt sich argumentieren, dass sie die Deutungsunsicherheiten in einigen Remix-Filmen nicht

⁷⁵ Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform, 868 F. Supp. 2d 962, 978 (C. D. Cal. 2012).

⁷⁶ *Trombley*, 25 Cardozo Arts & Ent. L. J. 2007, 647, 667 f.

⁷⁷ *Cariou v. Prince*, 714 F. 3d 694 (2d Cir. 2013).

⁷⁸ *Cariou v. Prince*, 714 F. 3d 694, 708 (2d Cir. 2013).

⁷⁹ *Cariou v. Prince*, 714 F. 3d 694, 708 (2d Cir. 2013).

⁸⁰ *Cariou v. Prince*, 714 F. 3d 694, 706 (2d Cir. 2013): „The law imposes no requirement that a work comment on the original or its author in order to be considered transformative, and a secondary work may constitute a fair use even if it serves some purpose other than those (criticism, comment, news reporting, teaching, scholarship, and research) identified in the preamble to the statute“.

⁸¹ „[I]t would be a dangerous undertaking for persons trained only to the law to constitute themselves final judges of the worth of [a work], outside of the narrowest and most obvious limits“, *Bleistein v. Donaldson Lithographing Co.*, 188 U.S. 239, 251 (1903). Dies zitiert etwa Dr. Seuss Enterprises, L. P. v. ComicMix LLC, No. 16CV2779-JLS (BGS), 2017 WL 2505007, S. 7 (S. D. Cal. June 9, 2017).

einfach durch ihr eigenes Verständnis des Remixes ersetzen dürfen.⁸² *Tushnet* führt dazu aus:

Where the target audience would find new meanings or messages, courts should recognize [...] transformativeness even if they (or I) don't see it. Narrower alternatives, such as those suggested by fair use's critics, run too much risk of suppressing speakers who don't speak in a language familiar to the court.⁸³

Bisher befragt die Rechtsprechung – soweit ersichtlich – nicht speziell das Publikum, für das das Werk geschaffen wurde, um dessen Interpretation(en) nachzuvollziehen. Vielmehr wird maßgeblich auf einen verständigen Betrachter abgestellt und letztlich durch das Gericht selbst entschieden, wie solch ein Publikum das Werk wahrnehmen würde.⁸⁴ Allerdings zeigt die Rechtsprechung allgemein ein durchaus großzügiges Verständnis, wenn das entlehnte Material als Rohmaterial für schwer zu definierende künstlerische Aussagen gebraucht wird und nimmt Rücksicht auf Aussagen des jeweiligen Künstlers.

In *Blanch v. Koons*⁸⁵, einem Fall, der die Übernahme eines Fotos in eine Collage des Künstlers Jeff Koons betraf, stellte der 2nd Circuit Court beispielsweise folgenden Maßstab auf:

When, as here, the copyrighted work is used as ‚raw material,‘ [...] in the furtherance of distinct creative or communicative objectives, the use is transformative.⁸⁶

⁸² So *Tushnet*, 86 Notre Dame L. Rev. 2011, 2133, 2146, die größere „epistemological humility“ fordert.

⁸³ *Tushnet*, 90 Wash. L. Rev. 2015, 869, 890.

⁸⁴ „Rather than confining our inquiry to Prince's explanations of his artworks, we instead examine how the artworks may ‚reasonably be perceived‘ in order to assess their transformative nature“, *Cariou v. Prince*, 714 F. 3d 694, 707 (2d Cir. 2013) mit Verweis auf *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 582 (1994) und *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F. 3d 109, 113 f. (2d Cir. 1998). Dazu kritisch Judge Wallace in seinem teilweisen *dissent* in *Cariou v. Prince*: „I do not believe that the transformativeness of Prince's works – which have not been presented as parody or satire – can be so readily determined. Because this case arises after extensive discovery and argument by the parties, I disagree that we must limit our inquiry to our own artistic perceptions of the original and secondary works“, 714 F. 3d 694, 714 (2d Cir. 2013) (Wallace, J., concurring in part and dissenting in part).

⁸⁵ *Blanch v. Koons*, 467 F. 3d 244 (2d Cir. 2006).

⁸⁶ *Blanch v. Koons*, 467 F. 3d 244, 253 (2d Cir. 2006) (interne Quellenangaben ausgelassen). Auf diese Funktion des Fremdmaterials stellt auch der District Court for the Southern District of New York ab, um die Nutzung eines unbekanntenen Samples im Rahmen eines Songs des Künstlers *Drake* als *fair use* zu einzustufen, *Estate of Smith v. Cash Money Records, Inc.*, No. 14CV2703, 2017 WL 2333770, S. 8 (S. D. N. Y. May 30, 2017): „Although it is certainly true that the object of a parody must be ascertainable to the average observer – and with reason, for what good is parody if the listener cannot identify the target of derision? – this is not a universal prerequisite for finding a transformative use. For example, the court in *Blanch v. Koons* found that the defendant's appropriation of a small part of a magazine advertisement (specifically, a picture of a woman's legs and feet) into a larger mixed-media artwork was a transformative use even though no reasonable observer would identify the legs as being from the original advertisement. 467 F. 3d 244, 252 (2d Cir. 2006). Because the defendant used the copyrighted work as ‚raw material ... in furtherance of distinct creative or communicative objectives,‘ the *Blanch* court found that the use was a transformative one. 467 F. 3d at 253“.

Um diese „creative or communicative objectives“ zu identifizieren, bezog sich das Gericht insbesondere auf die (unbestrittenen) Ausführungen des Künstlers selbst.⁸⁷

Eine weitere in diesem Zusammenhang relevante Entscheidung ist *Lennon v. Premise Media Corp.*⁸⁸ Obwohl es in diesem Fall um einen Film („Expelled“) in Spielfilmlänge geht, der sich kritisch mit Evolutionstheorie auseinandersetzt, lassen sich daraus durchaus Rückschlüsse für Fan-Videos ziehen. Die Filmemacher von *Expelled* kombinierten in der infrage stehenden Szene nämlich unterschiedliches Archiv-Videomaterial mit einem Ausschnitt aus John Lennons Lied *Imagine*. In Bezug auf die Verwendung von Musik in Fan-Videos wird teilweise bezweifelt, ob dies aufgrund der unveränderten Übernahme transformativ sei und es sich nicht eher um die Ersparung eigenen Aufwands handele.⁸⁹ Der District Court for the Southern District of New York sah die Nutzung von *Imagine* in *Lennon v. Premise Media Corp.* jedoch als transformativ an, da das Lied als „fodder“ for social commentary“ diene.⁹⁰ Dass der mittels der Musik erzeugte „social commentary“ lediglich implizit war, spielte dabei keine Rolle.⁹¹ Zur Deutung dieses Filmteils stellte das Gericht – vergleichbar mit dem 2nd Circuit Court in *Blanch v. Koons* – vornehmlich auf Ausführungen der Filmemacher ab.⁹²

Für Fan-Videos ist dieses Urteil u. a. deshalb relevant, da auch Fan-Remixer Musik – mit all ihren ambivalenten, komplexen kulturellen und historischen Konnotationen – dazu einsetzen, den Zusammenschnitt von Filmmaterial zu kommentieren.⁹³ Die Entscheidung in *Lennon v. Premise Media Corp.* lässt darauf schließen, dass die Rechtsprechung durchaus willens ist, subtile, künstlerische Aussagen vom Filmemacher selbst erklären zu lassen und diese Aussagen in ihre Entscheidung über Transformativität miteinzubeziehen.⁹⁴

⁸⁷ „Koons is, by his own undisputed description, using Blanch’s image as fodder for his commentary on the social and aesthetic consequences of mass media“, *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 253 (2d Cir. 2006).

⁸⁸ *Lennon v. Premise Media Corp.*, 556 F. Supp. 2d 310, 323 (S. D. N. Y. 2008).

⁸⁹ *Trombley* geht davon aus, dass ein Gericht die Nutzung von Musik in *vids* eher als Ersparnis eigenen Aufwands interpretieren könne, denn „[...] there is also considerable merit to the retort that a fanvidder might compose whatever music or lyrics she likes to convey her point or mood, without borrowing wholesale from another“, *Trombley*, 25 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 2007, 647, 674. Der District Court in *Lennon v. Premise Media Corp.* scheint einer solchen Argumentationslinie jedoch nicht zu folgen.

⁹⁰ *Lennon v. Premise Media Corp.*, 556 F. Supp. 2d 310, 323 (S. D. N. Y. 2008).

⁹¹ Vgl. *Lennon v. Premise Media Corp.*, 556 F. Supp. 2d 310, 324 (S. D. N. Y. 2008).

⁹² *Lennon v. Premise Media Corp.*, 556 F. Supp. 2d 310, 322 f. (S. D. N. Y. 2008).

⁹³ Vgl. *Trombley*, 25 *Cardozo Arts & Ent. L. J.* 2007, 647, 674.

⁹⁴ Vgl. zum Ganzen *Sites*, 39 *Colum. J. L. & Arts* 2016, 513, 548, der die Rechtsprechung diesbezüglich noch für inkonsequent hält und folgenden Vorschlag unterbreitet: „In summary, courts should adopt a hybrid approach to analyzing content transformation uses through a three step analysis. First, the person claiming fair use (or his or her attorney) should point to the intended purpose of the use. Second, the court should consider whether an ordinary person would reasonably perceive that intended purpose by viewing the art in the primary context in which it was presented. Finally, the court should determine whether that purpose was transformative. If so, the use is transformative under the first factor“.

II. Kommerzielle Remixe

Obwohl 17 U.S.C. § 107 (1) gebietet, die „commercial nature“ des neuen Films zu berücksichtigen, schließt eine kommerzielle Nutzung *fair use* nicht grundsätzlich aus; dies gilt vor allem, wenn der neue Film transformativ ist.⁹⁵ Die Mehrzahl der Fälle, in denen es in der Vergangenheit beispielsweise um *fair use* und *free speech* ging, betrafen kommerziell handelnde Akteure und die Frage der Kommerzialität hatte jeweils keinen signifikanten Einfluss auf den Ausgang der Verfahren.⁹⁶

Ob eine Nutzung kommerziell ist, ist also für sich genommen weniger relevant. Bedeutung kommt jedoch der dahinter stehenden Frage zu, ob der Remixer allein aus privaten, ökonomischen Motiven handelt und die Öffentlichkeit von seinem neuen Werk ausschließt oder ob die Nutzung auch den Interessen einer breiteren Öffentlichkeit dient.⁹⁷ So entschied der District Court for the Southern District of New York in *Lennon v. Premise Media Corp.* beispielsweise, dass die Nutzung des Lieds *Imagine* in einem Film eine für die Öffentlichkeit interessante Debatte befördere.⁹⁸ Konkret sei es den Filmemachern von „Expelled“ darum gegangen, Lennons säkulare utopische Vision als naiv und fehlgeleitet darzustellen.⁹⁹ Ebenso entschied der District Court for the Southern District of Florida in *Fuentes v. Mega Media Holdings, Inc.*,¹⁰⁰ einem Fall, in dem historische Aufnahmen des Castro Regimes aus Kuba in einer TV-Show kommentiert und analysiert wurden. Die Verwendung des Materials sei transformativ und von öffentlichem Interesse, sodass der Umstand, dass die Fernsehshow auch Gewinn erzielen sollte, keine Vermutung gegen *fair use* erlaube.¹⁰¹

⁹⁵ „Courts should look to see whether the new work will be used for a purpose favored by the statute rather than Defendants’ status as a for-profit entity“, *Video-Cinema Films, Inc. v. Cable News Network, Inc.*, No. 98 CIV. 7128IBSJ, 2001 WL 1518264, S. 6 (S. D. N. Y. Nov. 28, 2001). Vgl. auch *Fuentes v. Mega Media Holdings, Inc.*, No. 09–22979-CIV, 2011 WL 2601356, S. 10 (S. D. Fla. June 9, 2011) report and recommendation adopted, No. 09–22979-CIV, 2011 WL 2609550 (S. D. Fla. June 30, 2011). Vgl. auch *SOFA Entm’t, Inc. v. Dodger Prods., Inc.*, 709 F.3d 1273, 1278 f. (9th Cir. 2013): „Moreover, because Dodger’s use of the clip is transformative, the fact that Jersey Boys is a commercial production is of little significance“. Sowie zuletzt *N. Jersey Media Grp. Inc. v. Pirro*, 74 F. Supp. 3d 605, 618 (S. D. N. Y. 2015): „[...] the relative importance of this factor is determined on a sliding scale: the more transformative the work, the less important the commercial purpose“.

⁹⁶ Vgl. *Beebe*, 156 U. Pa. L. Rev. 549, 556 (2008); *Samuelson*, 77 Fordham L. Rev. 2009, 2537, 2565.

⁹⁷ Vgl. *Lennon v. Premise Media Corp.*, 556 F. Supp. 2d 310, 322 (S. D. N. Y. 2008).

⁹⁸ *Lennon v. Premise Media Corp.*, 556 F. Supp. 2d 310, 322 f. (S. D. N. Y. 2008).

⁹⁹ Der District Court gab die Ausführungen der Filmemacher wieder: „[...] the song’s secular utopian vision ‚cannot be maintained without realization in a politicized form‘ and that the form it will ultimately take is dictatorship“. Dazu wurde das Lied über Filmausschnitte von Stalin und von Soldaten im Kalten Krieg gelegt. *Lennon v. Premise Media Corp.*, 556 F. Supp. 2d 310, 323 (S. D. N. Y. 2008).

¹⁰⁰ *Fuentes v. Mega Media Holdings, Inc.*, No. 09–22979-CIV, 2011 WL 2601356 (S. D. Fla. June 9, 2011) report and recommendation adopted, No. 09–22979-CIV, 2011 WL 2609550 (S. D. Fla. June 30, 2011).

¹⁰¹ *Fuentes v. Mega Media Holdings, Inc.*, No. 09–22979-CIV, 2011 WL 2601356, S. 11 (S. D. Fla. June 9, 2011) report and recommendation adopted, No. 09–22979-CIV, 2011 WL 2609550 (S. D. Fla. June 30, 2011).

B. Charakter des genutzten Ausgangsmaterials

Der zweite Faktor der *Fair use*-Analyse fragt nach dem Charakter („nature“) des genutzten Ausgangsmaterials. Von Bedeutung ist hierfür zunächst, ob das Filmmaterial informativ und fakten-basiert ist oder ob es sich um ein fiktionales Werk handelt.¹⁰² Die Rechtsprechung nimmt bei fakten-basierten Werken grundsätzlich einen geringeren Schutz an, da bei diesen Werken ein größeres Bedürfnis der weiten Verbreitung bestehe.¹⁰³ Ferner seien Fakten an sich ohnehin nicht urheberrechtlich geschützt¹⁰⁴ und kreative Werke kämen dem eigentlichen Schutzziel des amerikanischen Urheberrechts näher.¹⁰⁵

I. TV-Mitschnitte

Ob TV-Mitschnitte eher als informativ oder kreativ zu qualifizieren sind, ist teilweise schwierig zu beurteilen. Ausschnitte aus Nachrichtensendungen, die in Remix-Filme eingearbeitet werden, sind grundsätzlich eher informativ.¹⁰⁶ Denkbar ist aber auch, dass ältere Fernsehauftritte bestimmter Künstler gezeigt werden sollen. Obwohl in einem solchen Fall ein fiktionales, kreatives Werk dargeboten wird, hat die Aufnahme häufig zugleich historische oder nachrichtliche Bedeutung, sodass die Rechtsprechung auch dieses Material teilweise als informativ einordnet.¹⁰⁷ Berücksichtigt werden jedenfalls nur diejenigen Aspekte, die urheberrechtlichen Schutz verleihen können. Dass Aufnahmen spektakulär sind oder wichtige, wortgewandte Personen zeigen, macht sie – wenn tatsächliches Geschehen gefilmt wurde – noch zu keiner (urheberrechtlich) schützbarer Leistung des Filmemachers.¹⁰⁸

¹⁰² Vgl. u. a. Presley Enterprises, Inc. v. Passport Video, 349 F.3d 622 (9th Cir. 2003); Video Pipeline, Inc. v. Buena Vista Home Entertainment, Inc., 342 F.3d 191, 200 (3d Cir. 2003); Castle Rock Entertainment, Inc. v. Carol Pub. Group, Inc., 150 F.3d 132, 143 f. (2d Cir. 1998); Ringgold v. Black Entertainment Television, Inc., 126 F.3d 70, 80 (2d Cir. 1997).

¹⁰³ Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises, 471 U.S. 539, 563, 105 S. Ct. 2218, 2232, 85 L. Ed. 2d 588 (1985).

¹⁰⁴ American Geophysical Union v. Texaco Inc., 802 F. Supp. 1, 17 (S. D. N. Y. 1992).

¹⁰⁵ Vgl. Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc., 510 U.S. 569, 586, 114 S. Ct. 1164, 1175, 127 L. Ed. 2d 500 (1994), zur Einteilung kritisch *Patry*, *Patry on Fair Use* § 4:1: „The extent of expression is, however, work-specific and not easily or helpfully classified by broad categories such as ‚fact works‘ or ‚fictional works‘“.

¹⁰⁶ Vgl. *Geary*, 29 S. Ill. U. L. J. 2005, 151, 156.

¹⁰⁷ Vgl. *Elvis Presley Enterprises, Inc. v. Passport Video*, 349 F.3d 622, 629–30 (9th Cir. 2003); *Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods., Inc.*, 782 F. Supp. 2d 898, 907 (C. D. Cal. 2010) aff'd, 709 F.3d 1273 (9th Cir. 2013).

¹⁰⁸ Vgl. *Fuentes v. Mega Media Holdings, Inc.*, No. 09–22979-CIV, 2011 WL 2601356, S. 14 (S. D. Fla. June 9, 2011) report and recommendation adopted, No. 09–22979-CIV, 2011 WL 2609550 (S. D. Fla. June 30, 2011): „Here, Fuentes exercised no more than the minimum authorial decision-making necessary to make a work copyrightable under Feist. While resourceful, Fuentes' being so well-connected to Cuba's military elite – and being fortunate enough to have made twenty trips between Cuba and Angola as a guest of this elite-is not a creative process for the purposes of the fair use doctrine; the videos are undeniably factual works“. Vgl. auch die Ausführungen – wenn auch im Rahmen des dritten Faktors – in *SOFA Entm't, Inc. v. Dodger Prods., Inc.*, 709 F.3d 1273, 1279 (9th Cir. 2013): „It is Sullivan's charismatic personality that SOFA seeks to protect. Charisma, however, is not copyrightable“.

II. Spielfilme

Selbst für besonders kreative, fiktionale Werke, wie beispielsweise Spielfilme, spielt der zweite Faktor jedoch eine geringere Rolle, wenn die Nutzung transformativ ist und sich nicht lediglich den Unterhaltungswert des Ausgangsmaterials zunutze macht.¹⁰⁹ Da eine kritische, künstlerische oder anderweitig kommentierende Auseinandersetzung mit Spielfilmen u.ä. erforderlich sein kann, stellt die Rechtsprechung in diesen Fällen regelmäßig fest, dass der zweite Faktor allenfalls leicht gegen die Remixer wiegt.¹¹⁰

III. Noch nicht gezeigtes bzw. gesendetes Filmmaterial

Stärkerer Schutz kann jedoch, wie der U.S.S.C. in *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters*¹¹¹ urteilte, unveröffentlichten Werken zukommen. Das Gericht hielt 1985 fest:

We conclude that the unpublished nature of a work is „[a] key, though not necessarily determinative, factor“ tending to negate a defense of fair use.¹¹²

Für Filme bedeutet das grundsätzlich, dass die erste Ausstrahlung bzw. Vorführung besonders geschützt ist.¹¹³ Im Hinblick auf die Ziele, welche mit dem US-amerikanischen Urheberrecht verfolgt werden (insbesondere die Anreizfunktion zur Herstellung neuer Werke), lässt sich die Entscheidung des U.S.S.C. in *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.* aber auch so verstehen, dass (nur) Werke, die unveröffentlicht, aber für eine Publikation (bzw. Ausstrahlung) erstellt wurden, besonders geschützt sind.¹¹⁴ Jedenfalls kann allein der Umstand, dass ein Werk unveröffentlicht ist, *fair use* noch nicht ausschließen.¹¹⁵ Das meiste Material, das für Film-Remixe verwendet wird, wurde ohnehin zuvor bereits gesendet oder aufgeführt, sodass dieses Kriterium weniger relevant ist.

¹⁰⁹ Vgl. *Patry*, *Patry on Fair Use* § 4:1: „The nature of the work must be considered in relation to the purpose of the use. Where that purpose is for a socially beneficial goal, the second factor is to be weighed very lightly“.

¹¹⁰ Vgl. u. a. *Kane v. Comedy Partners*, No. 00 CIV.158(GBD), 2003 WL 22383387, S. 5 (S. D. N. Y. Oct. 16, 2003) aff'd, 98 F. App'x 73 (2d Cir. 2004); in Bezug auf Musik: *Lennon v. Premise Media Corp.*, 556 F. Supp. 2d 310, 325 (S. D. N. Y. 2008), jeweils m. w. N.

¹¹¹ *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539 (1985).

¹¹² *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 554 (1985).

¹¹³ Vgl. *Hofheinz v. A & E Television Networks*, 146 F. Supp. 2d 442, 447 (S. D. N. Y. 2001) (da bereits ausgestrahlt: „no impact on plaintiff's right to control the first public showing of the film“); vgl. auch *Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods., Inc.*, 782 F. Supp. 2d 898, 907 (C. D. Cal. 2010) aff'd, 709 F. 3d 1273 (9th Cir. 2013), „[...] the fact that *The Ed Sullivan Show* episode at issue here has already been broadcast weighs in Defendant's favor“.

¹¹⁴ *Leval*, 103 Harv. L. Rev. 1990, 1105, 1118 ff. Ähnlich auch *Patry*, *Patry on fair use*, § 4:2. A. A. aber *Monge v. Maya Magazines, Inc.*, 688 F. 3d 1164, 1171 (9th Cir. 2012).

¹¹⁵ Vgl. 17 U.S.C. § 107, letzter Satz: „The fact that a work is unpublished shall not itself bar a finding of fair use if such finding is made upon consideration of all the above factors“. Dazu *Geary*, 29 S. Ill. U. L. J. 2005, 151, 156.

IV. Selten gezeigtes Filmmaterial und begrenzt verfügbare Aufnahmen

Zugunsten des neuen Filmemachers berücksichtigt die Rechtsprechung zudem, ob der Zugang zum Material selbst bzw. zu ähnlichen Filmausschnitten erschwert ist. Bei historischem Material ist daher relevant, dass es nur begrenzt viele Aufnahmen von bestimmten Ereignissen gibt und diese Aufnahmen erforderlich sind, um bestimmte Geschichten aus verschiedenen Perspektiven zu erzählen. In *Monster Commc'ns, Inc. v. Turner Broad. Sys.*, einem Fall, in dem es um eine Mohammed Ali Biografie ging, hielt der District Court for the Southern District of New York beispielsweise fest:

[O]nly a finite number of photographers capture images of a given historical event. Hence, without denying for a moment the creativity inherent in the film clips of actual events relating to the Zaire fight, the degree of protection that properly may be afforded to them must take into account that too narrow a view of the fair use defense could materially undermine the ability of other Ali biographers to tell, in motion picture or perhaps still photographic form, an important part of his story.¹¹⁶

Zwei der *Hofheinz*-Entscheidungen¹¹⁷ etablierten ebenfalls, dass die Nutzung von Filmmaterial, welches nicht mehr auf normalen Wegen erstanden werden kann, zugunsten des neuen Filmemachers wiegt:

[...] [W]here the plaintiff's work was out of print, „a key“ though not necessarily determinative factor in fair use is whether or not the work is available to the potential user. If the work is out of circulation and unavailable for purchase through normal channels, the user may have more justification for reproducing it than in the ordinary case.¹¹⁸

Die Filmausschnitte aus den alten Filmen und Trailern waren in den *Hofheinz*-Fällen in einer Biografie über einen Schauspieler bzw. einen Dokumentarfilm über ein bestimmtes Filmgenre eingebettet worden. Da das Ausgangsmaterial teilweise aus den 1950er Jahren stammte und kaum noch gezeigt wurde, war es den Zuschauern kaum geläufig und erforderte eher eine Reproduktion:

Here, the film and the trailer are creative works and were released in the 1950s; however, they are entitled to lesser protection than other published, creative works because the film is no longer being shown in theaters and is not available for rental in video stores, and the trailer is not shown anywhere at all.¹¹⁹

¹¹⁶ *Monster Commc'ns, Inc. v. Turner Broad. Sys, Inc.*, 935 F. Supp. 490, 494 (S. D. N. Y. 1996).

¹¹⁷ *Hofheinz v. A & E Television Networks*, 146 F. Supp. 2d 442, 447 (S. D. N. Y. 2001); *Hofheinz v. Discovery Commc'ns, Inc.*, No. 00 CIV. 3802 (HB), 2001 WL 1111970, S. 5 (S. D. N. Y. Sept. 20, 2001).

¹¹⁸ *Hofheinz v. A & E Television Networks*, 146 F. Supp. 2d 442, 447 (S. D. N. Y. 2001).

¹¹⁹ *Hofheinz v. Discovery Commc'ns, Inc.*, No. 00 CIV. 3802 (HB), 2001 WL 1111970, S. 5 (S. D. N. Y. Sept. 20, 2001).

C. Umfang und Wesentlichkeit des genutzten Filmmaterials

I. Maßstab des dritten Faktors

Für den dritten Faktor der *Fair use*-Analyse sind Umfang und Wesentlichkeit des genutzten Materials zu untersuchen. Dabei wird das entlehnte Material in quantitativer¹²⁰ und qualitativer¹²¹ Hinsicht mit dem gesamten Ausgangswerk verglichen.¹²² Da ein Kläger bereits *substantial similarity* zwischen seinem Film und der Nutzung des Beklagten darlegen muss, bevor *fair use* überhaupt geprüft wird, berücksichtigt die Rechtsprechung im Rahmen des dritten Faktors über den Vergleich der beiden Filme hinaus noch, „whether the amount taken is reasonable in light of the purpose of the use and the likelihood of market substitution“.¹²³ Häufig kommt dem Zweck der Nutzung dabei größere Bedeutung zu als den Auswirkungen auf den Markt.¹²⁴ Der Zusammenhang mit der *transformative use doctrine* ist also sehr eng: Wenn es für den (transformativen) Zweck des neuen Films angemessen ist, Filmmaterial in einem bestimmten Umfang zu zeigen, steht der dritte Faktor grundsätzlich nicht entgegen.¹²⁵

II. „Heraufbeschwören“ des Ausgangsmaterials

Wie viel fremdes Filmmaterial angemessen ist, um den Zweck eines Remix-Films zu erreichen, lässt sich nur schwerlich verallgemeinern. Trotz der erforderlichen Einzelfallwertung gibt es bestimmte Aspekte, die die Rechtsprechung besonders beachtet.

¹²⁰ Wird nur ein sehr geringer Teil des Originalfilms – beispielsweise weniger als 1 % – verwendet, wiegt dieser Faktor regelmäßig für den *Found footage*-Filmemacher, vgl. *Video-Cinema Films, Inc. v. Cable News Network, Inc.*, No. 98 CIV. 7128IBSJ, 2001 WL 1518264, S. 7 (S. D. N. Y. Nov. 28, 2001). Allerdings gibt es keine absoluten zeitlichen Grenzen und allein der Umstand, dass wenig kopiert wurde, etabliert noch nicht *fair use*, vgl. *Ringgold v. Black Entm't Television, Inc.*, 126 F. 3d 70, 80 (2d Cir. 1997).

¹²¹ „Taking the heart of a work means taking the key informational or creative component that serves as a substitute for the original“, *Video-Cinema Films, Inc. v. Cable News Network, Inc.*, No. 98 CIV. 7128IBSJ, 2001 WL 1518264, S. 8 (S. D. N. Y. Nov. 28, 2001).

¹²² Gerichte erlauben in der Regel nicht, dass nur ein Teil des Ausgangswerks berücksichtigt wird, sodass sich der Anteil des Kopierten vergrößern würde, vgl. *Nimmer, Nimmer on Copyright* § 13.05. Siehe auch *Fuentes v. Mega Media Holdings, Inc.*, No. 09–22979-CIV, 2011 WL 2601356, S. 16 (S. D. Fla. June 9, 2011) report and recommendation adopted, No. 09–22979-CIV, 2011 WL 2609550 (S. D. Fla. June 30, 2011): „No reasonable juror could find Fuentes' selective registration of two hours of Angola [instead of the whole 12 hours] – with no explanation ten months after the alleged infringement – as anything but an attempt by Fuentes to catch the Defendants in a copyright bind“. Vgl. auch *Los Angeles News Serv. v. CBS Broad., Inc.*, 305 F. 3d 924, 940 f. (9th Cir.) opinion amended and superseded, 313 F. 3d 1093 (9th Cir. 2002).

¹²³ Vgl. *Nimmer, Nimmer on Copyright* § 13.05, zitiert Peter Letterese & Assocs. v. World Inst. of Scientology Enters., 533 F. 3d 1287, 1314 n. 30 (11th Cir. 2008).

¹²⁴ Vgl. *Netanel*, Lewis & Clark L. Rev. 2011, 715, 745.

¹²⁵ Vgl. *Los Angeles News Serv. v. CBS Broad., Inc.*, 305 F. 3d 924, 941 (9th Cir.) opinion amended and superseded, 313 F. 3d 1093 (9th Cir. 2002) sowie *Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods., Inc.*, 782 F. Supp. 2d 898, 908 (C. D. Cal. 2010) aff'd, 709 F. 3d 1273 (9th Cir. 2013). Vgl. auch *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 586 f. (1994): „[T]he extent of permissible copying varies with the purpose and character of the use“.

1. Werk-bezogene Kritik (Parodie)

Wird ein Film beispielsweise parodiert oder anderweitig kommentiert, erkennt die Rechtsprechung seit langem an, dass es mindestens¹²⁶ erforderlich ist, das kommentierte Werk dem Zuschauer ins Gedächtnis zu rufen. In *Columbia Pictures Corp. v. Nat'l Broad. Co.*,¹²⁷ einem Fall, in dem ein Film einen anderen karikierte, nutzte der District Court Southern District of California dafür erstmal das Bild des „conjuring up“ (heraufbeschwören): „In a burlesque, a part of the content is used to conjure up at least the general image of the original. This is a necessary element of burlesque“.¹²⁸

Ein Werk für den Zuschauer heraufzubeschwören, kann in verschiedenen Medien unterschiedlich leicht oder schwierig sein und entsprechend die Nutzung von weniger oder mehr Fremdmaterial erfordern. Während der 9th Circuit in *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*¹²⁹ beispielsweise festhielt, dass Comics besonders leicht zu imitieren und parodieren seien,¹³⁰ befand der District Court for the Central District of California in *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*¹³¹, dass für ein Filmwerk mehr Material erforderlich sein kann, um eine bestimmte Aussage zu treffen oder Kritik daran zu üben:

Akin to a song or speech, with parody of video there is a ‚special need for accuracy‘ that provides some license for a ‚closer‘ parody. [...] Just as a would-be parodist loses the likeness of a song if she substantially varies the music or meter of the original, a would-be parodist loses the likeness of a film if he substantially varies the script or setting of the original. It follows that video, like song and speech, should be afforded greater leeway in determining whether a defendant borrowed in excess.¹³²

In engem Zusammenhang mit der Frage, wie schwierig es ist, das Fremdmaterial „heraufzubeschwören“, steht die Frage, wie bekannt das Ausgangswerk ist. Bei unbekanntem Werken, wie beispielsweise bestimmten Werbevideos, ist es erforderlich, mehr zu entnehmen, da der Zuschauer die Kritik ansonsten nicht nachvollziehen kann. Bei bekannten Werken ist ein kurzer Ausschnitt oft genug, da der Zuschauer sich selbst an den Rest des Werkes zu erinnern vermag.¹³³

¹²⁶ „A parody is entitled at least to ‚conjure up‘ the original. Even more extensive use would still be fair use, provided the parody *builds upon the original*, using the original as a known element of modern culture and contributing something new for humorous effect or commentary“, *Tin Pan Apple, Inc. v. Miller Brewing Co.*, 737 F. Supp. 826, 830 (S. D. N. Y. 1990) zitiert original Quelle: *Elsmere Music, Inc. v. Nat'l Broad. Co.*, 623 F.2d 252, 253 (2d Cir. 1980) in Fn. 1 (Hervorhebung im Original).

¹²⁷ *Columbia Pictures Corp. v. Nat'l Broad. Co.*, 137 F. Supp. 348 (S. D. Cal. 1955).

¹²⁸ *Columbia Pictures Corp. v. Nat'l Broad. Co.*, 137 F. Supp. 348, 352 (S. D. Cal. 1955).

¹²⁹ *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d 751 (9th Cir. 1978).

¹³⁰ *Walt Disney Prods. v. Air Pirates*, 581 F.2d 751, 758 (9th Cir. 1978). Texte oder Lieder seien schwieriger zu parodieren.

¹³¹ *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*, 868 F. Supp. 2d 962 (C. D. Cal. 2012).

¹³² Vgl. *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*, 868 F. Supp. 2d 962, 981 (C. D. Cal. 2012): „Moreover, the Court also considers the difficulty of ‚conjuring up‘ the message of a little known video without resorting to use of that video“.

¹³³ Vgl. *Los Angeles News Serv. v. CBS Broad., Inc.*, 305 F.3d 924, 940–41 (9th Cir.) opinion amended and superseded, 313 F.3d 1093 (9th Cir. 2002).

2. „Erforderlichkeit“ im Übrigen, insbesondere bei Filmsatiren

Zurückgehend auf die U.S.S.C.-Entscheidung in *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.* wird im amerikanischen Urheberrecht zwischen Parodie und Satire unterschieden. Dies kann Auswirkungen darauf haben, wieviel Fremdmaterial genutzt werden darf, um das Ausgangsmaterial heraufzubeschwören:

Parody needs to mimic an original to make its point, and so has some claim to use the creation of its victim's (or collective victims') imagination, whereas satire can stand on its own two feet and so requires justification for the very act of borrowing.¹³⁴

Filmsatiren könnten sich dementsprechend stets dem Vorwurf ausgesetzt sehen, dass das genutzte Material nicht „erforderlich“ sei, da die Kritik ja nicht auf das Werk an sich, sondern ein übergreifendes Thema abziele. Würde diese Argumentation ins Extreme getrieben, stünde allerdings kein Fremdmaterial mehr für eine satirische Nutzung im Film zur Verfügung. Dies würde die künstlerische Auseinandersetzung mit bestimmten Themen stark einschränken.

Der District Court for the Southern District of New York in *Lennon v. Premise Media Corp.*¹³⁵ ging auf dieses Problem explizit ein und setzte – mit Bezug auf die Entscheidung in *Blanch v. Koons*¹³⁶ – einen weiten Maßstab daran an, wann der transformative Zweck eine Nutzung gerade des infrage stehenden Materials erlaubt:

Determining whether a use is transformative, however, *does not require courts to decide whether it was strictly necessary that it be used.* In *Blanch*, although certainly *Koons* did not need to use *Blanch*'s copyrighted photo, as opposed to some other image of a woman's feet, in his painting, the Second Circuit did not suggest that this lack of necessity weighed against a finding of fair use.¹³⁷

Eine strenge Erforderlichkeitsprüfung ist demnach auch bei Filmsatiren nicht erforderlich. Das Fremdmaterial darf vielmehr auch als Rohmaterial für einen – beispielsweise sozialkritischen – Kommentar genutzt werden.¹³⁸ Dabei ist es für den Remixer von Vorteil, wenn er darlegen kann, dass das genutzte Material durch seine kulturelle Bedeutung oder Exempelfunktion besonders geeignet ist, um damit eine bestimmte, übergreifende Aussage zu machen:

Moreover, defendants contend that it was important that they use ‚Imagine,‘ rather than some other song expressing similar views, because it is the „paradigm example“ that „has the most cultural force to it because it represents the most popular and persuasive embodiment of th[e] viewpoint that the world is better off without religion“.¹³⁹

¹³⁴ *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 580f. (1994).

¹³⁵ *Lennon v. Premise Media Corp.*, 556 F. Supp. 2d 310 (S. D. N. Y. 2008).

¹³⁶ *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244 (2d Cir. 2006).

¹³⁷ *Lennon v. Premise Media Corp.*, 556 F. Supp. 2d 310, 324 (S. D. N. Y. 2008) (eigene Hervorhebung).

¹³⁸ Vgl. dazu bzgl. der Nutzung einer Fotografie in einer Collage *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 253 (2d Cir. 2006).

¹³⁹ *Lennon v. Premise Media Corp.*, 556 F. Supp. 2d 310, 324 (S. D. N. Y. 2008).

III. Länge und Aussagekraft des entnommenen Filmmaterials

Die Länge und die Aussagekraft des entnommenen Ausschnitts stehen in Wechselwirkung zueinander. Beispielsweise ist es bei der Parodie bekannter Filme häufig erforderlich, das Herzstück des Films zu reproduzieren, um den gewünschten humoristisch-kritischen Effekt zu erzielen.¹⁴⁰ Häufig bedeutet dies aber auch, dass weniger Filmmaterial genutzt werden muss. Das gilt nicht nur für Parodien. In *Los Angeles News Serv. v. CBS Broad, Inc.*,¹⁴¹ einem Fall, in dem eine TV-Show bekanntes Videomaterial von den 1992 Los Angeles Riots verwendete, um die Verhandlung im Prozess eines der Beteiligten anzukündigen, hielt der 9th Circuit Court fest:

[...] [B]y choosing the most recognizable frames, [CourtTV] eliminated the need to take more; viewers who did not recognize the caption ‚California v. Williams‘ required only a short glimpse at the footage to be reminded of just who Williams was and why they might be interested in his trial.¹⁴²

IV. „Zentrale“ Nutzung des Materials im Remix?

Obwohl also Fälle existieren, in denen Remixer das „Herz“ des Ausgangsmaterials nutzen können, berücksichtigt die Rechtsprechung positiv, wenn das entlehnte Material nicht auch das Herzstück des neuen Films bildet. In *Monster Commc'ns, Inc. v. Turner Broad. Sys., Inc.*¹⁴³ hielt der District Court for the Southern District of New York in Bezug auf eine Muhammad Ali Biografie („Story“) fest:

[T]he allegedly infringing footage is by no means the focus of Story. Indeed, the two movies are quite different. Kings is devoted almost entirely to the Zaire fight. [...] It is a very different work.¹⁴⁴

Ähnlich argumentierte auch der District Court for the Central District of California in *Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods., Inc.*¹⁴⁵ in Bezug auf einen für das Musical *Jersey Boys* verwendeten Filmausschnitt aus der *Ed Sullivan Show*:

[T]he evidence before the Court does not support a determination that a reasonable jury could find that Defendant made that clip ‚the heart‘ of Jersey Boys; rather, the Clip is but a single historical reference point in the context of a far longer and more elaborate story arc. Accordingly, this factor weighs in favor of fair use.¹⁴⁶

¹⁴⁰ Vgl. *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*, 868 F. Supp. 2d 962, 980 (C. D. Cal. 2012) mit Verweis auf *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 558 f. (1994).

¹⁴¹ *Los Angeles News Serv. v. CBS Broad., Inc.*, 305 F. 3d 924, 940–41 (9th Cir.) opinion amended and superseded, 313 F. 3d 1093 (9th Cir. 2002).

¹⁴² *Los Angeles News Serv. v. CBS Broad., Inc.*, 305 F. 3d 924, 940–41 (9th Cir.) opinion amended and superseded, 313 F. 3d 1093 (9th Cir. 2002).

¹⁴³ *Monster Commc'ns, Inc. v. Turner Broad. Sys., Inc.*, 935 F. Supp. 490 (S. D. N. Y. 1996).

¹⁴⁴ *Monster Commc'ns, Inc. v. Turner Broad. Sys., Inc.*, 935 F. Supp. 490, 495 (S. D. N. Y. 1996).

¹⁴⁵ *Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods., Inc.*, 782 F. Supp. 2d 898 (C. D. Cal. 2010) aff'd, 709 F. 3d 1273 (9th Cir. 2013).

¹⁴⁶ *Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods., Inc.*, 782 F. Supp. 2d 898, 908 (C. D. Cal. 2010) aff'd, 709 F. 3d 1273 (9th Cir. 2013).

Die zitierten Entscheidungen demonstrieren, wie sehr die verschiedenen Faktoren miteinander verwoben sind. Die Frage, ob das entlehnte Material zentral im neuen Film verwendet wird, ist nämlich auch eine Frage des ersten Faktors, des Zwecks der Nutzung. In Fällen, in denen unterhaltsames Material erneut verwendet wird, kann die Frage nach der Zentralität der Nutzung dabei helfen, transformative Nutzungen von solchen Nutzungen zu unterscheiden, die primär den Unterhaltungswert des Ausgangsfilms ausbeuten wollen. Gleichzeitig spricht der Umstand, dass das entlehnte Material nur nebensächlich im neuen Film ist, im Rahmen des vierten Faktors auch gegen eine Beeinträchtigung des Marktes des Originals.¹⁴⁷

Auch in *Hofheinz v. A & E Television Networks*¹⁴⁸ berücksichtigte der District Court for the Southern District of New York bei der Prüfung des dritten Faktors Erwägungen, die in Zusammenhang mit dem ersten und vierten Faktor stehen:

The 20 seconds of ‚It Conquered The World‘ shown in the Graves’ biography are enough to give a viewer an idea of the absurdity of the pictures Graves was appearing in, three clips out of sequence, telling us nothing else.¹⁴⁹

Damit hebt die Entscheidung sowohl den transformativen Zweck des Einsatzes des Fremdmaterials hervor, als auch den Umstand, dass der neue Film den alten keineswegs funktional ersetzt.

V. Wiederholtes Zeigen eines Filmausschnitts

Es lässt sich keine allgemeine Regel identifizieren, die das mehrmalige Zeigen von Filmszenen in einem Remix-Film verbietet. Zwar heben einige Entscheidungen positiv hervor, dass das Material nicht mehrmals gezeigt wurde oder merken kritisch an, dass es mehrmals eingesetzt wurde.¹⁵⁰ Ein vom 2nd Circuit bestätigter Fall etabliert jedoch, dass auch mehrmaliges Zeigen – soweit eben vom transformativen Zweck des neuen Films gedeckt – zulässig sein kann.¹⁵¹ In *Kane v. Comedy Partners*¹⁵² beschäftigte sich der District Court for the Southern District of New York mit einem in der Nachrichtensatire *The Daily Show* mehrfach gezeigten und verspotteten Filmclip:

[D]efendants use of plaintiff’s clip amounted to two seconds of plaintiff’s twenty-nine minute show. This is only one-tenth of one percent of plaintiff’s television show. Plaintiff attempts to argue that the amount is great because the clip was used a great number of times in the introduction to the ‚Public Excess‘ segment and in the commercial for ‚The Daily Show.‘ This argu-

¹⁴⁷ Dazu näher sogleich unter D.

¹⁴⁸ *Hofheinz v. A & E Television Networks*, 146 F. Supp. 2d 442 (S. D. N. Y. 2001).

¹⁴⁹ *Hofheinz v. A & E Television Networks*, 146 F. Supp. 2d 442, 448 (S. D. N. Y. 2001).

¹⁵⁰ Vgl. die Ausführungen – wenn auch im Rahmen des vierten Faktors – in *SOFA Entm’t, Inc. v. Dodger Prods., Inc.*, 709 F.3d 1273, 1280 (9th Cir. 2013). Vgl. auch *Elvis Presley Enterprises, Inc. v. Passport Video*, 349 F.3d 622, 625 (9th Cir. 2003): „But also significant is the frequency with which the copyrighted video footage is used. *The Definitive Elvis* employs these clips, in many instances, repeatedly“.

¹⁵¹ *Kane v. Comedy Partners*, No. 00 CIV. 158(GBD), 2003 WL 22383387, S. 5 (S. D. N. Y. Oct. 16, 2003) aff’d, 98 F. App’x 73 (2d Cir. 2004).

¹⁵² *Kane v. Comedy Partners*, No. 00 CIV. 158(GBD), 2003 WL 22383387 (S. D. N. Y. Oct. 16, 2003) aff’d, 98 F. App’x 73 (2d Cir. 2004).

ment misunderstands the substantiality factor, which relates to the amount of the portion used in relation to the original, not the number of times it is shown.¹⁵³

Dass das Fremdmaterial dabei für mehr als logische Schlussfolgerungen genutzt werden darf, wurde bereits oben im Rahmen des ersten Faktors ausgeführt. Eine bestimmte Szene mehrmals in einen Remix-Film zu inkorporieren, kann also grundsätzlich auch dafür genutzt werden, einen humoristischen Effekt, Pathos, oder eine veränderte Ästhetik zu erzeugen. Problematisch kann mehrmaliges Zeigen jedoch dann werden, wenn der Filmemacher dadurch eher den Unterhaltungswert des Ausgangsmaterials auswertet als einen transformativen Zweck zu verfolgen.¹⁵⁴

D. Auswirkung der Nutzung auf den potentiellen Markt oder Wert des Ausgangswerks

I. Maßstab des vierten Faktors

Die Rechtsprechung betrachtet im Rahmen dieses Faktors, ob die neue Nutzung negative Auswirkungen auf den tatsächlichen oder potentiellen Markt des Original-Films hat oder haben würde, wenn die infrage stehende Nutzung weit verbreitet wäre.¹⁵⁵ Steht die Nutzung im Remix-Film also in Wettbewerb mit dem Ausgangsmaterial, weil sie den alten Film funktional ersetzt, spricht dies gegen *fair use*.¹⁵⁶ Dabei werden grundsätzlich auch der Markt für derivative Werke¹⁵⁷ sowie die Auswirkungen auf die Lizenzierung des Materials berücksichtigt:

It is indisputable that, as a general matter, a copyright holder is entitled to demand a royalty for licensing others to use its copyrighted work [...], and that the impact on potential licensing revenues is a proper subject for consideration in assessing the fourth factor.¹⁵⁸

Würden allerdings jegliche entgangenen Lizenzgebühren als beeinträchtigend gewertet, brächte dies die Gefahr eines Zirkelschlusses mit sich: Da jede Nutzung des Filmmaterials im Rahmen von *fair use* theoretisch auch hätte lizenziert werden können, würden entgangene Lizenzgebühren stets gegen *fair use* sprechen.

[S]ince every copyright infringer who seeks to avail herself of the fair use doctrine potentially could have sought a license from the owner of the infringed work, Plaintiff's argument, if taken

¹⁵³ Kane v. Comedy Partners, No. 00 CIV. 158(GBD), 2003 WL 22383387, S. 5 (S. D. N. Y. Oct. 16, 2003) aff'd, 98 F. App'x 73 (2d Cir. 2004).

¹⁵⁴ So in Elvis Presley Enterprises, Inc. v. Passport Video, 349 F.3d 622, 625 (9th Cir. 2003). Vgl. dazu Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods., Inc., 782 F. Supp. 2d 898, 907 (C. D. Cal. 2010) aff'd, 709 F.3d 1273 (9th Cir. 2013).

¹⁵⁵ Vgl. SOFA Entm't, Inc. v. Dodger Prods., Inc., 709 F.3d 1273, 1280 (9th Cir. 2013).

¹⁵⁶ Vgl. Hofheinz v. A & E Television Networks, 146 F. Supp. 2d 442, 449 (S. D. N. Y. 2001); Video-Cinema Films, Inc. v. Cable News Network, Inc., No. 98 CIV. 7128IBSJ, 2001 WL 1518264, S. 8 (S. D. N. Y. Nov. 28, 2001).

¹⁵⁷ Vgl. Video-Cinema Films, Inc. v. Cable News Network, Inc., No. 98 CIV. 7128IBSJ, 2001 WL 1518264, S. 8 (S. D. N. Y. Nov. 28, 2001).

¹⁵⁸ Am. Geophysical Union v. Texaco Inc., 60 F.3d 913, 929 (2d Cir. 1994); vgl. auch Sofa Entm't, Inc. v. Dodger Prods., Inc., 782 F. Supp. 2d 898, 908 (C. D. Cal. 2010) aff'd, 709 F.3d 1273 (9th Cir. 2013).

to its logical conclusion, would render this factor obsolete because it would favor the copyright owner in every case.¹⁵⁹

Die Rechtsprechung hat daher verschiedene normative Einschränkungen dieses Faktors vorgenommen.

II. Einschränkungen des vierten Faktors für kritische Remixe

Parodien und sonstige kritische Remix-Filme nehmen wichtige gesellschaftliche Funktionen wahr. Sie können sozialkritisch sein oder ein Werk als solches kritisieren. Dabei kann der Autor eines Werkes diskreditiert oder der Ruf eines Unternehmens beeinträchtigt werden. Möglicherweise hat dies Auswirkungen auf die Anzahl der Menschen, die willens sind, einen bestimmten Film gegen Entgelt anzusehen oder für derivative Werke zu lizenzieren. Allerdings berücksichtigt die Rechtsprechung diese Beeinträchtigungen für den Markt des Ausgangsfilms und möglicher derivativer Werke nicht.¹⁶⁰ Wie der 9th Circuit Court in *Fisher v. Dees*¹⁶¹ schon 1986 festhielt, spricht gegen *fair use*, wenn das neue Werk die Nachfrage nach dem Ausgangswerk bedient.¹⁶² Nicht gegen *fair use* spricht hingegen, wenn das neue Werk die Nachfrage für das Ausgangswerk lediglich verringert oder unterdrückt, weil es dieses kritisiert.¹⁶³ Letzteres kann der Rechteinhaber nicht über das Urheberrecht zu verhindern suchen. Auch für den Filmbereich hat die Rechtsprechung diese Argumentation übernommen.¹⁶⁴

So entschied der District Court for the Western District of Virginia in *Caner v. Autry*¹⁶⁵ beispielsweise, dass ein YouTube-Nutzer den Video-Mitschnitt eines Vortrags unverändert und im Ganzen für kritische Zwecke reproduzieren darf. Das gilt unter der Voraussetzung, dass die Marktbeeinträchtigung wahrscheinlicher von der Kritik herrührt, als davon, dass das Ausgangswerk funktional ersetzt würde. Das Gericht führte dazu aus:

Plaintiff speculated that posting the entire presentation from the Count One Video online could prevent groups from asking Plaintiff to speak at their gatherings, because they would already have his speech. [...] Defendant's biting criticism might suppress demand for Plaintiff's sermons and lectures, and it might well harm, or even destroy the market for Plaintiff and his testimony. [...] But Defendant's use has the potential to suppress demand through forceful criticism *rather than* the potential to usurp demand or profit by using Plaintiff's original work in a similar fashion.¹⁶⁶

¹⁵⁹ Video-Cinema Films, Inc. v. Cable News Network, Inc., 2011 WL 1518264, (S. D. N. Y. Nov. 28, 2001), S. 9.

¹⁶⁰ Vgl. Kane v. Comedy Partners, No. 00 CIV. 158(GBD), 2003 WL 22383387, S. 6 (S. D. N. Y. Oct. 16, 2003) aff'd, 98 F. App'x 73 (2d Cir. 2004).

¹⁶¹ Fisher v. Dees, 794 F. 2d 432 (9th Cir. 1986).

¹⁶² Fisher v. Dees, 794 F. 2d 432, 438 (9th Cir. 1986).

¹⁶³ Ibid.

¹⁶⁴ Vgl. z. B. Kane v. Comedy Partners, No. 00 CIV. 158(GBD), 2003 WL 22383387, S. 6 (S. D. N. Y. Oct. 16, 2003) aff'd, 98 F. App'x 73 (2d Cir. 2004); Caner v. Autry, 16 F. Supp. 3d 689, 714 (W. D. Va. 2014).

¹⁶⁵ Caner v. Autry, 16 F. Supp. 3d 689, 714 (W. D. Va. 2014).

¹⁶⁶ Caner v. Autry, 16 F. Supp. 3d 689, 714 (W. D. Va. 2014) (interne Quellenangaben ausgelassen).

III. Eingeschränkte Berücksichtigung von entgangenen Lizenzgebühren

I. Nur traditionelle, übliche Lizenzmärkte

Um dem oben erwähnten Zirkelschluss zu entgehen, fragt die Rechtsprechung zunächst danach, ob die neue Nutzung tatsächlich negative Auswirkungen auf den vom Rechteinhaber regulär und traditionell bedienten Markt hat. Der District Court for the Southern District of New York in *Video-Cinema Films, Inc. v. Cable News Network, Inc.* betonte beispielsweise, dass „[...] consideration of licensing revenues is not permitted absent evidence that a *regular traditional market* exists for the specific use at issue“.¹⁶⁷ Die meisten Entscheidungen berücksichtigen dazu jedoch auch einen potentiellen Lizenzmarkt, sofern dieser naheliegend scheint („traditional, reasonable, or likely to be developed market for licensing“).¹⁶⁸ Maßgeblich ist also, ob die Nutzung des Filmmaterials in der im Remix-Film infrage stehenden Form typischerweise lizenziert wird oder werden könnte. Der Rechteinhaber ist nicht verpflichtet darzulegen, dass die Nutzung im Remix-Film die Lizenzierungsanfragen tatsächlich gemindert hat.¹⁶⁹

Teilweise bedient eine Nutzung von Fremdmaterial jedoch ersichtlich einen ganz anderen Markt als das Ausgangsmaterial. Beispielsweise sah der 9th Circuit Court in *Los Angeles News Serv. v. CBS Broad., Inc.*¹⁷⁰ keine relevante Marktbeeinträchtigung in der Nutzung eines drei-sekündigen Videoausschnitts („Beating of Reginald Denny“ im Rahmen der Unruhen in LA, 1992) in einer neuen Sendung („Court TV“), die den Gerichtsprozess der im Video abgebildeten Person zeigte:

Court TV operated in a *significantly different market* than did LANS. As we have noted, Court TV was not competing with LANS to show riot coverage, or even breaking news of the same general type; the courtroom setting is, after all, singularly unsuited to helicopter coverage.¹⁷¹

Darüber hinaus spielen auch der Umfang des entnommenen Filmmaterials eine Rolle. So sei der traditionelle Lizenzmarkt, den ein Nachrichtensender bedient, nicht dadurch gefährdet, dass eine nur drei-sekündige Sequenz eines Videos in ein neues Filmwerk inkorporiert werde.

Je unwahrscheinlich es ist, dass der Rechteinhaber selbst einen bestimmten Markt bedienen würde, desto eher fällt der vierte Faktor für den Remixer ins Gewicht. Dies gilt beispielsweise für bestimmte Marktnischen¹⁷² oder für neue Filme, die das Ausgangsmaterial parodieren oder kritisieren.¹⁷³

¹⁶⁷ *Video-Cinema Films, Inc. v. Cable News Network, Inc.*, 2011 WL 1518264, S. 9 (S. D. N. Y. Nov. 28, 2001) (eigene Hervorhebung).

¹⁶⁸ *Ringgold v. Black Entm't Television, Inc.*, 126 F. 3d 70, 81 (2d Cir. 1997); vgl. auch *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F. 3d 605, 614 (2d Cir. 2006).

¹⁶⁹ Vgl. *Ringgold v. Black Entm't Television, Inc.*, 126 F. 3d 70, 81 (2d Cir. 1997).

¹⁷⁰ *Los Angeles News Serv. v. CBS Broad., Inc.*, 305 F. 3d 924 (9th Cir.) opinion amended and superseded, 313 F. 3d 1093 (9th Cir. 2002).

¹⁷¹ *Los Angeles News Serv. v. CBS Broad., Inc.*, 305 F. 3d 924, 942 (9th Cir.) opinion amended and superseded, 313 F. 3d 1093 (9th Cir. 2002) (eigene Hervorhebung).

¹⁷² Vgl. *Twin Peaks Prods., Inc. v. Publications Int'l, Ltd.*, 996 F. 2d 1366, 1377 (2d Cir. 1993): „In the cases where we have found the fourth factor to favor a defendant, the defendant's work filled a market niche that the plaintiff simply had no interest in occupying“.

¹⁷³ „Yet the unlikelihood that creators of imaginative works will license critical reviews or lam-

2. Marktbeeinträchtigung durch transformative Remixe?

Die Frage, wie wahrscheinlich es ist, dass ein Rechteinhaber einen potentiellen Markt bedient, steht in engem Zusammenhang mit Transformativität. Dies zeigen schon die Fälle Kritik und Parodie, die als äußerst transformativ eingestuft werden und bei denen zugleich ein potentieller Lizenzmarkt unwahrscheinlich ist. Der District Court Southern District of California in *Nat'l Ctr. for Jewish Film v. Riverside Films LLC*¹⁷⁴ hielt in Bezug auf einen Dokumentarfilm über einen jüdischen Autor zudem fest:

When commercial use amounts to mere duplication of a work's entirety, it supersedes the original and serves as a market replacement for it, making it likely that cognizable market harm to the original will occur. [...] But when the second use is transformative, this market harm is less certain.¹⁷⁵

Darüber hinaus vertreten Teile der Rechtsprechung – insbesondere der 2nd Circuit Court –, dass es Rechteinhabern *grundsätzlich* nicht zustehe, den Markt für transformative Nutzungen ihrer (Film)werke zu kontrollieren.¹⁷⁶ Dies gelte selbst dann, wenn der Rechteinhaber bereits ähnliche Nutzungen erfolgreich lizenziert habe und willens gewesen wäre, auch das Material für die infrage stehende Nutzung zu lizenzieren.¹⁷⁷ Einschränkend ist jedoch zu berücksichtigen, dass die Nutzung dafür durchgehend transformativ sein muss und nicht durch eine übermäßige Übernahme wieder als Substitut des Ausgangswerk dienen darf.¹⁷⁸ In gewisser Weise nimmt die Frage der Transformativität der Nutzung damit bereits die Wertung des vierten Faktors vorweg. Zwischen 2006 und 2010 fand die Rechtsprechung entsprechend in nur 1,3 % der Fälle, in denen die Nutzung als uneingeschränkt transformativ bewertet worden war, dass dennoch eine Beeinträchtigung des Marktes vorlag.¹⁷⁹ Der District Court for the Southern District of California betonte mit Blick auf ein (litera-

poons of their own productions removes such uses from the very notion of a potential licensing market“, *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 592 (1994). Vgl. auch *Am. Geophysical Union v. Texaco Inc.*, 60 F.3d 913, 930 (2d Cir. 1994); *Samuelson*, 77 *Fordham L. Rev.* 2009, 2537, 2549.

¹⁷⁴ *Nat'l Ctr. for Jewish Film v. Riverside Films LLC*, No. 5:12-CV-00044-ODW, 2012 WL 4052111 (C. D. Cal. Sept. 14, 2012).

¹⁷⁵ Vgl. *Nat'l Ctr. for Jewish Film v. Riverside Films LLC*, No. 5:12-CV-00044-ODW, 2012 WL 4052111 S. 5 (C. D. Cal. Sept. 14, 2012) (interne Quellenangaben ausgelassen) (eigene Hervorhebung). Vgl. auch *Estate of Smith v. Cash Money Records, Inc.*, No. 14CV2703, 2017 WL 2333770, S. 10 (S. D. N. Y. May 30, 2017).

¹⁷⁶ Vgl. dazu *Jaszi*, *Utah L. Rev.* 2007, 715, 720. *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d 87, 99 (2d Cir. 2014): „[...] any economic ‚harm‘ caused by transformative uses does not count because such uses, by definition, do not serve as substitutes for the original work“. Siehe auch *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605, 614–15 (2d Cir. 2006); *Video-Cinema Films, Inc. v. Cable News Network, Inc.*, No. 98 CIV. 7128IBSJ, 2001 WL 1518264, S. 8 (S. D. N. Y. Nov. 28, 2001); *N. Jersey Media Grp. Inc. v. Pirro*, 74 F. Supp. 3d 605, 622 (S. D. N. Y. 2015) (lehnt *fair use* eines Fotos jedoch letztlich ab).

¹⁷⁷ Vgl. *Netanel*, 15 *Lewis & Clark Law Review* 2011, 715, 768; *Bill Graham Archives v. Dorling Kindersley Ltd.*, 448 F.3d 605, 614 f. (2d Cir. 2006). Dazu kritisch *Pitino*, 56 *Advocate* 2013, 26, 29 ff.

¹⁷⁸ Vgl. *Authors Guild v. Google, Inc.*, 804 F.3d 202, 223 (2d Cir. 2015) (zur Übernahme von Snippets im Rahmen der Google Buchsuche).

¹⁷⁹ *Netanel*, 60 *UCLA L. Rev.* 2013, 1082, 1112.

risches) Mashup eines *Dr. Seuss* Buches mit Elementen und Figuren aus *Star Trek* darüber hinaus, dass Mashups häufig Kenntnis des Ausgangsmaterials voraussetzen, um ihre Wirkung zu entfalten, was grundsätzlich gegen eine Marktbeeinträchtigung spreche.¹⁸⁰ Dennoch entschied das Gericht nicht mittels *summary judgement* für *fair use*, da die Beklagten zunächst noch beweisen müssten, dass auch der Lizenzmarkt des Rechteinhabers für derivative Nutzungen durch ihr Comic nicht über Gebühr beeinträchtigt worden sei.¹⁸¹

Die Vorgehensweise des 2nd Circuit Courts ist auch nicht ohne Kritik geblieben. Teile der Literatur sind der Auffassung, dass die Auslegung zu sehr den nachschaffenden Künstler privilegiere, da es einfach sei, im Nachhinein zu argumentieren, dass das Material im neuen Werk einen anderen Zweck verfolge.¹⁸² Zudem – dies hob der 7th Circuit Court in einer Entscheidung hervor¹⁸³ – habe der Fokus auf Transformativität möglicherweise zur Folge, dass die gesetzlichen Faktoren faktisch leer liefen.¹⁸⁴ Der 7th Circuit Court will danach unterscheiden, ob ein Werk ein anderes komplementiert (dann erlaubt) oder ersetzt (dann verboten).¹⁸⁵

Dass Transformativität eine Beeinträchtigung der relevanten Märkte des Ausgangsfilms normativ stets verhindert, lässt sich nicht allgemeingültig festhalten. Derzeit ist die amerikanische Rechtsprechung in Bezug auf diese Frage gespalten. Häufig werden die Kriterien der beiden Circuits („komplementär–ersetzen“ bzw. „transformativ–nicht transformativ“) jedoch zum gleichen Ergebnis kommen, da transformative Nutzungen häufig auch eher komplementäre Nutzungen sind.¹⁸⁶

IV. Berücksichtigung positiver Auswirkung auf den Markt des Ausgangsfilms

Da das Gesetz nur allgemein vom „effect“ auf den Markt des Ausgangsmaterials spricht, lässt dies grundsätzlich auch zu, positive Auswirkungen zugunsten des Remix-Filmemachers zu berücksichtigen.¹⁸⁷ Zwar gehen bei weitem nicht alle Entscheidungen auf solche positiven Markteffekte ein.¹⁸⁸ Allerdings gibt es gerade im Filmbereich eine Reihe von Entscheidungen, die diesen Aspekt berücksichtigen.

¹⁸⁰ *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. ComicMix LLC*, No. 16CV2779-JLS (BGS), 2017 WL 2505007, S. 6 (S. D. Cal. June 9, 2017).

¹⁸¹ *Dr. Seuss Enterprises, L.P. v. ComicMix LLC*, No. 16CV2779-JLS (BGS), 2017 WL 2505007, S. 6 f. (S. D. Cal. June 9, 2017).

¹⁸² *Norris*, 25 DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L. 429, 443.

¹⁸³ *Kienitz v. Sconnie Nation LLC*, 766 F.3d 756, 758 (7th Cir. 2014) cert. denied, 135 S. Ct. 1555, 191 L. Ed. 2d 638 (2015).

¹⁸⁴ *Norris*, 25 DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L. 429, 443.

¹⁸⁵ *Kienitz v. Sconnie Nation LLC*, 766 F.3d 756, 758 (7th Cir. 2014) cert. denied, 135 S. Ct. 1555, 191 L. Ed. 2d 638 (2015). Gleichzeitig stellt das Gericht jedoch fest, dass Auswirkungen der neuen Nutzungen auf „long-range commercial opportunities“ für das Ausgangsmaterial und seinen Künstler (beispielsweise Imageverlust) grundsätzlich berücksichtigt werden können, *Kienitz v. Sconnie Nation LLC*, 766 F.3d 756, 759–60 (7th Cir. 2014) cert. denied, 135 S. Ct. 1555, 191 L. Ed. 2d 638 (2015). Dieser Maßstab erscheint jedoch problematisch, da selbst bewusst imagezerstörende Nutzungen (z. B. harsche Kritik) traditionell nicht als durch das Urheberrecht abwendbare Beeinträchtigung gewertet werden, vgl. oben § 2 D. II.

¹⁸⁶ Remixe erfordern beispielsweise häufig Kenntnis des Ausgangsmaterials.

¹⁸⁷ Vgl. dazu allgemein *Fromer*, 90 Wash. L. Rev. 2015, 615, 631.

¹⁸⁸ *Fromer*, 90 Wash. L. Rev. 2015, 615, 636.

So befand der District Court for the Southern District of New York in *Hofheinz v. A & E Television Networks*¹⁸⁹ beispielsweise, dass die Verwendung von alten, kaum noch ausgestrahlten bzw. aufgeführten Filmausschnitten in einem Dokumentarfilm wahrscheinlich das Interesse an den genutzten Filmausschnitten wiederbelebe.¹⁹⁰ Ganz ähnlich urteilte selbiger District Court in *Hofheinz v. Discovery Commc'ns, Inc.* bezüglich der Verwendung von Ausschnitten aus einem eher unbekanntem Alien-Film („Saucermen“) in einem Dokumentarfilm („Aliens“):

Indeed, the only effect that ‚Aliens‘ likely had upon the market for ‚Saucermen‘ was to increase interest in this little known, but we are told, quite important film.¹⁹¹

Remix-Filme können also einerseits das Interesse für älteres, selten ausgestrahltes oder unbekanntes Material (wieder) erwecken.¹⁹² Dies ist insbesondere für Video-essays relevant. Daneben können sie aber auch für aktuelle Filme oder Musik als kostenlose Werbung dienen – dies gilt insbesondere für Remixe, die Fans erstellen und online verbreiten.¹⁹³ Zwar gibt es bislang – soweit ersichtlich – keine Gerichtsurteile, die dies für Fan-Videos ausdrücklich bestätigen. Jedoch lässt sich durchaus argumentieren, dass diese Remixe dazu beitragen, eine aktive Fan-Gemeinschaft aufzubauen und sie womöglich sogar die Absatzzahlen für Merchandising ankurbeln.¹⁹⁴

E. Zwischenergebnis und Vergleich mit der Rechtslage in Deutschland

Trotz der unterschiedlichen Rechtstraditionen in den USA und Deutschland sowie den unterschiedlichen Begründungsansätzen für gesetzlich erlaubte Nutzungen, lassen sich zunehmend Gemeinsamkeiten festmachen. Für das Zitatrecht und die freie Benutzung hat sich als entscheidende Frage herauskristallisiert, ob ein Remixer sich künstlerisch mit dem genutzten Material auseinandersetzt. Grundrechten kommt in

¹⁸⁹ *Hofheinz v. A & E Television Networks*, 146 F. Supp. 2d 442 (S. D. N. Y. 2001).

¹⁹⁰ *Hofheinz v. A & E Television Networks*, 146 F. Supp. 2d 442, 448–49 (S. D. N. Y. 2001). Dass gerade wenig genutztes, älteres Filmmaterial nach Ansicht der Gerichte von einer Wiederverwendung in einem neuen Film profitieren kann, zeigt auch die Entscheidung in *Nat'l Ctr. for Jewish Film v. Riverside Films LLC*. Dort hielt das Gericht mit Blick auf die Wiederverwendung von vier Ausschnitten aus alten, fiktionalen Filmen in einem dokumentarischen Film fest: „It is difficult to imagine that Sholem Aleichem competes with Plaintiff's four films in the same market space. The Court agrees with Defendants that the opposite is likely true, that Sholem Aleichem caused a new-found interest in Plaintiff's copyrighted films“, *Nat'l Ctr. for Jewish Film v. Riverside Films LLC*, No. 5:12-CV-00044-ODW, 2012 WL 4052111 (C. D. Cal. Sept. 14, 2012).

¹⁹¹ *Hofheinz v. Discovery Commc'ns, Inc.*, No. 00 CIV.3802 (HB), 2001 WL 1111970, S. 6 (S. D. N. Y. Sept. 20, 2001).

¹⁹² Gerichte beziehen sich dabei allerdings scheinbar nicht auf empirische Daten, sondern eher auf eigene Erfahrungssätze.

¹⁹³ Dazu *Tushnet*, 31 Colum. J. L. & Arts 2008, 497, 503. Vgl. auch die positiven Auswirkungen des Harlem Shake-Mems für das Lied *Harlem Shake*, durch die Urheber und Musiklabel finanziell enorm profitierten, *Soha/McDowell*, 2 Social Media + Society 2016, 1, 9.

¹⁹⁴ Vgl. *Fromer*, 90 Wash. L. Rev. 2015, 615, 634 mit Verweis auf die unzähligen Fan-Remixe des Disney-Hits „Frozen“, welche Disney – womöglich mit Blick auf weitergehende ökonomische Vorteile – toleriert hat. Zum Ganzen vgl. *Lantagne*, 21 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 2015, 263, 264, die betont, dass „fanworks often operate as market facilitators, not market rivals“.

U.S. *Copyright*-Fällen – abgesehen von Fällen der Parodie¹⁹⁵ – zwar weniger explizit Bedeutung zu. Dennoch berücksichtigt die U.S.-amerikanische Rechtsprechung die künstlerischen Intentionen der kreativen Nutzer. So sprechen etwa „creative or communicative objectives“¹⁹⁶ für eine transformative Nutzung und damit für *fair use*.

In beiden Rechtsordnungen können zudem traditionell insbesondere kritische Beiträge über gesetzlich erlaubte Nutzungen privilegiert werden. Jeweils wurden die gesetzlich erlaubten Nutzungen erweitert ausgelegt – in Deutschland über die zunehmende Berücksichtigung der Kunstfreiheit, in den USA über eine tendenzielle Ausweitung der *Transformative-use*-Doktrin. So ist weder in Deutschland noch in den USA unbedingt erforderlich, dass ein Remix eine Aussage über das genutzte Material selbst trifft. Allerdings wird es in beiden Rechtsordnungen umso positiver bewertet, je mehr sich ein Remixer mit dem Material selbst auseinandersetzt (in Deutschland etwa im Rahmen der Interessenabwägung der freien Benutzung, in den USA etwa im Rahmen des dritten *Fair-use*-Faktors). Jeweils ist die Grenze der zulässigen Nutzung zudem dort überschritten, wo ein Remix primär den Unterhaltungswert des Ausgangsmaterials ausnutzt und sich so eigene Arbeit erspart. Eine weitere Annäherung besteht in der offenen Abwägung des BVerfG (insbesondere mit Blick auf § 24 UrhG) und den nunmehr verfassungsrechtlich zu berücksichtigenden Kriterien: „der künstlerische und zeitliche Abstand zum Ursprungswerk, die Signifikanz der entlehnten Sequenz, die wirtschaftliche Bedeutung des Schadens für den Urheber des Ausgangswerkes sowie dessen Bekanntheit“.¹⁹⁷ Diese ähneln der faktorenbasierten Abwägung im Rahmen von *fair use*.¹⁹⁸

Ein Unterschied zwischen *fair use* und den deutschen gesetzlich erlaubten Nutzungen besteht in der Berücksichtigung von Zweitverwertungsmärkten. In den USA kommen neben dem unmittelbaren Substitutionswettbewerb auch dem Zweitverwertungsmarkt bzw. entgangenen Lizenzgebühren grundsätzlich mehr Bedeutung zu (dazu noch ausführlich in § 5).¹⁹⁹ Allerdings schränkt die *Transformative-Use*-Doktrin die Berücksichtigung des Markts für Zweitverwertungen wieder erheblich ein. Darüber hinaus werden dort sogar potentiell positive Auswirkungen auf den Markt des Ausgangsmaterials berücksichtigt. Nach U.S.-amerikanischem Recht sind daher anders als in Deutschland nicht-kommerzielle, amateurhafte Remixe auch ohne künstlerische Aussage häufig erlaubnisfrei möglich. Im Fall des Zitatrechts sind im deutschen Urheberrecht außerdem einschränkend die Anforderungen der §§ 62, 63 UrhG zu beachten. *Fair use* beinhaltet dagegen weder ein Änderungsverbot noch die Pflicht zur Quellenangabe. Dadurch ist in den USA eine Privilegierung für alltägliche Remix-Kreativität, die teilweise auf Quellenangaben verzichtet, auch bei unbekanntem Material einfacher möglich.

¹⁹⁵ Vergleiche etwa *SunTrust Bank v Houghton Mifflin Co.*, 268 F.3d 1257 (11th Cir. 2001).

¹⁹⁶ Zitat aus *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 253 (2d Cir. 2006).

¹⁹⁷ BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 102 – *Metall auf Metall*.

¹⁹⁸ So auch *Peifer*, ZUM 2016, 805, 810; *Podszun*, ZUM 2016, 606, 607.

¹⁹⁹ Vgl. etwa *Dr. Seuss Enterprises, L. P. v. ComicMix LLC*, No. 16-CV-2779-JLS (BGS), 2017 WL 6059130, S. 5 (S. D. Cal. Dec. 7, 2017). Zur eingeschränkten Berücksichtigung von Zweitmärkten bei Leistungsschutzrechten durch das BVerfG, siehe *Leistner*, GRUR 2016, 772, 774.

Sowohl für „Transformativität“ als auch für „Kunst“²⁰⁰ stellt sich die schwierige Aufgabe der Definition. Eine genauere Untersuchung der kunstspezifischen Auslegung hat ergeben, dass diese auch für „engagierte“ Kunst und von Amateuren gestaltete Remixe grundsätzlich eröffnet ist. Die nach Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts erforderliche Berücksichtigung genrespezifischer Besonderheiten spricht zudem dafür, dass auch den beim Remix stets ausschließlich aus Fremdmaterial generierten Aussagen künstlerischer Freiraum zukommen muss. Herausgearbeitet wurde, dass neben Parodien etwa solche Remixe, die eine klare, künstlerisch ausgedrückte These oder Konzeptidee verfolgen – auch wenn es sich dabei um eine primär künstlerisch-interpretatorische Leistung handelt – erlaubnisfrei zulässig sind. Zuzugestehen ist allerdings, dass sich dieses Ergebnis im Wortlaut der relevanten Normen (insbesondere des Zitatrechts) nur sehr begrenzt widerspiegelt.

Zwar darf nicht verkannt werden, dass die genaue Auslegung der *Transformative-Use*-Doktrin in den USA stark umstritten und keineswegs abschließend geklärt ist. Allerdings lässt sich der Begriff „Transformativität“ dennoch leichter fassen als „Kunst“. So hat die Untersuchung etwa ergeben, dass Transformativität primär vorliegt, wenn mit dem Fremdmaterial im neuen Beitrag ein neuer Zweck verfolgt wird. Dafür sollte untersucht werden, ob das Material eingesetzt wird, um eine neue Funktion mit Blick auf ein bestimmtes Thema wahrzunehmen. Zudem ist zumindest unterstützend auch ein veränderter Ausdruck des neuen Werkes als transformativ zu berücksichtigen. Auf diese Weise ist *fair use* flexibel genug, um auch eine mögliche künstlerische Auseinandersetzung im Rahmen der Abwägung zugunsten des Remixers zu berücksichtigen, ohne dass eine solche künstlerische Aussage nach U.S.-Recht zwingend erforderlich wäre. Der Begriff Transformativität ist weiter und erfasst in größerem Umfang alltägliche Zusammenschnitte. Ein Beispiel wäre ein einfaches Fan-Video ohne irgendwie geartete humoristische, kritische oder künstlerische Aussage. Wird das Material hierfür dennoch zu einem neuen Zweck eingesetzt und kommt dem Remix gar eine Werbefunktion für das Ausgangsmaterial zu, spricht dies für eine Privilegierung über *fair use*.

Da die erweiterte Auslegung des deutschen Rechts von der grundrechtskonformen Auslegung abhängig ist, lässt sich auf die Frage danach, was eine künstlerische Aussage ausmacht, nicht verzichten. Somit kann auf die Erfahrungen der U.S.-amerikanischen Rechtsprechung am ehesten mit Blick auf die Interpretationsschwierigkeiten von Remixen, die auch im deutschen Recht bewältigt werden müssen, zurückgegriffen werden. Hier lässt sich in den USA die Tendenz erkennen, neben der Aussage des neuen Beitrags auch dessen veränderten Ausdruck und zu einem gewissen Grad das künstlerische Selbstverständnis zu berücksichtigen. Im Übrigen wäre eine Orientierung an Transformativität sinnvoll, wenn es auf EU-Ebene zur Schaffung einer neuen Schranke für Alltagskreativität kommen sollte.²⁰¹ Die soeben erwähnten Kon-

²⁰⁰ Vgl. auch Peifer, ZUM 2016, 805, 810: „Juristen stellt sich gleichwohl damit eine schwierige Aufgabe: Sie müssen abgrenzen, was eine künstlerische Leistung ist und was nicht darunter fällt, was der Meinungsbildung, Rundfunk- und Pressefreiheit dient und was nicht. Darüber hinaus muss geprüft werden, inwieweit der Zugriff auf eine Vorlage für diese Zwecke erforderlich ist. Die Grenzen dafür sind gesunken, es gibt sie aber noch“.

²⁰¹ Siehe dazu etwa den Vorschlag von Kreuzer, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 73 f.

kretisierungen von Transformativität könnten dabei mitdefiniert werden, um Rechtssicherheit zu gewinnen. Zusätzlich wären selbstverständlich weitere Kriterien hinzuzuziehen, die sich an den übrigen *Fair use*-Faktoren, am Drei-Stufen-Test oder an den vom BVerfG identifizierten Aspekten orientieren könnten.

Resümierend lässt sich allerdings festhalten, dass viele der hier untersuchten Remix-Formen bereits nach geltendem deutschem Recht die Voraussetzungen der jeweiligen gesetzlich erlaubten Nutzungen erfüllen.

Zweiter Teil

Auswirkungen der Zugänglichmachung über Hosting-Plattformen

Hosting-Plattformen sind der wohl primäre Verbreitungsweg für Remix-Videos. Auf einer solchen Plattform treffen Rechte und Interessen von Nutzern, Rechteinhabern und Plattformbetreibern aufeinander. Vertragliche Beziehungen, die Internationalität der Parteien, Haftungsfragen sowie Möglichkeiten und Grenzen automatisierter Filterung machen die Rechtslage komplexer, als ein Blick allein auf die urheberrechtlichen Schranken vermuten lässt.

In Teil 2 soll daher untersucht werden, inwieweit die Zugänglichmachung über Hosting-Plattformen die in Teil 1 untersuchten urheberrechtlichen Schranken und Beschränkungen für kreative Nutzungen beeinflusst. Klärungsbedürftig ist insoweit, ob nationale Schranken ihre Bedeutung auf internationalen Plattformen teilweise einbüßen. Ferner ist fraglich, welchen Einfluss Monetarisierungsmodelle und Take-Down-Praktiken haben. Insbesondere stellt sich zudem die übergreifende Frage, ob der Grundrechtsrelevanz der in Teil I untersuchten gesetzlich erlaubten Nutzungen auch bei Uploads auf Plattformen hinreichend Rechnung getragen werden kann.

Entsprechend interessieren nachfolgend drei Bereiche: die Bedeutung nationaler Schranken auf Hosting-Plattformen und Regelungen des internationalen Privatrechts (§ 3); Rechtfertigung und Auslegung von Schranken, wenn Plattformen die Rechtklärung vereinfachen und damit Transaktionskosten senken (§ 4); sowie zuletzt die automatisierte Inhalte-Filterung mit Blick auf haftungsrechtliche Vorgaben und die ‚Sicherung‘ von (grundrechtsrelevanten) Schranken (§ 5).

§ 3 Auswirkung grenzüberschreitender Verbreitung auf das anwendbare Recht

Typischerweise sind Remixe, die auf Hosting-Plattformen hochgeladen werden, in den meisten Ländern der Welt abrufbar. In einem einzigen Remix kann Fremdmaterial mehrerer Rechteinhaber aus unterschiedlichen Ländern verwendet werden. Der Sitz der meisten Plattformen liegt in den USA.¹ Für Remixer stellt sich damit die Frage, nach welchem nationalen Recht sie sich richten sollten. Es liegt auf der Hand, dass ein Remix in einigen Rechtsordnungen zulässig sein und in anderen eine Urheberrechtsverletzung darstellen kann. Das hat – mit Blick auf Remixe, die nicht künstlerisch gestaltet sind – bereits der Vergleich zwischen deutschem und amerikanischem Recht verdeutlicht.²

Dieses Kapitel soll klären, was die Verbreitung von Remixen über Plattformen für die Anwendbarkeit nationaler Schranken und Beschränkungen bedeutet. Dafür ist klärungsbedürftig, wie das anwendbare Recht aus europäischer und U.S.-amerikanischer Perspektive bestimmt wird (A.). Insbesondere interessieren die Probleme der Anknüpfung bei vermeintlichen Urheberrechtsverletzungen in sogenannten ubiquitären Medien, d. h. insbesondere in Internet-Sachverhalten. Dabei wird auch auf Vorschläge einzugehen sein, die die Frage des anwendbaren Rechts vereinfachen sollen (B.). Zuletzt wird herausgearbeitet, welche Herausforderungen sich aus der aktuellen Rechtslage für Remixer ergeben können (C.)

A. Anwendbares Recht

Als Teil des nationalen Rechts ist internationales Privatrecht (IPR) von Staat zu Staat unterschiedlich.³ Auf europäischer Ebene wurden die Regeln des IPR teilweise harmonisiert. Die Rom-II-VO bestimmt, welches Recht auf außervertragliche Schuldverhältnisse anwendbar ist. Die Verordnung enthält in Art. 8 eine Vorschrift für Verletzungen von Immaterialgüterrechten.⁴ Entsprechend wird nachfolgend zuerst die europäische Regelung zur Identifikation des anwendbaren Rechts sowie die Rechtsprechung in Deutschland untersucht (I.). Im Anschluss ist die Frage des anwendbaren Rechts aus U.S.-amerikanischer Perspektive zu analysieren (II.)

¹ Zur Dominanz US-basierter Unternehmen, *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 22.

² Siehe dazu § 2 E.

³ *Schack*, MMR 2000, 59.

⁴ Zum Anwendungsbereich der Rom II-VO *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1018.

I. Schutzlandprinzip der Rom II-VO

Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO sieht vor, dass auf „außervertragliche Schuldverhältnisse aus einer Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums“ das Recht desjenigen Staates anzuwenden ist, „für den der Schutz beansprucht wird“.⁵ Das bedeutet, dass sich das anwendbare Recht für vermeintliche Urheberrechtsverletzungen nach dem Schutzlandprinzip richtet (*lex loci protectionis*).⁶ Da das ermittelte anwendbare Recht insbesondere für „den Grund und den Umfang der Haftung“ gilt (Art. 15 Rom II-VO), greift das Schutzlandprinzip auch für die infrage kommenden urheberrechtlichen Schranken und Beschränkungen.⁷ Es kommt dabei zentral auf das Vorbringen des Klägers an.⁸ Das zuständige Gericht hat all jene Rechtsordnungen auf eine mögliche Urheberrechtsverletzung hin zu untersuchen, für die der Kläger Schutz geltend macht.⁹ Daraus folgt, dass das angerufene Gericht unter Umständen ausländisches Recht prüfen muss.¹⁰ Die Kollisionsnorm in Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO ist allseitig, d. h. dass das Recht des Schutzlandes auch dann anwendbar ist, wenn es das Recht eines Drittstaates ist.¹¹

1. Ubiquitäre Medien

Lädt ein Nutzer ein Video auf eine Hosting-Plattform, ist dieser Inhalt grundsätzlich weltweit abrufbar.¹² Das Schutzlandprinzip ist auch auf potentielle Verletzungshandlungen in ubiquitären Medien anwendbar.¹³ Es liegt allerdings nahe, dass ein Rechteinhaber nur für die Rechtsordnungen Schutz beansprucht, nach deren Recht eine Urheberrechtsverletzung vorliegen könnte.¹⁴ Da das Urheberrecht ohne forma-

⁵ Es handelt sich um eine Sachnormverweisung, *Sack*, WRP 2008, 1405, 1406. Eine Rechtswahl ist ausgeschlossen, vgl. Art. 8 Abs. 3 ROM II-VO, dazu näher *Heinze* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u. a., jurisPK-BGB, Art. 8 Rom II-VO Rn. 51.

⁶ *Grünberger*, ZVglRWiss 2009, 134, 144f. Zwar räumt Art. 28 ROM II-VO völkervertragsrechtlichen Kollisionsregeln den Vorrang ein. Der Streit, ob völkerrechtlichen Regeln ein kollisionsrechtlicher Gehalt entnommen werden kann, kann jedoch dahinstehen, da dies ebenfalls zur Anwendung des Schutzlandprinzips führen würde, *Nordmeier/Weller* in: Spindler/Schuster, Art. 8 Rom II-VO Rn. 1, 3.

⁷ *Sack*, WRP 2008, 1405, 1409. Vgl. auch *Obergfell*, IPRax 2005, 9, 11; *Nordmeier/Weller* in: Spindler/Schuster, Art. 8 Rom II Rn. 7; *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 1045.

⁸ *Grünberger*, ZVglRWiss 2009, 134, 154f. Es sei nur zu klären, ob die vermeintliche Verletzung ein Immaterialgüterrecht betreffe.

⁹ *Drexel* in: MüKoBGB (IntImmGR) Rn. 273.

¹⁰ Vgl. das Beispiel bei *Hoeren* in: Hoeren/Sieber/Holznapel, Teil 7.8 Rn. 9: „Wenn z. B. ein Urheberrechtsstreit vor ein deutsches Gericht kommt und der Kläger die Verletzung seines amerikanischen Urheberrechts durch eine Verwertungshandlung in Amerika geltend macht, dann ist *lex loci protectionis* das amerikanische Recht, da für das Gebiet der USA Existenz und Schutz des Urheberrechts infrage stehen. Nach deutschem Recht, also dem Recht des Landes, ‚in‘ dem um Schutz gegen die ausländische Verletzungshandlung nachgesucht wird (*lex fori*), richtet sich nur das Verfahrensrecht“.

¹¹ *de la Durantaye* in: Callies, Rome Regulations, Art. 8 Rom II Rn. 5; *Heinze* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/et al., jurisPK-BGB, Art. 8 Rom II-VO Rn. 1; *Sack*, WRP 2008, 1405, 1406.

¹² Jedenfalls soweit keine Geoblocking-Technologie eingesetzt wird. Dazu *Nägele/Jacobs*, ZUM 2010, 281, 284.

¹³ *Sack*, WRP 2008, 1405, 1414.

¹⁴ Liegt nach dem Recht einiger Schutzländer gar keine Verletzungshandlung vor, riskiert der

le Voraussetzungen entsteht, erhält der Urheber allein durch den Akt der Schöpfung ein Bündel nationaler Rechte.¹⁵ Damit könnte er prinzipiell in den allermeisten Ländern der Welt eine Urheberrechtsverletzung rügen. Einschränkend ist allerdings das Territorialitätsprinzip¹⁶ zu beachten.¹⁷ Danach kann grundsätzlich nur diejenige Nutzungshandlung eine Rechtsverletzung nach dem jeweiligen nationalen Recht darstellen, die sich auf dem Territorium des Staates lokalisieren lässt.¹⁸ Eine wirkliche Einschränkung ergibt sich daraus lediglich dann, wenn sich die relevante Nutzungshandlung nur in einigen wenigen Staaten lokalisieren lässt. Für Vervielfältigungen – wie sie im Upload der Datei liegen¹⁹ – ist dies noch möglich. Diese Nutzungshandlung wird am Standort des Servers, auf den die Kopie gespeichert wird, zu lokalisieren sein.²⁰

Wo eine Bereitstellung im Internet im Sinne einer öffentlichen Zugänglichmachung zu lokalisieren ist, ist dagegen umstritten und (für das Urheberrecht) höchstrichterlich noch nicht zweifelsfrei geklärt.²¹ In der Literatur wird vielfach davon ausgegangen, dass ein Schutzrecht durch eine öffentliche Wiedergabe (bzw. öffentliche Zugänglichmachung) an jedem Abrufort betroffen sein kann.²² Begründet wird dies zumeist mit der *Bogsch*-Theorie.²³ Nach dieser zum Senderecht entwickelten Theorie ist eine Lokalisierung der potentiellen Verletzungshandlung neben dem Sen-

Kläger eine Teilabweisung seiner Klage, siehe *Heinze* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/et al., jurisPK-BGB, Art. 8 Rom II-VO Rn. 28. Vgl. auch *Nordmeier/Weller* in: Spindler/Schuster, Art. 8 Rom II Rn. 6.

¹⁵ *Nägele/Jacobs*, ZUM 2010, 281, 284.

¹⁶ Dazu *Grünberger*, ZVglRWiss 2009, 134, 155.

¹⁷ Vgl. *de la Durantaye/Golla/Kuschel*, GRUR Int. 2013, 1094, 1095.

¹⁸ *Depreeuw/Hubin*, 9 JIPLP 2014, 750, 751; *Heinze* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/et al., jurisPK-BGB, Art. 8 Rom II-VO Rn. 4.

¹⁹ Vgl. *Depreeuw/Hubin*, 9 JIPLP 2014, 750, 757.

²⁰ Vgl. BGH GRUR 2010, 628 Rn. 17 – *Vorschaubilder*. Ebenso *Hoeren* in: Hoeren/Sieber/Holzengel, Teil 7.8 Rn. 16. Ein ggf. zuvor stattgefundener Download sowie eine Vervielfältigung (oder Bearbeitung) ist an dem Ort zu lokalisieren, an dem der Nutzer dafür tatsächlich tätig geworden ist bzw. die Datei abgespeichert hat (vgl. *Dreier* in: Dreier/Schulze, Vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 33; *Hoeren* in: Hoeren/Sieber/Holzengel, Teil 7.8 Rn. 17). Somit wäre (eine tatsächliche Urheberrechtsverletzung unterstellt) mit Blick auf die Vervielfältigungshandlung ein Anspruch nach dem Recht des Staates, in dem der Nutzer lebt, sowie des Staates, in dem der Server steht, naheliegend. Zur Lokalisierung der Vervielfältigungshandlung siehe auch *Nordmeier/Weller* in: Spindler/Schuster, Art. 8 Rom II-VO Rn. 10.

²¹ *Nägele/Jacobs*, ZUM 2010, 281, 284. Zu den verschiedenen Ansatzpunkten siehe auch *Depreeuw/Hubin*, 9 JIPLP 2014, 750, 752; *Spindler*, IPrax 2003, 412, 417 ff.

²² So gelte für ein urheberrechtlich geschütztes Werk, dass „seine Verbreitung in global verbreiteten Medien grundsätzlich auch weltweite Verletzungen zur Folge“ habe, *Kur*, GRUR Int. 2012, 857, 866. Vgl. auch *Hoeren* in: Hoeren/Sieber/Holzengel, Teil 7.8 Rn. 22 f.; *Obergfell* in: Ellger/Manowski, FS Martiny (2014), S. 481; *Nordmeier/Weller* in: Spindler/Schuster, Art. 8 Rom II-VO Rn. 10; *Schack*, MMR 2000, 59, 65. Nach einer Gegenansicht soll nur der Serverstandort für die Lokalisierung entscheidend sein, vgl. etwa *Dieselhorst*, ZUM 1998, 293, 299.

²³ Vgl. etwa *Drexler* in: MüKoBGB (IntImmGR) Rn. 273; v. *Welser* in: Wandtke/Bullinger, Vor §§ 120 ff. Rn. 19. Ausführlich zur Entstehung der *Bogsch*-Theorie vgl. *Ficsor*, 18 Int'l Bus. Law. 1990, 258: „The soil in which the ever more vigorous tree of the ‚Bogsch Theory‘ is rooted is the economic, social and legal reality that any utilisation of a protected work that is relevant from the viewpoint of copyright takes place where the work – through copies, through performance, or through any kind of communication technique – is actually made available to the public“.

destaat auch in den bestimmungsgemäßen Empfangsstaaten möglich.²⁴ Übertragen auf die öffentliche Zugänglichmachung wären also sowohl der Staat, in dem das Werk ins Internet gestellt wurde als auch die (bestimmungsgemäßen) Abrufstaaten relevant.²⁵ So soll eine Flucht in rechtsfreie Räume vermieden werden.²⁶ Teilweise wird einschränkend darauf abgestellt, dass Verwertungsinteressen in diesen Ländern potentiell berührt sein können.²⁷ Jeweils kämen für den Rechteinhaber eine Vielzahl von Staaten infrage, nach deren Recht er sinnvollerweise Schutz beanspruchen könnte.

Dem Schutzlandprinzip lassen sich angesichts des insoweit eindeutigen Wortlauts von Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO für diese Situationen keine Einschränkungen entnehmen.²⁸ Auf Ebene des anwendbaren Rechts ist also etwa ein hinreichender Inlandsbezug oder eine sonstige Spürbarkeitsschwelle²⁹ irrelevant.³⁰ Diese Situation wird von gewichtigen Stimmen in der Literatur als unbefriedigend bewertet.³¹ Denn damit stünde ein Nutzer, der sich rechtstreu verhalten möchte, vor der schwierigen Lage, dass er sich theoretisch nach dem Urheberrecht aller Abrufstaaten richten müsste.³² Dabei wäre es einem Rechteinhaber insbesondere möglich, Schutz nach dem strengsten Recht zu suchen („race to the top“).³³ Zudem sind bei parallelen Verfahren vor mehreren Gerichten widersprüchliche Entscheidungen denkbar, deren Wirkungen teilweise nicht auf das Territorium des Schutzstaates beschränkt bleiben.³⁴ Gerade bei Unterlassungsansprüchen besteht die Gefahr, dass diese aufgrund des Rechts eines Landes faktisch zur weltweiten Sperrung des Inhaltes führen.³⁵

²⁴ Nordmeier/Weller in: Spindler/Schuster, Art. 8 Rom II-VO Rn. 10.

²⁵ Matulionyte, 2 JIPITEC 2011, 26, 29.

²⁶ Dazu Nägele/Jacobs ZUM 2010, 281, 285 m. w. N., die eine Anwendbarkeit der *Bogsch*-Theorie auch nur dann als berechtigt ansehen, wenn man sie als „Regel zur Vermeidung einer Gesetzesumgehung“ begreife.

²⁷ Drexl in: MüKoBGB (IntImmGR) Rn. 273. Danach komme jedenfalls nach der *Bogsch*-Theorie die Anwendbarkeit des Rechts einer „hohen Zahl von Abrufstaaten“ in Betracht. Zu den Vorteilen einer allgemeinen Spürbarkeitsregel, womit auch urheberpersönlichkeitsrechtliche Aspekte beachtet werden können, Metzger, IPPrax 2006, 242, 246.

²⁸ *de la Durantaye* in: Callies, Rome Regulations, Art. 8 Rom II Rn. 20. Dies gelte insbesondere in Abgrenzung zu Art. 6(3)(b) Rom II-VO im Wettbewerbsrecht, der (anders als eben Art. 8 Abs. 1) eine *de minimis*-Regel für das anwendbare Recht vorsehe. Vgl. auch Sack, WRP 2008, 1405, 1417. Grünberger, ZVglRWiss 2009, 134, 154 f.: „Die kollisionsrechtliche Entscheidung hängt nicht davon ab, wo sich die Verletzungshandlung lokalisieren lässt“. Zu den verschiedenen Beschränkungen des anwendbaren Rechts, die diskutiert wurden – nur Recht des Einspeisungsortes, der intendierten Empfangsländer, des Serverstandortes oder des Ortes der Vervielfältigung – siehe Sack, WRP 2008, 1405, 1417 m. w. N.

²⁹ Zur früheren Rechtsprechung im Lauterkeitsrecht, die eine kollisionsrechtliche Spürbarkeitsschwelle entwickelte, Sack, WRP 2008, 1405, 1414.

³⁰ Vgl. Heinze in: Herberger/Martinek/Rüßmann/et al., jurisPK-BGB, Art. 8 Rom II-VO Rn. 28.

³¹ Vgl. nur Oberfell in: Ellger/Manowski, FS Martiny (2014), S. 481; Nägele/Jacobs, ZUM 2010, 281, 284. Vgl. auch Hoeren in: Hoeren/Sieber/Holznel, Teil 7.8 Rn. 23 „Von daher hat ein Contentprovider grundsätzlich die Urheberrechtsordnungen aller Staaten zu beachten, was aber sicherlich sehr schnell eine Überforderung sein kann“. Zu potentiellen Einschränkungen des anwendbaren Rechts siehe sogleich unter B.

³² Nägele/Jacobs, ZUM 2010, 281, 284 f.

³³ Matulionyte, 2 JIPITEC 2011, 26, 27.

³⁴ Sack, WRP 2008, 1405, 1414.

³⁵ Drexl in: MüKoBGB (IntImmGR) Rn. 254.

Zu beachten ist jedoch, dass eine Einschränkung der relevanten Rechtsordnungen auf sachrechtlicher Ebene möglich ist.³⁶ Derartige Einschränkungen können als „sachrechtliche Ergänzung des Schutzlandprinzips“³⁷ verstanden werden. Nachfolgend soll untersucht werden, ob der EuGH und die deutsche Rechtsprechung Schutzrechte durch die öffentliche Zugänglichmachung eines Werkes sachrechtlich tatsächlich als überall betroffen ansehen oder welche Kriterien sie zur sachrechtlichen Einschränkung heranziehen.

2. Sachrechtliche Einschränkung

a) EU-Recht

Für das Datenbankherstellerrecht³⁸ sowie das Markenrecht³⁹ hat der EuGH bereits eine sachrechtliche Einschränkung vorgegeben. In *Football Dataco*⁴⁰ urteilte der Gerichtshof, eine Verletzung des Datenbankherstellerechts liege nicht darin, dass Daten lediglich technisch abrufbar seien, wenn sie zugleich „offensichtlich an Personen außerhalb des Gebiets des betreffenden Mitgliedstaats gerichtet“ seien.⁴¹ Um eine Weiterverwendung i. S. d. Datenbankrichtlinie zu lokalisieren, sei erforderlich, „dass diese Handlung die Absicht der sie vornehmenden Person erkennen lässt, die Personen, die sich in diesem Gebiet befinden, gezielt anzusprechen“.⁴² Ähnlich ging der EuGH in *L'Oréal/eBay* im Markenrecht vor. Auch hier stellte der Gerichtshof fest, dass zu prüfen sei, ob sich ein Online-Angebot an ansässige Verbraucher in dem jeweiligen Schutzland richte.⁴³

Für das Urheberrecht harmonisiert die InfoSocRL das Vervielfältigungsrecht und das Recht der öffentlichen Wiedergabe, gibt aber nicht vor, wie diese Handlungen zu lokalisieren sind.⁴⁴ Der EuGH hat zwar entschieden, dass es für die internationale Zuständigkeit eines Gerichts ausreichend ist, dass ein urheberrechtliches Werk dort abrufbar ist.⁴⁵ Daraus lässt sich jedoch nicht unbedingt schließen, dass die Abruf-

³⁶ *de la Durantaye* in: Callies, Rome Regulations, Art. 8 Rom II Rn. 20.

³⁷ Metzger, IPrax 2006, 242, 246.

³⁸ EuGH, Rs. C-173/11 *Football Dataco* [2012] Rn. 35–43.

³⁹ EuGH, Rs. C-324/09 *L'Oréal/eBay* [2011] Rn. 64 f.

⁴⁰ EuGH, Rs. C-173/11 *Football Dataco* [2012].

⁴¹ EuGH, Rs. C-173/11 *Football Dataco* [2012] Rn. 38: „Deshalb reicht im Ausgangsverfahren die bloße Tatsache, dass auf dem Webserver von Sportradar befindliche Daten auf Abruf eines Internetnutzers im Vereinigten Königreich zu technischen Zwecken der Speicherung und Darstellung auf dem Bildschirm an den Computer dieses Internetnutzers gesendet werden, nicht aus, um feststellen zu können, dass die Handlung der Weiterverwendung, die Sportradar hierbei vornimmt, im Gebiet dieses Mitgliedstaats stattfindet“.

⁴² EuGH, Rs. C-173/11 *Football Dataco* [2012] Rn. 39.

⁴³ EuGH, Rs. C-324/09 *L'Oréal/eBay* [2011] Rn. 65.

⁴⁴ *Depreuw/Hubin*, 9 JIPLP 2014, 750, 751 f.; anders ist dies in der Kabel-Satelliten-RL (Art. 1 Abs. 2 lit. b): „Die öffentliche Wiedergabe über Satellit findet nur in dem Mitgliedstaat statt, in dem die programmtragenden Signale unter der Kontrolle des Sendeunternehmens und auf dessen Verantwortung in eine ununterbrochene Kommunikationskette eingegeben werden, die zum Satelliten und zurück zur Erde führt“.

⁴⁵ EuGH, Rs. C-170/12 *Pinckney* [2013] Rn. 43; EuGH, Rs. C-441/13 *Hejduk* [2015] Rn. 34. Es handelt sich um die Erfolgsortzuständigkeit (Art. 5 Abs. 3 Brüssel I-VO (jetzt Art. 7 Abs. 2 Brüssels Ia-VO)). Dazu kritisch *Picht/Kopp*, GRUR Int. 2016, 232, 235: „Vorhersehbarkeit und Rechtssicherheit als Leitgedanken der Verordnung (ErwG 11, 12, 15) geraten in Mitleidenschaft, wenn der

barkeit auch für die sachrechtliche Lokalisierung der Nutzungshandlung ausreichend wäre.⁴⁶ Es ist denkbar, dass der Gerichtshof künftig Kriterien zur Einschränkung der Lokalisierung von Urheberrechtsverletzungen entwickelt oder den „Ausrichten“-Ansatz aus *Football Dataco* hierfür übernimmt. Da dies bislang noch nicht geschehen ist, ist ein Blick in die nationale Rechtsprechung erforderlich.

b) Deutsche Rechtsprechung

Die deutsche Rechtsprechung ergibt kein eindeutiges Bild. Es lässt sich aber eine Tendenz dahingehend erkennen, dass für die öffentliche Zugänglichmachung ein gezieltes Ansprechen des inländischen Publikums⁴⁷ bzw. ein hinreichender Inlandsbezug erforderlich ist.

Der BGH ging in der *Vorschaubilder*-Entscheidung⁴⁸ kurz auf die Frage des anwendbaren Rechts und die Lokalisierung der Nutzungshandlungen ein. Deutsches Recht sei anwendbar, weil die Klägerin im Inland Schutz beanspruche.⁴⁹ Da die *Vorschaubilder* auf Servern in den USA gespeichert und bereitgehalten wurden, lehnte der BGH eine Lokalisierung der Vervielfältigung in Deutschland ab.⁵⁰ Bezüglich der Lokalisierung der öffentlichen Zugänglichmachung lassen sich dem Urteil sachrechtliche Einschränkungen allerdings kaum entnehmen, da das Gericht das Vorliegen dieser Nutzungshandlung in Deutschland ohne nähere Begründung annahm.⁵¹ Ob sich dies allein aus der bestimmungsgemäßen Abrufbarkeit in Deutschland⁵² oder zusätzlich aus anderen Umständen ergibt (die Klägerin stellte ihre Werke etwa auf eine Webseite mit deutscher Top-Level-Domain), bleibt hier offen.

Einige ältere instanzgerichtliche Urteile stellen allein auf die Abrufbarkeit im Inland ab, um eine öffentliche Zugänglichmachung nach deutschem Recht anzunehmen.⁵³ In der neueren instanzgerichtlichen Rechtsprechung scheint sich jedoch die Prüfung eines hinreichenden Inlandsbezugs durchzusetzen (dazu sogleich).

Verletzer mit einer Klage weltweit in jedem Staat rechnen muss, in dem seine Website technisch abgerufen werden kann“. Zur Entscheidung in *Hejduk* siehe *Maier*, Where to sue in online infringement cases, *Internet Policy Review – News & Comments*, verfügbar unter: <https://policyreview.info/articles/news/where-sue-online-copyright-infringement-cases/356>.

⁴⁶ So auch *Matulionyte*, 6 JIPITEC 2015, 132, 136, die eine faktische Beschränkung der internationalen Zuständigkeit (und implizit des anwendbaren Rechts nach dem Schutzlandprinzip) auf sachrechtlicher Ebene für vorteilhaft ansieht: „[...] if the targeting doctrine applies when allocating the place of copyright infringement at the level of substantive law, the courts of the place of mere access would not be able to establish copyright infringement in their territory at all“.

⁴⁷ So auch *Lauber-Rönsberg* in: *Ahlberg/Götting*, UrhG Kollisionsrecht Rn. 26.

⁴⁸ BGH GRUR 2010, 628 – *Vorschaubilder*.

⁴⁹ BGH GRUR 2010, 628 Rn. 14 – *Vorschaubilder*.

⁵⁰ BGH GRUR 2010, 628 Rn. 17 – *Vorschaubilder* (dazu bereits soeben unter 1.).

⁵¹ BGH GRUR 2010, 628 Rn. 19 f. – *Vorschaubilder*. Der BGH führt lediglich aus, dass die Nutzungshandlung im Bereithalten liege, was die Beklagte kontrolliere, indem sie die Bilder auf ihrem Rechner speichere. Darauf, dass diese Speicherung in den USA stattfindet, geht das Gericht an dieser Stelle nicht mehr ein.

⁵² Diese erwähnt der BGH in Rn. 14, allerdings mit Bezug auf die Zuständigkeit deutscher Gerichte.

⁵³ Vgl. etwa LG Hamburg GRUR-RR 2004, 313, 314 – *Thumbnails*; LG Mannheim GRUR-RR 2009, 277 – *Pan European License*.

In seiner Entscheidung *Hotel Maritim*⁵⁴ hatte der BGH für das Markenrecht ausführlich begründet, dass ein hinreichender Inlandsbezug vorliegen müsse, um eine Markenrechtsverletzung in Deutschland anzunehmen.⁵⁵ Ansonsten drohe ein überzogener Schutz mit dem sich Marktteilnehmer „unabhängig von der Prioritätslage“ wechselseitig in ihren wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten blockieren könnten.⁵⁶ Auch in seiner *Oscar*-Entscheidung⁵⁷ betonte der BGH für das Markenrecht erneut die Erforderlichkeit eines hinreichenden Inlandsbezugs und führte sodann aus:

Diese Grundsätze sind nicht auf Kennzeichenbenutzungen im Internet beschränkt, sondern gelten auch für entsprechende Sachverhalte, bei denen – wie im Streitfall – ein im Ausland vorgekommenes Verhalten Auswirkungen auf inländische Schutzrechte hat.⁵⁸

Eine Übertragung der Grundsätze des Markenrechts auf das Urheberrecht ist zwar nicht ganz unproblematisch. Denn Markenrechte leben von ihrer Bekanntheit und einer aktiven Verwendung vor Ort, die eine territoriale Begrenzung sinnvoll machen kann. Obwohl dies für das Urheberrecht nicht in gleicher Weise gilt, bezieht sich die instanzgerichtliche Rechtsprechung allerdings immer wieder auf diese Entscheidungen des BGH, um auch im Urheberrecht einen Inlandsbezug zu fordern.

Das OLG München prüfte das sachrechtliche Eingrenzungskriterium des Inlandsbezugs im Urheberrecht in einem Fall, der den Upload von Videos auf eine Streaming-Plattform betraf.⁵⁹ Sowohl bei der öffentlichen Zugänglichmachung als auch beim vorhergehenden Upload (als Vervielfältigungshandlung) untersuchte das Gericht dieses Kriterium.⁶⁰ Ein hinreichender Inlandsbezug ist nach Ansicht des Gerichts jedenfalls dann gegeben, wenn das Portal in deutscher Sprache gehalten und an ein deutsches Publikum gerichtet ist.⁶¹ Auf den Standort des Servers komme es in einem solchen Fall nicht mehr an.⁶²

In einer Entscheidung von 2012 stellte das OLG München erneut auf einen hinreichenden Inlandsbezug ab.⁶³ Der Fall betraf den Upload eines deutschen Films auf eine Hosting-Plattform mit Sitz in den USA. Da es um den „Upload von Ausschnit-

⁵⁴ BGH GRUR 2005, 431 – *Hotel Maritim*.

⁵⁵ BGH GRUR 2005, 431, 432 f. – *Hotel Maritim*, ein Angebot müsse einen „hinreichenden wirtschaftlich relevanten Inlandsbezug“ aufweisen (S. 433). Vgl. auch BGH GRUR 2012, 621 Rn. 36 – *Oscar*.

⁵⁶ BGH GRUR 2005, 431, 433 – *Hotel Maritim*. Für die entsprechende Argumentation im Urheberrecht siehe LG Hamburg GRUR-RS 2016, 12262 Rn. 28 – *Internet-Blog*.

⁵⁷ BGH, GRUR 2012, 621 – *Oscar*.

⁵⁸ BGH, GRUR 2012, 621 Rn. 36 – *Oscar*.

⁵⁹ OLG München GRUR-RR 2011, 1 – *Zugänglichmachung von Musikwerken*.

⁶⁰ OLG München GRUR-RR 2011, 1, 2 – *Zugänglichmachung von Musikwerken*. Der Upload sei eine „untergeordnete Vorbereitungshandlung zur Vorbereitung der öffentlichen Zugänglichmachung“.

⁶¹ OLG München GRUR-RR 2011, 1, 2 – *Zugänglichmachung von Musikwerken*.

⁶² OLG München GRUR-RR 2011, 1, 2 – *Zugänglichmachung von Musikwerken*.

⁶³ „Anwendbar ist deutsches Recht als das Recht des Staates, für dessen Gebiet die Antragstellerin Schutz beansprucht (Art. 8 Abs. 1 Rom II-VO; BGH ZUM-RD 2009, 529 Rn. 17 – *Le Corbusier-Möbel II*). Die Rechtsverletzungen, die die Nutzer mit den Benutzernamen ‚r.‘ und ‚K.‘ dadurch begangen haben, dass sie Ausschnitte des Filmwerks ‚Werner Eiskalt‘ hochgeladen haben, weisen auch, wie bereits erörtert, einen hinreichenden Inlandsbezug auf“, OLG München ZUM-RD 2012, 88, 91 – *Werner Eiskalt*.

ten des deutschsprachigen, in Deutschland in den Kinos aufgeführten Films ‚Werner Eiskalt‘ mit deutschsprachigen Erläuterungen“ ging, nahm das Gericht einen hinreichenden Inlandsbezug an.⁶⁴

Auch das LG Hamburg betonte in einem Urteil von 2016⁶⁵ die Bedeutung des Inlandsbezugs. Der Fall betraf den Upload von geschützten Lichtbildern auf Blogs in ausländischen Sprachen. Das Gericht lehnte mit Verweis auf den fehlenden Inlandsbezug eine Verletzung von deutschen Urheberrechten ab.⁶⁶

Es lässt sich also festhalten, dass sich Faktoren zur Lokalisierung der öffentlichen Zugänglichmachung im Urheberrecht abzeichnen. Die von der deutschen Rechtsprechung zunehmend durchgeführte sachrechtliche Einschränkung liegt darin, dass in einer Gesamtabwägung⁶⁷ ein hinreichender Inlandsbezug festgestellt werden muss.⁶⁸ Dafür können verschiedene Kriterien, wie insbesondere die Sprache des Inhalts sowie die (wirtschaftliche) Zielrichtung⁶⁹ der Webseite, auf der die Inhalte abrufbar sind, herangezogen werden.⁷⁰ Dies wäre wohl auch mit dem „Ausrichten“-Ansatz des EuGH vereinbar, sollte dieser auch für die öffentliche Zugänglichmachung (Art. 3 InfoSocRL) Anwendung finden.

Bislang allerdings ist die Lokalisierung der öffentlichen Zugänglichmachung nicht harmonisiert. Nutzer müssen einschätzen, welche Rechtsordnungen sie bei der Verbreitung ihres Remixes berücksichtigen sollten. Dabei sind sie gezwungen, zuerst in allen möglichen Ländern nachzuvollziehen, ob bzw. wie eine sachrechtliche Einschränkungen des Schutzlandprinzips jeweils erfolgt. Selbst wenn sich der „Ausrichten“-Ansatz des EuGH auch für die öffentliche Zugänglichmachung durchsetzt, wird

⁶⁴ Ausführungen im Rahmen der Zuständigkeit, auf die jedoch bei der Frage der Lokalisierung der Verletzungshandlung verwiesen wurde, OLG München ZUM-RD 2012, 88, 91 – *Werner Eiskalt*.

⁶⁵ LG Hamburg GRUR-RS 2016, 12262 – *Internet-Blog*.

⁶⁶ LG Hamburg GRUR-RS 2016, 12262 Rn. 26 – *Internet-Blog*: „Die beanstandeten Nutzungshandlungen verletzen den Kl. nicht in den allein geltend gemachten Rechten aus dem deutschen Urheberrecht. Es fehlt insoweit an einem hinreichenden Inlandsbezug“. Das Gericht beruft sich dabei auf die BGH-Entscheidung *Sender Felsberg* (BGH GRUR 2003, 328, 329), bei der es allerdings um das Senderecht und die Frage ging, ob eine Ausstrahlung vom In- ins Ausland auch eine Verletzung des inländischen Senderechts impliziert.

⁶⁷ Vgl. BGH, GRUR 2005, 431, 433 – *Hotel Maritim*; BGH, GRUR 2012, 621 Rn. 36 – *Oscar*.

⁶⁸ Das LG Hamburg GRUR-RS 2016, 12262 Rn. 31 – *Internet-Blog* fasst dies prägnant zusammen: „Für die Frage, ob von im Ausland ansässigen Nutzern in das Netz gestellte und (über ausländische Server) im Inland abrufbare urheberrechtlich geschützte Inhalte ein öffentliches Zugänglichmachen i. S. d. § 19 a UrhG darstellt, ist damit maßgeblich, ob die Nutzer mit den streitgegenständlichen Blogs Rezipienten im Inland gezielt ansprechen wollten und sich die Nutzung nach ihrem objektiven Gehalt im Inland in wirtschaftlicher Weise nicht nur unwesentlich auswirkt“ (interne Quellenangaben ausgelassen).

⁶⁹ Vgl. auch OLG Hamburg 2009, ZUM-RD 2009, 439, 444 – *Alphaload (Usenet II)*: „[...] das Angebot der Antragsgegner richtet sich gerade an deutschsprachige Nutzer“. Allerdings lässt das Gericht letztlich offen, auf welche Kriterien es für die Lokalisierung ankommt, da auch nach anderen Auffassungen (etwa Einstellungsort, Serverstandort) eine Lokalisierung in Deutschland möglich war.

⁷⁰ Das LG Hamburg hält u. a. folgende Kriterien für relevant: „die Sprache, der Inhalt und die Aufmachung des Angebots, die Adresse und die Toplevel-Domain, die Natur der angebotenen Inhalte, etwaige auf das Inland ausgerichtete Liefer- und Zahlungsmethoden, Werbeinhalte, die auf das Inland abzielen, die Existenz einer nicht nur unerheblichen Zahl von im Inland ansässigen Nutzer, die das Angebot nutzen, oder etwa die Bekanntheit des Angebots im Inland“, GRUR-RS 2016, 12262 Rn. 32.

häufig eine hinreichende Verbindung zu mehreren Ländern möglich sein.⁷¹ Wenn Videos in Englisch gehalten sind oder reines Bildmaterial enthalten, eignet sich die Sprache als Kriterium zur Eingrenzung der sachrechtlich betroffenen Rechtsordnungen kaum mehr.⁷² Somit bleiben aus europäischer Perspektive mit großer Wahrscheinlichkeit mehrere, wenn nicht gar eine Vielzahl verschiedener Rechtsordnungen für Remixe relevant.

II. Anwendbares Recht aus Perspektive U.S.-amerikanischer Gerichte

Soweit Rechteinhaber vor U.S.-amerikanischen Gerichten klagen und diese zuständig sind, stellt sich die Frage nach dem anwendbaren Recht aus Perspektive der dortigen Rechtsprechung.⁷³

Damit sich U.S.-amerikanische Gerichte für zuständig erklären, müssen *subject matter jurisdiction* und *personal jurisdiction* erfüllt sein.⁷⁴ Während *subject matter jurisdiction* gegeben ist, wenn U.S.-amerikanisches Urheberrecht anwendbar ist,⁷⁵ kann *personal jurisdiction* bei transnationalen Sachverhalten unter Umständen fehlen. So befand ein kalifornischer District Court in *Doe v. Geller* etwa, dass die eigene Zuständigkeit für einen Rechtsstreit zwischen einem britischen Beklagten als Absender einer möglicherweise unberechtigten *Take-down notice* an YouTube in Kalifornien und dem betroffenen Nutzer (ein U.S. Bürger mit Wohnsitz in Pennsylvania) nicht gegeben sei.⁷⁶ Der betroffene Nutzer, der aus § 512 (f) DMCA vorgeht, hätte allerdings an seinem eigenen Wohnsitz in Pennsylvania klagen können.⁷⁷ In einem ähnlich gelagerten Fall, bei dem der Kläger allerdings seinen beruflichen Schwerpunkt in Kalifornien hatte, sah der District Court of Northern California entsprechend *personal jurisdiction* über den (britischen) Beklagten als gegeben an.⁷⁸ In beiden Fällen wägen die Richter eine Vielzahl an Faktoren ab, um über *personal jurisdiction* zu entscheiden.⁷⁹ Es würde den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen, auf diese Faktoren umfassend einzugehen. Festzuhalten ist jedoch, dass U.S.-

⁷¹ *Matulionyte*, 2 JIPITEC 2011, 26, 27.

⁷² Vgl. zum Ausreichen von marginalen Anknüpfungspunkten *Nordmeier/Weller* in: Spindler/Schuster, Art. 8 Rom II Rn. 6.

⁷³ *Hoeren* merkt an, dass eigentlich die internationalen Privatrechtsregelungen der einzelnen Bundesstaaten relevant seien, es sich aber von einem amerikanischen IPR sprechen ließe, da das Urheberrecht Teil der Bundesgesetzgebung sei, *Hoeren* in: *Hoeren/Sieber/Holznapel*, Teil 7.8 Rn. 4 in Fn. 2.

⁷⁴ *In re Tuli*, 172 F. 3d 707, 712 (9th Cir. 1999).

⁷⁵ Vgl. *Drexler* in: *MüKoBGB (IntImmGR)* Rn. 296. Dazu näher sogleich.

⁷⁶ „It is ‚unreasonable and unfair‘ for this court to assert jurisdiction over British residents in a suit brought by a Pennsylvania resident over an allegedly tortious fax sent to a third party in California“, *Doe v. Geller*, 533 F. Supp. 2d 996, 1010 (N. D. Cal. 2008).

⁷⁷ *Doe v. Geller*, 533 F. Supp. 2d 996, 1011 (N. D. Cal. 2008).

⁷⁸ *Automatic Inc. v. Steiner*, 82 F. Supp. 3d 1011, 1025 (N. D. Cal. 2015) („Unlike the Pennsylvania-based plaintiff in *Geller* unlikely to sustain injury in California, Plaintiff *Automatic* has its principal place of business and alleges economic and reputational damages in California“).

⁷⁹ Zu *personal jurisdiction* bei ausländischen Beklagten vgl. auch Rule 4(k)(2) Fed. R. Civ. P., dazu *Patry, Patry on Copyright* § 17:141. Allgemein zur Zuständigkeit amerikanischer Gerichte für Fälle mit Internet-Sachverhalten *Wandell*, 16 J. Tech. L. & Pol’y 2011, 275, 277 ff. sowie *Trimble*, 25 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 2015, 339, 398 ff.

Gerichte durchaus auch über Urheberrechtsverletzen und verwandte Haftungsfragen entscheiden, bei welchen eine Partei außerhalb der USA residiert.

Im Laufe der Zeit bildete die U.S.-amerikanische Rechtsprechung internationalprivatrechtliche Regeln heraus. Für die Anwendbarkeit von U.S.-Recht auf vermeintliche Urheberrechtsverletzungen⁸⁰ ist die zentrale Frage regelmäßig, ob die Rechtsverletzung in den USA begangen wurde. Zumeist wendet die Rechtsprechung somit die *lex loci delicti*-Regel für die Identifikation des anwendbaren Rechts an.⁸¹ Dies schließt die Frage nach gesetzlich erlaubten Nutzungen mit ein.⁸²

Das vom American Law Institute herausgegebene *Restatement (Second) of Conflict of Laws* sieht dagegen vor, dass das anwendbare Recht durch eine Abwägung verschiedener Faktoren zu ermitteln ist.⁸³ Auf diese Weise sollen Gerichte das Recht mit der engsten Verbindung zum Sachverhalt identifizieren und anwenden.⁸⁴ Teilweise wird dementsprechend angenommen, dass der Ort der Urheberrechtsverletzung nur ein (wenn auch bedeutender) Teil der durchzuführenden Abwägung sei.⁸⁵ Das Restatement ist allerdings *soft law* und bindet die Rechtsprechung somit nicht.⁸⁶

⁸⁰ Anders kann es etwa bei der Identifikation des anwendbaren Rechts für die Feststellung der ersten Inhaberschaft eines Urheberrechts sein (Ursprungslandprinzip), vgl. dazu *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F. 3d 82, 90 (2d Cir. 1998); *Saregama India Ltd. v. Mosley*, 635 F. 3d 1284, 1290 (11th Cir. 2011) („Initial ownership of a copyrighted work is determined by the laws in the work’s country of origin“).

⁸¹ „On infringement issues, the governing conflicts principle is usually *lex loci delicti*, the doctrine generally applicable to torts“, *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F. 3d 82, 91 (2d Cir. 1998). Siehe auch *Frohlich*, 24 Berkeley Tech. L. J 2009, 851, 862. Vgl. auch *Hoeren*, der darauf hinweist, dass im Urheberrecht anders als im Deliktsrecht nur das Handlungsunrecht, nicht der Erfolgsort eine Rolle spielt, *Hoeren* in: *Hoeren/Sieber/Holznapel*, Teil 7.8 Rn. 11.

⁸² Vgl. *Patry*, *Patry on Copyright* § 25:103. *Metzger* (in: *European Max Planck Group on CLIP*, 3:701.N01), geht dagegen davon aus, dass die *lex loci protectionis*-Regel auch in den USA für die Identifikation des auf Schranken anwendbaren Rechts gilt.

⁸³ *Restatement (Second) of Conflict of Laws* § 145 (1971): „(1) The rights and liabilities of the parties with respect to an issue in tort are determined by the local law of the state which, with respect to that issue, has the most significant relationship to the occurrence and the parties under the principles stated in s 6.

(2) Contacts to be taken into account in applying the principles of s 6 to determine the law applicable to an issue include:

(a) the place where the injury occurred,
 (b) the place where the conduct causing the injury occurred,
 (c) the domicile, residence, nationality, place of incorporation and place of business of the parties, and

(d) the place where the relationship, if any, between the parties is centered. These contacts are to be evaluated according to their relative importance with respect to the particular issue“.

⁸⁴ *Dish Network L. L. C. v. TV Net Sols., LLC*, No. 6:12-CV-1629-ORL-41, 2014 WL 6685351, S. 2 (M. D. Fla. Nov. 25, 2014).

⁸⁵ Offen gelassen in *Itar-Tass Russian News Agency v. Russian Kurier, Inc.*, 153 F. 3d 82, 91 (2d Cir. 1998), dort allerdings Verweis auf *Carbotrade S. p. A. v. Bureau Veritas*, 99 F. 3d 86, 90 (2d Cir. 1996): „The Second Restatement’s approach, as with other forms of interest analysis, continues to attach importance to the place of the alleged wrongful act, but only as part of a broader test that determines which jurisdiction has the greatest interest in the dispute or the most substantial contacts with it“. Vgl. auch *Frohlich*, 24 Berkeley Tech. L. J 2009, 851, 862.

⁸⁶ Vgl. *Trimble*, 25 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 2015, 339, 374: „The Restatement (Second) of Conflict of Laws adopted this approach [– the factors approach –] but US courts have not applied the approach to copyright infringements, resorting instead to the traditional *lex loci delicti* rule“.

Selbst wenn ein Gericht auf das Recht mit der engsten Verbindung abstellt, kann es außerdem zu dem Ergebnis kommen, dass dies bei Urheberrechtsverletzungen dem Land entspricht, in dem die Verletzung lokalisiert werden kann.⁸⁷ Somit ist die Lokalisierung der Verletzungshandlung in jedem Fall bedeutsam.⁸⁸

Ein wichtiger Grundsatz des U.S.-amerikanischen Urheberrechts besteht im grundsätzlichen Verbot der extraterritorialen Anwendung.⁸⁹ Allerdings wendet die Rechtsprechung das nationale Recht auf transnationale Sachverhalte an, wenn die Nutzungshandlungen nicht vollständig extraterritorial („wholly extraterritorial“) sind.⁹⁰ Wann dies gegeben ist, muss im Einzelfall ermittelt werden. In *Perfect 10, Inc. v. Yandex N. V.*⁹¹ urteilte der District Court etwa, dass es für die Anwendbarkeit von U.S.-Recht unzureichend ist, dass urheberrechtlich geschütztes Material in den USA abrufbar ist, wenn die Host-Server im Ausland stehen.⁹² Im Übrigen ist insbesondere die sog. „root copy doctrine“ relevant. Danach „kann etwa der Rechteinhaber auch in den USA nach US-amerikanischem Urheberrecht wegen einer Vervielfältigungshandlung im Ausland klagen, wenn die Vervielfältigung auf der Grundlage einer rechtswidrig in den USA hergestellten Vorlage erfolgte“.⁹³ Auch dieses Konzept zeigt, dass die Rechtsprechungspraxis häufig bereits sehr geringe Anknüpfungspunkte ausreichen lässt, um dem Verbot extraterritorialer Anwendung gerecht zu werden.⁹⁴

⁸⁷ So etwa *Dish Network L. L. C. v. TV Net Sols., LLC*, No. 6:12-CV-1629-ORL-41, 2014 WL 6685351, S. 3 (M. D. Fla. Nov. 25, 2014): „Where, as here, the alleged infringement occurred domestically, the United States has the most significant relationship to the infringement, and therefore, United States law will govern that issue“.

⁸⁸ In den USA lässt sich weniger deutlich zwischen Fragen der internationalen Zuständigkeit, des anwendbaren Rechts und sachrechtlichen Erwägungen trennen. Aus dem Verbot der extraterritorialen Anwendung ziehen einige Gerichte und Teile der Literatur etwa bereits eine Beschränkung der Zuständigkeit amerikanischer Gerichte (*subject matter jurisdiction*). In diesem Fall würde sich die Frage des anwendbaren Rechts vor einem US-Gericht gar nicht mehr stellen. Zum Streit siehe *Shropshire v. Canning*, 809 F. Supp.2d 1139, 1143 (N. D. Cal. 2011). Teilweise wird die Rechtsprechung einiger US-Gerichte auch dahingehend verstanden (und kritisiert), dass sie nicht nach der *lex loci delicti*-Regel vorgehen, sondern, wenn sie *subject matter jurisdiction* annehmen, automatisch auch das Forumrecht (*lex fori*) anwenden, *Frohlich*, 24 Berkeley Tech. L. J 2009, 851, 858.

⁸⁹ Vgl. nur *Subafilms, Ltd. v. MGM-Pathe Commc'ns Co.*, 24 F. 3d 1088, 1090 (9th Cir. 1994): „[...] we conclude that there can be no liability under the United States copyright laws for authorizing an act that *itself* could not constitute infringement of rights secured by those laws, and that wholly extraterritorial acts of infringement are not cognizable under the Copyright Act“. Vgl. auch *Patry*, *Patry on Copyright* § 25:86: „Every court to have examined the issue has held that Congress did not intend the Copyright Act to be applied extraterritorially, beginning with the Supreme Court in 1908“ (Hervorhebung im Original).

⁹⁰ Vgl. die Darstellung in *Liberty Media Holdings, LLC v. Vinigay.com*, 2011 WL 7430062, S. 3 f. (D. Ariz. Dec. 28, 2011). *Drexl* in: *MüKoBGB (IntImmGR)* Rn. 296.

⁹¹ *Perfect 10, Inc. v. Yandex N. V.*, No. C 12–01521 WHA, 2013 WL 4777189 (N. D. Cal. Sept. 6, 2013).

⁹² „This order accordingly holds that Yandex’s hosting of full-sized Perfect 10 images on servers in Russia does not constitute direct copyright infringement in the United States“, *Perfect 10, Inc. v. Yandex N. V.*, No. C 12–01521 WHA, 2013 WL 4777189, S. 4 (N. D. Cal. Sept. 6, 2013).

⁹³ *Drexl* in: *MüKoBGB (IntImmGR)* Rn. 296.

⁹⁴ Dazu kritisch *Drexl* in: *MüKoBGB (IntImmGR)* Rn. 296. Einschränkend aber *Trimble*, 25 *Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J.* 2015, 339, 364, die betont: „US courts have not applied US law to activities abroad but they have applied US law solely to acts that occurred in the United States,

Für die hier besonders interessierenden Fälle vermeintlicher Urheberrechtsverletzungen auf Hosting-Plattformen ist die Entscheidung *Shropshire v. Canning*⁹⁵ bedeutsam. In diesem Fall hatte ein kanadischer Nutzer ein Video mit urheberrechtlich geschützter Musik eines amerikanischen Rechteinhabers auf YouTube geladen. Das Gericht hielt U.S.-Copyright Law für anwendbar. Es sei jedenfalls ausreichend, dass sich die Server der Hosting-Plattform in den USA befänden und das Video mit dem Ziel hochgeladen worden sei, dass es (auch) in den USA abrufbar ist.⁹⁶ Ob der Beklagte sich über den Standort der Server im Klaren war, sei irrelevant.⁹⁷ Zum gleichen Ergebnis kam der District Court in *Crunchyroll, Inc. v. Pledge*,⁹⁸ einem Fall, der YouTube-Uploads von Anime-Filmen vom Vereinigten Königreich aus betraf.⁹⁹ Nach dieser Rechtsprechung ist U.S.-Recht also auf jedes Video anwendbar, das auf YouTube – als Webseite mit Unternehmenssitz in Kalifornien – hochgeladen wird.¹⁰⁰

Ebenso ist U.S.-Recht anwendbar, wenn ein Video auf eine Hosting-Plattform mit Sitz im Ausland geladen wird, das Video aber zuvor von einer amerikanischen Seite ohne Erlaubnis heruntergeladen wurde.¹⁰¹ Da die meisten Hosting-Plattformen ihren Sitz in den USA haben und zudem häufig Werke U.S.-amerikanischer Rechteinhaber für Remixe genutzt werden, würden U.S.-Gerichte ihr nationales Urheberrecht wohl auf die große Mehrheit der hier interessierenden Fälle anwenden. Wie die zitierten Entscheidungen gezeigt haben, reicht für eine Anknüpfung an U.S.-amerikanisches Recht eine recht geringe Auswirkung im Inland – wie etwa eine nur teilweise dort lokalisierbare Verletzungshandlung – aus.¹⁰²

and the courts then used the constructive trust theory to justify the recovery of profits that accrued from outside the United States but emanated from infringing acts in the United States“.

⁹⁵ *Shropshire v. Canning*, 809 F. Supp.2d 1139 (N. D. Cal. 2011).

⁹⁶ „In sum, Plaintiff has now sufficiently alleged an act of direct copyright infringement that is not ‚wholly extraterritorial‘ to the United States: Defendant’s transmission of an infringing video from Canada to YouTube’s servers in California, from which it was subsequently accessible and viewed by those within the United States for approximately two years“, *Shropshire v. Canning*, 809 F. Supp. 2d 1139, 1147 (N. D. Cal. 2011).

⁹⁷ *Shropshire v. Canning*, 809 F. Supp. 2d 1139, 1146 (N. D. Cal. 2011).

⁹⁸ *Crunchyroll, Inc. v. Pledge*, No. C 11–2334 SBA, 2014 WL 1347492 (N. D. Cal. Mar. 31, 2014).

⁹⁹ *Crunchyroll, Inc. v. Pledge*, No. C 11–2334 SBA, 2014 WL 1347492, S. 17 (N. D. Cal. Mar. 31, 2014): „Here, Defendant Pledge copied and uploaded over 3,000 Anime Episodes, presumably while he was in the United Kingdom. Those videos have been transmitted, through YouTube’s California Services, to potentially thousands of viewers in the United States. Thus, the infringing conduct was not ‚wholly extraterritorial‘ to the United States“.

¹⁰⁰ *Patry*, 7 *Patry* on Copyright § 25:103: „Under this extremely expansive view, every single video uploaded on YouTube from around the world results in infringement of U.S. law, assuming there are not substantive defenses (e. g., fair use)“.

¹⁰¹ „The Court concludes that Defendants’ acts of direct infringement-unlawfully downloading Plaintiff’s three videos to vinigay.com, even assuming Defendants’ website and server were located outside the United States, from Plaintiff’s web server in Tampa, Florida for display, distribution, and copying by Internet users in the United States and the rest of the world-constitute acts of infringement that are not wholly extraterritorial to the United States“, *Liberty Media Holdings, LLC v. Vinigay.com*, 2011 WL 7430062, S. 5 (D. Ariz. Dec. 28, 2011), report and recommendation adopted, No. CV-11–280-PHX-SMM, 2012 WL 641579 (D. Ariz. Feb. 28, 2012).

¹⁰² So auch *Drexel* in: MüKoBGB (IntImmGR) Rn. 296, der darauf verweist, dass eine „Expansion des US-amerikanischen Immaterialgüterrechts als Weltrecht im Bereich der Internet-Verwertung geistigen Eigentums“ naheliege. So auch *Ginsburg*, Where Does the Act of Making Available

Inwieweit U.S.-amerikanische Gerichte daneben noch ausländisches Recht für anwendbar halten würden, ist fraglich. Die Rechtsprechung scheint bei (mindestens teilweiser) Lokalisierung der Nutzungshandlung in den USA zumeist nur U.S.-Recht anzuwenden.¹⁰³ Dies könnte daran liegen, dass Kläger häufig nur eine Verletzung von U.S.-Recht geltend machen oder dass kollisionsrechtliche Fragen oft übersehen werden.¹⁰⁴ Grundsätzlich könnten nach dem *lex loci delicti*-Ansatz jedenfalls eine Vielzahl von Rechtsordnungen zu berücksichtigen sein.¹⁰⁵ Sofern auch die Verletzung von weiteren, ausländischen Urheberrechten infrage stünde, könnten sich U.S.-Gerichte dafür theoretisch im Rahmen der *supplemental jurisdiction* für zuständig erklären.¹⁰⁶ Bei konsequenter Beachtung des Verbots extraterritorialer Anwendung müssten sie in diesen Fällen das jeweilige ausländische Recht anwenden.¹⁰⁷

B. Begrenzbarkeit der zu berücksichtigenden Rechtsordnungen?

Die potentielle Anwendbarkeit multipler Rechtsordnungen führt bei Internet-Sachverhalten zu erhöhter Rechtsunsicherheit. Vor allem kreative Nutzer von Fremdmaterial sind bislang benachteiligt, da die Rechtslage tendenziell Rechteinhaber besserstellt:¹⁰⁸ Rechteinhaber können theoretisch nach dem strengsten Recht Schutz suchen und auch die sachrechtlichen Einschränkungen¹⁰⁹ stehen der Anwendbarkeit einer Vielzahl von Rechtsordnungen nicht unbedingt im Weg.¹¹⁰ Einige Vorschlä-

Occur?, in: Savin/Trzaskowski, Research Handbook on EU Internet Law (2014), S. 208 f. Einige gewisse faktische Begrenzung der in den USA vor Gericht gebrachten Fälle könnte sich daraus ergeben, dass ein Werk erst bei Copyright Office registriert werden muss, bevor Klage erhoben werden kann, vgl. dazu *van Gompel*, Formalities in Copyright Law, S. 18.

¹⁰³ Dabei wird bei der Schadensersatzberechnung auch der in anderen Ländern erzielte Gewinn berücksichtigt, vgl. dazu *Trimble*, 25 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 2015, 339, 364: „The results of the application of the root copy approach are similar to the results that US courts would have achieved if they had applied US law to activities outside the United States, and indeed copyright owners resort to the root copy approach as an alternative to litigating under multiple copyright laws“. Begründet wird dies mit der sog. *constructive trust theory*, siehe dazu *Sheldon v. Metro-Goldwyn Pictures Corp.*, 106 F. 2d 45, 52 (2d Cir. 1939), aff'd, 309 U.S. 390 (1940). Klägern ist es auch möglich, aufgrund einer in den USA begangenen Verletzung die Verluste der weltweiten Lizenzgebühren als Schaden geltend zu machen, vgl. *Randles Films, LLC v. Quantum Releasing, LLC*, 551 F. App'x 370 (9th Cir. 2014).

¹⁰⁴ Dazu ausführlich *Trimble*, 25 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 2015, 339, 391 ff.

¹⁰⁵ Je nachdem, wie man die relevante(n) Nutzungshandlung(en) eben lokalisiert, dazu ausführlicher *Frohlich*, 24 Berkeley Tech. L. J. 2009, 851, 862.

¹⁰⁶ *Partry*, *Patry on Copyright* § 25:88.

¹⁰⁷ *Patry*, *Patry on Copyright* § 25:88, entsprechend kritisch mit Blick auf die in Fn. 103 zitierte Entscheidung des 2nd Circuit. Vgl. auch *Ginsburg*: „[I]n the case of multi-territorial infringements, when the act has neither originated nor culminated in the United States, but US courts have jurisdiction over the defendant (for example because the defendant is a US resident), the case law tends toward distributive application of the laws of each country in which the allegedly infringing copies or communications were received“, *Ginsburg*, Where Does the Act of Making Available Occur?, in: Savin/Trzaskowski, Research Handbook on EU Internet Law (2014), S. 209 m. w. N.

¹⁰⁸ *Matulionyte*, 2 JIPITEC 2011, 26, 27.

¹⁰⁹ Dazu oben, § 3. A. I. 2.

¹¹⁰ Gerichte tendieren zudem dazu, Forumrecht anzuwenden. Da der Kläger das Forum aussucht, ist diese Situation für ihn meist vorteilhaft, *Frohlich*, 24 Berkeley Tech. L. J. 2009, 851, 892.

ge, die nachfolgend kurz vorgestellt werden, versuchen dieses Problem zu lösen.¹¹¹ Die Ansätze sollen insbesondere darauf untersucht werden, ob sie geeignet sind, die Identifikation des anwendbaren Rechts für gesetzlich erlaubte Nutzungen in Remix-Fällen zu vereinfachen und ob sie eine interessengerechte Lösung für alle beteiligten Akteure finden.

I. Internetspezifische Anknüpfung

In den letzten Jahren wurden mehrere Vorschläge zur einheitlichen Regelung des Kollisionsrechts im Bereich der Immaterialgüterrechte erarbeitet.¹¹² Aufgrund des europäischen und U.S.-amerikanischen Fokus dieser Arbeit sollen nachfolgend (nur) die Vorschläge aus diesen Regionen im Hinblick auf das anwendbare Recht für gesetzlich erlaubte Nutzungen in ubiquitären Medien untersucht werden.

Die *Intellectual Property Principles Governing Jurisdiction, Choice of Law, and Judgments in Transnational Disputes* wurden vom American Law Institute in Auftrag gegeben und 2007 offiziell angenommen (daher kurz: ALI Principles).¹¹³ Das Europäische Projekt (*European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property (CLIP)*) zur Erarbeitung von alternativen Anknüpfungsregeln wurde im Jahr 2011 abgeschlossen.¹¹⁴ Unter dem Dach der *International Law Association (ILA)* wurde im November 2010 zudem ein spezielles Komitee eingerichtet („Intellectual Property and Private International Law“), das ebenfalls Richtlinien entwickelt.¹¹⁵ Bisher ist ein Entwurf (*ILA Committee Draft Guidelines Intellectual Property in Private International Law*) vom 25.05.2016 verfügbar.¹¹⁶

1. Schutzlandprinzip und spezielle Regel für ubiquitäre Medien

Die genannten Projekte weisen viele Übereinstimmungen auf.¹¹⁷ So befürworten alle Vorschläge grundsätzlich das Schutzlandprinzip.¹¹⁸ Dies gilt auch für in Betracht kommende gesetzlich erlaubte Nutzungen.¹¹⁹ Zudem wollen alle Vorschläge eine

¹¹¹ Einige (für gesetzlich erlaubte Nutzungen weniger prominent diskutierte) alternative Anknüpfungsregeln, wie die *lex fori*-Regel, das Ursprungslandprinzip oder eine Anknüpfung an das Heimatrecht der Beteiligten können hier nicht im Detail diskutiert werden, siehe dazu ausführlich Beckstein, Einschränkungen des Schutzlandprinzips, S. 305 ff.

¹¹² So etwa das 2009 fertiggestellte japanische Projekt „Transparency of Japanese Law Project, Transparency Proposal on Jurisdiction, Choice of Law, Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Intellectual Property“ sowie die japanisch-koreanischen Waseda Principles von 2010 („Japanese-Korean Principles of Private International Law on Intellectual Property Rights, Joint Proposal Drafted by the Members by Members of the Private International Association of Korea and Japan (Waseda University COE Project)“).

¹¹³ Dazu Drexl in: MüKoBGB (IntImmGR) Rn. 331.

¹¹⁴ Kur, GRUR Int. 2012, 857.

¹¹⁵ ILA, Sofia Conference, Intellectual Property and Private International Law, Report (2012), S. 2. Dazu Metzger in: Dreier/Hilty, FS 50 Jahre UrhG (2015), S. 275.

¹¹⁶ ILA, Johannesburg Conference, Intellectual Property and Private International Law, Report (2016), S. 3 ff.

¹¹⁷ So auch Metzger in: Dreier/Hilty, FS 50 Jahre UrhG (2015), S. 275.

¹¹⁸ CLIP 3:102; § 301 ALI Principles; Art. 18 und 24 Draft ILA Guidelines.

¹¹⁹ So explizit CLIP 3:701. § 301 ALI Principles sprechen von „attributes“, worunter auch

Einschränkung der anwendbaren Rechtsordnungen auf Ebene des Kollisionsrechts erreichen.¹²⁰ Entsprechend wird jeweils eine besondere Anknüpfungsregel für behauptete Rechtsverletzungen in ubiquitären Medien befürwortet (§ 321 ALI Principles, CLIP 3:306, Art. 25 Draft ILA Guidelines).¹²¹ Zumindest solange sachrechtliche Einschränkungen nicht harmonisiert sind, wäre eine solche Regel für die Frage des anwendbaren Rechts in Remix-Fällen grundsätzlich besonders hilfreich. Allerdings ist zu prüfen, ob sie tatsächlich geeignet wäre, die Rechtssicherheit für Nutzer zu verbessern.

Soweit nach diesen jeweiligen Regelungen nur eine Rechtsordnung anzuwenden ist, soll es dem Kläger möglich sein, alle Rechtsfolgen nach dieser Rechtsordnung einzuklagen.¹²² Es wäre dann, statt der mosaikhaften Aufteilung, möglich, weltweite Unterlassungsansprüche zu erwirken.¹²³ Dabei soll das Recht zur Anwendung kommen, das die engste Verbindung zur mutmaßlichen Rechtsverletzung (CLIP, Draft ILA Guidelines) bzw. zum Rechtsstreit (ALI) aufweist. Dies ist anhand einer Reihe von Kriterien zu ermitteln, wobei sich die exemplarischen Listen der Vorschläge leicht unterscheiden.

2. Identifikation der engen bzw. engsten Verbindung

Die CLIP-Grundregeln fokussieren sich vor allem auf den Verletzer und die Rechtsverletzung. Es sollen gewöhnlich berücksichtigt werden: der Aufenthaltsort des Rechtsverletzers sowie seine Hauptniederlassung, der Ort, an dem wesentliche, die Rechtsverletzung in ihrer Gesamtheit unterstützende Tätigkeiten ausgeübt worden sind, sowie der Ort, an dem der durch die Rechtsverletzung verursachte Schaden im Verhältnis zur Rechtsverletzung insgesamt wesentlich ist.¹²⁴

Die ALI Principles stellen auf beide Parteien ab und schlagen für die Identifikation der engen Verbindung(en) die Berücksichtigung der jeweiligen Aufenthaltsorte

Schranken und Begrenzungen zu verstehen seien, Metzger in: European Max Planck Group on CLIP, 3:701.N04.

¹²⁰ Drexl in: MüKoBGB (IntImmGR) Rn. 332. Vgl. auch Art. 25 Draft ILA Guidelines.

¹²¹ Beide Vorschläge definieren, wann die Regelung einschlägig sein soll. Die CLIP-Grundregeln sind dabei besonders streng und wollen die Sonderregel nur bei mutmaßlichen Verletzungen in ubiquitären Medien anwenden, „falls angenommen werden kann, dass die Rechtsverletzung in jedem Staat stattfindet, in welchem die Signale empfangen werden können“. Aufgrund der teilweise vorhandenen sachrechtlichen Einschränkung und infrage kommenden gesetzlich erlaubten Nutzungen könnte diese Voraussetzung – bei einem engen Verständnis – bei Remix-Filmen möglicherweise nur äußerst selten gegeben sein. Allerdings weist Kur darauf hin, dass es ausreichen soll, dass ein derart enges Verständnis nicht angebracht ist („[I]t is sufficient to claim with a certain degree of plausibility that the infringement occurs on a global scale“), Kur in: European Max Planck Group on CLIP, 3:603.C10. Hier wird daher davon ausgegangen, dass Remix-Filme auf Hosting-Plattformen grundsätzlich die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der beiden Regelungen für ubiquitäre Verletzungen erfüllen, jedenfalls solange keine Geoblocking-Technologie eingesetzt wird.

¹²² Kur in: European Max Planck Group on CLIP, 3:603.C03; zu den ALI Principles Beckstein, Einschränkungen des Schutzlandprinzips, S. 344. Art. 25 (1) Draft ILA Guidelines: „When the infringement in multiple states is pleaded in connection with the use of ubiquitous or multinational media, it may be appropriate to apply to the infringement as a whole only the law or laws of the State(s) having an especially close connection with the global infringement“ (eigene Hervorhebung).

¹²³ CLIP 2:604(2), dazu Kur in: European Max Planck Group on CLIP, 3:603.C03 und C05.

¹²⁴ CLIP 3:603(2).

der Beteiligten sowie des Ortes, an dem eventuell bestehende vertragliche Beziehungen zwischen den Parteien stattgefunden haben, vor.¹²⁵ Zudem sollen das Ausmaß der Aktivitäten der Parteien, die getätigten Investitionen und der wichtigste Markt, auf den die Parteien ihre Aktivitäten gerichtet haben, herangezogen werden.¹²⁶

Die Draft ILA Guidelines vereinen die geschilderten Vorschläge.¹²⁷ Abgestellt werden soll daher auf den Ort, an dem der durch die Rechtsverletzung verursachte Schaden im Verhältnis zur Rechtsverletzung insgesamt wesentlich ist; die Wohn- oder Unternehmenssitzbeider Parteien sowie den Ort, an dem für die Rechtsverletzung wesentliche Handlungen vorgenommen wurden.¹²⁸

Für Nutzer wäre anhand dieser Anknüpfungspunkte wohl nicht zweifelsfrei vorherzusagen, welches Recht als dasjenige mit der engsten Verbindung gewertet werden würde.¹²⁹ Die CLIP-Regelung könnte zur Anwendung des Rechts im Land des Wohnsitzes des Nutzers führen, wenn dieser von dort aus auch den Upload getätigt hat. Dies gilt auch für die Draft ILA Guidelines. Ebenso könnte bei einer stärkeren Gewichtung des Ortes des substantiellen Schadens auch der Tätigkeitsort des Verletzers maßgeblich sein. Dies gilt noch mehr für die ALI Principles, die aufgrund der Betonung des Marktes und der Investitionen die Anwendbarkeit des Rechts großer Volkswirtschaften wie insbesondere der USA bevorzugen.¹³⁰ Da die ALI Principles und die Draft ILA Guidelines nicht auf die *engste*, sondern nur auf eine enge Verbindung abstellen, wäre es nach diesen Regeln zudem denkbar, dass die Rechtsordnungen mehrerer Länder Anwendung finden.¹³¹ Insofern führt die Formulierung der CLIP-Grundregeln womöglich zu etwas mehr Rechtssicherheit. Durch keinen der Vorschläge könnte allerdings verhindert werden, dass sich die Lage für Remixer stark verkompliziert, sobald sie Fremdmaterial mehrerer Rechteinhaber, ggf. sogar aus verschiedenen Ländern, nutzen.

Problematisch ist darüber hinaus, dass es jeweils dem Richter überlassen sein soll, ob er die spezielle Regel für ubiquitäre Verletzungen anwenden möchte.¹³² Sollte der Kläger Schutz für das Recht des Forumstaates beanspruchen und dieses Recht nicht dem Recht mit der engsten Verbindung entsprechen, besteht die Möglichkeit, dass

¹²⁵ § 321(1)(a) und (b) ALI Principles.

¹²⁶ § 321(1)(c) und (d) ALI Principles.

¹²⁷ „The proposed provision is primarily based on the ubiquitous infringement rules as suggested in the ALI, CLIP and Joint Japanese-Korean group proposals. It makes an attempt to merge these rules by taking the best elements from each of the proposals, and suggests a more general wording which is assumingly better suited for an international forum“, ILA, Washington Conference, Intellectual Property and Private International Law, Report (2014), S. 8.

¹²⁸ Art. 25(2) Draft ILA Guidelines.

¹²⁹ Eine frühere Version der ALI Principles sah eine Rangfolge der Kriterien vor und hätte dadurch möglicherweise zu einer vorhersehbareren Rechtslage geführt, so *Frohlich*, 24 Berkeley Tech. L. J 2009, 851, 895.

¹³⁰ Kritisch daher *Drexler* in: MüKoBGB (IntImmGR) Rn. 334: „So wird auch bei den ALI Principles erkennbar, dass man bei einer Orientierung am Marktrecht Gefahr läuft, das US-Recht extraterritorial anzuwenden, wenn man auf das bedeutendste Marktrecht unter Ausschluss aller übrigen Rechtsordnungen abstellt“.

¹³¹ *Matulionyte*, 2 JIPITEC 2011, 26, 30 f.

¹³² Jeweils sehen die Vorschläge vor, dass das Recht der engsten Verbindung angewendet werden kann („the court may choose to apply“ (ALI); „the court may apply“ (CLIP); „it may be appropriate to apply“ (Draft ILA Principles)).

Gerichte die Anwendung des Forumrechts schlicht bevorzugen und von der Anknüpfungsregel keinen Gebrauch machen.¹³³ Die Freiwilligkeit der Anknüpfungsregeln erhöht damit die bereits erörterte Rechtsunsicherheit.¹³⁴

3. „Retreat to territoriality“-Ausnahme

Die Anknüpfungsregel freiwillig auszugestalten, ist unter dem Gesichtspunkt der Sicherung der Wertungsvielfalt verschiedener Rechtsordnungen auch nicht erforderlich.¹³⁵ Hierfür sehen die Vorschläge bereits jeweils eine Ausnahmeregelung vor, die es jeder Partei erlaubt, eine abweichende Rechtslage für ein Schutzland nachzuweisen (CLIP 3:693(3),¹³⁶ § 321(2) ALI Principles; Art. 25 (3) Draft ILA Guidelines). Diese Ausnahme wird auch als „retreat to territoriality“ bezeichnet.¹³⁷ Die Wertung anderer Rechtsordnungen ist dann im Rahmen der Rechtsfolgen zu berücksichtigen.¹³⁸

Für Unterlassungsansprüche würde dies etwa bedeuten, dass der Nutzer nachweisen könnte, dass sein Remix nach U.S.-Recht über *fair use* erlaubt ist und somit eine Sperrung für das Gebiet der USA nicht erfolgen darf. Auf diese Weise wäre sichergestellt, dass sich auch Nutzer die Wertungsvielfalt verschiedener Rechte zunutze machen könnten.¹³⁹ Dies setzt allerdings voraus, dass Geoblocking von der Rechtsprechung als wirksame Möglichkeit anerkannt würde, um die Lokalisierung der öffentlichen Zugänglichmachung auf bestimmte Gebiete zu beschränken.¹⁴⁰ Zudem ergibt sich in den CLIP- und ALI-Vorschlägen eine gewisse Hürde daraus, dass eine

¹³³ *Frohlich*, 24 Berkeley Tech. L. J 2009, 851, 892. Da der Kläger das Forum wählt, wird er mit großer Wahrscheinlichkeit Schutz für das Recht des Forumstaates suchen. Die CLIP-Regeln zur Zuständigkeit schränken die Wahl des Forumgerichts allerdings etwas ein, dazu *Kur* in: European Max Planck Group on CLIP, 3:603.C14.

¹³⁴ Der ILA Ausschuss beriet über dieses Problem: „For instance, the Committee considered whether it is reasonable to add a separate guideline specifying the application of mandatory rules. Although this could be considered to be outside of the scope of the Guidelines, in certain cases, e. g., ubiquitous infringements, some certainty with regard to the applicability of mandatory rules would certainly add to the efficiency of litigation“, ILA, Johannesburg Conference, Intellectual Property and Private International Law, Report (2016), S. 12.

¹³⁵ So soll die Regel wohl vor allem auch der Erleichterung für das berufene Gericht dienen, dazu kritisch *Beckstein*, Einschränkungen des Schutzlandprinzips, S. 339 f.

¹³⁶ Dazu *Kur* in: European Max Planck Group on CLIP, 3:603.C15.

¹³⁷ Vgl. ILA, Sofia Conference, Intellectual Property and Private International Law, Report (2012), S. 12; *Matulionyte*, 2 JIPITEC 2011, 26, 31.

¹³⁸ Zu den ALI Principles, *Beckstein*, Einschränkungen des Schutzlandprinzips, S. 342.

¹³⁹ Eigentlich sollten Gerichte extraterritoriale Wirkungen ihrer Urteile ohnehin vermeiden, in der Praxis geschieht dies aber nicht immer. Vgl. dazu etwa *Ohly* in: Drexl/Kur, IP and PIL (2005), S. 255 f.

¹⁴⁰ Dies ist bislang noch in keinem Land gesichert (*Trimble*, 18 N.C.J.L. & Tech. 2016, 119, 151), könnte sich aber abzeichnen, *Trimble*, 22 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 2012, 567, 590 m. w. N. Kritisch zur Wirksamkeit *Hoeren*, MMR 2007, 3, 6. Natürlich hätte ein Einsatz solcher Technologien auch Nachteile, insbesondere für den europäischen Binnenmarkt, da eine territoriale Aufteilung gerade gefördert würde. Die Europäische Kommission sieht Geoblocking daher grundsätzlich kritisch, hält es aber dort für gerechtfertigt, wo Unternehmen national unterschiedlichen gesetzlichen Auflagen nachkommen müssen, vgl. Europäische Kommission, Strategie für einen digitalen Binnenmarkt für Europa, COM(2015) 192 final, S. 7. Vgl. zum Problem Geoblocking im Binnenmarkt auch *Stieper*, GRUR 2015, 1145, 1146 ff.

weltweite Verletzung zunächst vermutet würde und sodann der Nutzer das Gegenteil nachweisen müsste („a/any party may prove“).¹⁴¹ Die Formulierung der Draft ILA Guidelines („may claim“) ist daher vorzugswürdig.¹⁴²

Zu beachten ist jedenfalls, dass diese für beide Parteien geltende Ausnahmeregel auch bedeuten würde, dass der Kläger letztlich eine Rückkehr zum Schutzlandprinzip erwirken kann.¹⁴³ Dem Beklagten ist es somit letztlich unmöglich, die betroffenen Rechtsordnungen vor dem Rechtsstreit zu antizipieren bzw. einzugrenzen.¹⁴⁴

4. Spezielle Anknüpfung für Internet-Dienste

CLIP 3:604 sowie Art. 25 (4) Draft ILA Guidelines beinhalten zudem spezielle Regelungen für die sekundäre Haftung von Internet-Diensten. Da diese Arbeit insbesondere kreative Nutzungen auf Hosting-Plattformen untersucht, ist zu klären, ob sich diese Regeln auf das anwendbare Recht für gesetzlich erlaubte Nutzungen auswirken können. Hintergrund der Regelungen ist, dass das anwendbare Recht für Intermediäre derzeit schwer vorherzusehen ist, da es sich grundsätzlich nach dem gleichen Recht wie die Primärverletzung richtet¹⁴⁵ und die Nutzer von Plattformen aus aller Welt kommen. Zudem haben passive Host-Provider keinen Einfluss darauf, welche Werke von ihren Nutzern verwendet und ggf. verletzt werden.¹⁴⁶ Die CLIP-Grundregeln schlagen daher die Anwendung des Rechts desjenigen Staates vor, „in welchem der Schwerpunkt ihrer auf diese Mittel oder Dienstleistungen bezogenen Tätigkeiten liegt“ (CLIP 3:604(2)). Um ein Ausweichen in Staaten mit besonders schwachem Schutz zu vermeiden, grenzt Absatz 3 diese Regel auf das Recht von Staaten ein, die bestimmte Mindestanforderungen erfüllen.¹⁴⁷ Übertragen auf Hosting-Plattformen würde für deren sekundären Haftung wohl meist U.S.-amerikanisches Recht¹⁴⁸ angewendet werden, da viele Provider ihren geschäftlichen Schwerpunkt in den USA haben.¹⁴⁹ Die vorgelagerte Frage der Primärverletzung würde sich allerdings weiterhin nach dem Recht des Landes richten, das über die Regel für ubiquitäre Rechtsverletzungen identifiziert worden wäre.¹⁵⁰ Somit müssten Provider bei der konkreten Entscheidung, ob sie einen Remix blocken, nach wie vor unterschiedliche Maßstäbe anlegen. Letztlich würde sich diese Regel also auf das für gesetzlich erlaubte Nutzungen anwendbare Recht – auch wenn der Remix über eine Hosting-Plattform verbreitet wird – nicht auswirken.

¹⁴¹ § 321(2) ALI Principles; CLIP 3:693(3).

¹⁴² Dazu schon *Matulionyte*, 2 JIPITEC 2011, 26, 32.

¹⁴³ Daher kritisch mit Blick auf die ALI Principles *Beckstein*, Einschränkungen des Schutzlandprinzips, S. 344.

¹⁴⁴ So auch *Beckstein*, a. a. O.

¹⁴⁵ *Kur*, GRUR Int. 2012, 857, 866; *Spindler/Leistner*, GRUR Int. 2005, 773, 785 und 795.

¹⁴⁶ *Drexl* in: MüKoBGB (IntImmGR) Rn. 337.

¹⁴⁷ Diese Anforderungen dürften EU-Mitgliedstaaten sowie die USA und Kanada erfüllen. Sie lauten: „(a) Haftung für unterbleibendes Tätigwerden im Falle tatsächlicher Kenntnis einer primären Rechtsverletzung oder im Falle einer offensichtlichen Rechtsverletzung und (b) Haftung für aktive Veranlassung“.

¹⁴⁸ Dazu ausführlich § 5 B. I.

¹⁴⁹ Möglich ist aber auch hier die Relevanz mehrerer Rechtsordnungen, *Kur* in: European Max Planck Group on CLIP, 3:604.C16.

¹⁵⁰ *Kur* in: European Max Planck Group on CLIP, 3:604.C09.

Die Draft ALI-Guidelines schlagen *mutatis mutandis* die Anwendung der Regel für ubiquitäre Verletzungen vor. Auch hier erscheint es jedoch möglich, dass sich das so ermittelte Recht von dem anwendbaren Recht für Schranken unterscheidet. Die Verbreitung über Hosting-Plattformen hätte wohl (abgesehen von der Wertung im Rahmen der Faktoren) keine eigenständige Bedeutung für das auf die Schranken für kreative Nutzungen anwendbare Recht.

Die Reformvorschläge wurden zwar von einigen Gerichten aufgegriffen, allerdings haben sie sich bislang weder in der Rechtsprechung noch in Form von Legislativvorhaben durchsetzen können.¹⁵¹

Für die Identifikation des anwendbaren Rechts in Remix-Fällen würden sie auch nur bedingt helfen, da die Lage für kreative Nutzer weiterhin schwer vorhersehbar bliebe.

II. Lokalisierung der öffentlichen Wiedergabe

Teilweise wird – in Anlehnung an die Regelung in der Satelliten- und Kabel-Richtlinie¹⁵² – in der Literatur gefordert, die öffentliche Zugänglichmachung in einem bestimmten Land zu lokalisieren.¹⁵³ Die Regel in der Satelliten- und Kabel-Richtlinie ist sachrechtlicher Natur.¹⁵⁴ Eine solche Einschränkung könnte zwar auch auf Ebene des Kollisionsrechts erfolgen, dies erscheint derzeit allerdings eher unrealistisch.¹⁵⁵

Häufig wird dabei von einer Lokalisierung im Ursprungsland gesprochen.¹⁵⁶ Das kann allerdings missverständlich sein. Es wird, anders als beim Ursprungslandprinzip, nicht auf das Land der Veröffentlichung des geschützten Werkes,¹⁵⁷ sondern auf den Ort der verletzenden Handlung im natürlichen Sinne (etwa das Einstellen ins Internet)¹⁵⁸ abgestellt.¹⁵⁹

Entgegengehalten wird diesem Ansatz vor allem, dass der Rechteinhaber dadurch unangemessen benachteiligt würde, weil für Rechtsverletzer eine Flucht in Staaten mit schwachem urheberrechtlichen Schutz möglich wäre und der Hochladende sich

¹⁵¹ Metzger in: Dreier/Hilty, FS 50 Jahre UrhG (2015), S. 275.

¹⁵² Art. 1 Abs. 2 lit. b) und für Drittstaaten lit. d).

¹⁵³ Vgl. dazu etwa Dieselhorst, ZUM 1998, 293, 299; Krause, ZUM 2011, 21, 24 (allerdings nur speziell für sendungsähnlichen Telemedienangebote); Ohly in: Drexl/Kur, IP and PIL (2005), S. 253.

¹⁵⁴ Dreier in: Dreier/Schulze, Vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 36; Kur in: European Max Planck Group on CLIP, 3:603.N01.

¹⁵⁵ Beckstein, Einschränkungen des Schutzlandprinzips, S. 312. Dies würde die Aufgabe des in der Rom II-VO festgeschriebenen Schutzlandprinzips erfordern.

¹⁵⁶ So etwa v. Welser in: Wandtke/Bullinger, Vor §§ 120 ff. Rn. 19 sowie Europäische Kommission, Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Werken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM(2011) 427 endgültig, S. 13.

¹⁵⁷ Dazu Thum, GRUR Int. 2001, 9.

¹⁵⁸ Es besteht allerdings keine Einigkeit, auf welche Handlung abgestellt werden sollte, infrage kommen etwa der Standort des Servers, das Zentrum der Steuerung des Internet-Auftritts oder der Ort des Uploads, dazu Dieselhorst, ZUM 1998, 293, 299 (für Serverstandort); Dreier in: Dreier/Schulze, Vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 41 (für Ort des ins-Netz-Stellens) sowie Spindler, IPrax 2003, 412, 420 (für „Ort der Schnittstelle zur Öffentlichkeit“ oder „Ort desjenigen, der die Inhalte auf dem Server beherrscht und steuert“).

¹⁵⁹ Beckstein, Einschränkungen des Schutzlandprinzips, S. 312; Schack, MMR 2000, 59, 62.

nur um die Rechtlklärung in diesem Land kümmern müsste.¹⁶⁰ Dieser Einwand ist bei globaler Betrachtung sicherlich gerechtfertigt – auch wenn zumindest in Staaten, die die relevanten internationalen Verträge ratifiziert haben (RBÜ, TRIPS, WIPO-Verträge), ein gewisser Mindeststandard urheberrechtlichen Schutzes bestehen sollte.¹⁶¹ Davon abgesehen scheint seine Durchsetzung auf internationalem Level wenig realistisch. Im Folgenden sollen daher nur Vorschläge auf EU-Ebene betrachtet werden. Da die Verwertungsrechte in der EU vollharmonisiert sind, bestünde bei einer Harmonisierung der Lokalisierung der öffentlichen Zugänglichmachung auf sachrechtlicher Ebene keine Gefahr des Ausweichens in Länder mit unzureichendem Urheberrechtsschutz.¹⁶²

1. Beispiel: Portabilitätsverordnung

Ein aktuelles Beispiel für eine sachrechtliche (fingierte) Lokalisierung einer Nutzungshandlung¹⁶³ findet sich in der Verordnung zur Gewährleistung der grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt.¹⁶⁴ Art. 4 PortabVO sieht vor: „Die Bereitstellung eines Online-Inhaltedienstes nach dieser Verordnung für einen Abonnenten, der sich vorübergehend in einem Mitgliedstaat aufhält, sowie der Zugriff auf diesen Dienst und seine Nutzung durch den Abonnenten gelten als ausschließlich im Wohnsitzmitgliedstaat des Abonnenten erfolgt“. Die Reichweite der Regelung ist allerdings stark beschränkt.¹⁶⁵ Insbesondere gilt sie nur für Verbraucher, die sich vorübergehend im Ausland aufhalten sowie für Dienste, die gegen Zahlung eines Geldbetrags angeboten werden oder den Wohnsitz ihrer Nutzer authentifizieren.¹⁶⁶ Auf das hier interessierende anwendbare Recht für gesetzlich erlaubte Nutzungen hat die Regelung daher keine Auswirkungen. Sie zeigt aber, dass eine sachrechtliche Lokalisierung der öffentlichen Zugänglichmachung innerhalb der EU eine Option ist.¹⁶⁷ Dabei könnte etwa auf das Land des Uploads abgestellt

¹⁶⁰ Dies gilt allerdings nur, wenn alle Staaten eine sachrechtliche Lokalisierung auf diese Weise vornehmen würden, ansonsten würde aufgrund des kollisionsrechtlichen Schutzlandprinzips wenig erreicht, *Beckstein*, Einschränkungen des Schutzlandprinzips, S. 314. Auch dies zeigt die Erforderlichkeit einer mindestens europaweiten Harmonisierung auf.

¹⁶¹ Die Vorschläge von *Ginsburg* zur Identifikation des anwendbaren Rechts für vermeintliche Rechtsverletzungen im Internet sehen eine Kaskade an möglichen Anknüpfungspunkten vor, die zur Bedingung haben, dass der identifizierte Staat die relevanten Übereinkommen ratifiziert hat, vgl. *Ginsburg*, WIPO/PIL/01/2, Private International Law Aspects of the Protection of Works and Object of related Rights Transmitted Through Digital Networks (2000 Update), S. 11 f. („[...] so long as this country’s domestic copyright law is consistent with the Berne Convention, WTO [and WCT] norms“).

¹⁶² *Spindler*, IPrax 2003, 412, 418.

¹⁶³ Erfasst werden die Bereitstellung und der Zugriff auf einen Online-Inhaltedienst, siehe Art. 4 PortabVO.

¹⁶⁴ Verordnung (EU) 2017/1128 zur grenzüberschreitenden Portabilität von Online-Inhaltediensten im Binnenmarkt.

¹⁶⁵ So auch *Spindler*, CR 2016, 73, 74 f. noch zum Kommissionsentwurf.

¹⁶⁶ Vgl. Erwägungsgrund 18 der PortabVO. Anbieter unentgeltlicher Dienste können entscheiden, ob sie in den Geltungsbereich der VO einbezogen werden, soweit sie den Wohnsitzstaat überprüfen, vgl. Erwägungsgrund 20 sowie Art. 6 PortabVO.

¹⁶⁷ Die Kommission diskutierte eine Ausweitung des Ursprungsland-Grundsatzes der Kabel- und Satelliten-RL bereits 2011 im Grünbuch über den Online-Vertrieb von audiovisuellen Wer-

werden, da dies häufig mit dem Wohnsitz des Beklagten zusammenfällt und weniger willkürlich als der Server-Standort ist.¹⁶⁸

2. Weitere Harmonisierung erforderlich

Eine Lokalisierung sämtlicher Online-Nutzungen hätte verschiedene Vorteile. Insbesondere bestünde für Rechteinhaber¹⁶⁹ und Nutzer größere Rechtssicherheit. Selbst ein Remixer, der Material verschiedenster Quellen nutzt, könnte sich für die Frage nach gesetzlich erlaubten Nutzungen eindeutig nach dem Recht seines Mitgliedsstaates richten. Zudem könnten Rechte für die weltweite Verwertung unkompliziert erworben werden.¹⁷⁰ Innerhalb der EU wäre Geoblocking zudem kaum mehr erforderlich.¹⁷¹

Zu Recht gibt *Stieper* zu bedenken, dass mit einer solchen Lösung noch kein einheitlicher digitaler Binnenmarkt geschaffen würde, da die nationalen Schrankenregelungen weiterhin divergieren würden.¹⁷² Gerade für Hosting-Plattformen würden die Probleme – unterschiedliche Maßstäbe je nachdem von wo ihre Nutzer tätig werden – nicht ausgeräumt.¹⁷³ Ohne eine weitergehende Harmonisierung der gesetzlich erlaubten Nutzungen – für kreative Nutzungen, aber auch für vergütungspflichtige Schranken¹⁷⁴ – wäre die Umsetzung somit nicht ganz unproblematisch. Erforderlich wären zudem möglicherweise weitere Maßnahmen für diejenigen Inhalte, die lizenziert werden müssten, damit „für eine auch im praktischen Ergebnis adäquate Urhebervergütung gesorgt wird“.¹⁷⁵

Wird nur die öffentliche Zugänglichmachung lokalisiert, darf außerdem nicht unbeachtet bleiben, dass die Vervielfältigung bislang zumeist am Serverstandort lokalisiert wird, d. h. dass jedenfalls noch das Recht dieses Landes berücksichtigt werden müsste. Zudem änderte eine rein innereuropäische Lösung selbstverständlich nichts daran, dass die U.S.-amerikanische Rechtsprechung fast immer (auch) dortiges Urheberrecht auf die hier betrachteten Fälle anwenden würde. Da die zu berücksichtigenden Rechtsordnungen aus Nutzersicht reduziert würden, wäre eine solche Lösung dennoch eine gewisse Erleichterung.

ken in der Europäischen Union: Chancen und Herausforderungen für den digitalen Binnenmarkt, KOM(2011) 427 endgültig, S. 13 f., hatte damals aber ebenfalls vor allem „die Online-Bereitstellung von Programmen“ im Blick.

¹⁶⁸ Siehe dazu auch *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, Vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 41.

¹⁶⁹ *Thum* betont, dass die gerichtliche Verfolgung eines multinationalen Verletzungsvorgangs vereinfacht werden könnte, *Thum*, GRUR Int. 2001, 9, 21.

¹⁷⁰ *Dreier* in: *Dreier/Schulze*, Vor §§ 120 ff. UrhG Rn. 41.

¹⁷¹ *Stieper*, GRUR 2015, 1145, 1147.

¹⁷² *Stieper*, GRUR 2015, 1145, 1148.

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Schack*, MMR 2000, 59, 63. Siehe auch *Stieper*, GRUR 2015, 1145, 1148, der hervorhebt, dass die Gegenleistung für die Lizenzerteilung davon abhängig gemacht werden könne, in welchem Land die Abonnenten das Signal empfangen, und die Lizenzgebühr könne (zumindest anteilig) pro Abonnent berechnet werden.

C. Bedeutung für gesetzlich erlaubte Nutzungen und Remix-Film

Werden Remixe über Hosting-Plattformen verbreitet, lässt sich nur in den seltensten Fällen rechtssicher voraussagen, welche Rechtsordnungen für die Frage nach gesetzlich erlaubten kreativen Nutzungen zu berücksichtigen sind. Aufgrund des in der EU geltenden Schutzlandprinzips hat es der Rechteinhaber in der Hand zu entscheiden, nach welcher Rechtsordnung (oder welchen Rechtsordnungen) er Schutz beanspruchen möchte. Zwar wird zunehmend von der deutschen Rechtsprechung eine sachrechtliche Eingrenzung dahingehend vorgenommen, dass ein wirtschaftlich hinreichender Inlandsbezug gegeben sein muss. Da eine Entscheidung des EuGH zu dieser Frage (für die öffentliche Zugänglichmachung) bislang aussteht, ist jedoch auch für einen Nutzer innerhalb der EU nur schwer zu überschauen, inwieweit die jeweilige Rechtsprechung verschiedener Mitgliedstaaten solch eine Einschränkung vornimmt. Im Übrigen kann jedenfalls bei englischsprachigen Remixen oder solchen, die vor allem auf Visuelles setzen – bei denen also die Sprache keine Fokussierung auf ein bestimmtes Land mit sich bringt, ein hinreichender Inlandsbezug zu vielen Ländern gegeben sein. Eine Lokalisierung der öffentlichen Wiedergabe würde die Lage innerhalb der EU etwas vereinfachen, erforderte allerdings weitere Maßnahmen wie eine weitergehende Harmonisierung der gesetzlich erlaubten Nutzungen und Mechanismen, die eine angemessene Vergütung von Rechteinhabern für lizenzierungspflichtige Inhalte sicherstellt.

Da die Auseinandersetzung mit Pop-Kultur häufig die Nutzung von Fremdmaterial amerikanischer Rechteinhaber impliziert und diese möglicherweise vorziehen, im eigenen Land zu klagen, ist der Umgang der dortigen Rechtsprechung mit diesen Fragen auch für deutsche Nutzer relevant. U.S.-amerikanische Gerichte wenden nationales Recht an, sobald sich ein Teil einer Rechtsverletzung in den USA lokalisieren lässt. Steht der Server der Plattform in den USA oder wird Fremdmaterial verwendet, das vorher von einem U.S.-Server heruntergeladen wurde, ist dies bereits ausreichend. Denkbar wäre zwar, dass sich amerikanische Gerichte für unzuständig erklären, wenn etwa ein Nutzer gar keine Geschäftskontakte in die USA hat.¹⁷⁶ Allerdings unterwerfen sich Nutzer durch AGB bei Providern oder Registrars¹⁷⁷ häufig der Zuständigkeit von U.S.-Gerichten.¹⁷⁸ Auch um einen gesperrten Remix wieder entsperren zu lassen, kann dies erforderlich sein.¹⁷⁹ Würde ein Rechteinhaber

¹⁷⁶ Zu *general* und *specific personal jurisdiction* siehe etwa Ginsburg, WIPO/PIL/01/2, Private International Law Aspects of the Protection of Works and Object of related Rights Transmitted Through Digital Networks (2000 Update), S. 2 ff.

¹⁷⁷ So etwa Liberty Media Holdings, LLC v. Vinigay.com, 2011 WL 7430062, S. 8 (D. Ariz. Dec. 28, 2011), report and recommendation adopted, No. CV-11-280-PHX-SMM, 2012 WL 641579 (D. Ariz. Feb. 28, 2012): „When Defendant Paladeski registered the domain name vinigay.com with Wild West Domains, his agreement to Wild West Domains’ forum selection clause conferred personal jurisdiction over him in the District Court of Arizona, Phoenix Division“.

¹⁷⁸ Im europäischen Recht würde sich die Zulässigkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung nach Art. 25 EuGVVO richten und müsste sich insbesondere zumindest auf eine aus einem bestimmten Rechtsverhältnis entspringende Rechtsstreitigkeit beziehen, dazu näher Heinrich/Dörner in: Saenger, ZPO, Art. 25 EuGVVO Rn. 13.

¹⁷⁹ So in Crunchyroll, Inc. v. Pledge, No. C 11-2334 SBA, 2014 WL 1347492, S. 17 (N. D. Cal. Mar. 31, 2014): „Defendant Pledge consented to jurisdiction by submitting a counter-notification

in den USA etwa den Take-down eines von einem deutschen Nutzer hochgeladenen Videos von einer Hosting-Plattform verlangen, könnte der Nutzer nach U.S.-Recht eine *counter notification* senden.¹⁸⁰ Dafür müsste er sich aber der Zuständigkeit eines U.S. District Courts unterwerfen.¹⁸¹ Einige Hosting-Plattformen, die ihren Sitz in den USA haben, sind außerdem vor allem auf U. S.-Recht ausgerichtet. Die plattform-internen Streitbeilegungsverfahren sind zwar uneinheitlich ausgestaltet¹⁸², häufig werden Nutzer jedoch (nur) dazu angehalten darzulegen, warum ihre Nutzung unter *fair use* fällt.¹⁸³ Wenn die AGB der Plattformen nur U.S.-amerikanisches Recht widerspiegeln, treten andere nationale Schranken, die – wie beispielsweise die kanadische UGC-Schranke – andere Wertungen enthalten können, faktisch zurück.¹⁸⁴

Auf Rechtsfolgenseite tritt die Gefahr hinzu, dass Remixe, die aufgrund einer Rechtsordnung lizenzierungspflichtig wären, weltweit gesperrt werden. Möchte ein Rechteinhaber einen bestimmten Remix unbedingt sperren lassen, wäre es ihm theoretisch möglich, Schutz nach der Rechtsordnung mit den strengsten Regeln für kreative Nutzungen zu suchen. Zwar sollten Gerichte extraterritoriale Auswirkungen ihrer Entscheidungen vermeiden; bei Unterlassungsansprüchen ist dies jedoch nur möglich, wenn die Handlung begrenzbar ist.¹⁸⁵ Dies kann in der Praxis womöglich durch Geoblocking erreicht werden. Länderspezifische Sperren gibt es teilweise auch auf Hosting-Plattformen. Schon bei Gerichten besteht die Gefahr, dass diese in der Praxis die Rechtsfolgen nicht auf das jeweilige Territorium beschränken. Dies gilt ebenso, wenn nicht noch stärker, für Hosting-Plattformen. Im ContentID-System

because he has an address outside of the United States, and therefore, consented to „the judicial district in which YouTube is located“ under the terms of the consent provision alleged in the Second Amended Complaint“.

¹⁸⁰ Dazu ausführlicher § 5 C. I. 1.

¹⁸¹ § 512 (g) (3) (D) DMCA.

¹⁸² Zu den unterschiedlichen Terms of Service von UGC-Plattformen und den Problemen, die daraus für Nutzer entstehen, allgemein *Le Borgne-Bachschmidt/Girieux/Leiba et al.*, User-Created-Content Study (2008), S. 266.

¹⁸³ So z.B. die rechtlichen FAQs von Vimeo, verfügbar unter: <https://help.vimeo.com/hc/de/articles/224820487-Kann-ich-urheberrechtlich-gesch%C3%BCtzte-Werke-von-jemand-anderes-in-meiner-eigenen-Arbeit-verwenden->. Vgl. auch die YouTubeHelp-Seite „Dispute a Content ID claim“, verfügbar unter: <https://support.google.com/youtube/answer/2797454> („Make sure you understand how fair use and the public domain work before you choose to dispute for either of those reasons. YouTube can’t help you determine whether you should dispute a claim. You may want to seek your own legal advice if you’re not sure what to do“).

¹⁸⁴ Dazu *Geist*, Canada’s Non-Commercial Copyright Fail: Why Did YouTube Mute a Holocaust Memorial Video? v. 15.04.2015, verfügbar unter: <http://www.michaelgeist.ca/2015/04/canadas-non-commercial-copyright-fail-why-did-youtube-mute-a-holocaust-memorial-video/>: „Yet more than two years after the provision took effect, YouTube and other online video providers have not adjusted their services to account for the Canadian law. In fact, a review of online video and social media sites finds that no one seems to account for the law within their terms and conditions or stated copyright policy“. *Kur* weist allgemein darauf hin, dass „starke Rechteinhaber Verfahren wegen weltweiter Verletzung von Schutzrechten in ihrem Sitzland konzentrieren und das eigene Recht zur Anwendung bringen können, ohne dass die mögliche Wertungsvielfalt anderer Rechtsordnungen auch nur ansatzweise berücksichtigt wird“, *Kur*, GRUR Int. 2012, 857, 866. Eine ähnliche Tendenz ist auch auf UGC-Plattformen möglich, zumal Nutzer regelmäßig davon überfordert sein werden, sich mit kollisionsrechtlichen Fragen oder dem Verbot der extraterritorialen Anwendung auseinanderzusetzen.

¹⁸⁵ Vgl. *Weller/Nordmeier* in: Spindler/Schuster, Art. 8 ROM II-VO Rn. 6.

der Plattform YouTube können etwa Rechteinhaber, die ihre Inhalte im System hinterlegt haben, durch eine sogenannte Richtlinie festlegen, für welche Territorien sie die Rechte innehaben und dementsprechend auch länderspezifisch Uploads sperren lassen.¹⁸⁶ In einem solchen Fall ist ungewiss, ob beispielsweise deutsche Nutzer, die Fremdmaterial eines deutschen Rechteinhabers verwenden, geltend machen können, dass ihr Remix unter U.S.-amerikanischem Recht erlaubt wäre und somit für das Gebiet der USA nicht gesperrt werden dürfe.¹⁸⁷ Es besteht jedenfalls die Gefahr, dass Plattformen aufgrund des damit verbundenen Aufwands verschiedene nationale Schranken nicht prüfen und im Zweifel weltweit sperren.

Sofern – wie derzeit auf EU-Ebene angestrebt¹⁸⁸ – die Verpflichtungen von Hosting-Plattformen zur Filterung detailliert geregelt werden, sollte auch die Bedeutung gesetzlich erlaubter Nutzungen gesichert werden.¹⁸⁹ Hierzu sind die Vorgaben des Richtlinienentwurfs zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt in Art. 13 Abs. 2 bislang eher offen formuliert und sehen nur nicht näher bestimmte „Beschwerdemechanismen und Rechtsschutzmöglichkeiten“ als erforderlich an. Solange unterschiedliche Rechtsordnungen für die urheberrechtliche Beurteilung eines Remix-Films anwendbar sind, wäre eine Möglichkeit für Nutzer wünschenswert, sich unkompliziert darauf berufen zu können, dass nach einer dieser Rechtsordnungen die Nutzung erlaubnisfrei möglich ist. Für dieses Territorium sollte der Remix dann entsperrt werden. Dies könnte von Plattformen in ihr Streitbeilegungsverfahren integriert werden. An Plattformen gerichtete Vorgaben hierzu könnte der Unionsgesetzgeber noch in die Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt aufnehmen. Alternativ wäre eine Aufnahme zumindest im Rahmen der Umsetzung der Richtlinienvorgaben ins nationale Recht möglich.

¹⁸⁶ Informationen dazu finden sich auf der YouTubeHelp-Seite „Usage policies and match policies“, verfügbar unter: <https://support.google.com/youtube/answer/107129>.

¹⁸⁷ Dies könnte wohl allenfalls in einem Freitextfeld im Streitbeilegungsverfahren angeführt werden.

¹⁸⁸ Art. 13 des Kommissionsentwurfs für eine Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt.

¹⁸⁹ Dazu ausführlich § 5 C. II.

§ 4 Verhältnis von Rechtklärung zu gesetzlich erlaubten Nutzungen

Kreative Nutzungen werden auf Hosting-Plattformen zunehmend mit lizenzähnlichen Modellen verbunden. Diese Modelle zeichnen sich dadurch aus, dass sie häufig „unentgeltlich“ für den Plattformnutzer sind,¹ dem Rechteinhaber aber zunächst einmal Kontrolle über die derivativen Nutzungen zuerkennen.² Der Richtlinienentwurf der Kommission zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt verpflichtet größere Hosting-Plattformen in Artikel 13 sogar dazu, sich um Verträge mit Rechteinhabern zu bemühen.³ Klärungsbedürftig ist, ob dies Auswirkungen auf urheberrechtliche Schranken haben kann. In einem geleakten Entwurf eines White Papers („A Copyright Policy for Creativity and Innovation in the European Union“) hatte die EU-Kommission 2014 vertreten, dass eine weitere Schranke für UGC nicht erforderlich sei.⁴ Begründet wurde dies insbesondere mit dem Erfolg von UGC auf Hosting-Plattformen. Dieser verdeutliche, dass ein Marktversagen hinsichtlich nutzergenerierter Kreativität nicht vorliege.⁵ Das wirft Fragen nach dem Verhältnis von Transaktionskosten, Marktversagen und urheberrechtlichen Schranken und Beschränkungen für kreative Nutzungen auf. Nachfolgend soll daher geklärt werden, ob die durch Hosting-Plattformen vereinfachten Lizenzierungen oder lizenzähnliche Modelle zur Folge haben, dass Schranken und Beschränkungen – für kreative Nutzungen – ihre Berechtigung verlieren oder jedenfalls weniger weitreichend auszulegen sind.

Dafür bedarf es zunächst einer Einordnung der Rechtsbeziehungen auf Hosting-Plattformen (A.), da sich die „Rechtklärung“ über Hosting-Plattformen von tra-

¹ Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 1/3, S. 138. Bei genauer Betrachtung erscheint zweifelhaft, ob die Modelle wirklich „unentgeltlich“ für die Nutzer sind. Zwar wird keine Gegenleistung in Geld gezahlt, allerdings willigen Nutzer auf UGC-Plattformen bzw. in sozialen Netzwerken regelmäßig in die Nutzung ihrer Daten zu Werbezwecken ein, dazu näher *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 640.

² *Tushnet*, 29 Berkeley Tech. L. J. 2014, 1447 ff. Vgl., speziell zu YouTube, auch *Soha/McDowell*, 2 Social Media + Society 2016, 1, 6.

³ Europäische Kommission, COM(2016)593 final, Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market („[...] 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 right-holders [...]“). Das dazu gehörige Impact Assessment spricht davon, dass eine verstärkte Kontrolle seitens der Rechteinhaber dazu führen werde, dass „the services are expected to negotiate agreements with more rightholders to be able to keep their content available to the end users“, Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 1/3, S. 153.

⁴ Europäische Kommission, Leaked White Paper Entwurf, A Copyright Policy for Creativity and Innovation in the European Union, S. 13.

⁵ Europäische Kommission, Leaked White Paper Entwurf, A Copyright Policy for Creativity and Innovation in the European Union, S. 13.

ditionellen Lizenzen direkt zwischen Rechteinhaber und Nutzer unterscheidet. Sodann soll das „Marktversagen-Argument“ betrachtet werden und die Bedeutung von Transaktionskosten im Kontext ökonomischer Erklärungsansätze für das Urheberrecht eingeordnet werden (B.). Zuletzt wird die Bedeutung vereinfachter Lizenzierungsmöglichkeiten für die Auslegung der in Teil 1 untersuchten Schranken in der deutschen und US-amerikanischen Rechtsprechung geklärt (C.).

A. „Rechtklärung“ über Hosting-Plattformen

I. Rechteinhaber – Plattformbetreiber

Ob Hosting-Plattformen selbst täterschaftlich für urheberrechtsverletzende Uploads ihrer Nutzer haften, ist umstritten.⁶ Nach bisheriger deutscher Rechtsprechung ist eine vertragliche Beziehung zwischen Rechteinhaber und Plattformbetreiber nicht zwingend.⁷ Allerdings schließen Hosting-Plattformen immer häufiger mit großen Rechteinhabern oder Wertungsgesellschaften Kooperationsverträge ab.⁸ Plattformen wie YouTube werden teilweise gar als „transnationale [...] Rechtklärungsstelle[n]“ bezeichnet.⁹ Der Entwurf der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt zielt in Artikel 13 zudem darauf ab, Plattformen zum Bemühen um Vereinbarungen mit Rechteinhabern zu verpflichten.¹⁰

Die genauen Modalitäten der Kooperationsverträge zwischen Rechteinhabern und Plattformbetreibern sind nicht öffentlich einsehbar.¹¹ Bekannt ist aber, dass Plattformen zunehmend Monetarisierungsoptionen für Rechteinhaber anbieten, wenn diese

⁶ Dazu ausführlich in § 5 B. II. 2. c).

⁷ Vgl. dazu zuletzt OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 – *YouTube*; OLG München GRUR 2016, 612 – *Allegro barbaro*. Vgl. auch *Spindler*, ZUM 2014, 91 f.; *ders.*, CR 2016, 73, 79. Zum Verhältnis von europäischen Vorgaben und deutschem Recht vgl. *Leistner*, ZUM 2016, 580, 583 f.

⁸ Vgl. *Holzengel*, Notice and Takedown, S. 65. Siehe dazu auch *Krempel*, Popstars singen Klage bei der EU-Kommission über YouTube, Heise Online v. 30.06.2016, verfügbar unter: <http://www.heise.de/newsticker/meldung/Popstars-singen-Klage-bei-der-EU-Kommission-ueber-YouTube-3251787.html>; *Sisario*, SoundCloud Signs Licensing Deal With Sony, NYTimes v. 18.03.2016, verfügbar unter: <http://nyti.ms/1R9soro>; *Isaac/Sisario*, Facebook Said to Seek Music Video Licensing Deal, NYTimes v. 09.06.2016, verfügbar unter: <http://nyti.ms/1UHeEbK>; *Karp*, YouTube, ASCAP to Share Data in First-Ever Voluntary Deal, Billboard v. 13.06.2017, verfügbar unter: <http://www.billboard.com/articles/business/7832732/youtube-ascap-share-data-first-ever-voluntary-deal>.

⁹ So *Dobusch*, ‚Viewable everywhere except Germany‘: Mehr Transparenz bei YouTube's Content ID, Netzpolitik.org v. 09.12.2014, verfügbar unter: <https://netzpolitik.org/2014/viewable-everywhere-except-germany-mehr-transparenz-bei-youtubes-content-id-verfahren/>.

¹⁰ Europäische Kommission, COM(2016)593 final, Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market; die Kommission räumt selbst ein, dass bereits viele Plattformen Monetarisierungsmöglichkeiten anbieten, sieht dabei aber die Verhandlungsposition der Rechteinhaber als geschwächt an, vgl. Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 1/3, S. 138 ff.

¹¹ Bekannt sind die schwierigen Aushandlungen über die Höhe der Vergütung, vgl. BBC News, Taylor Swift joins copyright law plea, 21.06.2016, verfügbar unter: <http://www.bbc.com/news/technology-36586634>.

sich gegen eine Blockierung ihrer Inhalte auf der Plattform entscheiden.¹² Dies gilt grundsätzlich auch für Nutzungen von Filmausschnitten und Musik in Remixen und Mashups.¹³ Hosting-Plattformen finanzieren sich teilweise über Werbeeinnahmen, teilweise über Abonnement- bzw. Premium-Modelle und spielen einen Teil ihrer Einnahmen dann als Entgelt an die Rechteinhaber zurück.¹⁴

In den Kooperationsverträgen kann vereinbart werden, dass die Plattform den Rechteinhaber anteilig an ihren Einnahmen beteiligt. Im Gegenzug sieht der Rechteinhaber davon ab, seine Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche geltend zu machen und gegen die Nutzer der Plattform vorzugehen.¹⁵ Die Hosting-Plattformen verpflichten sich dabei zu einem automatisierten Inhalteabgleich.¹⁶ Entweder speziell für Monetarisierungsmodelle oder zumindest allgemein für die Suche nach urheberrechtsverletzendem Material, das geblockt werden soll, setzen etwa Facebook, YouTube, Daily Motion oder Vimeo automatisierte Filtersysteme ein.¹⁷ Dahinter stecken technisch komplexe Systeme, deren Kernfunktion darin liegt, die von Nutzern hochgeladenen Dateien mit einer Referenzdatenbank (des Plattformbetreibers¹⁸ oder eines externen Unternehmens) abzugleichen.¹⁹ Diese Filtertechnologien und ihr Zusammenspiel mit Haftungsfragen werden in § 5 ausführlich behandelt.

Aus Gründen der Rechtssicherheit kann davon ausgegangen werden, dass zwischen Plattform und Rechteinhaber (zudem) Lizenzvereinbarungen über die genutzten Werke abgeschlossen werden. Jedenfalls erwerben sie durch diese Kooperationsvereinbarungen „Lizenzen“ für die Uploads ihrer Nutzer. Letztere greifen – soweit

¹² Vgl. beispielsweise SoundClouds Pläne Remixe zu monetarisieren: *Levine*, SoundCloud's Next Move Will Change the Streaming Game (Again), *Billboard* v. 24. 03. 2016 <http://www.billboard.com/articles/business/7272502/soundcloud-crowded-streaming-music-field>: „SoundCloud will scan uploaded music to determine if it includes samples; if it does, any revenue generated will be divided among the relevant copyright holders. (Labels and publishers will still have the option to ask the site to take down music that involves their copyrights.)“

¹³ Die Pflicht aus Art. 13 Digital Single Market Richtlinie soll sich laut Impact Assessment nur auf „copyright protected“ Material beziehen, damit soll dem Sinn nach wohl gemeint sein, dass es sich nur um solches Material handelt, bei dem auch keine Schranken einschlägig sind.

¹⁴ Vgl. *Sisario*, SoundCloud Signs Licensing Deal With Sony, *NYTimes* v. 18. 03. 2016, verfügbar unter: <http://nyti.ms/1R9soro>; *Longwell*, How Twitter is Opening Up Video Monetization for Creators with New Amplify Features, *VideoInk* v. 30. 08. 2016, <http://www.thevideoink.com/breaking-news/twitter-opening-video-monetization-creators-new-amplify-features/#.V81GI44YpTY>.

¹⁵ So wohl *Holznel*, Notice and Takedown, S. 65.

¹⁶ Vgl. *Holznel*, Notice and Takedown, S. 65.

¹⁷ Vgl. *Harmon*, Content ID and the Rise of the Machines, *EFF Deeplinks Blog* v. 26. 02. 2016, verfügbar unter: <https://www.eff.org/deeplinks/2016/02/content-id-and-rise-machines>. Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 3/3, Annex 12A, S. 164 ff.

¹⁸ So beispielsweise Facebooks Rights Manager, *Constine*, Facebook launches video Rights Manager to combat freebooting, *TechCrunch* v. 12. 04. 2016, verfügbar unter: <https://techcrunch.com/2016/04/12/content-fb/>.

¹⁹ Zu Vimeos „Copyright Match“: *Flanagan*, Vimeo to Launch Music Copyright ID System, *BillboardBiz* v. 21. 05. 2014, verfügbar unter: <http://www.billboard.com/biz/articles/news/digital-and-mobile/6092241/vimeo-to-launch-music-copyright-id-system-exclusive>. Zu YouTube's „ContentID“: *Nolte/Wimmers*, *GRUR-Beil.* 2014, 58, 65.

die Nutzung nicht über eine Schranke gerechtfertigt ist – unstrittig in das Recht auf öffentliche Zugänglichmachung (§ 19 a UrhG) ein.²⁰

Rechteinhaber können im Rahmen der Monetarisierungsvereinbarung für jedes Video einzeln entscheiden, ob es geblockt oder monetarisiert werden soll, wobei beispielsweise Rechteinhaber auf YouTube wohl zumeist die Monetarisierungsmöglichkeit wählen und so die konkrete Nutzung autorisieren.²¹ Welcher Anteil der Einnahmen der Hosting-Plattform sodann an die Rechteinhaber fließt, ist in den Kooperationsvereinbarungen, die damit eine Art Rahmenvertrag darstellen, festgelegt.

Festzuhalten bleibt, dass, soweit Kooperationsvereinbarungen zwischen Rechteinhabern und Hosting-Plattformen vorliegen und die Plattform ein Monetarisierungsmodell anbietet, diese vertraglichen Vereinbarungen u. a. die zentralen Punkte einer Rechteeinräumung zugunsten der Nutzer regeln. Dennoch erscheint es fraglich, ob dies urheberrechtlich als „Lizenz einräumung“ zugunsten der Nutzern zu qualifizieren ist (dazu unter III.).

II. Plattformbetreiber – Nutzer

Zwischen dem Nutzer und der jeweiligen Plattform kommt – jedenfalls soweit die Nutzer eigene Accounts anlegen²² – in aller Regel ein Plattformvertrag zustande, der durch AGB konkretisiert wird.²³ Diese erlauben dem Nutzer die Dienste der Hosting-Plattform zu verwenden, im Gegenzug willigen Nutzer in die Verwendung ihrer Daten – u. a. zu Werbezwecken – ein²⁴ und erteilen den Hosting-Plattformen an den von ihnen selbst erstellten und hochgeladenen Inhalten nicht-exklusive, unterlizenzierbare, gebührenfreie, weltweite Lizenzen.²⁵ Darüber hinaus verpflichten sich Nutzer durch die AGB, keine urheberrechtsverletzenden Beiträge auf die Plattform zu laden. Derartige Plattformverträge lassen sich nur schwerlich eindeutig vertragstypologisch einordnen. Sie stellen typengemischte, synallagmatische Verträge dar. Die Einwilligung der Nutzer in die Datennutzung und Lizenzvergabe für ihre eigenen Inhalte weist kauf- oder mietvertragliche Elemente auf.²⁶ Die Bereitstellung

²⁰ So auch OLG München GRUR 2016, 612 Rn. 41 – *Allegro barbaro*. Vgl. auch *Spindler* in: *Dreier/Hilty*, FS 50 Jahre UrhG (2015), S. 419; *Dreier/Leistner*, GRUR Beil. 2014, 13, 27.

²¹ *Nolte/Wimmers*, GRUR-Beil. 2014, 58, 65.

²² Ob allein durch passive Nutzung einer Plattform zum Streamen von Inhalten ein Vertrag zustande kommt, erscheint fraglich (vgl. *Redecker* in: *Hoeren/Sieber/Holznel*, Teil 12 Rn. 422), kann hier aber letztlich dahinstehen, da die hier in den Blick genommenen Nutzer, die kreative Werke mit Fremdmaterial hochladen, zum Upload stets einen Account innehaben müssen.

²³ Dazu *Schuster* in: *Spindler/Schuster*, § 305 BGB Rn. 43 f.

²⁴ *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 640.

²⁵ Vgl. Ziff. 2.1. der Nutzungsbedingungen von Facebook (Abruf: 04.06.2016); Ziff. 10 der Nutzungsbedingungen von YouTube (Abruf: 04.07.2016). Zum „basic bargain“ auf YouTube siehe auch *Soha/McDowell*, 2 Social Media + Society 2016, 1, 2.

²⁶ Die Erlaubnis der Nutzung der Daten für Werbezwecke sei lizenzähnlich, sodass man sie „parallel zur urheberrechtlichen Lizenz je nach Fallgestaltung als Miete oder Kauf qualifizieren könnte“, *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 640. Teilweise wird die Einwilligung in die Datennutzung nicht als Entgelt gewertet, mit dem Ergebnis, dass der Vertrag – mit Folgeproblemen wie der Frage nach der Herausgabepflicht des durch die Geschäftsführung Erlangten gem. § 667 BGB – als Auftrag qualifiziert würde, *Redecker* in: *Hoeren/Sieber/Holznel*, Teil 12 Rn. 423 ff.

der technischen Infrastruktur seitens des Plattformbetreibers kann dienst- oder mietvertragliche Elemente beinhalten.²⁷

„In der Art einer Geschäftsführung ohne Auftrag“²⁸ klären Hosting-Plattformen zudem zugunsten der Nutzer Rechte für deren Uploads. Da die Rechteklärung auch für die Hosting-Plattform, die damit zumindest Unterlassungsansprüchen im Rahmen der Störerhaftung entgeht, vorteilhaft ist, lässt sich diese als auch-fremdes Geschäft einordnen.²⁹

III. Nutzer – Rechteinhaber

Zwischen einem Nutzer, der einen eigenen Remix auf eine Hosting-Plattform lädt, und dem Rechteinhaber des genutzten Materials kommt keine vertragliche Beziehung zustande. Wie soeben (I.) festgestellt, geht der Rechteinhaber nur mit dem Plattform-Betreiber eine vertragliche Bindung ein. Soweit die Plattform ein Monetarisierungsmodell anbietet,³⁰ könnte darin aber eine Lizenz zugunsten des jeweiligen Nutzers für seinen Upload liegen. Der Terminus „Lizenz“ impliziert im Urheberrecht ein gewisses Maß an Rechtssicherheit für den „Lizenznehmer“, ob nun als schuldrechtlicher Anspruch auf Duldung gegen den Lizenzgeber oder als Erteilung von Nutzungsrechten.³¹

Auf Hosting-Plattformen können Rechteinhaber jedoch theoretisch³² für jeden Upload, der Übereinstimmungen mit dem Material aufweist, an dem sie Rechte innehaben, bestimmen, ob er gesperrt oder monetarisiert werden soll. Die Rechteinhaber können zudem jederzeit ihre Entscheidung (oder die Voreinstellungen zum Umgang mit Nutzungen ihres Materials) ändern und ein Video beispielsweise nachträglich doch sperren.³³ Der Nutzer erhält durch die Vereinbarung zwischen Hosting-Plattform und Rechteinhaber daher keine rechtssichere Position. Es wird gerade kein gegenüber dem Rechteinhaber durchsetzbares Recht zugestanden. Dies spricht dage-

²⁷ *Bräutigam*, MMR 2012, 635, 640. Teilweise wird auch Werkvertragsrecht für anwendbar erachtet, da die Leistung des Plattformbetreibers erfolgsbezogen sei und zudem über die bloße Speicherung (Mietvertrag) hinausgehe, da der Betreiber u. a. auch technische Erreichbarkeit schulde, *Re-decker* in: Hoeren/Sieber/Holzsnagel, Teil 12 Rn. 236 ff.

²⁸ OLG München GRUR 2016, 612 Rn. 41 – *Allegro barbaro*.

²⁹ Das Geschäft liegt zudem im Interesse und mutmaßlichen Willen des Nutzers (§ 683 S. 1 BGB). Inwieweit den Parteien damit theoretisch Aufwendungsersatzansprüche (§§ 677, 683 S. 1, 670 ersetzen) bzw. Herausgabeansprüche (§§ 677, 681 S. 2, 667 BGB) zuständen, soll hier mangels praktischer Relevanz nicht weiter vertieft werden.

³⁰ Facebooks „Rights Manager“ beispielsweise bietet derzeit keine Monetarisierungsoption, vgl. *Constine*, Facebook launches video Rights Manager to combat freebooting, TechCrunch v. 12.04.2016, verfügbar unter: <https://techcrunch.com/2016/04/12/content-fb/>. Anders ist dies beispielsweise auf YouTube, vgl. *Nolte/Wimmers*, GRUR-Beil. 2014, 58, 65.

³¹ Vgl. *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 893, 898.

³² In der Praxis geschieht dies oft automatisch entsprechend den Voreinstellungen der Rechteinhaber, vgl. YouTube Help, Using ContentID, verfügbar unter: <https://support.google.com/youtube/answer/3244015?hl=en>, angerufen am 09.07.2016.

³³ Vgl. für YouTube auch die unstreitigen Parteiausführungen LG München I GRUR-RS 2015, 12314 Rn. 11 – YouTube-Betreiber (Urteil bestätigt durch OLG München GRUR 2016, 612 Rn. 41 – *Allegro barbaro*): „Unstreitig könne [...] der Uploader/Rechteinhaber bestimmen, ob er ein einzelnes Video zur Monetarisierung freigebe und könne dieser die Form der Monetarisierung einschränken oder beenden und sogar einzelne Formen der Monetarisierung ausschließen“.

gen, dass er einen schuldrechtlichen Anspruch auf Duldung der Nutzung gegenüber dem Rechteinhaber oder gar ein quasidingliches Nutzungsrecht (i. S. v. § 31 UrhG) erhält.³⁴ Die Rechtklärung in einem System wie YouTubes „Content-ID“ lässt sich daher als widerrufliche Einwilligung³⁵ einordnen.

IV. Zwischenergebnis

Obwohl auf Hosting-Plattformen zwischen Rechteinhaber und Nutzer keine direkten vertraglichen Beziehungen zustande kommen, führt der „Umweg“ über die Plattform als Intermediär doch zu einer Form der Rechtklärung. Dies gilt jedenfalls insofern, als die Plattform eine Kooperationsvereinbarung mit dem Rechteinhaber trifft und eine Monetarisierungsfunktion anbietet, bei der der Rechteinhaber dann konkrete Nutzungen autorisiert und anteilig an Einnahmen der Plattform beteiligt wird. Für Nutzer entsteht durch den Vertrag zu ihren Gunsten zwischen Rechteinhaber und Plattform jedoch – anders als das häufig genutzte Wort „Lizenz“³⁶ vermuten lassen könnte – keine rechtssichere Position. Vielmehr autorisieren Rechteinhaber die konkreten Uploads mit einer schlichten und widerruflichen Einwilligung.

B. Das Marktversagen-Argument

Teilweise wird ein grundsätzlicher Zusammenhang zwischen Transaktionskosten und urheberrechtlichen Schranken hergestellt. So schreibt etwa *Goldstein*:

In time, more platforms will emerge to bridge the existing transactional gaps between creators and users, thus reducing the need for such temporizing solutions as statutory limitations and compulsory licenses.³⁷

Zugespitzt bedeutete diese Aussage, dass Schranken vor allem dem Ausgleich von Marktversagen durch prohibitiv hohe Transaktionskosten dienen. Entfällt dieses Marktversagen, könnte auch die Berechtigung der Schranke entfallen. Dies soll nachfolgend überprüft werden. Dafür muss zunächst untersucht werden, ob Hosting-Plattformen Transaktionskosten überhaupt senken (I.). Sodann ist klärungsbedürftig, welche Rolle Transaktionskosten in ökonomischen Begründungsansätzen für das Urheberrecht zukommt und ob sich Marktversagen nur auf Transaktionskosten bezieht (II.).

³⁴ Vgl. allgemein zu den unterschiedlichen urheberrechtlichen Gestattungen *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 890 ff. Auch für das amerikanische Recht zweifelnd, ob dem YouTube-Nutzer eine Lizenz übertragen wird: *Tushnet*, 29 Berkeley Tech. L. J. 2014, 1447, 1460.

³⁵ Zur Einwilligung im Urheberrecht siehe *Ohly*, GRUR 2012, 983, 986 f.; *Wandtke/Grunert* in: *Wandtke/Bullinger*, § 31 UrhG Rn. 37.

³⁶ Vgl. z. B. *Spindler* in: *Dreier/Hilty*, FS 50 Jahre UrhG (2015), S. 419 oder die in OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 81 f. – *YouTube* wiedergegebenen Parteauführungen.

³⁷ *Goldstein*, IIC 2015, 153, 154.

I. Verringerte Transaktionskosten durch Plattformen

Unter Transaktionskosten werden alle Kosten gefasst, die bei der Nutzung eines Marktes entstehen.³⁸ Dazu zählen Aufwendungen für die Identifizierung des Vertragspartners und Vertragsverhandlungen, Evaluierungs- und Anpassungskosten sowie Ausgaben für die Durchsetzung der Verträge.³⁹

Die oben beschriebenen Filtersysteme zum Inhalteabgleich auf Hosting-Plattformen – als technische Grundlage für Monetarisierungsvereinbarungen – sind für die jeweiligen Plattformbetreiber zwar mit erheblichen Kosten verbunden.⁴⁰ Maßgeblich sind jedoch die Transaktionskosten, die für Rechteinhaber und Nutzer entstehen. Diese Parteien können über Hosting-Plattformen unabhängig von ihrem physischen Aufenthaltsort leicht zusammenfinden. Da Nutzer auf Hosting-Plattformen zudem Inhalte, die sie kreativ nutzen möchten, leicht auffinden können, haben Plattformen das Potential, Suchkosten auf beiden Seiten deutlich zu reduzieren. Darüber hinaus verringern sich die Kosten, die Rechteinhaber für die Überwachung möglicher Verstöße aufwenden müssen, wenn ein automatisiertes System stets nach Übereinstimmungen filtert.

Was die Transaktionskosten in Bezug auf Nutzungsbedingungen angeht, muss genauer unterschieden werden. Zwischen Nutzer und Rechteinhaber müssen Nutzungsbedingungen nicht mehr individuell ausgehandelt werden, da dies bereits im Kooperationsvertrag zwischen Plattform und Rechteinhaber geschehen ist. Für den Nutzer senkt dies also die Verhandlungskosten. Soweit Plattformen Monetarisierungsmöglichkeiten für Rechteinhaber vorsehen, muss zwischen Plattformen und Rechteinhabern geregelt werden, in welchem Umfang die Rechteinhaber an den Einnahmen der Hosting-Plattformen (seien dies Werbeeinnahmen oder Einnahmen aus kostenpflichtigen Abonnements von Nutzern) beteiligt werden.⁴¹ Im Vorfeld bestehen zwischen Rechteinhaber und Hosting-Plattform also durchaus Verhandlungskosten, wie auch die langwierigen Rechtsstreitigkeiten zwischen YouTube und GEMA in Deutschland⁴² veranschaulichen.

Die Transaktionskosten, die großen Rechteinhabern durch die Verhandlungen entstehen, lassen sich abhängig von der Häufigkeit der späteren automatisierten Transaktionen auf der Plattform mehr oder weniger schnell amortisieren.⁴³ Insgesamt

³⁸ Vgl. Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 203 m. w. N.

³⁹ Merges, 12 Berkeley Tech. L. J. 1997, 115, 116.

⁴⁰ Zu den Kosten, die Google/YouTube in „ContentID“ investiert hat, vgl. *Soha/McDowell*, 2 Social Media + Society 2016, 1, 6. Die Kommission hat aus Befragungen Kosten von 900€ monatlich (bei Lizenzierung eines extern entwickelten System mit minimalen Anforderungen) über Gesamtkosten von EUR 5 Mio. für SoundClouds Inhalte-Abgleich-System bzw. \$60 Mio. für YouTubes ContentID System identifiziert, vgl. Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 1/3. S. 152, insbes. Fn. 470.

⁴¹ Prominentestes Beispiel ist wohl YouTube, aber auch SoundCloud plant ein ähnliches Modell, wobei die Einnahmen über Premium-Mitgliedschaften erwirtschaftet werden sollen, *Levine*, SoundCloud's Next Move Will Change the Streaming Game (Again), Billboard v. 24. 03. 2016 <http://www.billboard.com/articles/business/7272502/soundcloud-crowded-streaming-music-field>.

⁴² Vgl. dazu zuletzt OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 – *YouTube*; OLG München GRUR 2016, 612 – *Allegro barbara*.

⁴³ Vgl. Williamson, 22 Journal of Law and Econ. 1979, 233, 246.

vermögen es Hosting-Plattformen, wie auch die empirischen Studien von *Heald* für Musik auf YouTube zeigen,⁴⁴ Transaktionskosten in erheblichem Umfang zu reduzieren.

II. Transaktionskosten und Marktversagen

Ökonomische Ansätze rechtfertigen urheberrechtliche Schranken auf unterschiedliche Weise oder jedenfalls mit verschiedener Schwerpunktsetzung. Nachfolgend sollen einige Begründungsansätze dargestellt und ihre Argumentationslinien auf Schranken für Remixe auf Hosting-Plattformen übertragen werden.

Als Ausgangspunkt ist die Erkenntnis bedeutsam, dass das Urheberrecht aus ökonomischer Perspektive dazu dient, eine „effiziente Verwendung von Ressourcen in der Produktion von Informationen“ zu gewährleisten.⁴⁵ Da geistige Schöpfungen zunächst einmal nicht-rival und nicht-exklusiv sind,⁴⁶ sollen urheberrechtliche exklusive Rechte diese Güter handelbar machen (dynamische Effizienz).⁴⁷ An erster Stelle wird mit dem Urheberrecht also das Marktversagen behoben, das sich aus der nicht-exklusiven Natur geistiger Kreationen ergibt und welches aus ökonomischer Sicht zu einer suboptimalen Ressourcenallokation führt.⁴⁸ Auf die Bedeutung von Schranken in diesem System wird nachfolgend speziell für marktbasierende Ansätze sowie den Anreiz- und Nutzungsoptimierungsansatz eingegangen.

I. Rein marktbasierende Ansätze („neoclassicism“)

Aus einer neoklassischen Perspektive⁴⁹ soll das Urheberrecht Funktionsbedingungen schaffen, die Wettbewerbshandeln ermöglichen und – über die Märkte – sodann die Kreation und Verbreitung von Werken steuern.⁵⁰ Exklusive Rechte sollen möglichst umfassend ausgestaltet und durchgesetzt werden.⁵¹ Sowohl traditionelle *Property-Rights*-Ansätze als auch die Neue Institutionenökonomik teilen dieses Ziel, wenn auch mit unterschiedlichen Akzenten.⁵² Die Neue Institutionenökonomik un-

⁴⁴ *Heald* in: Rahmatian, *Concepts of Music and Copyright* (2015), S. 195 ff.: „In particular, the uploader is saved the cost of finding the rights holder, and negotiation costs are saved through the automated process of the Content ID system. The content ID system also lowers the rights holder’s cost of monitoring infringement, while the ultimate consumer’s cost of finding content is significantly lowered“ (S. 196). Untersucht wurde u. a. die Verfügbarkeit und Monetarisierung von Charts-Hits aus den USA, Frankreich und Brasilien.

⁴⁵ *Stieper*, *Schranken*, S. 75. Vgl. auch *Elkin-Koren*, 12 *Berkeley Tech. L.J.* 1997, 93, 100; *Heald* in: Rahmatian, *Concepts of Music and Copyright* (2015), S. 208.

⁴⁶ Vgl. *Elkin-Koren*, 12 *Berkeley Tech. L.J.* 1997, 93, 99 f.; *Guibault*, *Limitations and Contracts*, S. 83. Einschränkend *Leistner/Hansen*, *GRUR* 2008, 479, 848.

⁴⁷ *Leistner*, 1 *ZGE* 2009, 403, 406 ff.; *Poepfel*, *Schranken im digitalen Umfeld*, S. 158.

⁴⁸ *Stieper*, *Schranken*, S. 78.

⁴⁹ Dazu *Netanel*, 106 *Yale L.J.* 1996, 283, 308, der die Verbindung von neoklassischem *Property-Rights*-Ansatz und Neuer Institutionenökonomik als „neoclassicism“ beschreibt. Aus Perspektive der Neuen Institutionenökonomik könne der Markt eine weitere „Institution“ zur Verringerung von Transaktionskosten schaffen.

⁵⁰ *Leistner/Hansen*, *GRUR* 2008, 479, 848.

⁵¹ Dazu *Netanel*, 106 *Yale L.J.* 1996, 283, 308.

⁵² *Netanel*, 106 *Yale L.J.* 1996, 283, 313.

terscheidet sich beispielsweise insoweit vom *Property-Rights-Ansatz*, als sie andere Annahmen über die handelnden Akteure trifft⁵³ und die Bedeutung von Transaktionskosten und den Problemen, die durch diese verursacht werden, besonders in den Vordergrund stellt.⁵⁴ Allerdings gehen Anhänger beider Ansätze davon aus, dass es vornehmlich dem Markt überlassen werden solle, neue Lizenzierungsmöglichkeiten zwischen den Parteien aufzutun und so (statt primär über Schranken)⁵⁵ Allokationseffizienz herzustellen.⁵⁶

Schranken werden nach diesen marktbasierenden Ansätzen vor allem dort als begründet angesehen, wo es zu prohibitiv hohen Transaktionskosten und damit zu einem Marktversagen kommt.⁵⁷ Durch vereinfachte lizenzähnliche Modelle im Internet würden Schranken damit ihre Berechtigung zumindest teilweise verlieren. Für *fair use* stellt *Goldstein* beispielsweise fest:

In the oncoming environment of digital technologies, it is safe to predict that fair use will recede as a mechanism for resolving market failures arising from transaction costs.⁵⁸

Neoklassische Ansätze setzen also auf Marktlösungen und sind skeptisch gegenüber gesetzgeberischen Eingriffen.⁵⁹ Entsprechend plädieren Autoren aus einer neoklassischen Perspektive dafür, dass Beschränkungen dort enger ausgelegt werden, wo ein Nutzer problemlos eine Lizenz für seine Nutzung erhalten kann. Die Rechtsprechung müsste demnach in der Auslegung berücksichtigen, ob Werke „readily licensable for a fee“⁶⁰ seien. Je einfacher die Lizenzierung, desto eher entfällt nach diesem Ansatz die Begründung für eine Nutzung ohne Erlaubnis. Dabei sei von Bedeutung, ob „easy-to-navigate copyright channels“ verfügbar seien, ob der Rechteinhaber willens sei zu lizenzieren und ob das Werk generisch oder für eine inhaltliche Auseinandersetzung unersetzlich sei.⁶¹ Ins Extreme gewandt, hätte ein Rechteinhaber, der bereit

⁵³ *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 200 m. w. N. Insbesondere gehe die Neue Institutionenökonomik von nur beschränkt rational und eigennützig handelnden Akteuren aus und betone u. a. das Fehlen vollständiger Informationen.

⁵⁴ *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 201 ff. zum Teilgebiet der Transaktionskostenökonomik.

⁵⁵ Zu Schranken als Mittel zur Herstellung von Allokationseffizienz *Poeppel*, Schranken im digitalen Umfeld, S. 158.

⁵⁶ Vgl. zur Rolle des Marktes auch *Merges*, 12 Berkeley Tech. L. J. 1997, 115, 131.

⁵⁷ Dazu *Leistner*, 1 ZGE 2009, 403, 408. Vgl. auch *Brooks*, 15 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 2016, 93, 126. Zur Bedeutung von Transaktionskosten für die Begründung von Schranken allgemein siehe *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 180; *Metzger* in: *Leistner*, Europäische Perspektiven (2010), S. 104. Auch Teile der Literatur, die mit neoklassischen Ansätzen argumentieren, gestehen Schranken jedoch daneben auch andere Funktionen zu, vgl. *Goldstein*, 50 J. Copyright Soc’y U.S.A. 2003, 133, 137 ff. Ohnehin lassen sich die hier zitierten Autoren regelmäßig nicht nur einem Ansatz zuteilen, sondern werden auch zitiert, wenn sie Ansätze nur beschreiben oder sich Argumenten verschiedener Ansätze bedienen.

⁵⁸ *Goldstein*, 50 J. Copyright Soc’y U.S.A. 2003, 133, 135.

⁵⁹ Über das Verhältnis von *fair use* und Marktversagen schreibt *Brooks* etwa: „When [...] the market functions efficiently, fair use is not necessary, because the market can and should be relied upon to facilitate socially desirable transfers of copyrights to secondary users who will maximize the value of those rights“, *Brooks*, 15 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 2016, 93, 126. Näher zu den Theorieprämissen des neoklassischen *Property-Rights-Ansatzes*, *Netanel*, 106 Yale L. J. 1996, 283, 308 ff.

⁶⁰ *Goldstein*, 50 J. Copyright Soc’y U.S.A. 2003, 133, 137.

⁶¹ *Brooks*, 15 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 2016, 93, 134 ff., mit Verweis u. a. auf die Begründung des Gerichts in *Cambridge Univ. Press v. Patton*, 769 F.3d 1232, 1276 f. (11th Cir. 2014).

ist zu lizenzieren und sich leicht auffindbar hält, auch das Recht auf eine nur lizenzierte Nutzung seiner Werke. Wenn ein Werk „generischer“ Natur ist, müsste der Nutzer bei Weigerung des Rechteinhabers zunächst versuchen auf ein anderes Werk auszuweichen und dieses zu lizenzieren.

Die Herausbildung von Rechtklärungsmodellen über Hosting-Plattformen könnte nach diesen Ansätzen als ein positives Beispiel zur Überwindung von Marktversagen bei transnationaler Rechteeinräumung angeführt werden, welches der Markt selbst hervorgebracht hat.⁶² Der Umstand, dass beispielsweise Rechteinhaber auf YouTube überwiegend die Monetarisierung ihrer Inhalte wählen,⁶³ würde nach diesen Ansätzen dafür sprechen, dass in diesen Fällen die einschlägigen Schranken enger auszulegen wären, mit der Folge, dass die anteiligen Einnahmen der Hosting-Plattform eher den Rechteinhabern (als den Remixern oder sonst kreativ tätigen Nutzern) zugewiesen würden.

2. Anreiz- und Nutzenoptimierungsansatz

Nach dem Anreiz- und Nutzenoptimierungsansatz⁶⁴ dient die Gewährung eines Ausschließlichkeitsrechts dazu, Urheber zu geistigem Schaffen zu motivieren. Die Idee dahinter ist, dass ein rational handelnder Urheber nur neue Werke schafft, wenn es ihm möglich ist, die Kosten der Schöpfung zu amortisieren.⁶⁵ Dies sei unmöglich, wenn jedermann das Werk frei und ohne große Kosten⁶⁶ nutzen und kopieren kann. Die Prämisse, dass ökonomische Anreize zur Anregung urheberrechtlichen Schaffens zwingend erforderlich sind, wird in dieser Form kaum mehr vertreten.⁶⁷ Schon Remix-Künstler, die nicht-kommerzielle, urheberrechtlich schutzfähige Fan-Videos erstellen, widerlegen die Annahme, dass kreatives Schaffen stets in monetären Anreizen gründet.⁶⁸

Neuere Ausformungen dieses Ansatzes betonen daher vermehrt die aus der Anreizfunktion resultierenden Grenzen des urheberrechtlichen Schutzes. Das Urheberrecht sei nur Mittel zum Zweck, um die Unterproduktion geistiger Werke zu ver-

⁶² So – jedenfalls für den Musikbereich – auch die Studien von *Heald* in: Rahmatian, *Concepts of Music and Copyright* (2015), S. 195 ff., der die gesteigerte Verfügbarkeit von Musikwerken über YouTube empirisch belegt, aber auch die Bedeutung der Haftungsprivilegierung von Host-Providern für die Herausbildung dieser neuen Märkte betont.

⁶³ *Nolte/Wimmers*, GRUR-Beil. 2014, 58, 65.

⁶⁴ Anstelle vieler: *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L.J. 1997, 93, 99 ff.; *Landes/Posner*, 18 Journal of Legal Studies 1989, 325, 326 und 335.

⁶⁵ *Gordon*, 82 Colum. L. Rev. 1982, 1600, 1610 ff.; *Koboldt* in Ott/Schäfer, *Ökonomische Analyse* (1994), S. 74 f.; *Landes/Posner*, 18 Journal of Legal Studies 1989, 325, 326. Es gibt vielfältige Kritik an dieser Anreizwirkung, dazu näher beispielsweise *Leistner/Hansen*, GRUR 2008, 479, 848; *Stieper*, *Schranken* S. 79; sowie ausführlich *Hansen*, *Warum Urheberrecht?*, S. 150 ff., der auch weitere Aspekte dieses Ansatzes, wie das ökonomische Effizienzziel sowie die schwierige Operationalisierbarkeit – u. a. aufgrund der häufig nur beschränkt rationalen Verhaltensweisen von Menschen – bemängelt.

⁶⁶ Die Kosten, ein Werk zu erstellen und Informationen zu generieren, sind in der Regel hoch, während die Kosten des Kopierens regelmäßig gering sind, *Elkin-Koren*, 12 Berkeley Tech. L.J. 1997, 93, 99.

⁶⁷ Vgl. *Leistner*, 1 ZGE 2009, 403, 405.

⁶⁸ Dazu *Tushnet*, 31 Colum. J. L. & Arts 2008, 497, 506 ff.

hindern und auch nur in einem solchem Umfang gerechtfertigt, als es diesem Zweck diene.⁶⁹ Entsprechend sei es erforderlich, die verschiedenen Interessen in Ausgleich zu bringen, um jene Wohlfahrtsverluste auszugleichen, die aus den Monopolstellungen der Rechteinhaber entstehen können.⁷⁰

Es sei daher unzureichend, die Funktion von Schranken allein darin zu sehen, das durch prohibitiv hohe Transaktionskosten verursachte Marktversagen aufzulösen.⁷¹ Wohlfahrtsverluste können sich allgemeiner aus der Anerkennung exklusiver Rechte an nicht-rivalen Gütern ergeben.⁷² Denn urheberrechtlicher Schutz kann auch zu einer Unternutzung bestehender Werke führen.⁷³ Darüber hinaus erhöht dieser Schutz bei genauer Betrachtung auch die Kosten für die Schaffung solcher neuen Werke, die auf bestehenden Werken aufbauen.⁷⁴ Da Schranken bestimmte Nutzungen freistellen, sind sie geeignet, diese Kosten wieder zu reduzieren und jedenfalls insoweit gerechtfertigt, als durch sie neue schöpferische Werke entstehen.⁷⁵

Darüber hinaus sollen Schranken auch nach diesen Ansätzen ein Marktversagen ausgleichen. Hier wird Marktversagen jedoch in einem weiten Sinne verstanden, nämlich als Frage danach, inwieweit dem Markt bei der Gewährleistung gesamtwohlfahrtssteigernder Transaktionen misstraut werden sollte⁷⁶:

„[M]arket failure“ has long been a term of art, employed not simply to denote actual failures of markets to appear, but also to embrace the many other ways in which real world market systems can fail to align private and social economic welfare.⁷⁷

Zentral ist – in Abgrenzung der Annahmen rein marktbasierter Ansätze⁷⁸ – insbesondere die Überlegung, dass sich nicht sämtliche gesellschaftlichen Vorteile der Nutzung eines bestimmten Werkes internalisieren lassen. Es bestehen vielmehr sogenannte „externe Effekte“, d. h., dass „Handlungen eines Wirtschaftssubjekts beim Gebrauch einer Ressource Folgen für die Produktion anderer Ressourcen haben, die sich nicht in der jeweiligen privaten Kosten-Nutzen-Rechnung niederschlagen“.⁷⁹

Politische Remixe können etwa aufgrund ihrer kritischen Kommentierung aktueller Ereignisse hohen gesellschaftlichen Nutzen haben. Eine Studie zu Internet-Memen zeigt zudem auf, dass nutzergenerierte politische Remix-Videos viel häufiger

⁶⁹ Kennedy, 16 Wake Forest J. Bus. & Intell. Prop. L. 2016, 208, 230; Leistner, 1 ZGE 2009, 403, 409 m. w. N.

⁷⁰ Vgl. Metzger in: Leistner, Europäische Perspektiven (2010), S. 103 f.

⁷¹ Die Stichhaltigkeit dieser Rechtfertigung für (vergütungsfreie) Schranken allgemein hinterfragt zudem Stallberg, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 258: „Die Annahme, ein Schaden des Urhebers sei deswegen abzulehnen, weil die entsprechende Transaktion aufgrund ihrer Kosten unterblieben wäre, lässt sich ebenso gut auf den jeweiligen Nutzer erstrecken. Auch dieser hätte ja niemals profitiert, wenn die Transaktionskosten weiterhin bestünden. Insofern wird nicht das hypothetische Marktergebnis simuliert, sondern einseitig Partei ergriffen“.

⁷² Vgl. Elkin-Koren, 12 Berkeley Tech. L. J. 1997, 93, 99; Guibault, Limitations and Contracts, S. 83 f.; Metzger in: Leistner, Europäische Perspektiven (2010), S. 103 f.

⁷³ Stallberg, Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, S. 263.

⁷⁴ Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 168.

⁷⁵ Stieper, Schranken, S. 83.

⁷⁶ Loren, 5 J. Intell. Prop. L. 1997, 1, 25 f.

⁷⁷ Gordon, 82 B. U. L. Rev. 2002, 1031, 1035.

⁷⁸ Dazu Leistner, 1 ZGE 2009, 403, 409.

⁷⁹ Stieper, Schranken, S. 88.

viral verbreitet werden, als offizielle Videos der Parteien.⁸⁰ Wären die dafür verantwortlichen Remixer verpflichtet, eine Lizenz für ihre Nutzung einzuholen, würde der Preis, den sie selbst zu zahlen willens wären, diesen gesamtgesellschaftlichen Nutzen jedoch kaum abbilden können. Entsprechend liegt darin eine Form des Marktversagens.

Der Markt versagt zudem, wenn zwar die Bedingungen für eine erfolgreiche Rechtklärung grundsätzlich gegeben sind, der Rechteinhaber aber aus eigennützigen strategischen Gründen schlicht kein Interesse an einer bestimmten Nutzung hat.⁸¹ Besonders deutlich wird dies bei kritischen bzw. parodistischen Remixen. Auch wenn der Nutzer grundsätzlich willens wäre, eine angemessene Gebühr zu zahlen, möchte ein Rechteinhaber wahrscheinlich nicht, dass sein Werk diskreditiert wird. Daher wäre der Markt als Leitbild in diesen Fällen ungeeignet, um eine effiziente Nutzung des Werkes zu gewährleisten.⁸²

3. Bedeutung für kreative Nutzungen auf Hosting-Plattformen

Zunächst muss zugestanden werden, dass die Theorieprämissen aller ökonomischen Ansätze in Teilen unrealistisch oder jedenfalls empirisch nicht ausreichend belegt sind.⁸³ Rein marktbasierende Ansätze weisen aber darüber hinaus die Schwäche auf, dass sie keinen Raum für normative Erwägungen lassen und davon ausgehen, dass sich der gesellschaftliche Nutzen vollständig internalisieren lässt.⁸⁴ In der Logik neoklassischer Ansätze soll primär durch Lizenzierungsmodelle Allokationseffizienz hergestellt werden und Schranken, die besonders durch prohibitiv hohe Transaktionskosten gerechtfertigt werden, würden durch vereinfachte Rechtklärung ihre Berechtigung zu großen Teilen verlieren. Konkret würde das bedeuten, dass die Rechtklärungsmöglichkeiten auf Hosting-Plattformen bei der Schrankenauslegung zu berücksichtigen sind. Wie die obigen Beispiele gezeigt haben, überzeugt dies nicht. Eine vollständige Internalisierung der externen Effekte ist bei kreativen Nutzungen, insbesondere, wenn sie nicht-kommerziell und/oder kritisch sind, häufig nicht möglich. Entsprechend werden neoklassische Ansätze und der angestrebte maximale Urheberrechtsschutz vielfach zu Recht kritisiert⁸⁵ und heute kaum mehr vertreten.

Ebenso wenig überzeugt die Forderung einiger Stimmen in der Literatur, zwischen einzigartigem und generischem Material zu unterscheiden und Nutzer zu verpflichten, bei der Verwendung „generischen“ Materials ggf. auf solches auszuwei-

⁸⁰ *Shifman*, *Memes in Digital Culture*, S. 125. Die beschriebene Studie bezieht sich auf den US-Wahlkampf im Jahr 2008.

⁸¹ Dazu *Landes/Posner*, 18 *Journal of Legal Studies* 1989, 325, 359; *Merges*, 12 *Berkeley Tech. L. J.* 1997, 115, 133; *Stieper*, *Schranken*, S. 90.

⁸² *Gordon* in: Schäfer/Ott, *Ökonomische Analyse* (1994), S. 365.

⁸³ *Metzger* in: *Leistner*, *Europäische Perspektiven* (2010), S. 103 ff.

⁸⁴ Dazu *Hansen*, *Warum Urheberrecht*, S. 179; *Stieper*, 1 *ZGE* 209, 403, 409.

⁸⁵ Vgl. nur *Lunney*, 49 *Vand. L. Rev.* 1996, 483, 489. Vgl. auch *Rothman*, 29 *Berkeley Tech. L. J.* 2014, 1595, 1611: „There are many instances in which the freedom of expression and association, and the rights of privacy and liberty demand that uses be permissible regardless of the functioning of licensing markets“. In der deutschen Debatte vgl. insbesondere *Hansen*, *Warum Urheberrecht*, S. 197 ff.

chen, für das sie die Rechte klären können.⁸⁶ Zunächst ist der Begriff bereits vage und für künstlerische Leistungen nur schwerlich anzuwenden. Die Bewertung von Material als „generisch“ scheint rechtlich eng an die Frage der Erforderlichkeit einer Nutzung gekoppelt. Wie jedoch in Teil 1 bereits ausgeführt, ist ein solches Kriterium der Erforderlichkeit für kreative Nutzungen unpassend, da die „Wirkung [neuer Werke] stets abhängig [...] von den eingesetzten Mitteln“,⁸⁷ d. h. dem konkret genutzten Filmmaterial, ist. Zudem würden durch solche Erforschungspflichten, ob eine Rechtklärung anderweitig möglich ist, die Transaktionskosten wieder erhöht.

Mit dem Großteil des Schrifttums ist daher davon auszugehen, dass neben prohibitiv hohen Transaktionskosten weitere Gründe für Marktversagen (d. h. insbesondere externe Effekte und die eigennützige Unterdrückung von Kritik o.ä. auf Seiten des Rechteinhabers) anzuerkennen sind.⁸⁸ Insbesondere gesamtgesellschaftlich vorteilhafte und erwünschte Nutzungen, die sich als externe Effekte darstellen, öffnen die Tür für eine normative Aufladung ökonomischer Ansätze. Teilweise werden hier sogar unmittelbar Wertungen aus den Grundrechten herangezogen,⁸⁹ um zu belegen, dass eine Nutzung vorteilhaft ist und der Markt dabei versagt, ihren gesamtgesellschaftlichen Wert angemessen zu berücksichtigen. Diese weiteren Gründe für Marktversagen behalten für kreative Nutzungen, wie sie auf Hosting-Plattformen zugänglich gemacht werden, durchweg ihre Berechtigung. Die von vielen Remixen geleistete kritische Aufarbeitung massenmedialer Darstellungen bestimmter Themen kann beispielsweise einen externen Wohlfahrtsgewinn darstellen. Zudem sollten Rechteinhaber auch auf Hosting-Plattformen nicht die Möglichkeit haben, ihre Rechte eigennützig einzusetzen, um unliebsame Kritik oder Parodien zu unterdrücken.⁹⁰

Wo genau die Grenze zwischen Urheberrechtsschutz und durch Schranken (oder Begrenzungen) freigestellte Nutzungen zu ziehen ist, lässt sich daher nicht anhand einer rein ökonomischen Betrachtungsweise festlegen. Es hängt letztlich davon ab, was als gesellschaftlich wünschenswerte Nutzungen eingeordnet wird.⁹¹ Mittels einer ökonomischen Betrachtung lässt sich stattdessen gerade zeigen, dass die Frage

⁸⁶ So *Brooks*, 15 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 2016, 93, 135 f.

⁸⁷ BGH GRUR 2000, 703, 704 – *Kalkofes Mattscheibe*.

⁸⁸ Vgl. nur *Goldstein*, 50 J. Copyright Soc’y U.S. A. 2003, 133, 137 ff.; *Gordon*, 82 B. U. L. Rev. 2002, 1031, 1035; *Kennedy*, 16 Wake Forest J. Bus. & Intell. Prop. L. 2016, 208, 231; *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1997, 1, 25 ff.; *Merges*, 12 Berkeley Tech. L. J. 1997, 115, 131; *Stieper*, Schranken, S. 88 ff.

⁸⁹ *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1997, 1, 26 („[...] a use may involve certain social values that are not monetizable. For example, a use may involve a strong First Amendment value. Such social values, while critically important to a democratic society, do not pay well in the marketplace“). Vgl. auch *Gordon*, 82 Col. L. Rev. 1982, 1600, 1631 f.

⁹⁰ Letztlich lässt sich über die Motivationen der Rechteinhaber nur spekulieren. Es gibt jedoch viele Berichte darüber, dass Rechteinhaber kritische Videos über vermeintliche Urheberrechtsansprüche versucht haben zu unterdrücken, vgl. *Healey*, Opinion: The Guardian uses copyright to shush a critic of its cultural criticism, LA Times v. 11. 06. 2015, verfügbar unter: <http://www.latimes.com/opinion/opinion-la/la-ol-the-guardian-copyright-takedown-africa-video-20150610-story.html>; *McIntosh*, Déjà vu: Viacom removes Daily Show remix for 2nd time, The Popculture Detective Agency v. 18. 02. 2015, verfügbar unter: <http://popculturedetective.agency/2015/deja-vu-viacom-removes-daily-show-remix-for-2nd-time>.

⁹¹ Dem ökonomischen Effizienzkriterium, das diesen Theorien zugrunde liegt, wird heute kaum „absoluter normativer Geltungsanspruch“ zuerkannt, vgl. *Hansen*, Warum Urheberrecht?, S. 163.

des „ob“ für bestimmte kreative Nutzungen freigestellt bleiben muss, selbst wenn Transaktionskosten grundsätzlich in großem Umfang gesenkt werden können. Es widerspräche dem Ziel der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtssteigerung, würden Rechteinhabern auch für normativ wünschenswerte Handlungen umfassende Verbotsrechte und somit Kontrolle zugestanden. Weniger klar lässt sich mit den dargestellten Theorien beantworten, wer für die Kosten der externen Wohlfahrtsgewinne aufkommen soll, ob Schranken (in Bezug auf kreative Nutzungen wäre dies eine Frage *de lege ferenda*) also vergütungspflichtig ausgestaltet werden sollten oder nicht.⁹²

Festzuhalten ist, dass das „Marktversagen-Argument“ nicht überzeugt, wenn nur Transaktionskosten als Form des Marktversagens berücksichtigt werden.

C. Relevanz möglicher Rechtklärung in der Rechtsprechung

Vereinfachte Rechtklärungsmodelle könnten sich theoretisch auf die Auslegung von Schranken auswirken, indem ein allgemein bestehender Lizenzmarkt (gerade auch für Werkteile) und, damit einhergehend, entgangene potentielle Lizenzeinnahmen beim Rechteinhaber berücksichtigt werden. Außerdem könnte ein konkretes Lizenzangebot seitens des Rechteinhabers – wie es auf Plattformen etwa in der Einwilligung in die Monetarisierung liegen könnte – die Anwendbarkeit von Schranken sperren. Ein Vorrang von Lizenzangeboten ist in Europa vor allem als Teil einiger Schranken im Wissenschafts- und Bildungsbereich bekannt.⁹³ In den USA wird *fair use* von Gerichten, vor allem wenn es um 1:1 Nutzungen durch institutionelle Nutzer wie Universitäten geht, teilweise durch Lizenzangebote eingeschränkt.⁹⁴

Nachfolgend sollen die Möglichkeiten und Grenzen eines potentiellen Vorrangs von vereinfachten Rechtklärungsmodellen für Schranken für *kreative* Nutzungen näher untersucht werden. Dabei sind insbesondere grundrechtliche Wertungen sowie die Schutzzwecke des Urheberrechts/Copyrights bedeutsam.

⁹² Dazu *Kennedy*, 16 *Wake Forest J. Bus. & Intell. Prop. L.* 2016, 208, 229; *Stieper*, Schranken, S. 89.

⁹³ Zum Ganzen *Haucap/Loebert/Spindler/Thorwarth*, Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 78. Vgl. zudem die geplante Schranke für Lehraktivitäten, Europäische Kommission, COM(2016)593 final, Proposal for a Directive on copyright in the Digital Single Market, Art. 4 (2) („Member States may provide that the exception adopted pursuant to paragraph 1 does not apply generally or as regards specific 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“). Zu Vertragsangeboten vgl. *de la Durantaye*, Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 232: „Auf nationalstaatlicher sowie europäischer Ebene könnten Gesetzgeber und Rechtsprechung aber konkreter bestimmen, unter welchen Voraussetzungen das Bestehen eines Verlagsangebots die Anwendbarkeit von Schrankenregelungen sperren soll. Dies ist eine allgemeine Frage, die nicht nur das Bildungs- und Wissenschaftsurheberrecht betrifft“ sowie *de la Durantaye*, GRUR 2017, 558, 562 ff.

⁹⁴ Vgl. etwa *Cambridge Univ. Press v. Patton*, 769 F.3d 1232, 1276–77 (11th Cir. 2014) (Interne Quellenangabe ausgelassen): „[I]t is sensible that a particular unauthorized use should be considered ‚more fair‘ when there is no ready market or means to pay for the use, while such an unauthorized use should be considered ‚less fair‘ when there is a ready market or means to pay for the use“.

I. Deutsche Rechtsprechung

Für Sampling im Musikbereich setzte sich das BVerfG in *Metall auf Metall*⁹⁵ ausführlich mit der Frage auseinander, ob Lizenzierungsmöglichkeiten Nutzungsfreiheiten einschränken können. Für eine Berücksichtigung von Rechtklärungsmöglichkeiten und potentiell entgangenen Lizenzgebühren könnte Art. 14 GG und der urheberrechtliche Beteiligungsgrundsatz sprechen.⁹⁶ Von Verfassungen wegen ist dabei, wie das BVerfG bekräftigte, jedoch nur zu gewährleisten, dass der Rechteinhaber „unter dem Strich“ noch ein „angemessenes Entgelt für seine Leistung“ erhält.⁹⁷ Nicht erforderlich ist es aus grundrechtlicher Perspektive dagegen, Rechteinhabern „jede nur denkbare wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit“ zuzuordnen.⁹⁸ Für Leistungsschutzrechte wie – in *Germania 3*⁹⁹ – auch für Urheberrechte stellt das BVerfG auf die „Gefahr merklicher wirtschaftlicher Nachteile (z. B. Absatzrückgänge)“¹⁰⁰ beim Rechteinhaber ab. Dies deckt sich mit der zivilgerichtlichen Rechtsprechung zum Zitatrecht. Diese stellt ebenfalls vor allem auf Absatzrückgänge beim Originalwerk ab, die sich aus einer Konkurrenz der beiden Werke, etwa durch Übernahmen im großen Umfang, ergeben können.¹⁰¹ Zwar habe der Rechteinhaber ein grundsätzlich berechtigtes Interesse an umfassender alleiniger Auswertung in der Erstausswertungphase¹⁰², doch wurden unkomplizierte Rechtklärungsmöglichkeiten für Filmausschnitte bisher nicht zulasten eines Zitierenden ausgelegt. Die Grenzen des Zitatrechts sind nach Auffassung des BGH in dieser Hinsicht erst dann überschritten, wenn das Interesse an der Wahrnehmung des *vollständigen* Beitrags des Rechteinhabers bzw. an von diesem lizenzierten Veröffentlichungen durch das Zitat verloren geht.¹⁰³

Das BVerfG erteilt einem möglichen Vorrang von Lizenzen gegenüber gesetzlich erlaubten Nutzungen zudem eine klare Absage.¹⁰⁴ Denn um die widerstreitenden Grundrechte von Rechteinhaber (insbesondere Art. 14 GG) und kreativem Nutzer (insbesondere Art. 5 Abs. 3 GG) in Ausgleich zu bringen, komme es darauf an,

⁹⁵ BVerfG GRUR 2016, 690 – *Metall auf Metall*.

⁹⁶ U. a. aus verfassungsrechtlichen Gründen für einen Vorrang von Lizenzangeboten für eine allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke *de la Durantaye*, Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 231. Allgemein zu verfassungsrechtlichen Vorgaben sowie davon zu trennenden rechtspolitischen Zielen der Beteiligung von Urhebern, *Schack*, Urheber- und Urhebervertragsrecht, Rn. 95. Vgl. auch *Obergfell* in: Halfmeier/Rott/Colombi Ciacchi/et al., Zugang und Ausschluss, S. 103.

⁹⁷ BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 74 – *Metall auf Metall*.

⁹⁸ *Ibid.*

⁹⁹ BVerfG GRUR 2001, 149 – *Germania 3*.

¹⁰⁰ BVerfG GRUR 2001, 149, 151 – *Germania 3*; BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 102 – *Metall auf Metall*.

¹⁰¹ Vgl. § 1 A. III. 3.

¹⁰² Vgl. OLG Hamburg BeckRS 2015, 14252 Rn. 50 (aus anderen Gründen aufgehoben von BGH GRUR 2016, 368 – *Exklusivinterview*).

¹⁰³ BGH GRUR 2016, 368 Rn. 36 – *Exklusivinterview*.

¹⁰⁴ So auch *Peifer*, ZUM 2016, 805, 809: „Damit steht fest, dass auch die Möglichkeit der Lizenzierung nicht genügt, um eine Schranke auszuhebeln. Wie beim Drei-Stufen-Test geht es um die Frage, ob eine Randnutzung zur normalen Verwertung gehört. Sofern kreative Freiheiten in Rede stehen, scheint das BVerfG auch auf der dritten Stufe keinen Ausgleich durch Vergütungspflichten für nötig zu halten. Das zeigt im Ergebnis, dass das Gericht von Verfassungen wegen eine marktliche Steuerung von kreativen Freiheiten nicht für geboten erhält“.

ob die Möglichkeit der Rechtklärung einen „gleichwertigen Schutz der künstlerischen Betätigungsfreiheit“ gewährleiste wie eine urheberrechtliche Freistellung.¹⁰⁵ Das verneint das BVerfG. Einige Argumente, die das Gericht anführt, könnten zwar theoretisch durch ‚perfekte‘ Monetarisierungsmodelle ausgeglichen werden. Dazu zählen etwa der für eine Rechtklärung notwendige Rechercheaufwand, derzeit begrenzte Angebote von Sampling-Datenbanken sowie allgemein erhebliche Transaktionskosten.¹⁰⁶ Unter Berücksichtigung allein dieser Aspekte wäre grundsätzlich noch denkbar, dass konkrete, angemessene Lizenzangebote die freie Benutzung einschränken könnten. Darauf stellt das BVerfG – aus Gründen der Rechtssicherheit überzeugend – jedoch nicht ab. Das Gericht untersucht das allgemeine Bestehen eines Lizenzmarktes. Dagegen, einen solchen Markt zulasten des Nutzers zu berücksichtigen, führt das BVerfG im Folgenden Argumente an, die auch bei erheblich verringerten Transaktionskosten ihre Berechtigung behalten:

Auf die Einräumung einer Lizenz zur Übernahme des Sample besteht kein Anspruch; sie kann von dem Tonträgerhersteller auf Grund seines Verfügungsrechts ohne Angabe von Gründen und ungeachtet der Bereitschaft zur Zahlung eines Entgelts für die Lizenzierung verweigert werden. Für die Übernahme kann der Tonträgerhersteller die Zahlung einer Lizenzgebühr verlangen, deren Höhe er – innerhalb der allgemeinen rechtlichen Grenzen, also insbesondere des Wucherverbots des § 138 II BGB – frei festsetzen kann.¹⁰⁷

Der Verweis auf Lizenzierungsmöglichkeiten als Grund für eine engere Auslegung der freien Benutzung beließe die Kontrolle über das „ob“ der Nutzung beim Rechteinhaber.¹⁰⁸ Darüber hinaus erkennt das Gericht an, dass auch die Kopplung an ein zu zahlendes Entgelt freiheitsbeschränkend wirken kann. Diesen Gedanken bringt auch *Kuhn* für Zitate von audiovisuellem Material zum Ausdruck:

[I]f we pay for image citation, then we effectively limit who may speak, and this, in turn, limits critical cultural and political commentary.¹⁰⁹

Für das Zitatrecht wird daher teilweise vertreten, dass die Kopplung an eine Vergütungspflicht aufgrund der Grundrechtsrelevanz, jedenfalls wenn sie vom Nutzer und auch für nicht-kommerzielle Nutzungen zu zahlen wäre, schwerlich mit der Verfassung vereinbar wäre.¹¹⁰ Das BVerfG stellt klar, dass die Frage, ob die kreative Nutzung eines Werkes (im Fall des Samplings) als freie Benutzung *de lege ferenda* vergütet werden sollte, grundsätzlich in den Ermessensspielraum des Gesetzgebers fällt.¹¹¹ Um der soeben beschriebenen grundrechtsbeschränkenden Wirkung von Vergütungspflichten Rechnung zu tragen, schlägt das BVerfG jedoch vor, eine

¹⁰⁵ Sei es in Form einer Schutzbereichsbegrenzung/Schranke oder mittels einer restriktiven Auslegung des entsprechenden Verwertungsrechts, BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 98 und 110 – *Metall auf Metall*.

¹⁰⁶ BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 98 – *Metall auf Metall*.

¹⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁸ *Ibid.*

¹⁰⁹ *Kuhn*, 99 *Academe* 2013 (1).

¹¹⁰ So etwa *Ohly* in: Dreier/Hilty, FS 50 Jahre UrhG (2015), S. 383.

¹¹¹ „Dem Gesetzgeber wäre es allerdings zur Stärkung der Verwertungsinteressen auch nicht von vornherein verwehrt, das Recht auf freie Benutzung mit einer Pflicht zur Zahlung einer angemessenen Vergütung zu verknüpfen“, BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 80 – *Metall auf Metall*.

solche Vergütungspflicht allenfalls nachlaufend an den kommerziellen Erfolg des neuen Werkes zu knüpfen.¹¹² Festzuhalten bleibt, dass der Schutz vor „Substitution durch horizontale Wettbewerber“ auf verfassungsrechtlicher Grundlage steht, dem Zweitmarkt aber kein vergleichbar umfassender, verfassungsrechtlicher Schutz zukommt.¹¹³

II. Europäische Rechtsprechung

Nach Erwägungsgrund 51 der InfoSocRL sollen Mitgliedstaaten u. a. vertragliche Vereinbarungen zwischen Rechteinhabern und Nutzern fördern, mit denen „die Ziele bestimmter Ausnahmen oder Beschränkungen, die im Einklang mit dieser Richtlinie in einzelstaatlichen Rechtsvorschriften vorgesehen sind, erreicht werden können“. Ob dies einen allgemeinen Vorrang von Lizenzangeboten nahelegt,¹¹⁴ ist jedoch schon nach dem offen gehaltenen Wortlaut zweifelhaft. In § 1 wurde bereits dargelegt, dass auch der EuGH die Grundrechtsrelevanz einiger Schranken – wie insbesondere des Zitatrechts und der Parodie-Schranke – anerkennt.¹¹⁵ Zudem bezeichnet der Gerichtshof einige Schranken als Rechte der Nutzer.¹¹⁶ Trotz des weiterhin verfolgten Grundsatzes der engen Auslegung, hat der EuGH die hier interessierenden Schranken bisher nicht in Abhängigkeit von Lizenzierungsmöglichkeiten gesetzt. Jedenfalls für die Parodie-Schranke hat der EuGH abschließende Voraussetzungen aufgestellt, die unabhängig vom Fehlen einfacher Rechtklärungsmodelle oder konkreter Lizenzangebote zu einer Freistellung der Nutzung führen.¹¹⁷ Zudem hat der Gerichtshof selbst für die Schranke in Art. 5 Abs. 3 lit. n), nach der „Regelungen über Verkauf und Lizenzen“ einer erlaubnisfreien Nutzung entgegenstehen, den „Verlagsvorbehalt“¹¹⁸ weitestgehend zurückgenommen, indem der Gerichtshof eine tatsächliche Vereinbarung anstelle eines reinen Angebots verlangte.¹¹⁹

¹¹² BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 80 – *Metall auf Metall*.

¹¹³ *Podszun*, ZUM 2016, 606, 609, 610. Siehe BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 103 – *Metall auf Metall*.

¹¹⁴ Dafür, jedenfalls für den Bildungs-/Wissenschaftsbereich, *de la Durantaye*, Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 231.

¹¹⁵ Dazu ausführlich § 1 A. II. 2. d) sowie § 1 B. 3.

¹¹⁶ EuGH, Rs. C-117/13 *TU Darmstadt* [2014] Rn. 43; EuGH, Rs. C-314/12 *UPC Telekabel* [2014] Rn. 57; dazu *Geiger* in: Hilty/Peukert, *Interessenausgleich im Urheberrecht* (2004), S. 149; *Geiger/Schönherr* in: Stamatoudi/Torremans, 11.95; *Leistner/Roder* in: Drexl, *The Innovation Society and Intellectual Property* (im Erscheinen), unter III. 2. c).

¹¹⁷ EuGH, Rs. C-201/13 *Deckmyn* [2014] Rn. 20. Zu den Voraussetzungen, *supra* § 1 B. I.

¹¹⁸ Der Verlagsvorbehalt meint letztlich den Vorrang des Vertrages gegenüber urheberrechtlichen Schranken, vor allem im Wissenschaftsurheberrecht, dazu näher *Steinhauer*, GRUR-Prax 2014, 471, 473.

¹¹⁹ EuGH, Rs. C-117/13 *TU Darmstadt* [2014] Rn. 35. Würde ein angemessenes Lizenzangebot ausreichen, bedeute dies, „dass der Rechteinhaber durch eine einseitige und letztlich in seinem Belieben stehende Handlung der betroffenen Einrichtung das Recht nehmen könnte, diese Beschränkung in Anspruch zu nehmen, und damit auch die Möglichkeit, ihrer grundlegenden Zweckbestimmung zu entsprechen und das genannte Allgemeininteresse zu fördern“ (Rn. 28). Zustimmend *Haucap/Loebert/Spindler/Thorwarth*, Bildungs- und Wissenschaftsschranke, S. 78.

Auch die Argumentation des EuGH zu den Schutzzwecken des Urheberrechts bzw. der Leistungsschutzrechte¹²⁰ ließe sich dafür anführen, dass der Gerichtshof einer Einschränkung von Nutzungsfreiheiten dort kritischer gegenübersteht, wo neue Werke geschaffen werden. Insofern ist beispielsweise eine Entscheidung des EuGH aus dem Jahr 2006 interessant, welche das Filmherstellerrecht aus der Vermiet- und Verleihrichtlinie betraf. Demnach ist „die Absicherung der äußerst hohen und risikoreichen Investitionen zu gewährleisten, die für die Herstellung dieser Tonträger und Filme erforderlich und für die weitere Schaffung neuer Werke durch die Urheber unerlässlich sind“.¹²¹ Der Gerichtshof übernimmt hier eine dem Anreizansatz ähnliche Argumentation und nimmt an, dass das Leistungsschutzrecht gerade dort eingreifen soll, wo der Markt die Investition des Filmherstellers nicht aus sich heraus hervorbringen würde.¹²² Letztlich soll dies die Produktion neuer Werke ermöglichen. Daraus lassen sich jedoch auch Grenzen des Schutzes der Rechteinhaber ziehen. Die Schaffung neuer Werke wird nur dann behindert, wenn eine bestimmte Nutzung mit dem Originalwerk so in Wettbewerb steht, dass die Investition des Filmherstellers gefährdet wird. Zudem werden die Kosten der Werkschaffung für andere durch einen zu starken Schutz der Rechteinhaber erhöht.¹²³

Analog zur Argumentation des BVerfG¹²⁴ ließe sich daher vertreten, dass die erforderliche Nutzungsfreiheit einerseits über eine restriktive Auslegung des Leistungsschutzrechts (in dem ein Schutz kleinster Filmausschnitte trotz Verweises auf einen Markt für kurze Werkteile, sog. Klammerteile, nicht berücksichtigt würde) gewährt werden könnte. Alternativ könnte diese Nutzungsfreiheit für die Erstellung neuer Werke über sonstige Schutzbereichsbegrenzungen oder Schranken sichergestellt werden.¹²⁵

Im Ergebnis lässt sich der Schluss ziehen, dass grundrechtliche Wertungen sowie die (begrenzten) urheberrechtlichen Schutzzwecke gegen eine Einschränkung von Zitatrecht oder freier Benutzung bei bestehenden Lizenzmärkten oder konkreten Lizenzangeboten sprechen.

¹²⁰ Selbstverständlich werden die unterschiedlichen Rechte häufig verschiedentlich gerechtfertigt, wobei bei Leistungsschutzrechten ein eher utilitaristischer Rechtfertigungsansatz besonders naheliegt. Da für filmische Remixe jedoch stets auch leistungsschutzrechtlich geschütztes Material verwendet wird, wird hier auch Rechtsprechung zum Filmherstellerrecht herangezogen.

¹²¹ EuGH, Rs. C-61/05 *Kommission/Portugal* [2006] Rn. 27 (eigene Hervorhebung).

¹²² Dazu *Ohly*, Gutachten F DJT 2014, S. 41. Zur Bedeutung dieses Anreizes als Rechtfertigung für Leistungsschutzrechte auch *Rehbinder/Peukert*, Urheberrecht, Rn. 118.

¹²³ Vgl. schon § 4 B. II. 2., dazu auch *Stieper*, Schranken, S. 82 f.

¹²⁴ Das BVerfG lässt im *Metall-auf-Metall*-Urteil offen, ob die für Sampling erforderliche Nutzungsfreiheit über eine restriktive Auslegung des § 85 Abs. 1 UrhG oder eine entsprechende Anwendung der freien Benutzung gewährleistet werden muss, vgl. BVerfG GRUR 2016, 690 Rn. 110 – *Metall auf Metall*.

¹²⁵ Dazu auch *Ohly* in: Dreier/Hilty, FS 50 Jahre UrhG (2015), S. 384: „Je stärker eine Schutzbereichsbegrenzung oder Schranke dazu dient, die Schaffung neuer Werke zu ermöglichen oder fördern, desto bedenklicher ist es, wenn die Freiheit des Nutzers eingeschränkt wird“.

III. Vereinfachte Rechtklärung in der US-amerikanischen Rechtsprechung

Wie bereits in § 2 D. anhand des Beispiels der kreativen Nutzung von Filmausschnitten gezeigt, spielt die Frage nach einfacher Rechtklärung und entgangenen Lizenzgebühren für das amerikanische Recht, v. a. im Rahmen des vierten *Fair use*-Faktors, eine große Rolle. Dabei existieren – trotz des utilitaristischen Grundgedankens des amerikanischen Urheberrechts und den entsprechend naheliegenden ökonomischen Rechtfertigungsansätzen – neben „Marktversagen“ weitere Begründungen für *fair use*. Insbesondere während der Anfänge der richterrechtlich entwickelten *Fair use*-Doktrin stand die Überlegung im Vordergrund, üblichen Gebrauch (*custom*)¹²⁶ von urheberrechtlich geschütztem Material (weiterhin) zu erlauben. Darüber hinaus wird *fair use* als für die Sicherung der Meinungsfreiheit (*free speech*) erforderlich anerkannt.¹²⁷ Ohne die Schranke des *fair use* wäre die Anwendung von Urheberrecht auf expressive Werke mit der amerikanischen Verfassung unvereinbar.¹²⁸ Beide Rechtfertigungsansätze finden sich (mindestens implizit) in der Rechtsprechung wieder und können für und wider eine engere Auslegung von *fair use* in Fällen niedriger Transaktionskosten und einfacher Rechtklärung angeführt werden.

1. Bedeutung tatsächlicher Nutzungs- und Lizenzierungspraktiken

Vor allem mit Blick auf die *Custom*-Begründung ist denkbar, dass eine Praxis der umfassenden Lizenzierung kreativer Nutzungen dazu führen könnte, dass die *Fair use*-Doktrin entsprechend enger ausgelegt wird. Zwar wird die *Custom*-Rechtfertigung¹²⁹ seit der Kodifizierung von *fair use* in 17 U.S.C. § 107 von der Rechtsprechung kaum explizit herangezogen. Der Frage nach der (branchen-)üblichen Verwendung von Fremdmaterial kommt jedoch in anderer Gestalt viel Gewicht zu.¹³⁰ Ein für Remixe besonders relevantes Beispiel ist etwa, ob die Nutzung von Fremdmaterial (in Bezug auf Länge/Aussagekraft etc. des Ausschnitts) in einem neuen Film „üblich“ ist oder ob eher der Unterhaltungswert des Ausgangsmaterials aus-

¹²⁶ Vgl. *Jaszi*, Utah L. Rev. 2007, 715, 719.

¹²⁷ Vgl. *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 219 f. (2003); *Golan v. Holder*, 132 S. Ct. 873, 876 (2012). *De la Durantaye*, GRUR-Int. 2012, 989 f.; *Nimmer*, *Nimmer on Copyright*, § 13.05. Für den Filmbereich vgl. *Geary*, 29 S. Ill. U. L. J. 2005, 151, 155.

¹²⁸ *Jaszi*, Utah L. Rev. 2007, 715, 719.

¹²⁹ Eng verwandt und teils synonym verwendet mit dem *Custom*-Erklärungsansatz ist die *theory of implied consent*, die letztlich besagt, dass „the fair use doctrine was predicated on the author’s implied consent to ‚reasonable and customary‘ use when he released his work for public consumption“ *Harper & Row Publishers, Inc. v. Nation Enterprises*, 471 U.S. 539, 550 (1985), vgl. auch *Cambridge Univ. Press v. Patton*, 769 F.3d 1232, 1257 (2014).

¹³⁰ Vgl. *Madison*, 45 Wm. & Mary L. Rev. 2004, 1525, 1587 f.: „[T]he contemporary focus on ‚case-by-case‘ adjudication of fair use disputes misunderstands the properly contextual orientation of fair use decision making as it developed historically, as Congress understood it when it enacted the fair use statute, and as the statute has actually been applied over the last twenty-five years“. Vgl. auch *Jaszi*, Utah L. Rev. 2007, 715, 731: „Such inquiries, although currently conducted using the vocabulary of Section 107, always involve – at bottom – a comparison between the practices of a defendant and the norm or pattern of use with which he seeks to affiliate. And the best way to determine whether [...] a genuine ‚patterned‘ use is involved is to look, in one way or another, to common or customary practice in whatever the field of practice may be“.

genutzt wird.¹³¹ Die Beantwortung dieser Frage hängt letztlich unmittelbar damit zusammen, inwieweit Fremdmaterial in Filmen typischerweise genutzt und diese Nutzung als berechtigt anerkannt wird.¹³²

Im Rahmen des vierten Faktors der *Fair use*-Analyse wird *custom* außerdem berücksichtigt, indem geprüft wird, ob üblicherweise ein Lizenzmarkt für die infrage stehende Nutzung besteht.¹³³ Durch diese Rückkopplung können tatsächliche Nutzungs- und Lizenzierungspraktiken direkte Auswirkungen auf den Umfang der *Fair use*-Doktrin haben.¹³⁴ Mit Blick speziell auf die Rechtklärungspraktiken auf Hosting-Plattformen beschreibt *Sawyer* dies folgendermaßen:

Imagine two different UGC sites, where site A considers twenty-second clips to be fair use and site B considers only ten-second clips to be fair use. If a fifteen second clip of a copyrighted work is used in a mashup on site A, the copyright owner could claim that the fifteen second clip is not fair use because the clip has an effect on the licensing market available on site B.¹³⁵

Es ist somit möglich, dass eine unkomplizierte Monetarisierung von Remixen auf Hosting-Plattformen, jedenfalls soweit sie als „Standard“ gesetzt wird und von den Nutzern nicht beanstandet wird,¹³⁶ die Konturen von *fair use* verändern könnte. Insofern ist *fair use* von einem *Use it or lose it*-Ansatz geprägt.¹³⁷

2. Fair use trotz einfacher Rechtklärungsmöglichkeit

Allerdings haben die in § 2 zitierten Entscheidungen auch aufgezeigt, dass die Rechtsprechung einige Nutzungen häufig als *fair use* anerkennt, obwohl ein Lizenzmarkt etabliert ist und der Rechteinhaber sogar willens gewesen wäre zu lizenzieren.¹³⁸

¹³¹ Vgl. *Jaszi*, Utah L. Rev. 2007, 715, 731. Zur Bedeutung dieser Frage an verschiedenen Stellen der *fair use*-Analyse, etwa für Transformativität, siehe § 2. Zur Berücksichtigung der „clearance culture“ durch die Rechtsprechung siehe auch *Rothman*, 29 Berkeley Tech. L. J. 2014, 1595, 1606 ff.

¹³² Zur Bedeutung von *custom* in der Klassifizierung von *Fair use*-Fallgruppen siehe auch *Samuelson*, 77 Fordham L. Rev. 2009, 2537, 2578.

¹³³ Siehe *supra*, § 2 D. VI. 3. a).

¹³⁴ *Gibson*, 116 Yale L. J. 2007, 882, 887 ff.; *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1997, 1, 33; *Merges*, 12 Berkeley Tech. L. J. 1997, 115, 131 m. w. N. Cambridge Univ. Press v. Patton, 769 F.3d 1232, 1276–77 (11th Cir. 2014) (allerdings für den Fall von 1:1 Kopien).

¹³⁵ *Sawyer*, Berkeley Tech. L. J. 2009, 363, 395 f.

¹³⁶ Ein Teil des Schrifttums schlägt als Lösung sog. *best practice statements* vor, wie sie sich beispielsweise im Dokumentarfilmbereich schon etabliert haben (dazu *Jaszi*, Utah L. Rev. 2007, 715, 732 ff.; *Aufderheide/Sinnreich*, Communication & Society 2016, 178 ff.). Obwohl solche Leitlinien auch für den Online Video Bereich existieren (*Jaszi/Aufderheide/Donaldson/et al.* Code of Best Practices in Fair Use for Online Video (2008)), scheinen sie sich hier weniger durchgesetzt zu haben. Zudem wirft dieses *private ordering* von Nutzerseite häufig die gleichen Probleme auf wie die Berücksichtigung von faktisch existierenden – wenn auch teilweise unberechtigten – Lizenzmärkten (im Sinne einer *clearance culture*), dazu ausführlich *Rothman*, 29 Berkeley Tech. L. J. 2014, 1595, 1613 ff.

¹³⁷ *Jaszi*, Utah L. Rev. 2007, 715, 731; dazu kritisch auch *Loren*, 5 J. Intell. Prop. L. 1997, 1, 42. Vgl. auch *Rothman*, 29 Berkeley Tech. L. J. 2014, 1595: „Not only do such fair use decisions [as *Ringgold v. Black Entertainment*] problematically reject the defense in instances in which it should be found, but they also further skew licensing practices and exacerbate the under-assertion of fair use. When courts consider licensing evidence, parties are more likely to license, which makes courts more likely to once again rely on licensing evidence“.

¹³⁸ Dazu auch *Kennedy*, 16 Wake Forest J. Bus. & Intell. Prop. L. 2016, 208, 225; *Samuelson*, 83 U. Chi. L. Rev. 2016, 206, 209 f.

Dabei schränken Gerichte die Berücksichtigung von Lizenzierungsmöglichkeiten und bestehenden Lizenzmärkten dort ein, wo es nicht dem Zweck des Urheberrechts entspricht, dem Rechteinhaber Kontrolle über eine bestimmte Nutzung zuzuerkennen.¹³⁹ Dies ist jedenfalls bei kritischen Nutzungen, zu denen auch Parodien zählen, der Fall.¹⁴⁰ Schwieriger ist die Rechtsprechung zu sonstigen kreativen Nutzungen einzuordnen, was vor allem für interpretationsoffenerer Fan-Videos Auswirkungen haben kann.

Dabei besteht auch in der amerikanischen Diskussion die Ansicht, dass viele Remixe zugleich Meinungskundgebung sind.¹⁴¹ Als solche sind sie vom *First Amendment* der U.S.-amerikanischen Verfassung geschützt. Zwar hat der U.S.S.C. mehrfach festgehalten, dass *fair use* zu den „built-in First Amendment accommodations“ des Copyrights gehört.¹⁴² Ausdrücklich mit Grundrechten argumentiert die amerikanische Rechtsprechung zu kreativen Nutzungen allerdings eher selten.¹⁴³

Eine weitere wichtige Einschränkung der Berücksichtigung von Lizenzierungsmöglichkeiten sehen Teile der Rechtsprechung jedoch, wie in § 2 herausgearbeitet, in dem Umstand, dass eine Nutzung transformativ ist. Dieses Kriterium gibt der Rechtsprechung Spielraum, um zumindest mittelbar künstlerische Betätigungsfreiheit zu gewährleisten. Zwar ist durchaus umstritten, wie genau Transformativität festzustellen ist. Soweit es auf einen gegenüber dem Originalmaterial veränderten Nutzungszweck ankommt, kann ein interpretationsoffenes neues Werk sogar gewisse Schwierigkeiten aufwerfen.¹⁴⁴ Allerdings berücksichtigt die Rechtsprechung bei Kunstwerken teilweise auch die Ausführungen der Künstler zu ihren Intentionen¹⁴⁵ und lässt mitunter sogar eine veränderte Ästhetik ausreichen, um Transformativität anzunehmen.¹⁴⁶ Dass transformative Nutzungen den Markt des Ausgangsmaterials – auch bei unproblematisch möglicher Rechtklärung – nicht beeinträchtigen¹⁴⁷, be-

¹³⁹ Vgl. *Fromer*, 90 Wash. L. Rev. 2015, 615, 646 ff. m. w. N.

¹⁴⁰ Vgl. etwa *Leibovitz v. Paramount Pictures Corp.*, 137 F.3d 109, 111 (2d Cir. 1998). *Fromer*, 90 Wash. L. Rev. 2015, 615, 646 f.

¹⁴¹ „Now that we communicate predominantly with audiovisual material, vidding and similar practices offer [...] opportunities for self-constitution and self-exploration. The remix offers a point of view from someone who does not have the power of a major studio behind her but still wants to talk about what the popular culture surrounding her means“, *Tushnet*, 86 Notre Dame L. Rev. 2011, 2133, 2154.

¹⁴² Dazu näher die Analyse der Urteile *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186 (2003) und *Golan v. Holder*, 132 S. Ct. 873 (2012) von *Netanel*, 60 UCLA L. Rev. 2013, 1082, 1086.

¹⁴³ Allgemein zur unterschiedlichen Bedeutung von Grundrechten für die Begrenzung von Urheberrechten in den USA und Europa vgl. *Guibault*, *Limitations and Contracts*, S. 88: „Perhaps because continental European copyright acts provide for an exhaustive list of strictly worded and interpreted limitations, continental European courts would seem more willing than their American counterparts to entertain the idea that freedom of expression might in certain circumstances constitute a proper defence to a copyright infringement action“.

¹⁴⁴ Dazu näher § 2 A. I. 4.

¹⁴⁵ *Blanch v. Koons*, 467 F.3d 244, 253 (2d Cir. 2006); *Lennon v. Premise Media Corp.*, 556 F. Supp. 2d 310, 322 f. (S. D. N. Y. 2008).

¹⁴⁶ *Cariou v. Prince*, 714 F.3d 694, 708 (2d Cir. 2013). Unterstützend berücksichtigt in *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*, 868 F. Supp. 2d 962, 978 (C. D. Cal. 2012).

¹⁴⁷ Vgl. etwa *Video-Cinema Films, Inc. v. Cable News Network, Inc.*, No. 98 CIV. 7128IBSJ, 2001 WL 1518264, S. 9 (S. D. N. Y. Nov. 28, 2001) in Bezug auf eine transformative Nutzung von

gründet die Rechtsprechung dann jedoch wiederum weniger mit *free speech* als mit den utilitaristischen Zwecken des Copyrights und dem entsprechend begrenzten Schutz gegen bestimmte Nutzungen, die zugleich neue Werke schaffen.¹⁴⁸

Dass die Rechtsprechung im Rahmen des vierten *fair use*-Faktors vor allem für ältere oder selten gezeigte Filmausschnitte teilweise positive Auswirkungen einer kreativen Nutzung auf den Markt des Ausgangsmaterials berücksichtigt (§ 2 D. IV.), schränkt die Bedeutung von entgangenen Lizenzgebühren zudem weiter ein. Dies kann auch für Fan-Videos von Bedeutung sein, die häufig eher als „market facilitators“ denn als „market rivals“ für die Ausgangswerke fungieren.¹⁴⁹

Festzuhalten bleibt, dass vereinfachte Rechtklärungsmodelle, wenn sie bereits faktisch zu einer *clearance culture*¹⁵⁰ beitragen, dazu führen, dass sich die Konturen von *fair use* für die infrage stehende Art der Nutzung verändern. Allerdings zeigt die Analyse der Rechtsprechung (mit Rückgriff auf die Erkenntnisse aus § 2), dass für kreative Nutzungen (wie Remixe) der potentielle Lizenzmarkt des Rechteinhabers häufig weniger ins Gewicht fällt. Dies wird für kritische Nutzungen vor allem mit den begrenzten Schutzzwecken des Copyrights begründet. Im Übrigen wird die transformative Natur von kreativen Nutzungen, die regelmäßig zu einer aus utilitaristischer Sicht wünschenswerten Kommentierung bestehender Werke und zugleich zu neuem Werkschaffen führt, hervorgehoben.¹⁵¹

D. Bedeutung für gesetzlich erlaubte Nutzungen und Remix-Film

Es hat sich gezeigt, dass Hosting-Plattformen, wenn sie Rechte für die Uploads ihrer Nutzer klären, in erheblichem Umfang Transaktionskosten senken können. Das bedeutet aber nicht, dass der Anwendungsbereich der gesetzlich erlaubten Nutzungen eingeschränkt werden muss.

Ökonomische Ansätze erkennen (soweit sie nicht in rein marktbasierter, neoklassischer Form vertreten werden) neben prohibitiv hohen Transaktionskosten weitere Fälle von Marktversagen an. Externe Effekte, und insbesondere eigennützige Motive des Rechteinhabers zur Kontrolle über unliebsame Nutzungen, bestehen auch für kreative Nutzungen, die über Hosting-Plattformen geteilt werden. Entsprechend bleibt die Rechtfertigung für urheberrechtliche Schranken selbst bei deutlich verrin-

Filmausschnitten: „Plaintiff claims that it will be deprived of a licensing fee for the use of its film if Defendants’ use is deemed fair. This argument, however, fails to establish market impairment under this factor. [...] The point of the fair use doctrine is that, in certain circumstance[s] [...] the law will not require an infringer of a copyrighted work to obtain such a license“.

¹⁴⁸ So schütze das Copyright über den 4. *Fair use*-Faktor „only one type of economic injury to a copyright holder: the harm that results because the secondary use serves as a substitute for the original work“, [...] *Authors Guild, Inc. v. HathiTrust*, 755 F.3d 87, 99 (2d Cir. 2014). Vgl. auch *Cambridge Univ. Press v. Patton*, 769 F.3d 1232, 1262 (11th Cir. 2014) (wobei das Gericht in diesem Fall Transformativität ablehnt).

¹⁴⁹ *Lantagne*, 21 Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev. 2015, 263, 264.

¹⁵⁰ Dazu ausführlich *Rothman*, Berkeley Tech. L. J. 2014, 1595, 1599 ff.

¹⁵¹ Vgl. *Campbell v. Acuff-Rose Music, Inc.*, 510 U.S. 569, 579 (1994) sowie im Filmbereich: *Northland Family Planning Clinic, Inc. v. Ctr. for Bio-Ethical Reform*, 868 F. Supp. 2d 962, 971 (C.D. Cal. 2012).

gerten Transaktionskosten bestehen. Die verschiedenen Theorieprämissen, die ökonomischen Ansätzen zugrunde liegen, sind zwar teilweise durchaus kritikwürdig¹⁵² und eine ökonomische Analyse des Rechts eignet sich auch nicht, um das Urheberrecht und seine Schranken abschließend zu rechtfertigen.¹⁵³ Sie zeigt allerdings, dass es wichtig ist, eine ausgewogene Balance zwischen den Rechten von Nutzern einerseits und Rechteinhabern andererseits herzustellen. Zudem verdeutlicht sie, dass die Frage nach dem „ob“ der Nutzung für kreative, künstlerische oder kritische Zwecke der Kontrolle des Rechteinhabers entzogen bleiben muss.

Die Rechtsprechung in Deutschland und den USA lässt regelmäßig die Freistellung kreativer Nutzungen durch Schranken/Begrenzungen auch bei konkreten Lizenzangeboten bzw. allgemein bestehenden Lizenzmärkten zu. Das wird mit grundrechtlichen Wertungen oder den begrenzten urheberrechtlichen Schutzzwecken begründet. In den USA kommt tatsächlichen Lizenzierungs- und Nutzungspraktiken zwar durchaus Bedeutung bei der Auslegung von *fair use* zu. So können unproblematisch mögliche Rechtklärung und verringerte Transaktionskosten eher zu einer Lizenzierungspflicht bestimmter Nutzungen führen. Mit Blick auf die hier untersuchten kreativen Nutzungen, die regelmäßig auch transformativ sind, berücksichtigt die Rechtsprechung jedoch potentielle Lizenzmärkte nur zurückhaltend. Insbesondere bei einer kritischen Auseinandersetzung mit dem Fremdmaterial sind Lizenzierungsangebote seitens des Rechteinhabers für die Reichweite von *fair use* regelmäßig irrelevant. Zudem werden zunehmend auch positive Auswirkungen einer Nutzung auf den Markt des Ausgangsmaterials berücksichtigt, was sich etwa auf die Erlaubnisfreiheit bestimmter Fan-Videos auswirken kann.

In Deutschland ergeben vor allem grundrechtliche Wertungen (Art. 5 Abs. 1 und Abs. 3 GG), dass ein ausreichender Freiraum für künstlerische Betätigungsfreiheit und Meinungsäußerungen verbleiben muss. Da (selbst unkomplizierte) Lizenzierungsmöglichkeiten diese Betätigungsfreiheit nicht gleichwertig gewährleisten, reicht ein Verweis auf Monetarisierungsmodelle nicht, um den Umfang bestehender Schranken für kreative Nutzungen zu verengen. Demnach ist für die Reichweite von gesetzlich erlaubten Nutzungen mit Grundrechtsrelevanz unerheblich, ob die Rechteinhaber willens wären, über die Hosting-Plattform Rechte einzuräumen.

Die Frage, ob kreative Nutzungen *de lege ferenda* mit einer Vergütungspflicht gekoppelt werden sollten bzw. – in ökonomischen Termini – wer die Kosten für die externen Wohlfahrtsgewinne tragen sollte, ist eine davon zu trennende rechtspolitische Frage.¹⁵⁴ Aus grundrechtlicher Perspektive ist dies – solange die Nutzungen keinen erheblichen wirtschaftlichen Schaden für den Urheber verursachen – für Zitatrecht und freie Benutzung jedenfalls nicht erforderlich. Es besteht ein Ermessensspielraum für den Gesetzgeber, bei dem jedoch berücksichtigt werden muss, dass eine mögliche Zahlungsverpflichtung für Nutzer ebenfalls grundrechtseinschränkend wirken kann. Grundsätzlich denkbar erscheint, dass Hosting-Plattformen Rechteinhaber auch für

¹⁵² Hansen, Warum Urheberrecht?, S. 243 ff.

¹⁵³ Dazu auch Leistner/Hansen, GRUR 2008, 479, 483; Metzger in: Leistner, Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums (2010), S. 104 f. Näher dazu im Folgenden.

¹⁵⁴ Dies wäre jedoch primär eine vom europäischen Gesetzgeber zu klärende Frage.

kreative Nutzungen ihrer Nutzer vergüten.¹⁵⁵ Dies wird aufgrund der umfassenden Rechtklärung teilweise bereits praktiziert.¹⁵⁶ Allerdings wäre zu beachten, dass solch eine Zahlungsverpflichtung nicht allgemein für die bestehenden gesetzlichen Schranken/Begrenzungen für kreative Nutzungen festgelegt werden sollte, da Nutzer sonst häufig faktisch zu einer Verbreitung und Rechtklärung über Hosting-Plattformen gezwungen würden.¹⁵⁷

¹⁵⁵ Zur Möglichkeit der Einführung einer durch Plattform-Betreiber vergüteten neuen Schranke s. *Bauer*, UGC, S. 404 ff.

¹⁵⁶ Vgl. *Christiansen/von Gehlen/Hofmann/et al.*, Berliner Gedankenexperiment, S. 16.

¹⁵⁷ Der Vorschlag von *Bauer* sieht allerdings vor, dass auch ein Nutzer auf seinem eigenen Blog die Schranke nutzen könnte und dann selbst dafür aufkommen müsste, *Bauer*, UGC, S. 405.

§ 5 Verhältnis von Inhalte-Filtern zu gesetzlich erlaubten Nutzungen

Hosting-Plattformen identifizieren mit Hilfe von Inhalte-Filtern potentielle Urheberrechtsverletzungen ihrer Nutzer. Daran schließt sich häufig ein automatisierter Take-down-Prozess an. Dieses Kapitel soll klären, ob Schranken für kreative Nutzungen in diesem Verfahren hinreichend berücksichtigt werden.

Dafür ist zunächst erforderlich, die Funktionsweise von Inhalte-Filtern zu untersuchen (A.). Sodann interessiert, inwieweit Plattformen rechtlich dazu verpflichtet sind, Filtersysteme einzusetzen (B.) und welche Ansprüche oder Verfahren bestehen, um urheberrechtliche Schranken der Nutzer zu sichern (C.).

A. Inhaltefilter auf Hosting-Plattformen

1. Funktionsweise der Filtersysteme

Zum Inhalteabgleich verwenden Hosting-Plattformen zumeist *Fingerprinting*-Technologie.¹ Um mit diesem Verfahren Uploads und urheberrechtlich geschütztes Material zu vergleichen, müssen die Plattformen Referenzdatenbanken vorhalten.² Rechteinhaber stellen hierfür Kopien ihrer Werke zur Verfügung. Die optischen Charakteristika eines jeden Werkes werden in numerische Werte gewandelt.³ Diese Werte nennt man Hashwerte oder digitale Fingerabdrücke.⁴ Beim Upload werden sie mit den Hashwerten der hochgeladenen Inhalte verglichen.⁵

¹ Diese Technologie verwenden etwa Audible Magic oder Vobile. Auch das Content-ID-System von YouTube beruht auf der Technologie. Vgl. dazu Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 3/3, S. 164 ff. Die Funktionsweise von Audible Magic und Content-ID erläutern *Urban/Karaganis/Schofield* näher: „While they vary in important ways, and details are proprietary, Content ID and Audible Magic share some key features. Both allow rightsholders to set rules for how flagged materials are handled, from unequivocal *ex ante* blocking of content to more flexible case-by-case evaluation of uses by rightsholders. Both systems can also enable rightsholders to ‚claim‘ unauthorized material in order to monetize views. Overall, both can give the rightsholder control over content that goes well beyond unfiltered systems“, *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 58.

² *Angelopoulos/Brody/Wouter/et al.*, Study of fundamental rights limitations for online enforcement through self-regulation (2016), S. 9.

³ *Kastil*, GRUR 2016, 671, 672. Vgl. auch *Sawyer*, Berkeley Tech. L. J. 2009, 363, 388.

⁴ *Wang*, IIC 2015, 275.

⁵ Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 3/3, S. 165.

Sog. MD5-Filter sind (nur) in der Lage, exakt identische Werke aufzuspüren.⁶ Um bei geringen Unterschieden noch einen Hinweis auf das verwendete Referenzwerk zu erhalten, ist es aber auch möglich, sog. robuste Hashwerte zu erstellen.⁷ Mittels dieser Technik haben Inhalte mit ähnlichen optischen Charakteristika auch ähnliche numerische Werte.⁸ Wie ähnlich die Werte sein müssen, damit das System auf eine Übereinstimmung hinweist, hängt von den spezifischen Toleranzeinstellungen ab.⁹ Für Videos werden aufgrund der großen Menge an Bildern spezielle Verfahren angewandt, bei denen es ebenfalls darum geht, einen robusten Hashwert zu erstellen.¹⁰

Auch für Audiodateien wird Fingerprinting angewandt, „indem die in einem Koordinatensystem abbildbare digitale Tonspur systematisch aufgeteilt und auf ihre wesentlichen Merkmale reduziert wird“.¹¹ Teilweise ist es so möglich, auch Cover-Versionen aufzuspüren.¹²

Jedenfalls ermöglicht *Fingerprinting* einen quantitativen Vergleich der optischen (und akustischen) Merkmale von Videos. Auch wenn diese Methode nicht fehlerfrei ist,¹³ wird sie zumeist als zuverlässigste Option zur Identifikation urheberrechtlich geschützter Werke betrachtet.¹⁴ Eine qualitative Bewertung der Bildinhalte oder gar ihres Subtextes oder gesellschaftlichen Kontextes ist (bislang) jedoch nicht möglich. Das bedeutet, dass derartige Filter ungeeignet sind, um automatisiert Schranken und Beschränkungen zu berücksichtigen.¹⁵ Einige Sekunden Fremdmaterial in einem parodistischen Remix-Film würden von einem Filtersystem als übereinstimmend mit

⁶ Vgl. *JB Nordemann*, CR 2010, 653, 659.

⁷ „Another term that is used to describe video fingerprinting is *robust video hashing*. It comes from the observation that conventional cryptographic hashing such as MD5 is fragile and sensitive to even a single bit change in the content. The idea is to design hashing schemes that are robust to distortions that do not change our perception of the video content“, *Lu*, Video fingerprinting for copy identification: from research to industry applications (2009), S. 2.; *Kastl*, GRUR 2016, 671, 672. Vgl. *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 57 f., hier einfach „fingerprinting“ genannt. zu YouTubes Content ID System, das auf diese Weise funktioniert *Nolte/Wimmers*, GRUR-Beil. 2014, 58, 65.

⁸ *Lu*, Video fingerprinting for copy identification: from research to industry applications (2009), S. 7.

⁹ *Kastl*, GRUR 2016, 671, 672; Vgl. *Lu*, Video fingerprinting for copy identification: from research to industry applications (2009), S. 3.

¹⁰ *Kastl*, GRUR 2016, 671, 673: „Hierfür wird die Videodatei zunächst redundanter Stellen, etwa Rändern, entledigt und die Bildgröße auf eine gewisse Pixel- sowie die Bildausschnitte auf eine bestimmte Anzahl reduziert. Die Ausschnitte werden in Segmente eingeteilt und daraus der digitale Fingerabdruck berechnet“.

¹¹ *Kastl*, GRUR 2016, 671, 673.

¹² Dazu eher kritisch OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 358 – *YouTube*: „Auch wenn – wie die Beklagte vorträgt – in ihrem Content-ID-Programm nunmehr ein Melodiefilter („Melody-ID“) integriert und dieser wirksam ist, erscheint es zweifelhaft, ob selbst eine derartige Software in absehbarer Zeit in der Lage sein wird, derartige Rechtsverletzungen aufzuspüren, die sich vorhersehbaren Strukturmerkmalen oft entziehen“.

¹³ Für Beispiele zur Fehleranfälligkeit von Content ID (insbesondere Overblocking), vgl. *Shinn*, 43 AIPLA Q. J. 2015, 359, 372 ff.

¹⁴ Vgl. zum Stand der Technik Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 3/3, S. 164.

¹⁵ So, speziell für *fair use*, auch *Sawyer*, Berkeley Tech. L. J. 2009, 363, 388 ff.

Referenzdateien erkannt. Ob sich der Gesamtbeitrag antithematisch mit dem verwendeten Material auseinandersetzt, kann ein solches System dagegen nicht erkennen.

Eine weitere Methode, um Inhalte abzugleichen, sind Wortfilter.¹⁶ Hosting-Plattformen können etwa nach den Titeln von Filmen suchen, um unlicenzierte Uploads geschützter Werke aufzuspüren. Im Vergleich zu *Fingerprinting* sind Wortfilter fehleranfälliger.¹⁷ Zwar können sie so eingestellt werden, dass sie neben exakten Übereinstimmungen auch Variablen eines Begriffs auffinden.¹⁸ Dies kann allerdings von Nutzern umgangen werden, indem etwa Buchstaben im Titel ausgetauscht werden oder der Titel keinen Rückschluss auf das verwendete Fremdmaterial zulässt. Zudem können Wortfilter auch zu weit gehen und sog. *false positives* hervorbringen.¹⁹ Eine Filmrezension, die etwa nur einen Moderator aber kein fremdes Filmmaterial zeigt, könnte aufgrund des Titels schon erfasst werden.

Ebenso wie *Fingerprinting*-Systeme bieten Wortfilter keine Möglichkeit, um gesetzlich erlaubte Nutzungen zu berücksichtigen. Es wird von einem Filtersystem schlicht eine andere, nämlich stets quantitative Frage beantwortet.²⁰ Aufgrund dieser Einschränkungen kommt es in allen bisher verfügbaren Filtermethoden zu *false positives* und *false negatives*.

II. Gefahr des Overblockings

Werden Videos aufgrund von *false positives* auf einer Hosting-Plattform gesperrt, ist dies eine Form des Overblockings. Take-down-Systeme können stets zu erfolgreichen, aber unbegründeten Verdachtsmeldungen führen. Aufgrund der Funktionsweise automatisierter Filter kommt es regelmäßig vor, dass Filmzitate oder freie Benutzungen als mögliche Urheberrechtsverletzungen geflaggt werden.²¹ Je nach Plattform und Vereinbarung mit den Rechteinhabern werden sie dann (zunächst einmal) gesperrt oder monetarisiert.²²

Holznapel identifiziert Rechtsirrtümer und Tatsachenirrtümer, denen Verdachtsmelder unterliegen können.²³ Rechtsirrtümer umfassten Fälle, in denen gemein-

¹⁶ Vgl. *JB Nordemann*, CR 2010, 653, 659.

¹⁷ Vgl. *Breyer*, MMR 2009, 14, 17; *Nolte/Wimmer*, GRUR.Beil. 2014, 58, 64. Siehe auch *JB Nordemann*, CR 2010, 653, 659, der die Keyword-Filter für Hosting-Plattformen in Kombination mit anderen Filtern jedoch für hocheffizient hält. Kritisch zu Wortfiltern dagegen *Schulz*, CR 2012, 391, 396.

¹⁸ *Kastl*, GRUR 2016, 671, 672: „Um mehrdeutige Begriffe, Synonyme oder flexionsbedingte Varianten ebenfalls zu erfassen, werden Worte im Wege des *Stemming* auf ihre Grund- bzw. Stammform reduziert und Variablen zugelassen“. Zudem sei es möglich, Begriffe nach ihrer Relevanz zu gewichten.

¹⁹ Dazu *Hoeren*, GEMA und Youtube: Der Kampf ums Urheberrecht, beck-blog v. 21. 05. 2012, verfügbar unter: <http://community.beck.de/2012/05/21/gema-und-youtube-der-kampf-ums-urheber-recht>.

²⁰ Vgl. auch *Solomon*, 44 Hofstra L. Rev. 2016, 237, 357: „The inability to recognize fair use is an issue inherent in automated filters like the Content ID system“.

²¹ Dazu aus amerikanischer Sicht *Solomon*, 44 Hofstra L. Rev. 2016, 237, 253.

²² Zu den Streitbelegungsverfahren siehe § 5 C.

²³ *Holznapel*, Notice and Take-down, S. 212 ff. Verschiedene Formen von „false flags“ identifiziert auch *Shinn*, 43 AIPLA Q. J. 2015, 359, 373.

freie Inhalte oder Inhalte, die über Schranken erlaubt sind, gemeldet würden.²⁴ Tatsachenirrtümer beruhen zumeist auf mangelnder Sorgfalt der Verdachtsmelder in der Identifikation des Inhalts.²⁵ Auch die Motive der Verdachtsmelder können sich unterscheiden. Viele Rechteinhaber wollen lediglich ihre vermeintlich bestehenden Rechte durchsetzen.²⁶ Teilweise geht es Verdachtsmeldern aber auch darum, kritische Auseinandersetzungen mit ihrem Werk oder ihrer Person zu unterbinden.²⁷

Es fällt schwer, den genauen Umfang des Overblocking-Problems abzustecken. Zu unberechtigten Take-downs allgemein liegen empirische Studien aus den USA vor.²⁸ *Urban/Karaganis/Schofield* etwa analysierten öffentlich verfügbare Informationen²⁹ zu Verdachtsmeldungen nach § 512 DMCA.³⁰ Danach stellten sich circa 30% der Meldungen als wahrscheinlich unbegründet heraus.³¹ Eine von vierzehn Meldungen bezog sich auf Nutzungen, die wahrscheinlich über *fair use* erlaubt gewesen wären.³²

Alle bisher verfügbaren Studien können jedoch ein nur unvollständiges Bild zeichnen. Dies liegt zum einen daran, dass die DMCA-Regelungen kein verpflichtendes Berichtssystem vorsehen und somit nur freiwillig herausgegebene Daten von Intermediären verfügbar sind.³³ Zum anderen fallen Inhaltessperren, die unabhängig von einer vorausgehenden *Notice* stattfanden, ganz aus den Erhebungen. So veröffentlicht etwa YouTube keine Zahlen zu den automatisierten Content-ID-Sperren, die außerhalb des Take-Down-Prozesses nach § 512 DMCA erfolgten.³⁴ Für Deutschland gibt es, soweit ersichtlich, keine empirischen Studien zu dieser Proble-

²⁴ *Holznagel*, Notice and Take-down, S. 212 ff.

²⁵ *Ibid.*

²⁶ *Holznagel*, Notice and Take-down, S. 216.

²⁷ Vgl. dazu *Nolte/Wimmers*, GRUR-Beil. 2014, 58, 69 (v. a. mit Blick auf Meinungsforen): „Ein wesentlicher Teil von Beanstandungen scheint in der Praxis unberechtigt zu sein, typisch sind etwa Fälle, in denen sich Betreiber (zweifelhafter) Geschäftsmodelle vor unliebsamer aber berechtigter Kritik schützen wollen“.

²⁸ *Seng*, 18 VA. J. L. & Tech. 2014, 369; *Urban/Quilter*, 22 Santa Clara Computer & High Tech L. J. 2006, 621; *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016).

²⁹ Diese entstammen etwa aus dem Chilling Effects/Lumen Projekt, vgl. www.lumendatabase.org. Die über 100 Millionen analysierten Meldungen betreffen einen Zeitraum von 6 Monaten und stellen ein zufälliges Sample dar.

³⁰ *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016).

³¹ *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 11: „In one in twentyfive cases, targeted content did not match the identified infringing work, suggesting that 4.5 million requests in the entire six-month data set were fundamentally flawed. Another 15% of the requests raised questions about whether they had sufficiently identified the allegedly infringing work of the allegedly infringing material. The analysis further identified significant questions related to the availability of potential fair use defense, complaints grounded on improper (non-copy-right) claims, and requests sent to defunct web sites“. Für eine weitere Studie zu Google Images stellten sich sogar 70% der Meldungen als wahrscheinlich unbegründet heraus, S. 12.

³² *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 11, für Google Images schien *fair use* in 11,6% der Fälle einschlägig, S. 12. Vgl. auch *Tushnet*, 15 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 2016, 399, 401.

³³ *Carpou*, 39 Colum. J. L. & Arts 2016, 551, 568.

³⁴ *Carpou*, 39 Colum. J. L. & Arts 2016, 551, 568.

matik.³⁵ Es finden sich jedoch zahlreiche individuelle Berichte aus verschiedenen Ländern, in denen sich Nutzer über vermeintlich unberechtigte Take-downs beklagen.³⁶

Möglicherweise fällt die Quote der *false positives* verglichen mit den berechtigten Sperrungen gering aus. In Anbetracht massenhafter Uploads³⁷ auf Hosting-Plattformen ist die Gefahr des Overblockings aber jedenfalls in absoluten Zahlen relevant.³⁸

B. Rechtlicher Hintergrund

Nachfolgend soll geklärt werden, ob bzw. inwieweit Hosting-Plattformen rechtlich zum Einsatz von Filtersystemen verpflichtet sind.

I. US-amerikanisches Recht

Host-Provider können sich in den USA regelmäßig auf die Safe-Harbor-Privilegierung (§ 512 (c) DMCA) berufen. In diesem Fall haften sie nicht für Urheberrechtsverletzungen ihrer Nutzer.³⁹ Solange Provider eine Rechtsverletzung nicht kennen oder kennen müssen, sind sie grundsätzlich nur dazu verpflichtet, auf Verdachtsmeldungen von Rechteinhabern zu reagieren und die betroffenen Inhalte unverzüglich zu sperren.⁴⁰ Für privilegierte Provider besteht grundsätzlich keine Pflicht zur proakti-

³⁵ Auch in Europa gibt es bislang nur recht kleine empirische Studien, die sich auf die Niederlande bzw. Großbritannien fokussieren, vgl. *Nas*, The Multatuli Project ISP Notice & take down, verfügbar unter: <https://www-old.bof.nl/docs/researchpaperSANE.pdf>; *Ahlert/Marsden/Yung*, How ‚Liberty‘ Disappeared from Cyberspace: The Mystery Shopper Tests Internet Content Self-Regulation, verfügbar unter: <http://pcmlp.socleg.ox.ac.uk/wp-content/uploads/2014/12/liberty.pdf>.

³⁶ Vgl. dazu die zahlreichen Beispiele bei *Hazelwood*, 50 IDEA 2010, 307, 315 f.; *Holznel*, Notice and Take-down, S. 208; *Kuhn*, Enculturation 7 (2010): <http://enculturation.net/the-youtubegaze/>; *Shinn*, 43 AIPLA Q. J. 2015, 359, 373; Electronic Frontier Foundation, Übersicht unberechtigter Take-downs, verfügbar unter: <https://www.eff.org/takedowns>. Speziell mit Blick auf Remix Videos vgl. etwa *McIntosh*, Déjà vu: Viacom removes Daily Show remix for 2nd time, The Pop Culture Detective Agency v. 18.02.2015, verfügbar unter: <http://popculturedetective.agency/2015/deja-vu-viacom-removes-daily-show-remix-for-2nd-time/>; *Pachali*, Elisa Kreisinger: Remix-Künstler sind die Delfine im Schlepptnetz von Content-ID, *irights.info* v. 25.04.2014, verfügbar unter: <https://irights.info/webschau/elisa-kreisinger-remix-kuenstler-sind-die-delfine-im-schlepptnetz-von-content-id/22849/>; *ders.* Spielverderber UEFA, *irights.info* v. 05.07.2016, verfügbar unter: <https://irights.info/2016/07/05/uefa-kurt-proedel-elfimeter/27626/>; *Crushing*, Warner/Chappell Launches Copyright Claim Over YouTube Video Deliberately Featuring None Of Its Music, *Hyperbot* v. 14.08.2017, verfügbar unter: <http://www.hypebot.com/hypebot/2017/08/warnerchappell-launches-copyright-claim-over-youtube-video-deliberately-featuring-none-of-its-music.html>.

³⁷ Auf YouTube werden etwa mehrere hundert Stunden Videos pro Minute hochgeladen, vgl. *Wynne*, Ten Great Examples of Video Content Marketing, *Forbes* v. 07.11.2016, verfügbar unter: <http://www.forbes.com/sites/robertwynne/2016/11/07/ten-great-examples-of-video-content-marketing/#4710704f276a>.

³⁸ So auch *Holland/Bavitz/Hermes/et al.*, NoC Online Intermediaries Case Studies Series: Intermediary Liability in the United States (2015), S. 43; *Tushnet*, 29 Berkley Tech. L. J. 2014, 1447, 1463.

³⁹ Infrage kämen ansonsten insbesondere die Haftungskonzepte der *contributory liability* und der *vicarious liability*, dazu näher *Fisher*, 49 U. Rich. L. Rev. 2015, 643, 647.

⁴⁰ Wenn sie selbst Kenntnis erlangen, müssen sie die Inhalte ebenfalls unverzüglich sperren,

ven Filterung (1.). Allerdings ist die Auslegung einiger Safe-Harbor-Voraussetzungen umstritten und stark von den Fakten des Einzelfalls abhängig. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit setzt Anreize, Filtersysteme dennoch einzusetzen (2.).

1. Grundsätzlich keine Filterpflichten für privilegierte Provider

Provider sind nicht dazu angehalten, selbst nach spezifischen Rechtsverletzungen zu filtern. Dies stellt § 512 (m) (1) DMCA klar.⁴¹ Nach dieser Norm besteht das Safe-Harbor-Privileg unabhängig davon, ob Provider ihren Dienst überwachen oder proaktiv nach Informationen suchen, die Urheberrechtsverletzungen nahelegen. So hielt der 2nd Circuit Court in *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube* fest:

§ 512(m) is incompatible with a broad common law duty to monitor or otherwise seek out infringing activity based on general awareness that infringement may be occurring.⁴²

Auch aus der Systematik von § 512 (c) DMCA – den Voraussetzungen für den Safe Harbor – ergibt sich gerade keine allgemeine Überwachungspflicht. Um Inhalte überhaupt unverzüglich sperren zu können, müssen dem Provider konkrete rechtsverletzende Inhalte bekannt sein.⁴³ Kenntnis oder Kennenmüssen i. S. v. § 512 (c) DMCA meint entsprechend nicht das generelle Wissen um Rechtsverletzungen, sondern bezieht sich nur auf spezifische, klar identifizierbare Fälle.⁴⁴ In der vorgenannten Entscheidung heißt es dazu:

Indeed, to require expeditious removal in the absence of specific knowledge or awareness would be to mandate an amorphous obligation to ‚take commercially reasonable steps‘ in response to a generalized awareness of infringement.⁴⁵

Eine Filterpflicht kann auch nicht aus § 512 (i) DMCA abgeleitet werden. Nach dieser Norm ist es Plattformen untersagt, technische Maßnahmen zum Auffinden von Urheberrechtsverletzungen zu behindern. Teilweise wurde zwar gefolgert, dass Plattformen aufgrund dieser Norm zum Einsatz von eigenen Filtern verpflichtet werden

Sawyer, Berkeley Tech. L. J. 2009, 363, 369. Zudem dürfen sie nicht unmittelbar finanziell von Urheberrechtsverletzungen profitieren, wenn Kontrollmöglichkeiten bestehen (§ 512 (c) (1) (B)).

⁴¹ Vgl. *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners*, 718 F. 3d 1006, 1022 (9th Cir. 2013). Dazu auch *Holzner*, Notice and Take-down, S. 53.

⁴² *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F. 3d 19, 35 (2nd Cir. 2012). Allerdings soll es unter bestimmten Umständen („deliberate effort to avoid guilty knowledge“) dennoch möglich sein, dass sich die Plattform gegenüber naheliegender Kenntnis von Rechtsverletzungen verschließt („willfull blindness doctrine“). Wie genau sich dieses Konzept zu den Safe Harbor Regeln verhält, erläutert das Gericht nicht näher.

⁴³ *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F. 3d 19, 30 (2nd Cir. 2012).

⁴⁴ *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners*, 718 F. 3d 1006, 1021 (9th Cir. 2013): „Finally, if merely hosting material that falls within a category of content capable of copyright protection, with the general knowledge that one’s services could be used to share unauthorized copies of copyrighted material, was sufficient to impute knowledge to service providers, the § 512(c) safe harbor would be rendered a dead letter“. Vgl. auch *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F. 3d 19, 30 (2nd Cir. 2012), *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners*, 718 F. 3d 1006, 1023 (9th Cir. 2013).

⁴⁵ *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F. 3d 19, 30f. (2nd Cir. 2012). Erneut bekräftigt in *EMI Christian Music Grp., Inc. v. MP3tunes, LLC*, 844 F. 3d 79, 92 (2d Cir. 2016).

könnten.⁴⁶ Dafür spräche, dass technische Maßnahmen i. S. v. § 512 (i) DMCA von der Regelung in § 512 (m) DMCA ausgenommen sind.⁴⁷ Dieser Auffassung tritt der 2nd Circuit in *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube* jedoch entgegen:

Refusing to accommodate or implement a ‚standard technical measure‘ exposes a service provider to liability; refusing to provide access to mechanisms by which a service provider affirmatively monitors its own network has no such result.⁴⁸

Das Gericht stufte also das System, mit dem die Plattform ihr eigenes Netzwerk proaktiv überwacht (Filtersystem), nicht als „standard technical measure“ i. S. d. § 512 (i) DMCA ein.⁴⁹

Für privilegierte Provider besteht deshalb grundsätzlich keine Pflicht, Inhalte proaktiv zu filtern.⁵⁰ Aus einer Verdachtsmeldung erwachsen regelmäßig keine über die Sperrung des Inhalts hinausgehenden Pflichten.⁵¹ Das Ziel, künftige Urheberrechtsverletzungen zu vermeiden, wird im amerikanischen Recht somit nur dahingehend verfolgt, dass allgemeine Obliegenheiten bestehen, um überhaupt unter das Safe-Harbor-Privileg zu fallen.⁵² So muss der Provider etwa Wiederholungstäter von seiner Plattform ausschließen⁵³ oder unter Umständen Informationen über seine Nutzer herausgeben.⁵⁴

2. Verbleibende Rechtsunsicherheit und UGC-Principles

Plattformen wie Vimeo, Veoh oder YouTube wurden von der Rechtsprechung bislang teilweise als privilegierte Provider eingestuft⁵⁵, für einige Plattformen steht eine endgültige Klärung jedoch noch aus.⁵⁶ Bei den ungeklärten Fällen geht es darum,

⁴⁶ *Sawyer*, Berkeley Tech. L. J. 2009, 363, 397, der dies kritisch sieht.

⁴⁷ § 512 (m) (1) DMCA: „Nothing in this section shall be construed to condition the applicability of subsections (a) through (d) on – (1) a service provider monitoring its service or affirmatively seeking facts indicating infringing activity, *except to the extent consistent with a standard technical measure complying with the provisions of subsection (i)*“ (eigene Hervorhebung).

⁴⁸ *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F. 3d 19, 41 (2nd Cir. 2012).

⁴⁹ „In this case, the class plaintiffs make no argument that the content identification tools implemented by YouTube constitute ‚standard technical measures,‘ such that YouTube would be exposed to liability under § 512(i). For that reason, YouTube cannot be excluded from the safe harbor by dint of a decision to restrict access to its proprietary search mechanisms“, *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F. 3d 19, 41 (2nd Cir. 2012).

⁵⁰ *Ohly*, Gutachten F DJT 2014, S. 98.

⁵¹ So auch *Holznel*, Notice and Take-down, S. 52.

⁵² *Holznel*, Notice and Take-down, S. 27 ff., 52 f.

⁵³ Bei YouTube etwa sei dies durch die Three-Strikes-Policy umgesetzt, *Shinn*, 43 AIPLA Q. J. 2015, 359, 368.

⁵⁴ Vgl. § 512(i)(1)(A) sowie § 512 (9h). Dazu *Holznel*, Notice and Take-down, S. 27, 52, 57. Darüber hinaus muss jeder Provider einen „designated agent“ vorsehen, an den Take-Down-Notices gesendet werden können, vgl. § 512 (c) (2).

⁵⁵ Vgl. etwa UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners LLC, 718 F. 3d 1006, 1011 (9th Cir. 2013). Die Video-UGC-Plattform Veoh existiert heute nicht mehr, vgl. *Bruno*, Veoh Closing Down, UMG Lawsuit Blamed, BillboardBiz v. 11.02.2010, verfügbar unter: <http://www.billboard.com/biz/articles/news/1211391/veoh-closing-down-umg-lawsuit-blamed>.

⁵⁶ Vgl. etwa *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F. 3d 19 (2nd Cir. 2012) (der Rechtsstreit wurde nach diesem Urteil außergerichtlich beigelegt, vgl. *Stempel*, Google, Viacom settle landmark YouTube lawsuit, Reuters v. 18.03.2014, verfügbar unter: <http://www.reuters.com/article/us-google->

wie einige Safe-Harbor-Voraussetzungen auszulegen sind und ob die Plattformen sie im konkreten Fall erfüllen. Um sich auf das Privileg zu berufen, müssen sämtliche Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein. Nachfolgend sollen zwei Beispiele die bestehenden Rechtsunsicherheiten illustrieren.

Gemäß § 512 (c) (1) (B) DMCA darf ein Provider etwa nicht unmittelbar finanziell von Urheberrechtsverletzungen profitieren, wenn er die Aktivitäten der Nutzer kontrollieren kann. Ungeklärt ist bislang, wann genau ein Provider relevante Kontrollrechte und -möglichkeiten innehat. Die Rechtsprechung hält jedenfalls „substantial influence on the activities of users“ für nötig.⁵⁷ Solche Einflussmöglichkeiten liegen nicht schon in der bloßen Fähigkeit eines Providers, Inhalte auf der Plattform zu sperren. Ansonsten wäre jeder Provider, der die Voraussetzungen des Safe Harbors erfüllt (Take-down nach Meldung), zugleich von seinem Schutz disqualifiziert.⁵⁸ Der Safe Harbor besteht also grundsätzlich auch für Hosting-Plattformen, denen technische Möglichkeiten zum Aufspüren von Urheberrechtsverletzungen zur Verfügung stünden.⁵⁹ Relevante Kontrollmöglichkeiten können aber auch bestehen, ohne dass der Provider Kenntnis von *konkreten* Rechtsverletzungen hat.⁶⁰ Die Rechtsprechung hat bislang offen gelassen, wann genau zwischen diesen Polen das relevante Kontrollniveau – „high levels of control over activities of users“⁶¹ – auf Hosting-Plattformen erreicht ist.⁶² Daraus entsteht eine gewisse Rechtsunsicherheit für hochstrukturierte Plattformen. Für YouTube etwa hielt es der 2nd Circuit nicht für ausgeschlossen, dass die Plattform-Betreiberin relevante Kontrollrechte und -möglichkeiten hat.⁶³

Auch die Frage, wann ein Provider „red flag knowledge“ von Urheberrechtsverletzungen hat, ist nicht abschließend geklärt. Dabei geht es um die Frage, ob der

viacom-lawsuit-idUSBREA2H11220140318, zum ganzen Urteil s. *Plenvan*, 85 Fordham L. Rev. 2016, 143, 157 ff.); Capitol Records, LLC v. Vimeo, LLC 826 F.3d 78 (2nd Cir. 2016) (es handelt sich um einen „interlocutory appeal“ zu einigen ausgewählten Fragen, diese wurden jedoch umfassend zugunsten von Vimeo entschieden). Zu den wichtigsten noch offenen Fragen siehe im Folgenden.

⁵⁷ *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 38 (2nd Cir. 2012). So auch *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners*, 718 F.3d 1006, 1030 (9th Cir. 2013).

⁵⁸ *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 37 f. Vgl. auch die ausführliche Begründung in *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners*, 718 F.3d 1006, 1027 ff. (9th Cir. 2013).

⁵⁹ „[...] (a) the allegedly infringing material resided on Veoh's system; (b) Veoh had the ability to remove such material; (c) Veoh could have implemented, and did implement, filtering systems; and (d) Veoh could have searched for potentially infringing content.“ Such circumstances are not equivalent to the activities found to constitute substantial influence in *Cybernet and Grokster*“, *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners*, 718 F.3d 1006, 1030 (9th Cir. 2013) (interne Quellenangaben ausgelassen).

⁶⁰ Damit wäre nämlich die Pflicht zum unverzüglichen Tätigwerden nach Kenntnis spezifischer Rechtsverletzungen (§ 512(c)(1)(A)) nur unnötig gedoppelt, *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 36.

⁶¹ *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners*, 718 F.3d 1006, 1030 (9th Cir. 2013).

⁶² Zum Ganzen *Sawyer*, Berkeley Tech. L. J. 2009, 363, 357.

⁶³ *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F.3d 19, 38 (2nd Cir. 2012): „[...] we think it prudent to remand to the District Court to consider in the first instance whether the plaintiffs have adduced sufficient evidence to allow a reasonable jury to conclude that YouTube had the right and ability to control the infringing activity and received a financial benefit directly attributable to that activity“. Aufgrund des anschließenden Vergleichs der Parteien ist diese Frage weiterhin ungeklärt.

Provider eine Rechtsverletzung hätte kennen müssen. Auch „red flag knowledge“ kann nach § 512 (c) DMCA eine Take-down-Pflicht auslösen. Im Gegensatz zu den Regelungen über die Verdachtsmeldung besteht in diesem Bereich Rechtsunsicherheit: „[T]he precise contours of red flag knowledge continue to elude litigants and courts“. ⁶⁴ Maßgeblich ist jedenfalls, ob der Provider Fakten oder Umstände kannte, die aus verobjektivierter Sicht unzweifelhaft konkrete Rechtsverletzungen nahelegen. ⁶⁵ Dies ist stark von den jeweiligen Fakten des Einzelfalls abhängig und somit immer wieder Gegenstand von Rechtsstreitigkeiten.

In *EMI Christian Music Group, Inc. v. Mp3tunes, LLC* ⁶⁶ urteilte der 2nd Circuit Court etwa, Kennenmüssen des Providers könne damit begründet werden, dass die relevanten Rechteinhaber vor 2007 *generell* einer Verbreitung im Internet niemals zugestimmt hätten. ⁶⁷ Der Umstand, dass Mp3Tunes nicht nach Songs vor 2007 gesucht hatte, könne für „red flag knowledge“ sprechen. ⁶⁸ Dies steht zumindest in einem Spannungsverhältnis zu Aussagen desselben Gerichts in *Capitol Records, LLC v. Vimeo, LLC*. ⁶⁹ Dort hatte der 2nd Circuit noch betont, dass stets die Möglichkeit bestehe, dass unlizenzierte Uploads der Nutzer von *fair use* gedeckt seien. ⁷⁰ Entsprechend war in *Vimeo* selbst das Wissen mehrerer Mitarbeiter um Uploads von konkreten Musikwerken als unzureichend für „red flag knowledge“ angesehen worden. ⁷¹ Diese Unterscheidung lässt sich womöglich damit erklären, dass es sich bei Mp3Tunes nicht um eine UGC-Plattform und um potentiell transformative Nutzungen, sondern stets um 1:1 Kopien der Lieder handelte. Die vom Gericht in *EMI Christian Music Group, Inc. v. Mp3tunes, LLC* allgemein gewählte Formulierung („have never authorized“) ⁷² eröffnet möglicherweise dennoch Raum für neue Rechtsstreitigkeiten.

⁶⁴ *Bridy*, 96 B. U. L. Rev. 2016, 777, 784.

⁶⁵ *Viacom Int'l, Inc. v. YouTube, Inc.*, 676 F. 3d 19, 30 (2nd Cir. 2012) („[...] whether the provider was subjectively aware of facts that would have made the specific infringement ‚objectively obvious to a reasonable person‘“). Dies könnte etwa der Hinweis eines Nutzers auf vermeintliche Urheberrechtsverletzungen eines anderen Nutzers sein, vgl. *UMG Recordings, Inc. v. Shelter Capital Partners*, 718 F. 3d 1006, 1022 (9th Cir. 2013).

⁶⁶ *EMI Christian Music Grp., Inc. v. MP3tunes, LLC*, 844 F. 3d 79 (2^d Cir. 2016).

⁶⁷ „MP3tunes and Robertson knew that major music labels generally had not even authorized their music to be distributed in the format most widely available on sideload.com, let alone authorized it to be shared on the internet. [...] [T]herefore, the jury reasonably could have concluded that MP3tunes and Robertson were aware of ‚facts and circumstances that make infringement obvious‘“, *EMI Christian Music Grp., Inc. v. MP3tunes, LLC*, 844 F. 3d 79, 92 (2^d Cir. 2016).

⁶⁸ „Indeed, an expert testified that searching through libraries of MP3 songs was a common function of MP3tunes’s business. [...] The jury was therefore permitted to conclude that a *time-limited, targeted duty* – even if encompassing a large number of songs – does not give rise to an ‚amorphous‘ duty to monitor in contravention of the DMCA“, *EMI Christian Music Grp., Inc. v. MP3tunes, LLC*, 844 F. 3d 79, 93 (2^d Cir. 2016) (eigene Hervorhebung).

⁶⁹ *Capitol Records, LLC v. Vimeo, LLC* 826 F. 3d 78 (2nd Cir. 2016).

⁷⁰ *Capitol Records, LLC v. Vimeo, LLC* 826 F. 3d 78, 97 (2nd Cir. 2016): „[...] the service provider’s employee cannot be expected to know how to distinguish, for example, between infringements and parodies that may qualify as fair use“. Vgl. dazu auch *Bridy*, 96 B. U. L. Rev. 2016, 777, 787: „Further complicating the question of objective obviousness is the fact that users who upload copyrighted content without authorization are entitled to a limited range of unauthorized but fair uses. Requiring service providers to engage in intensive factual inquiries like the one required to determine fair use is exactly what the DMCA was supposed to avoid“.

⁷¹ *Capitol Records, LLC v. Vimeo, LLC* 826 F. 3d 78, 97 (2nd Cir. 2016).

⁷² *EMI Christian Music Grp., Inc. v. MP3tunes, LLC*, 844 F. 3d 79, 93 (2^d Cir. 2016).

Die Beispiele zeigen, dass Hosting-Plattformen sich zwar grundsätzlich auf die Host-Provider-Privilegierung berufen, Rechteinhaber diese Einschätzung aber häufig nicht teilen. Um Rechtsstreitigkeiten zu vermeiden, kam es bereits im Jahr 2007 zu einer Einigung („UGC Principles“) zwischen vielen U. S.-amerikanischen Plattformen und großen Rechteinhabern.⁷³ Obwohl es sich dabei um eine informelle Übereinkunft handelt⁷⁴, war diese für den Einsatz von Filtersystemen einflussreich.⁷⁵ Im Kern regeln die *UGC Principles*, dass Plattformen die von Nutzern hochgeladenen Inhalte vor Veröffentlichung filtern. Rechteinhaber entscheiden dann, was mit dem Material passiert (Lizenzierung oder Sperrung). Im Gegenzug sehen die beteiligten Rechteinhaber davon ab, die Plattformen wegen Urheberrechtsverletzungen ihrer Nutzer zu verklagen.⁷⁶ Selbst Plattformen wie YouTube, die die *UGC Principles* nicht unterzeichnet haben, richten sich weitgehend nach diesem System.⁷⁷

Derartige Filtersysteme und weitere Maßnahmen, die teilweise über die Anforderungen des amerikanischen Safe Harbors hinausgehen, fassen *Urban/Karaganis/Schofield* unter dem Begriff „DMCA Plus“-Maßnahmen zusammen.⁷⁸ Sie zeigen in einer qualitativen Studie auf, dass Provider heute gerade im Film- und Musikbereich zu proaktiven Filtermaßnahmen greifen.⁷⁹ Dabei bestehen durchaus Bedenken im Hinblick auf die Interessen der Nutzer: „Some aspects of these techniques, all [online service providers] agreed, can supplant the DMCA’s procedural remedies and the accompanying protections for users“.⁸⁰

Es liegt nahe, dass (2007 wie heute) aus Rechtsunsicherheiten Anreize für den Einsatz von Filtersystemen und die Lizenzierung von Inhalten erwachsen.⁸¹ Dies bestätigt die Studie von *Urban/Karaganis/Schofield*. In Interviews haben dabei eine Reihe von Service-Providern (insbesondere im Musik und Filmbereich) auf verbleibende Haftungsrisiken verwiesen, die sie zur Implementierung von umfassenden Fil-

⁷³ Beteiligt waren Disney, CBS, NBC Universal, Fox, Viacom, Microsoft, MySpace, Veoh and Dailymotion, vgl. *Senfileben*, 4 JIPITEC 2013, 87, Fn. 99.

⁷⁴ *Anonymn*, 121 Harv. L. Rev. 2008, 1387, 1388.

⁷⁵ *Sawyer*, Berkeley Tech. L. J. 2009, 363, 365 f.

⁷⁶ Die *UGC Principles* sind abgedruckt in *Baverman/Southwick*, 32 Colum. J. L. & Arts 2008, 471, 476 ff.

⁷⁷ *Sawyer*, Berkeley Tech. L. J. 2009, 363, 397.

⁷⁸ „These include measures such as *ex-ante* filtering systems, hash-matching based ‚staydown‘ systems, direct back-end takedown privileges for trusted rightsholders, contractual side agreements with certain rightsholders that set forth additional protections and obligations for both parties, and other supplementary practices beyond the traditional notice and takedown regime“ *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 29.

⁷⁹ *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 10, 59. Insgesamt wendeten nur wenige der befragten Provider derartige Maßnahmen an. Diese wären jedoch „some of the dominant Internet services in their respective areas“, S. 52 f.

⁸⁰ *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 53.

⁸¹ So auch *Plevan*, 85 Fordham L. Rev. 2016, 143, 158 f. über das Urteil in *Viacom*: „The ultimate result may encourage media companies to offer reasonable licenses“. Ebenso *Blevins*, 34 Carozo L. Rev. 2013, 1821, 2824; *Bridy*, 96 B. U. L. Rev. 2016, 777, 784, die dies kritisch sehen. Zur Bedeutung des Rechtsstreits mit Viacom für die Entwicklung von YouTubes Content ID vgl. *Holland/Bavitz/Hermes/et al.*, *Intermediary Liability in the United States* (2015), S. 28 ff.; *DeLisa*, 81 Brook. L. Rev. 2016, 1275, 1285.

termaßnahmen bewogen hätten.⁸² Entsprechend gibt es heute kaum Hosting-Plattformen, die auf Inhaftefilter verzichten.⁸³

3. Zwischenergebnis

Grundsätzlich können sich Hosting-Plattformen in den USA auf die Safe-Harbor-Haftungsprivilegierung berufen – § 512 (c) DMCA schützt Provider vor einer Inanspruchnahme für Urheberrechtsverletzungen ihrer Nutzer. Die Norm erfordert grundsätzlich nicht, dass Plattformen proaktiv Inhalte filtern.

Die Erfüllung einiger Safe-Harbor-Voraussetzungen ist allerdings stark von den Fakten des Einzelfalls abhängig. Zudem ist die Bedeutung einiger wichtiger Begriffe (allen voran „red flag knowledge“) von der Rechtsprechung noch nicht abschließend geklärt. Aufgrund daraus resultierender Rechtsunsicherheiten bestehen für Host-Provider Anreize, Filtersysteme einzusetzen und Inhalte zu lizenzieren.

II. Europäischer Rechtsrahmen

Auf europäischer Ebene geben die E-Commerce-Richtlinie (ECRL) sowie die EuGH-Rechtsprechung Aufschluss über mögliche Filterpflichten. Überdies sieht der Richtlinienentwurf zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt eine rechtliche Pflicht zur „Inhaltserkennung“ nunmehr ausdrücklich vor.

1. ECRL und EuGH-Rechtsprechung

a) Safe-Harbour-Privileg und Prüfpflichten

Art. 14 ECRL sieht einen Safe Harbour⁸⁴ für Host-Provider vor. Gemäß Artikel 14 Abs. 1 ECRL sind Host-Provider „nicht für die im Auftrag des Nutzers gespeicherten Informationen verantwortlich“, wenn sie keine tatsächliche Kenntnis rechtswidriger Uploads haben und sich keiner Umstände bewusst sind, aus denen rechtswidrige Tätigkeiten offensichtlich werden.⁸⁵ Zudem müssen sie bei Kenntniserlangung unverzüglich handeln, „um die Information zu entfernen oder den Zugang zu ihr zu sperren“. Liegen die Voraussetzungen dieser Norm vor, haftet der Provider in keinem Mitgliedstaat für Urheberrechtsverletzungen seiner Nutzer.⁸⁶

Der Provider darf lediglich neutraler „Vermittler“ sein, um von der Haftungsprivilegierung zu profitieren.⁸⁷ Das bedeutet, dass er seine Dienste „mittels rein techni-

⁸² *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628, S. 58 (2016).

⁸³ So setzen beispielsweise SoundCloud, YouTube, DailyMotion, Vimeo und Pinterest Inhaftefilter ein, dazu ausführlich Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 3/3, S. 165 ff.

⁸⁴ Für das europäische Recht wird nachfolgend die britisch-englische Schreibweise verwendet.

⁸⁵ Für die Haftung auf Schadensersatz ist letzteres ausreichend. Nach Art. 14 Abs. 2 findet das Haftungsprivileg zudem „keine Anwendung, wenn der Nutzer dem Diensteanbieter untersteht oder von ihm beaufsichtigt wird“.

⁸⁶ Vgl. *Rosati*, 38 E. I. P. R. 2016, 668, 672; *Stamatoudi/Torremans* in: *Stamatoudi/Torremans*, 11.164. Dies gilt zumindest für Schadensersatzansprüche. Dazu näher im Folgenden.

⁸⁷ EuGH, verb. Rs. C-236/08 bis C-238/08 *Google France* [2010] Rn. 112. Zum Ganzen *Frey/Rudolph/Oster*, CR-Beil. 2015, 1, 11.

scher und automatischer Verarbeitung der von seinen Kunden eingegebenen Daten“ erbringt.⁸⁸ Eine aktive Rolle nimmt der Provider ein, wenn er die von den Nutzern eingestellten Inhalte kennt oder kontrolliert.⁸⁹ In diesem Fall profitiert er nicht mehr von der Haftungsprivilegierung. Dies gilt etwa, wenn ein Provider Angebote bewirbt oder ihre Präsentation optimiert.⁹⁰ Legt der Provider dagegen die Modalitäten seines Dienstes fest, erhält er eine Vergütung oder erteilt er Auskünfte allgemeiner Art, begründet dies noch keine aktive Rolle.⁹¹ Insgesamt wird eine wertende Gesamtbetrachtung vorgenommen, um Provider als neutral oder nicht-neutral einzuordnen.⁹²

Hosting-Plattformen kategorisieren ihre Inhalte teilweise automatisch oder erstellen algorithmenbasierte Empfehlungen für ähnliche Inhalte. Dies könnte jedoch noch als zulässige Festlegung der Modalitäten ihres Dienstes auszulegen sein.⁹³ Eine gewisse Strukturierung der Inheldarstellung auf einer Plattform ist unschädlich, solange keine tatsächliche Auswahl der Inhalte oder aktive Mitwirkung an ihrer Bewerbung erfolgt.⁹⁴ Für das soziale Netzwerk Netlog hat der EuGH die Safe-Harbour-Voraussetzungen ohne nähere Prüfung als erfüllt angesehen.⁹⁵ Dies dürfte daher auch für viele andere Social-Sharing-Plattformen gelten.⁹⁶ Eine genaue Grenzziehung ist bisher allerdings kaum möglich.⁹⁷

Bereits die Safe-Harbour-Voraussetzungen erfordern ein gewisses Informationsmanagement-System seitens der Plattformen.⁹⁸ Sie müssen Verdachtsmeldungen entgegennehmen und Inhalte gegebenenfalls unverzüglich sperren (Art. 14 Abs. 1 lit. b) ECRL). Dabei wird dem Provider das Haftungsprivileg bereits versagt, „wenn er sich etwaiger Tatsachen oder Umstände bewusst war, auf deren Grundlage ein *sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer* die in Rede stehende Rechtswidrigkeit hätte feststellen“ müssen.⁹⁹ Dieser Maßstab kann – anders als im U.S.-Recht – dazu führen, dass auch ungenaue Verdachtsmeldungen als Indiz für offensichtlich rechtswidrige Inhalte gewertet werden.¹⁰⁰

⁸⁸ EuGH, Rs. C-324/09 *L'Oréal/eBay* [2011] Rn. 113. Vgl. auch Erwägungsgrund 42 der ECRL: „Diese Tätigkeit ist rein technischer, automatischer und passiver Art, was bedeutet, daß der Anbieter eines Dienstes der Informationsgesellschaft weder Kenntnis noch Kontrolle über die weitergeleitete oder gespeicherte Information besitzt“.

⁸⁹ EuGH, Rs. C-324/09 *L'Oréal/eBay* [2011] Rn. 113.

⁹⁰ EuGH, Rs. C-324/09 *L'Oréal/eBay* [2011] Rn. 116.

⁹¹ EuGH, verb. Rs. C-236/08 bis C-238/08 *Google France* [2010] Rn. 116; EuGH, Rs. C-324/09 *L'Oréal/eBay* [2011] Rn. 115.

⁹² *Holznagel*, Notice and Take-down, S. 122.

⁹³ So auch OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 172 – *YouTube*, wobei unklar bleibt, ob das Gericht eine Haftungsprivilegierung für YouTube letztlich annimmt oder ablehnt, dazu näher unten § 5 B. III. 1.

⁹⁴ Zum Ganzen *Spindler*, MMR 2011, 703, 705, der auf die verbleibenden Schwierigkeiten bei der Einordnung hinweist.

⁹⁵ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 27.

⁹⁶ So auch *Kartall-Aydemir/Krieg*, MMR 2012, 647, 648.

⁹⁷ Vgl. hierzu auch *Holzmüller*, ZUM 2017, 301, 302, der die uneinheitliche europäische Rechtsprechung beschreibt und es ebenfalls für unklar hält, wie der EuGH für UGC-Plattformen entscheiden würde.

⁹⁸ Dazu *Senfleben*, 4 JIPITEC 2013, 87, 94f., der darauf hinweist, dass die ungenauen Anforderungen Markteintrittshürden für neue Plattformen darstellen können.

⁹⁹ EuGH, Rs. C-324/09 *L'Oréal/eBay* [2011] Rn. 120 (eigene Hervorhebung).

¹⁰⁰ So auch *Senfleben*, 4 JIPITEC 2013, 87, 94. Vgl. dazu EuGH, Rs. C-324/09 *L'Oréal/eBay*

Hosting-Plattformen setzten regelmäßig umfangreiche Filtersysteme ein. Damit stellt sich die Frage, ob sie sich schon dadurch Urheberrechtsverletzungen bewusst werden. Vorgaben des Gerichtshofs bestehen dahingehend, wie eine „aus eigenem Antrieb vorgenommenen Prüfung“ zu werten ist. Erkenntnisse aus solch einer Prüfung sind als dem Provider „bewusst“ zuzurechnen.¹⁰¹ Wie oben gezeigt, können automatisierte Inhaltefilter allerdings nicht ohne weitere Prüfung Urheberrechtsverletzungen identifizieren oder offensichtlich machen. Sie sind nur in der Lage, Inhalte mit übereinstimmenden oder ähnlichen optischen Merkmalen zu identifizieren. Dies spricht dagegen, dass sich eine Hosting-Plattform nach dem „sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer“-Maßstab schon deshalb Rechtsverletzungen bewusst ist, weil sie ein Filtersystem einsetzt. Dies muss jedenfalls bei veränderten Werknutzungen gelten. Stellt der Host-Provider eine Infrastruktur zur Verfügung, führt allein die Möglichkeit technischer Kontrolle somit nicht zum Verlust des Haftungsprivilegs.¹⁰²

Klärungsbedürftig ist, ob sich schon aus Art. 14 Abs. 1 ECRL Prüfpflichten ableiten lassen. Dies hängt davon ab, inwieweit ein „sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer“ sich wegen einer Verdachtsmeldung auch künftigen, ähnlichen Verstößen „bewusst“ sein muss. Generalanwalt *Jääskinen* hatte sich in seinen Schlussanträgen in *L'Oréal* für eine solche Stay-down-Verpflichtung ausgesprochen: Die Haftungsfreistellung des Art. 14 Abs. 1 ECRL bestehe nicht, wenn eine Rechtsverletzung gemeldet sei und „derselbe Nutzer dieselbe Verletzungshandlung fortsetzt oder wiederholt“.¹⁰³ Diese Annahme ist problematisch. Urheberrechtsverletzungen sind keineswegs immer offensichtlich, sondern stark vom Kontext abhängig. Daher kann die unterschiedliche Nutzung des gleichen Filmmaterials durch den gleichen Nutzer etwa einmal urheberrechtsverletzend und einmal durch Schranken gedeckt sein.¹⁰⁴ Plattformen müssten aktiv nachforschen, um eine erneute Rechtsverletzung festzustellen und den Inhalt sodann zu sperren.¹⁰⁵ Für solch einen Unterlassungsanspruch gegen die Plattform bietet die Take-down-Verpflichtung in Art. 14 Abs. 1 ECRL keine überzeugenden

[2011] Rn. 122: Zwar könne „eine Anzeige nicht ohne Weiteres dazu führen, dass die Inanspruchnahme der in Art. 14 der Richtlinie 2000/31 vorgesehenen Ausnahme von der Verantwortlichkeit ausgeschlossen wäre, da sich Anzeigen vermeintlich rechtswidriger Tätigkeiten oder Informationen als unzureichend genau und substantiiert erweisen können, doch stellt eine solche Anzeige in der Regel einen Anhaltspunkt dar, dem das nationale Gericht bei der Würdigung Rechnung zu tragen hat, ob sich der Betreiber in Anbetracht der ihm so übermittelten Informationen etwaiger Tatsachen oder Umstände bewusst war, auf deren Grundlage ein sorgfältiger Wirtschaftsteilnehmer die Rechtswidrigkeit hätte feststellen müssen“.

¹⁰¹ EuGH, Rs. C-324/09 *L'Oréal/eBay* [2011] Rn. 122.

¹⁰² *Holznel*, Notice and Take-down, S. 122. So mit Bezug auf die EuGH-Rechtsprechung auch OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 163 ff., 175, 222 ff. – *YouTube*: Eine software-basiert erlangte „Kenntnis kann schon aus der Natur der Sache nicht dem Anwendungsbereich von Art. 14 ECRL entgegenstehen, weil ansonsten dem Diensteanbieter jede Art der Vorsorge bzw. Beseitigung von Rechtsverletzungen von vornherein unmöglich wäre, weil er den Inhalt der in seinem Dienst gehosteten Informationen nicht zur Kenntnis nehmen darf, ohne seinen Status als Host-Provider zu gefährden“ (Rn. 163). A. A. *Lausen*, ZUM 2017, 278, 287 f., der vertritt, dass UGC-Plattformen grundsätzlich nicht als privilegierte Provider klassifiziert werden sollten, da sie Inhalte „im eigenen Namen und auf eigene Rechnung durch Werbung“ vermarktet. *Stieper* fordert den Verlust des Haftungsprivilegs für strukturierte Plattformen *de lege ferenda*, ZUM 2017, 132, 138.

¹⁰³ *GA Jääskinen*, Schlussanträge Rs. C-324/09 *L'Oréal/eBay* [2010] Rn. 168.

¹⁰⁴ So auch *Angelopoulos*, European Intermediary Liability, S. 55.

¹⁰⁵ *Angelopoulos*, European Intermediary Liability, S. 55.

de Grundlage, da die Norm nur eine Beseitigungspflicht regelt.¹⁰⁶ Eine überzogene Ausweitung des Maßstabs für Kenntnis bzw. Bewusstsein i. S. v. Art. 14 Abs. 1 ECRL sollte daher nicht dafür genutzt werden, Stay-down-Verpflichtungen zu konstruieren. Dies ist auch gar nicht erforderlich, da Unterlassungsansprüche anderweitig begründet werden können. Dafür sollen im Folgenden Erwägungsgrund 48 und Art. 14 Abs. 3 ECRL sowie Art. 8 Abs. 3 InfoSocRL näher untersucht werden.

Erwägungsgrund 48 der ECRL stellt klar, dass Mitgliedstaaten Host-Provider zu bestimmten Vorsorgemaßnahmen verpflichten können. Diensteanbietern können „Sorgfaltspflichten“ auferlegt werden, um rechtswidrige Tätigkeiten aufzudecken und zu verhindern. Ob und in welchem Umfang Maßnahmen zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen hiervon umfasst sind, ist allerdings umstritten. Teilweise wird angenommen, dass damit jedenfalls keine zivilrechtlichen Verpflichtungen auferlegt werden können.¹⁰⁷ Andere Autoren verstehen unter Sorgfaltspflichten „bereichsspezifische Regelungen des nationalen Rechts“, die theoretisch auch zivilrechtliche Pflichten zur Verhinderung von Urheberrechtsverletzungen umfassen könnten.¹⁰⁸ Zu beachten ist jedoch, dass Erwägungsgrund 48 die Regelung des Art. 15 Abs. 2 ECRL konkretisiert.¹⁰⁹ In dieser Norm geht es insbesondere um die Pflicht, Auskunft an Behörden zu übermitteln, damit diese Rechtsverletzer identifizieren können.¹¹⁰ Insofern ist zumindest fragwürdig, ob Erwägungsgrund 48 Mitgliedstaaten erlaubt, unabhängig von solchen behördlichen Auskunftersuchen weitreichende „Sorgfaltspflichten“ für Provider zu etablieren.¹¹¹

Allerdings ergibt sich aus Art. 14 Abs. 3 ECRL, dass das Safe-Harbour-Privileg und Prüfpflichten sich nicht ausschließen. Gemäß dieser Norm können mitgliedstaatliche Gerichte oder Behörden vom Provider verlangen, eine Rechtsverletzung „abzustellen oder zu verhindern“.¹¹² Dies gilt nach dem Wortlaut unabhängig von einer möglichen Safe-Harbour-Privilegierung des Providers. Eine Rechtsverletzung zu verhindern, ist eine in die Zukunft gerichtete Pflicht. Um diese zu erfüllen, müssen Host-Provider typischerweise Vorsorgemaßnahmen treffen und womöglich so-

¹⁰⁶ Vgl. dazu *Frey/Rudolph/Oster*, CR-Beil. 2015, 1, 12: Sieht das nationale Recht keine Anspruchsgrundlagen vor, könne „Art. 14 der Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr [...] nicht dazu herangezogen werden, um eine Haftung erst zu begründen oder auszuweiten“.

¹⁰⁷ *Edwards* in: *Edwards*, *The New Legal Framework for E-Commerce in Europe* (2005), S. 114–115.

¹⁰⁸ *Hoffmann* in: *Spindler/Schuster*, § 7 TMG Rn. 36, der dies kritisch sieht, aber davon ausgeht, dass die relevanten TMG Normen „keine Regelungen enthalten, die den Ausführungen in Erwägungsgrund Nr. 48 ECRL entsprechen“, sodass dies für das deutsche Recht letztlich irrelevant sei. Der BGH stütze seine Argumentation dagegen schon mehrfach auf Erwägungsgrund 48 der ECRL, vgl. BGH GRUR 2013, 370 Rn. 19a) – *Alone in the Dark*; BGH GRUR 2013, 1030 Rn. 30 – *File-Hosting-Dienst*.

¹⁰⁹ Vgl. *Stamatoudi/Torremans* in: *Stamatoudi/Torremans*, 11.157.

¹¹⁰ So auch *Stamatoudi/Torremans* in: *Stamatoudi/Torremans*, 11.157.

¹¹¹ Ähnlich auch *Angelopoulos*, *European Intermediary Liability*, S. 61.

¹¹² Vgl. auch Erwägungsgrund 45 der ECRL: „Die in dieser Richtlinie festgelegten Beschränkungen der Verantwortlichkeit von Vermittlern lassen die Möglichkeit von Anordnungen unterschiedlicher Art unberührt. Diese können insbesondere in gerichtlichen oder behördlichen Anordnungen bestehen, die die Abstellung oder Verhinderung einer Rechtsverletzung verlangen, einschließlich der Entfernung rechtswidriger Informationen oder der Sperrung des Zugangs zu ihnen“. Vgl. auch *Klein*, *Social-Sharing-Plattformen*, S. 104 ff.

gar Inhalte filtern. Diese Pflicht lässt sich durch einen Unterlassungsanspruch abbilden.¹¹³ Dafür spricht auch die Entscheidung des EuGH in *McFadden*.¹¹⁴ Der Fall betraf zwar Art. 12 ECRL, den Safe Harbour für die reine Durchleitung von Informationen. Der Wortlaut von Art. 12 Abs. 3 und Art. 14 Abs. 3, 1. HS ECRL ist aber identisch („Dieser Artikel läßt die Möglichkeit unberührt, daß ein Gericht oder eine Verwaltungsbehörde nach den Rechtssystemen der Mitgliedstaaten vom Diensteanbieter verlangt, die Rechtsverletzung abzustellen oder zu verhindern“). Dass die Haftungsausnahme in Art. 12 Abs. 1 nicht für Unterlassungsansprüche greift, begründete der EuGH mit Art. 12 Abs. 3 ECRL. Es liegt daher nahe, dass auch das Host-Provider-Privileg (Art. 14 Abs. 1) Unterlassungsansprüchen im Lichte des Art. 14 Abs. 3 ECRL nicht entgegensteht.¹¹⁵

Darüber hinaus ist die Rechtsprechung des EuGH zu Art. 8 Abs. 3 InfoSocRL relevant. Diese Norm verpflichtet Mitgliedstaaten sogar, Rechteinhabern „gerichtliche Anordnungen“ gegen Provider zu ermöglichen.¹¹⁶ Nach Auffassung des EuGH können Mitgliedstaaten Providern auf dieser Grundlage auch solche Maßnahmen aufgeben, die neuen Rechtsverletzungen vorbeugen.¹¹⁷ Dies betonte der EuGH in einem Fall, in dem der Provider die Voraussetzung der Safe-Harbour-Privilegierung erfüllte.¹¹⁸ Safe-Harbour-Privilegierung und bestimmte Vorsorgepflichten können also parallel bestehen.¹¹⁹ Das Haftungsprivileg bezieht sich nicht auf Unterlassungsansprüche.¹²⁰

Festzuhalten ist, dass sich aus den Voraussetzungen von Art. 14 Abs. 1 ECRL bereits die Notwendigkeit eines gewissen Informationsmanagements für Hosting-Plattformen ergibt. Vorbeugende Prüfpflichten lassen sich daraus nicht begründen. Anders ist dies mit Blick auf Unterlassungsansprüche, die das jeweilige nationale Recht vorsehen kann. Die genauen Modalitäten möglicher in die Zukunft gerichteter Pflichten regeln bislang jeweils solche einzelstaatlichen Rechtsvorschriften oder sie wer-

¹¹³ Str., a. A. wohl *Holznel*, Notice and Take-down, siehe S. 110, dort insbes. Fn. 119.

¹¹⁴ EuGH, Rs. C-484/14 *McFadden* [2016].

¹¹⁵ So auch *JB Nordemann*, GRUR 2016, 1097, 1100. Ob ein Provider privilegiert ist, ist dennoch relevant. Davon hängt nämlich ab, ob für Unterlassungsansprüche die Grenze des Art. 15 ECRL greift, siehe dazu sogleich unter b.

¹¹⁶ Dies gilt, soweit die Dienste der Provider „von einem Dritten zur Verletzung eines Urheberrechts oder verwandter Schutzrechte genutzt werden“.

¹¹⁷ Es ergebe sich aus der Rechtsprechung des Gerichtshofs, „dass die den nationalen Gerichten nach diesen Bestimmungen zugewiesene Zuständigkeit es ihnen ermöglichen soll, den Vermittlern Maßnahmen aufzugeben, die nicht nur mittels ihrer Dienste der Informationsgesellschaft bereits begangene Verletzungen von Rechten des geistigen Eigentums beenden, sondern auch neuen Verletzungen vorbeugen sollen“, EuGH, Rs. C-70/10 *Scarlet Extended/SABAM* [2011] Rn. 31.

¹¹⁸ EuGH, Rs. C-70/10 *Scarlet Extended/SABAM* [2011] Rn. 31 ff.

¹¹⁹ Vgl. auch *Kulk/Borgesius*, 34 E. I. P. R. 2012, 791, 793. Kritisch *Angelopoulos*, European Intermediary Liability, S. 60; *Nolte/Wimmers*, GRUR-Beilage 2014, 58, 62 ff.

¹²⁰ So im Ergebnis auch *Frey*, MMR 2016, 269, 275; *Klein*, Social-Sharing-Plattformen, S. 113; *JB Nordemann* in: *Fromm/Nordemann*, § 97 UrhG Rn. 185; *Spindler* in: *Dreier/Hilty*, FS 50 Jahre UrhG (2015), S. 403; *Volkman*, K&R 2014, 375, 377. A. A. *Hacker* GRUR-Prax 2011, 391, 393; *Reber* in: *Ahlberg/Götting*, § 97 UrhG Rn. 56; *Wiebe*, WRP 2012, 1182, 1186. Selbstverständlich gilt aber Art. 15 ECRL für privilegierte Provider. So auch *Metzger*, GRUR 2012, 382, 385 sowie *Ohly*, der zwar davon spricht, dass das Privileg auch Unterlassungsansprüche erfasse, damit aber nur meint, dass Art. 15 ECRL Anwendung findet, *Ohly*, ZUM 2015, 308, 310; *ders.*, Gutachten F DJT 2014, S. 95. Ähnlich auch *Leistner*, 9 JIPLP 2014, 75, 76 f.

den durch die Rechtsprechung einzelner Mitgliedstaaten etabliert.¹²¹ Dies führt zu einer unübersichtlichen Rechtslage. Allerdings gibt das europäische Recht zumindest einige wichtige Grenzen für Prüfpflichten vor, die die Mitgliedstaaten beachten müssen.¹²²

b) Grenzen für Prüfpflichten

Für die zu beachtenden Grenzen von Prüfpflichten ist relevant, ob ein Provider die Voraussetzungen des Safe Harbours erfüllt. Ist dies der Fall, greift Art. 15 ECRL.¹²³ Demnach dürfen Diensteanbietern keine allgemeinen Überwachungspflichten auferlegt werden. Privilegierte Plattformen-Betreiber müssen auch nicht „aktiv nach Umständen [...] forschen, die auf eine rechtswidrige Tätigkeit hinweisen“. Daraus ergibt sich unter anderem, dass privilegierten Providern Prüfpflichten nur nach Kenntniserlangung von einer Rechtsverletzung auferlegt werden können – in aller Regel also nach deren Meldung.¹²⁴ Erwägungsgrund 47 der ECRL stellt klar, dass *spezifische* Überwachungspflichten möglich bleiben. Die Abgrenzung von allgemeinen zu spezifischen Überwachungspflichten ist somit von großer Bedeutung.¹²⁵

Eine allgemeine Überwachungspflicht liegt vor, wenn ein Hosting-Anbieter verpflichtet wird, „sämtliche Daten jedes seiner Kunden aktiv zu überwachen, um jeder künftigen Verletzung von Rechten des geistigen Eigentums vorzubeugen“.¹²⁶ Dies ist bei einem Filtersystem der Fall, welches „sowohl fast alle [...] gespeicherten Informationen als auch sämtliche Nutzer der Dienste dieses Anbieters“ erfasst.¹²⁷ Mit Art. 15 ECRL vereinbar sind dagegen Pflichten, die auf eine erleichterte Identifizierung kommerzieller Nutzer abzielen.¹²⁸ Zudem können Nutzer von einem Dienst ausgeschlossen werden, „um zu vermeiden“, dass dieselbe Person dasselbe Recht erneut verletzt.¹²⁹ Beide vom EuGH beispielhaft genannten Maßnahmen erfordern kein umfassendes Filtersystem.¹³⁰

Eine weitere Grenze für potentielle Filterpflichten ergibt sich aus Art. 3 Durchsetzungs-RL.¹³¹ Maßnahmen, die den Providern auferlegt werden, müssen demnach

¹²¹ EuGH, Rs. C-70/10 *Scarlet Extended/SABAM* [2011] Rn. 32 bzgl. Anordnungen nach Art. 8 Abs. 3 InfoSocRL. Vgl. zu den Systemen in Großbritannien und Frankreich *Ohly*, Gutachten F DJT 2014, S. 96 f.

¹²² Vgl. auch *Frey/Rudolph/Oster*, CR-Beil. 2015, 1, 12.

¹²³ So auch *Spindler* in: Dreier/Hilty, FS 50 Jahre UrhG (2015), S. 403.

¹²⁴ So auch *Frey*, MMR 2016, 269, 276.

¹²⁵ *Spindler* in: Dreier/Hilty, FS 50 Jahre UrhG (2015), S. 404. Das Problem wird aus deutscher Perspektive unten nochmal aufgegriffen, § 5 B. III. 2.

¹²⁶ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 34. Vgl. auch EuGH, Rs. C-70/10 *Scarlet Extended/SABAM* [2011] Rn. 36.

¹²⁷ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 37. Vgl. auch EuGH, Rs. C-70/10 *Scarlet Extended/SABAM* [2011] Rn. 39.

¹²⁸ EuGH, Rs. C-324/09 *L'Oréal/eBay* [2011] Rn. 142.

¹²⁹ EuGH, Rs. C-324/09 *L'Oréal/eBay* [2011] Rn. 141. Diese Vorgaben des EuGH sind vage. Die Gefahr künftiger Verletzungen scheint für eine mögliche Verpflichtung zum Ausschluss auszureichen. Doch wie genau auf die Gefahr von künftigen „gleichen“ Verletzungen durch denselben Nutzer geschlossen werden kann – ob etwa eine einzige Verletzung bereits für einen Ausschluss ausreicht –, erläutert der EuGH nicht näher.

¹³⁰ Dies betonen auch *Nolte/Wimmer*, GRUR-Beil. 2014, 58, 63.

¹³¹ Vgl. etwa EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 34.

fair und gerecht sein und dürfen nicht übermäßig kompliziert oder kostspielig sein (Art. 3 Abs. 1). Zudem müssen sie „wirksam, verhältnismäßig und abschreckend“ sein (Art. 3 Abs. 2).

Ferner werden mögliche Filterpflichten durch Grundrechte begrenzt.¹³² Das Recht am geistigen Eigentum (Art. 17 Abs. 2 GRCh) ist mit anderen Grundrechten abzuwägen.¹³³ Die Pflicht, ein „kompliziertes, kostspieliges, auf Dauer angelegtes und allein auf seine Kosten betriebenes Informatiksystem“ anzulegen, beeinträchtigt nach Auffassung des EuGH die Rechte des Providers aus Art. 6 GRCh (Schutz der unternehmerischen Freiheit) unverhältnismäßig.¹³⁴ Darüber hinaus sind die Rechte der betroffenen Nutzer aus Art. 8 und 11 GRCh (Rechte auf den Schutz personenbezogener Daten und auf freien Empfang oder freie Sendung von Informationen) zu achten.¹³⁵ Mit Blick auf Art. 11 GRCh geht der EuGH in *SABAM/Netlog* ausdrücklich auf das Problem des Overblockings ein. Die Anordnung eines Filtersystems für eine Social-Sharing-Seite ist problematisch, weil „sein Einsatz zur Sperrung von Kommunikationen mit zulässigem Inhalt führen könnte“.¹³⁶ Gesetzliche Schranken oder eine mögliche Gemeinfreiheit des Materials müssten geprüft werden, um die Zulässigkeit des Beitrags festzustellen. Blieben diese Aspekte unbeachtet – was bei der Anordnung eines umfassenden Filtersystems der Fall sei – bestehe kein „angemessenes Gleichgewicht“ zwischen den relevanten Grundrechten.¹³⁷ Entsprechend erachtete der Gerichtshof die Anordnung einer umfassenden Filterpflicht (d. h. dass fast alle Inhalte und alle Nutzer vom System erfasst werden) als mit europäischem Recht unvereinbar.¹³⁸

c) Zwischenergebnis

Anders als im U.S.-amerikanischen Recht können Providern in der EU zwar in die Zukunft gerichtete Prüfmaßnahmen auferlegt werden. Dies gilt jedoch nur für spezifische Überwachungspflichten und wenn u. a. urheberrechtliche Schranken der Nut-

¹³² EuGH, Rs. C-275/06 *Promusicae* [2008] Rn. 68: „Es ist daher Sache der Mitgliedstaaten, bei der Umsetzung der genannten Richtlinien darauf zu achten, dass sie sich auf eine Auslegung derselben stützen, die es ihnen erlaubt, ein angemessenes Gleichgewicht zwischen den verschiedenen durch die Gemeinschaftsrechtsordnung geschützten Grundrechten sicherzustellen. Bei der Durchführung der Maßnahmen zur Umsetzung dieser Richtlinien haben die Behörden und Gerichte der Mitgliedstaaten nicht nur ihr nationales Recht im Einklang mit diesen Richtlinien auszulegen, sondern auch darauf zu achten, dass sie sich nicht auf eine Auslegung dieser Richtlinien stützen, die mit diesen Grundrechten oder den anderen allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts, wie etwa dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, kollidiert“.

¹³³ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 42.

¹³⁴ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 46 f. Zudem verstoße die Pflicht zu einem solchen System gegen Art. 3 Abs. 1 der Durchsetzungs-RL („Diese Maßnahmen, Verfahren und Rechtsbehelfe müssen fair und gerecht sein, außerdem dürfen sie nicht unnötig kompliziert oder kostspielig sein und keine unangemessenen Fristen oder ungerechtfertigten Verzögerungen mit sich bringen“).

¹³⁵ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 48.

¹³⁶ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 50.

¹³⁷ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 50 f. Wieso der EuGH hier nicht auch auf die Grundrechte der einstellenden Nutzer, insbesondere die Meinungs- und Medienfreiheit abstellt, bleibt unklar, vgl. hierzu und der *UPC Telekabel*-Entscheidung *Spindler*, GRUR 2014, 826, 829.

¹³⁸ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 50 ff.

zer berücksichtigt werden. Eine staatlich auferlegte Pflicht, ein umfassendes Filtersystem einzurichten, widerspricht nach Ansicht des EuGH den Maßgaben von Art. 15 ECRL und den europäischen Grundrechten.

2. Richtlinienentwurf zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt

Im September 2016 hat die Europäische Kommission einen Richtlinienentwurf zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt¹³⁹ veröffentlicht.¹⁴⁰ In Art. 13 Abs. 1 behandelt dieser Entwurf „Inhaltserkennungstechniken“ für bestimmte Host-Provider:

Diensteanbieter der Informationsgesellschaft, die große Mengen der von ihren Nutzern hochgeladenen Werke und sonstigen Schutzgegenstände in Absprache mit den Rechteinhabern speichern oder öffentlich zugänglich machen, ergreifen Maßnahmen, um zu gewährleisten, dass die mit den Rechteinhabern geschlossenen Vereinbarungen, die die Nutzung ihrer Werke oder sonstigen Schutzgegenstände regeln, oder die die Zugänglichkeit der von den Rechteinhabern genannten Werke oder Schutzgegenstände über ihre Dienste untersagen, eingehalten werden. Diese Maßnahmen wie beispielsweise wirksame Inhaltserkennungstechniken müssen geeignet und angemessen sein. Die Diensteanbieter müssen gegenüber den Rechteinhabern in angemessener Weise darlegen, wie die Maßnahmen funktionieren und eingesetzt werden und ihnen gegebenenfalls über die Erkennung und Nutzung ihrer Werke und sonstigen Schutzgegenstände Bericht erstatten.¹⁴¹

a) Hintergrund

Ziel der Kommission ist es, das sog. „Value gap“-Problem zu lösen.¹⁴² Im Impact-Assessment zum Richtlinienentwurf beschreibt die Kommission, dass auf UGC-Plattformen häufig auch urheberrechtlich geschützte Werke geladen werden.¹⁴³ Plattformen würden diese Inhalte (automatisch) empfehlen oder kategorisieren, ihre Nutzer Playlisten erstellen lassen und ihnen ermöglichen, die Inhalte zu teilen.¹⁴⁴ Durch dieses Vorgehen werde somit die Plattform attraktiver.¹⁴⁵ Dennoch sei es Rechteinhabern häufig nicht möglich, Verträge über die Lizenzierung ihrer Inhalte abzuschließen.¹⁴⁶ Obwohl eine große Zahl der Plattformen bereits Monetarisie-

¹³⁹ Europäische Kommission, Vorschlag für eine Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, COM(2016) 593 final.

¹⁴⁰ Dazu findet sich ein Überblick mit teils kritischer Bewertung bei *Obergfell/Thamer*, GRUR Int. 2017, 201, 205.

¹⁴¹ Eigene Hervorhebung.

¹⁴² Dazu ausführlich Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 1/3, S. 137 ff.

¹⁴³ *Ibid.*

¹⁴⁴ *Ibid.*

¹⁴⁵ *Ibid.*

¹⁴⁶ „While some of the providers of these services have de facto become major actors of online content distribution and have substantial number[s] of users and significant market valuations[,] rightholders are not necessarily able to enter into agreements with them for the use of their content. This affects rightholders' possibility to determine whether, and under which conditions, their content is made available on the services and to get an appropriate remuneration for it“. Dazu ausführlich Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 1/3, S. 138.

rungsmodelle vorsieht, befürchtet die Kommission, dass faire Verhandlungen für die Rechteinhaber unmöglich seien.¹⁴⁷ Dafür bedürfe es zunächst Transparenz darüber, welche ihrer Werke auf einer Plattform zur Verfügung stünden. Hierfür wiederum möchte die Kommission Diensteanbieter zu bestimmten Maßnahmen verpflichten – insbesondere zu „wirksame[n] Inhaltserkennungstechniken“.¹⁴⁸

b) „Große Mengen“ hochgeladener Werke

Zunächst ist fraglich, welche Provider von den Neuerungen erfasst würden. Gemäß Art. 13 Abs. 1 sollen „Diensteanbieter der Informationsgesellschaft, die große Mengen der von ihren Nutzern hochgeladenen Werke und sonstigen Schutzgegenstände in Absprache mit den Rechteinhabern speichern oder öffentlich zugänglich machen“, zu bestimmten Maßnahmen verpflichtet werden. Dies umfasst bestimmte Host-Provider wie UGC-Plattformen. Unklar ist jedoch, wann „große Mengen“ von Werken öffentlich zugänglich gemacht werden.¹⁴⁹ Dies könnte an die absolute Zahl der Uploads anknüpfen. Wann die relevante Schwelle überschritten wird, ist jedoch nicht geregelt. Auch welche Art der Uploads gezählt werden (alle oder nur jene mit Fremdmaterial oder nur urheberrechtsverletzende?), ist offen. Angesichts dieser ungeklärten Fragen entstände gerade für Marktneueinsteiger oder mittelgroße Unternehmen beachtliche Rechtsunsicherheit.

c) Offene Fragen zur öffentlichen Wiedergabe

Die Kommission scheint davon auszugehen, dass Diensteanbieter eine Verwertungshandlung i. S. v. Art. 3 InfoSocRL stets selbst vornehmen. Dies legt Erwägungsgrund 38 nahe:

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.¹⁵⁰

Das Eingreifen der Safe-Harbour-Privilegierung ist jedoch zu trennen von der Frage nach einer eigenen urheberrechtsrelevanten Handlung der Plattform.¹⁵¹ Selbst, wenn die Safe-Harbour-Voraussetzungen unerfüllt sind, muss erst noch geprüft werden, ob die Plattform selbst Inhalte öffentlich wiedergibt. Der Richtlinienentwurf definiert an

¹⁴⁷ Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 1/3, S. 138 f.

¹⁴⁸ Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 1/3, S. 146 f.

¹⁴⁹ Die nachfolgend identifizierten Unklarheiten ergeben sich hieraus auch für *Angelopoulos*, Kluwer Copyright Blog v. 06. 10. 2016.

¹⁵⁰ Eigene Hervorhebung.

¹⁵¹ So auch OLG München GRUR 2016, 612 Rn. 24 mit Verweis auf BGH GRUR 2013, 1229 Rn. 30 – *Kinderhochstühle im Internet II*.

keiner Stelle neue Voraussetzungen für das Recht auf öffentliche Wiedergabe in Bezug auf Diensteanbieter.

Um festzustellen, ob Hosting-Plattformen selbst eine urheberrechtlich relevante Handlung vornehmen, ist die bisherige EuGH-Rechtsprechung¹⁵² heranzuziehen. Demnach vereint „der Begriff ‚öffentliche Wiedergabe‘ zwei kumulative Tatbestandsmerkmale [...], nämlich eine ‚Handlung der Wiedergabe‘ eines Werks und seine ‚öffentliche‘ Wiedergabe“.¹⁵³ Wiedergabe meint, dass Mitglieder der Öffentlichkeit zum Werk „Zugang haben, ohne dass es darauf ankommt, ob sie diese Möglichkeit nutzen oder nicht“.¹⁵⁴ Öffentlichkeit bedeutet in diesem Kontext „eine unbestimmte Zahl potenzieller Adressaten“ und impliziert zudem „eine ziemlich große Zahl von Personen“.¹⁵⁵ Außerdem muss sich die Wiedergabe an ein neues Publikum richten, „dh an ein Publikum, das die Inhaber des Urheberrechts nicht hatten erfassen wollen, als sie die ursprüngliche öffentliche Wiedergabe erlaubten“.¹⁵⁶ Alternativ muss das geschützte Werk „unter Verwendung eines technischen Verfahrens, das sich von dem bisher verwendeten unterscheidet“, wiedergegeben werden.¹⁵⁷ Diese Vorgaben werden durch das Einstellen auf eine Plattform regelmäßig erfüllt.

Zudem zieht der EuGH für die Auslegung mehrere Kriterien heran, die teilweise „unselbständig und miteinander verflochten“ seien.¹⁵⁸ Maßgeblich sei jedenfalls die „zentrale Rolle des Nutzers“.¹⁵⁹ Ein Nutzer nehme „eine Wiedergabe vor, wenn er in voller Kenntnis der Folgen seines Verhaltens tätig wird“ und Menschen, die zuvor keinen Zugang zum Werk hatten, Zugang ermöglicht.¹⁶⁰ In *Filmspeler*¹⁶¹ und *Ziggo BV*¹⁶² legte der EuGH dieses Kriterium äußerst weit aus.¹⁶³ So ließ der Gerichtshof auch eine *Erleichterung* des Zugriffs auf illegale Streaming-Seiten, die andernfalls „nicht leicht auffindig gemacht werden können“, als zentrale Rolle ausreichen.¹⁶⁴ Ebenso genüge es, wenn eine Plattform (hier: The Pirate Bay) Torrent-Dateien indexiere und erfasse, „die den Nutzern der Plattform ermöglichen, diese Werke aufzufinden und sie im Rahmen eines ‚Peer-to-peer‘-Netztes zu teilen“.¹⁶⁵ Denn ohne

¹⁵² Vgl. auch *Specht*, ZUM 2017, 582, 584, die die Kriterien aus Anlass des *Filmspeler*-Urteils darstellt.

¹⁵³ EuGH, Rs. C-160/15 *GS Media* [2016] Rn. 32. Vgl. auch EuGH, Rs. C-325/14 *SBS* [2013] Rn. 15; EuGH, Rs. C-466/12 *Svensson* [2014] Rn. 16; EuGH, Rs. C-117/15 *Reha Training* [2016] Rn. 37.

¹⁵⁴ EuGH, Rs. C-466/12 *Svensson* [2014] Rn. 19; EuGH, Rs. C-160/15 *GS Media* [2016] Rn. 32.

¹⁵⁵ EuGH, Rs. C-466/12 *Svensson* [2014] Rn. 21. Vgl. auch EuGH, Rs. C-325/14 *SBS* [2013].

¹⁵⁶ EuGH, Rs. C-466/12 *Svensson* [2014] Rn. 24. Vgl. auch EuGH verb. C-403/08 und C-429/08 *FAPL/Murphy* [2011] Rn. 194.

¹⁵⁷ EuGH, Rs. C-348/13 *BestWater* [2014] Rn. 14.

¹⁵⁸ EuGH, Rs. C-117/15 *Reha Training* [2016] Rn. 34; EuGH, Rs. C-160/15 *GS Media* [2016] Rn. 34.

¹⁵⁹ EuGH, Rs. C-160/15 *GS Media* [2016] Rn. 35. Vgl. auch *Leistner*, GRUR 2017, 755, 758.

¹⁶⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-117/15 *Reha Training* [2016] Rn. 46; EuGH, Rs. C-160/15 *GS Media* [2016] Rn. 35.

¹⁶¹ EuGH, Rs. C-527/15 *Filmspeler* [2017].

¹⁶² EuGH, Rs. C-610/15 *Ziggo BV* [2017].

¹⁶³ Dazu auch *Ohly*, ZUM 2017, 793, 796 f.

¹⁶⁴ EuGH, Rs. C-527/15 *Filmspeler* [2017] Rn. 41.

¹⁶⁵ EuGH, Rs. C-610/15 *Ziggo BV* [2017] Rn. 36.

diese Handlung wäre das Teilen von Werken im Internet „zumindest komplexer“. ¹⁶⁶ Da auch strukturierte UGC-Plattformen ¹⁶⁷ den Zugriff auf Werke erleichtern, dürfte nunmehr ¹⁶⁸ naheliegen, dass sie „zentrale“ Handlungen im Sinne der öffentlichen Wiedergabe vornehmen können.

Dennoch unterscheiden sich die Geschäftsmodelle von ‚Peer-to-peer‘-Netzen wie *The Pirate Bay* und strukturierten Hosting-Plattformen erheblich. ¹⁶⁹ Erste-re sind auf die Verbreitung von 1:1 Kopien, die zumeist ohne die Einwilligung der Rechteinhaber veröffentlicht wurden, angelegt. UGC-Plattformen enthalten im Vergleich eine Vielzahl von Inhalten, an denen die Rechte geklärt wurden oder die ihre Nutzer selbst kreiert haben. Zwei weitere Kriterien könnten darüber Aufschluss geben, ob UGC-Plattformen ebenfalls Werke öffentlich wiedergeben. Zum einen könnte ihre Gewerblichkeit relevant sein. Zum anderen könnte nunmehr die Kenntnis von illegal verfügbaren Werken entscheidend sein. Der EuGH hat mehrfach geurteilt, dass ein „gewerbliche[r] Charakter der Verbreitung“ weder ausschlaggebend noch unerheblich sei. ¹⁷⁰ Handelt der Nutzer mit Gewinnerzielungsabsicht beim Setzen eines Links, sei ihm zuzumuten, sich zu vergewissern, dass das betroffene Werk nicht unbefugt veröffentlicht wurde. ¹⁷¹ Generalanwalt *Szpunar* hatte in seinen Schlussanträgen zu *Ziggo BV* allerdings überzeugend hervorgehoben, dass solch eine Vermutung nicht im Fall von Intermediären gelten könnte, da dies zu einer allgemeinen Überwachungspflicht führen würde. ¹⁷² Der EuGH bleibt hierzu in der *Ziggo BV*-Entscheidung äußerst vage. Er stellt nur fest, dass *The Pirate Bay* auch erhebliche Einnahmen aus Werbung generiere ¹⁷³, lässt aber vollkommen offen, was daraus resultiert.

Als entscheidendes Kriterium für Intermediäre scheint sich vor allem die Frage der Kenntnis abzuzeichnen. ¹⁷⁴ Der UGC-Plattform-Nutzer wählt aus, welche Werke er hochlädt. Ein passiver Plattform-Betreiber hat dagegen keine „volle Kenntnis“ (im Sinne von konkreter Kenntnis) darüber, welche Inhalte hochgeladen werden und ob diese Urheberrechte verletzen. Das spricht zunächst dafür, dass (nur) der Plattform-Nutzer die Inhalte i. S. v. Art. 3 InfoSocRL öffentlich wiedergibt. ¹⁷⁵ Allerdings

¹⁶⁶ Ibid.

¹⁶⁷ Vgl. *Leistner* zu modernen „hochstrukturierte[n] Inhalteplattformen“, ZUM 2016, 580, 584. Vgl. auch *ders.* ZUM 2016, 980, 983: „Im Allgemeinen offen erscheint [...] die für das Internetrecht noch entscheidendere Frage nach der rechtlichen Behandlung der unterschiedlichen Internetplattformen mit Nutzerinhalten im Rahmen des Rechts der öffentlichen Wiedergabe“.

¹⁶⁸ Anders noch (vor den Urteilen in *Filmspeler* und *Ziggo BV*) *Rosati*, 38 E. I. P. R. 2016, 668, 674 f.

¹⁶⁹ Hierzu auch *Ohly*, ZUM 2017, 793, 796 f.

¹⁷⁰ Vgl. EuGH, Rs. C-117/15 *Reha Training* [2016] Rn. 49; EuGH, Rs. C-160/15 *GS Media* [2016] Rn. 38. *Leistner* deutet das Vorgehen des EuGH als „ökonomisch wertende [...] Betrachtung“, ZUM 2016, 580, 584.

¹⁷¹ Dies entschied der EuGH mit Blick auf das Setzen von Links, die zu rechtswidrigen Inhalte führen, Rs. C-160/15 *GS Media* [2016] Rn. 51. Kritisch zu dieser Nachprüfungspflicht *Ohly*, GRUR 2016, 1152, 1157.

¹⁷² *GA Szpunar*, Schlussanträge Rs. C-610/15 *Ziggo BV* [2017] Rn. 51.

¹⁷³ EuGH, Rs. C-610/15 *Ziggo BV* [2017] Rn. 45.

¹⁷⁴ Siehe dazu EuGH, Rs. C-527/15 *Filmspeler* [2017] Rn. 31; *GA Szpunar*, Schlussanträge Rs. C-610/15 *Ziggo BV* [2017] Rn. 51.

¹⁷⁵ Auch die deutsche Rechtsprechung geht davon aus, dass Hosting-Plattformen nicht selbst

gilt dies nur, soweit der Plattform-Betreiber noch nicht über Urheberrechtsverletzungen informiert wurde.¹⁷⁶ Die öffentliche Wiedergabe von geschützten Werken durch *The Pirate Bay* begründet der EuGH weiterhin damit, dass die Betreiber den Zugang zu urheberrechtsverletzenden Inhalten bewerben würden und ein so großer Teil der Verweise auf urheberrechtsverletzende Inhalte führe, dass sich die Plattform dieser Kenntnis nicht verschließen könne.¹⁷⁷ Damit scheint neben der konkreten Kenntnis von rechtsverletzenden Inhalten (bzw. Verweisen zu solchen Inhalten) Kenntnis dahingehend maßgeblich, dass das Geschäftsmodell tatsächlich eine Vielzahl von illegalen Nutzungen ermöglicht.¹⁷⁸ Dies ist bei ‚Peer-to-peer‘-Netzen allerdings in erheblich größerem Umfang als auf Hosting-Plattformen der Fall.

Die Auslegung der öffentlichen Wiedergabe des EuGH verwischt zunehmend die Grenzen zwischen primärer und sekundärer Haftung.¹⁷⁹ Zudem bleibt die genaue Gewichtung einiger Kriterien (wie vor allem Gewinnerzielungsabsicht) unklar.¹⁸⁰ Dogmatisch vermag diese Rechtsprechung daher nicht zu überzeugen. Derzeit würde sie aber wohl bedeuten, dass – obwohl der Kreis der potentiellen Täter einer unberechtigten öffentlichen Zugänglichmachung sichtlich erweitert wurde¹⁸¹ – viele Hosting-Plattformen grundsätzlich nach wie vor nicht unmittelbar haften.¹⁸² Dies gilt jedenfalls, soweit Hosting-Plattformen kein auf Rechtsverletzungen angelegtes Ge-

Werke öffentlich zugänglich machen, vgl. OLG München GRUR 2016, 612 Rn. 29 – *Allegro barbaro*; ausführlich begründet von OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 138 ff. – *YouTube*.

¹⁷⁶ Vgl. EuGH, Rs. C-610/15 *Ziggo BV* [2017] Rn. 45. Die Betreiber von *The Pirate Bay* seien darüber informiert worden, „dass diese Plattform, die sie den Nutzern zur Verfügung stellen und die sie betreiben, Zugang zu Werken gewährt, die ohne Zustimmung der Rechtsinhaber veröffentlicht wurden“. *Ohly* geht davon aus, dass der Anwendungsbereich von Art. 8 Abs. 3 InfoSocRL und der Art. 12–15 ECRL nach der EuGH-Rechtsprechung nun weitgehend deckungsgleich ist, ZUM 2017, 793, 798.

¹⁷⁷ EuGH, Rs. C-610/15 *Ziggo BV* [2017] Rn. 45.

¹⁷⁸ Dazu *Leistner*, GRUR 2017, 755, 759, der auch davon ausgeht, dass allgemeine Kenntnis jedenfalls dann reiche, wenn bei den betroffenen Inhalten ein „sehr großer Teil urheberrechtsverletzendes Material“ darstelle, aber noch nicht geklärt sei, ob der Maßstab allgemeiner Kenntnis auf jegliche strukturierten Plattformen zu übertragen sei.

¹⁷⁹ So auch *Angelopoulos*, Kluwer Copyright Blog v. 23. 03. 2017. Vgl. auch *Grünberger*, ZUM 2017, 265, 266 f.; *Specht*, ZUM 2017, 582, 583 f. mit Blick auf das Urteil in *Filmspeler*.

¹⁸⁰ Für eine ausdrückliche Regelung der relevanten Kriterien *Stieper*, ZUM 2017, 132, 138.

¹⁸¹ So auch *Leistner*, GRUR 2017, 755, 758: „Alles in allem folgt der EuGH dabei einem sehr weiten Verständnis der Handlung der Wiedergabe, die im täterschaftlichen Bereich des Art. 3 InfoSoc-RL weite Teile bloßer Teilnehmer- oder sogar Störerhaftung nach bisherigem deutschem Verständnis mit abdecken dürfte“. Vgl. auch *Rosati*, The IPKat v. 27. 04. 2017.

¹⁸² Dazu skeptischer *Rosati*, Common Market Law Review 2017, 1221, 1242: „In this sense, not only users, but also online intermediaries – read: hosting providers – could be regarded as primarily liable for copyright infringement in relation to user-uploaded materials that infringe third-party rights, in line with the construction of Article 13 of the draft DSM Directive as proposed by the European Commission“. Die deutsche Rechtsprechung geht bisher – allerdings ohne Auseinandersetzung mit dieser neueren EuGH-Rechtsprechung – auch davon aus, dass für privilegierte Provider eine generelle Kenntnis von Urheberrechtsverletzungen nicht für eine Täter- oder Teilnehmerhaftung ausreicht: OLG München GRUR-RS 2017, 106451 Rn. 37; OLG München BeckRS 2017, 108792 Rn. 44 ff.; OLG München GRUR 2017, 619 Rn. 36. Zu den künftigen Konfliktpunkten zwischen der nationalen und der europäischen Rechtsprechung siehe *Leistner*, GRUR 2017, 755, 759. Vgl. dazu auch *Jaworski/Nordemann*, GRUR 2017, 567, 571.

schäftsmodell verfolgen und bewerben sowie keine konkrete Kenntnis der illegalen Uploads haben bzw. – wenn sie dies haben – tätig werden.¹⁸³

Geht man also davon aus, dass Hosting-Plattformen Werke *nicht* selbst öffentlich wiedergeben, wäre der Anwendungsbereich des geplanten Art. 13 der Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt unklar.¹⁸⁴ Der Artikel umfasst Fälle, in denen Diensteanbieter Inhalte „speichern“ oder „öffentlich zugänglich machen“. Sind damit nur Fälle erfasst, in denen darin (auch) eine öffentliche Wiedergabe i. S. v. Art. 3 InfoSocRL liegt? Dann wäre der Anwendungsbereich äußerst beschränkt. Andernfalls bestünde die Verpflichtung unabhängig von einer eigenen urheberrechtlich relevanten Handlung der Diensteanbieter. Solchen Plattformen, die derzeit freiwillig Monetarisierungsvereinbarungen treffen („Schutzgegenstände in Absprache mit den Rechteinhabern speichern oder öffentlich zugänglich machen“), würde gemäß Art. 13 Abs. 1 eine weitgehende Filterpflicht auferlegt. Ein Teil der Regelung wäre zudem unnötig. Dass Diensteanbieter, die Werke „in Absprache mit den Rechteinhabern speichern“, die getroffenen Absprachen auch einhalten müssen, ergibt sich ohnehin aus dem Grundsatz *pacta sunt servanda*. Insofern liegt die Annahme nahe, dass der Entwurf – trotz der ungeklärten rechtlichen Lage – darauf basiert, dass Plattformen regelmäßig selbst Werke öffentlich zugänglich machen.¹⁸⁵

Der zweite Vorschlag der EU Ratspräsidentschaft¹⁸⁶ ist in dieser Hinsicht direkter formuliert. Dort werden Kriterien dafür festgeschrieben, wann eine öffentliche Wiedergabe durch Provider vorliegen soll. Dabei orientiert sich der Vorschlag an der neueren, soeben zitierten EuGH-Rechtsprechung, erweitert diese aber zugleich. Eine öffentliche Wiedergabe soll demnach vorliegen, wenn der Provider „intervenes in full knowledge of its actions to give the public access to those copyright protected works or other protected subject matter by organising these works or other subject matter with the aim of obtaining profit from their use“.¹⁸⁷ Diese Definition würde

¹⁸³ A. A. von Lewinski, die davon ausgeht, dass generelle Kenntnis ausreiche („UUC and similar platform providers also generally know that, through their deliberate intervention, the works uploaded by users are made available to the public; this is sufficient to establish liability according to the CJEU, which requires that the user intervenes ‚in full knowledge of the consequences of its action‘, ‚intentionally‘, or ‚deliberately‘“ (Hervorhebung im Original), von Lewinski, Kluwer Copyright Blog v. 10.04.2017. Leistner sieht diese Frage dagegen durch die EuGH-Entscheidung in *The Pirate Bay* als noch nicht abschließend geklärt an: „Inwieweit dies über die betroffenen Einzelfälle verletzungsgeneigter Geschäftsmodelle hinaus für sämtliche strukturierten Inhalteplattformen zu verallgemeinern ist, ist derzeit offen“, Leistner, GRUR 2017, 755, 759.

¹⁸⁴ Dazu Angelopoulos, Kluwer Copyright Blog v. 06.10.2016. Kritisch auch Conrad, ZUM 2017, 289, 298; Wimmers/Barudi, GRUR 2017, 327, 335.

¹⁸⁵ Rosati fasst das Problem folgendermaßen zusammen: „It has taken the CJEU several judgments to try and make sense of the notion of ‚communication to the public‘, but as of today it is unclear whether the subjects referred to in Article 13 of the DSM Directive would be considered as making acts of communication to the public themselves. Yet, the entire Article 13 is built – and almost considers it a given – on the idea that hosting providers may be primarily liable for unauthorised acts of communication,“ Rosati, IPKat v. 09.10.2016.

¹⁸⁶ Rat der Europäischen Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – Consolidated Presidency compromise proposal, 2016/0280 (COD).

¹⁸⁷ Rat der Europäischen Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – Consolidated Presidency compromise proposal, 2016/0280 (COD), Art. 13 Abs. 1, S. 49.

eine erhebliche Ausweitung der täterschaftlichen Haftung für die öffentliche Wiedergabe bedeuten. Denn die Formulierungen mit Blick auf die Kenntnis („knowledge of its action“) und die zentrale Rolle („organising“) sind derart weit, dass jeder Betreiber einer strukturierten Hosting-Plattform unter die Definition zu fassen sein dürfte.

d) *Konflikt mit ECRL und Durchsetzungsrichtlinie*

Setzt sich die Definition aus dem Vorschlag der Ratspräsidentschaft durch oder würde man den Begriff der öffentlichen Wiedergabe – wie der Kommissionsvorschlag impliziert – weit auslegen und davon ausgehen, dass Hosting-Plattformen selbst urheberrechtliche relevante Handlung vornehmen, so träfen die Verpflichtungen aus Art. 13 des Richtlinienentwurfs grundsätzlich eine Vielzahl von Diensteanbietern. Dann wäre jedoch klärungsbedürftig, welche Rolle das Haftungsprivileg des Art. 14 ECRL sowie das Verbot allgemeiner Überwachungsmaßnahmen des Art. 15 ECRL spielen.

In dieser Hinsicht lassen sich dem 38. Erwägungsgrund des Kommissionsentwurfs Informationen entnehmen. Die bereits zitierte Passage legt nahe, dass privilegierte Provider nicht zum Abschluss von Lizenzvereinbarungen verpflichtet werden.¹⁸⁸ Eine Verpflichtung zu Inhaltserkennungsmaßnahmen soll jedoch nach dem Erwägungsgrund auch für privilegierte Provider bestehen:

Damit eine Lizenzvereinbarung auch funktioniert, sollten Diensteanbieter der Informationsgesellschaft, die große Mengen der von ihren Nutzern hochgeladenen, urheberrechtlich geschützten Werke oder sonstigen Schutzgegenstände speichern oder der Öffentlichkeit zugänglich machen, geeignete und angemessene Maßnahmen ergreifen, um beispielsweise durch *den Einsatz wirksamer Techniken* den Schutz der Werke oder sonstiger Schutzgegenstände zu gewährleisten. *Diese Verpflichtung besteht auch, wenn die Diensteanbieter der Informationsgesellschaft unter den Haftungsausschluss nach Artikel 14 der Richtlinie 2000/31/EG fallen.*¹⁸⁹

Nach Art. 13 Abs. 1 des Entwurfs sollen die auferlegten technischen Maßnahmen dazu dienen, die Einhaltung von Lizenzverträgen („geschlossenen Vereinbarungen“) zu gewährleisten. Plattformen, die unter den Safe Harbour fallen, haben aber keine Verpflichtung zum Abschluss von Vereinbarungen. Die Formulierungen in Artikel 13 und Erwägungsgrund 38 sind somit inkohärent. Während Art. 13 Abs. 1 die Pflicht von technischen Maßnahmen zweckgebunden, zur Einhaltung der Verträge fordert, besteht die Pflicht nach dem Erwägungsgrund selbst für privilegierte Provider, die gar nicht zum Vertragsabschluss verpflichtet sind.¹⁹⁰ Letztlich kann der Erwägungsgrund nur so verstanden werden, dass die Inhaltserkennungstechniken auch bei *freiwillig* abgeschlossenen vertraglichen Vereinbarungen eingerichtet werden müssen.

¹⁸⁸ Erwägungsgrund 38: „[...] 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“.

¹⁸⁹ Eigene Hervorhebung. Auch der Vorschlag der Ratspräsidentschaft zielt darauf ab privilegierte Provider zu bestimmten Maßnahmen zu verpflichten, vgl. Rat der Europäischen Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – Consolidated Presidency compromise proposal, 2016/0280 (COD), Erwägungsgrund 38 c), S. 28.

¹⁹⁰ So auch *Angelopoulos*, Kluwer Copyright Blog v. 06. 10. 2016.

Comodini schlägt in ihrem Report-Entwurf für den Rechtsschluss daher überzeugend eine Änderung von Erwägungsgrund 38 dahingehend vor, dass dieser Satz gestrichen wird.¹⁹¹

Mit wirksamen Inhaltserkennungstechniken können nur umfassende Filtersysteme zum Inhalteabgleich gemeint sein.¹⁹² Anders wären die im Impact Assessment erklärten Ziele der Kommission kaum erreichbar. Umfassende Filter nach Vorbild von Content-ID würden dadurch als Standard verpflichtend.¹⁹³ Bestehendes europäisches Recht erlaubt eine solche Pflicht zur präventiven Filterung jedoch gerade nicht. Insbesondere könnte ein solches System Art. 15 ECRL widersprechen.¹⁹⁴

Die geplanten Inhaltserkennungstechniken sollen zwar nur für Diensteanbieter gelten, „die große Mengen der von ihren Nutzern hochgeladenen Werke und sonstigen Schutzgegenstände in Absprache mit den Rechteinhabern speichern oder öffentlich zugänglich machen“.¹⁹⁵ Diese Einschränkung macht Art. 13 Abs. 1 allerdings noch nicht zu einer zulässigen spezifischen Überwachungspflicht. Denn sobald diese quantitative Schwelle überschritten ist, sollen sämtliche Uploads aller Nutzer präventiv abgeglichen werden. Damit handelt es sich um ein Filtersystem, welches „sowohl fast alle [...] gespeicherten Informationen als auch sämtliche Nutzer der Dienste dieses Anbieters“¹⁹⁶ erfasst. In den *SABAM*-Entscheidungen hielt der EuGH ein solches System für eine unzulässige, generelle Überwachungspflicht.¹⁹⁷

Interessanterweise enthält der 38. Erwägungsgrund des Richtlinienentwurfs noch eine weitere Aussage zum Safe-Harbour-Privileg:

Nach Artikel 14 [ECRL] ist zu überprüfen, ob sich der Diensteanbieter aktiv daran beteiligt, beispielsweise die Präsentation der hochgeladenen Werke oder Schutzgegenstände zu optimieren oder sie bekannt zu machen, unabhängig davon, mit welchen Mitteln dies geschieht.

Damit scheint sich die Kommission auf die oben erläuterte Rechtsprechung des EuGH zu Art. 14 ECRL zu beziehen. Allerdings gibt die Passage des Erwägungsgrundes diese Rechtsprechung nur unvollständig wieder. Insbesondere wird unter-

¹⁹¹ *Comodini*, Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, 2016/0280(COD), S. 20: „Where information society service providers are actively and directly involved in the making available of user uploaded content to the public and where this activity is not of a mere technical, automatic and passive nature, they are obliged to conclude licensing agreements with rightholders, unless they are eligible for the liability regime provided in Article 14 of Directive 2000/31/EC of the European Parliament and of the Council“.

¹⁹² *Angelopoulos*, Kluwer Copyright Blog v. 06. 10. 2016.

¹⁹³ Dazu *Pachali*, Interview mit Ansgar Köreng „Filtersysteme werden nicht auf Urheberrechte beschränkt bleiben“, *irights.info* v. 17. 10. 2016, verfügbar unter: <https://irights.info/artikel/eu-urheberrecht-content-id-filter/28046>.

¹⁹⁴ So auch *Stalla-Bourdillon/Rosati/Kettemann/et al.*, Open Letter to the European Commission, S. 1 f. Ebenso *Angelopoulos*, Digital Single Market Study, S. 35 ff. („In order to ‚recognise‘ unwanted content within a collection of content, one must, logically, examine each piece of content in that collection.“). A. A. *von Lewinski*, Kluwer Copyright Blog v. 10. 04. 2017.

¹⁹⁵ Art. 13 Abs. 1 des Entwurfs für eine Richtlinie über das Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, eigene Hervorhebung.

¹⁹⁶ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 37. Vgl. auch EuGH, Rs. C-70/10 *Scarlet Extended/SABAM* [2011] Rn. 39.

¹⁹⁷ Dazu ausführlich oben, § 5 B. II. b).

schlagen, dass es für das Haftungsprivileg zentral um die tatsächliche Kenntnis und Kontrolle des Providers geht.¹⁹⁸ Würde allein auf die hier genannten Kriterien abgestellt, würde dies den Anwendungsbereich der Safe-Harbour-Privilegierung erheblich verengen.¹⁹⁹ Der Wortlaut „oder sie bekannt zu machen“ könnte jegliche Werbung für eine UGC-Seite einschließen. Zudem wären etwa automatisierte Vorschläge für ähnliche Inhalte erfasst, da die Mittel der Bekanntmachung unerheblich sein sollen. Dies widerspricht der derzeitigen Rechtslage, wonach das konkrete Vorgehen des Providers relevant ist, weil es tatsächliche Kenntnis über die Inhalte nahelegen muss.²⁰⁰ Es scheint naheliegend, dass die Kommission mit dieser Formulierung eine Änderung des Safe-Harbour-Privilegs anstrebt.²⁰¹ Diesbezüglich scheint der Richtlinienentwurf von einem französischen Vorschlag („*Sirinelli-Report*“) inspiriert.²⁰² Dieser hatte eine Verengung des Host-Provider-Privilegs vorgeschlagen und wollte dies durch eine Änderung der InfoSocRL erreichen.²⁰³ Sollte der Richtlinienentwurf auf einen ähnlichen Effekt abzielen, wäre ein einzelner Erwägungsgrund außerhalb der ECRL kaum das passende Mittel.²⁰⁴ Ansonsten ist jedenfalls die unpräzise Wiedergabe der Anforderungen von Art. 14 ECRL kritikwürdig. Insofern ist überzeugend, dass der Änderungsvorschlag *Comodini* diesen Absatz komplett entfallen lässt.²⁰⁵

Auch unabhängig vom Safe-Harbour-Privileg und dem daran geknüpften Art. 15 ECRL, stünde das von der Kommission angestrebte Filtersystem in Konflikt mit bestehendem Recht. Der EuGH hat derart umfassende Filtersysteme als unvereinbar mit Art. 3 Durchsetzungs-RL angesehen.²⁰⁶

Zur Auflösung systematischer Widersprüche innerhalb der Richtlinien ließe sich zwar anführen, dass die vorgeschlagene Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt als *lex specialis* eine Ausnahme von Art. 15 ECRL und Art. 3 der

¹⁹⁸ So auch *Rosati*, IPKat v. 09. 10. 2016. Zu den Safe-Harbour-Voraussetzungen *supra* § 5 B. II. 1. a).

¹⁹⁹ Dazu auch *Stalla-Bourdillon/Rosati/Kettemann/et al.*, Open Letter to the European Commission, S. 2.

²⁰⁰ Ähnlich auch *Stalla-Bourdillon/Rosati/Turc/et al.*, A brief exegesis of the proposed Copyright Directive, S. 10.

²⁰¹ So auch *Angelopoulos*, Digital Single Market Study, S. 34.

²⁰² French High Council for Literary and Artistic Property, Mission to Link Directives 2000/31 and 2001/29 – Report and Proposals, 7 JIPITEC 2016, 88.

²⁰³ So solle das Zusammenspiel von ECRL und InfoSocRL neugestaltet werden. Der Artikel 9 lit. a), welcher demnach in die InfoSocRL eingefügt würde, solle in seinem Absatz 1 lauten: „Without prejudice to Articles 12 and 13 of the Directive on electronic commerce, information society service providers that give access to the public to copyright works and/or subject-matter, including through the use of automated tools, do not benefit from the limitation of liability set out by Article 14 of said Directive“. Dazu kritisch *Griffith*, 7 JIPITEC 2016, 70, 74.

²⁰⁴ So auch *Stalla-Bourdillon/Rosati/Turc/et al.*, A brief exegesis of the proposed Copyright Directive, S. 12.

²⁰⁵ *Comodoni*, Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, 2016/0280(COD), S. 21.

²⁰⁶ EuGH, Rs. C-324/09 *L'Oréal/eBay* [2011] Rn. 139: „Im Übrigen wäre eine solche allgemeine Überwachungspflicht nicht mit Art. 3 der Richtlinie 2004/48 zu vereinbaren, wonach die Maßnahmen im Sinne dieser Richtlinie gerecht und verhältnismäßig sein müssen und nicht übermäßig kostspielig sein dürfen“. Vgl. auch EuGH, Rs. C-70/10 *Scarlet Extended/SABAM* [2011] Rn. 34.; EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 36.

Durchsetzungs-RL für das Urheberrecht und Hosting-Plattformen darstellt. Wie so gleich unter e) erläutert, sprechen aber auch grundrechtliche Erwägungen gegen den Kommissionsvorschlag.

e) Grundrechtliche Bedenken

Grundrechtliche Bedenken ergeben sich daraus, dass der Kommissionsentwurf in Art. 13 Abs. 1 eine Pflicht zum Einsatz von Filtersystemen etabliert.²⁰⁷ Nach Ansicht des EuGH, tangiert ein umfassendes Filtersystem das Recht der Nutzer auf den Schutz personenbezogener Daten (Art. 8 GRCh).²⁰⁸ Die im Kommissionentwurf vorgesehene Filterpflicht für Hosting-Plattformen würde dieses Recht vergleichbar mit den Systemen in *Scarlet* und *Netlog* beeinträchtigen.²⁰⁹ Denn es liegt in der Natur von Filtersystemen, dass sie „die Ermittlung, systematische Prüfung und Verarbeitung der Informationen in Bezug“ auf die Profile der Nutzer²¹⁰ erfordern. Entsprechend ist bereits zweifelhaft, ob der Richtlinienentwurf einen angemessenen Ausgleich zwischen Art. 17 Abs. 2 GRCh und Art. 8 GRCh erzielt.²¹¹

Des Weiteren wirft der Kommissionsentwurf das Problem des grundrechtsrelevanten Overblockings rechtmäßiger Inhalte auf. Wie oben²¹² ausgeführt, müssen gesetzliche Schranken oder eine mögliche Gemeinfreiheit des Materials geprüft werden, damit eine staatlich auferlegte Maßnahme für Provider die Meinungsfreiheit der betroffenen Nutzer nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt. Dies können Filtersysteme aber gerade nicht gewährleisten. Der EuGH ging bei einer umfassenden Filterpflicht – d. h. dass fast alle Inhalte und alle Nutzer vom System erfasst werden – davon aus, dass kein angemessenes Gleichgewicht zwischen dem Schutz von Urheberrecht (Art. 17 Abs. 2 GRCh) und Meinungsfreiheit (Art. 11 GRCh) gewährleistet werde.²¹³ Darüber hinaus ist auch die Kunstfreiheit zu achten. Wie im ersten Teil beschrieben, ist diese für die Auslegung der Schranken und Beschränkungen für kreative Nutzungen von besonderer Bedeutung. Da die Kunstfreiheit auch auf europäischer Ebene den Werk- und Wirkungsbereich erfasst, ist die Zugänglichmachung von Kunstwerken ebenfalls geschützt.²¹⁴ Ein Filtersystem, das auf Vorgaben des EU-Gesetzgebers basiert und in durchaus erheblichem Umfang zu Overblocking führen kann, beeinträchtigt daher sowohl die Meinungs- als auch die Kunstfreiheit der jeweiligen kreativen Nutzer unverhältnismäßig.

Dem kann auch durch Art. 13 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs nicht ausreichend entgegen gewirkt werden. Danach sollen Mitgliedstaaten gewährleisten, dass Diens-

²⁰⁷ *Supra*, § 5 B. II. 2. d).

²⁰⁸ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 48 f.

²⁰⁹ So auch *Stalla-Bourdillon/Rosati/Turc/et al.*, A brief exegesis of the proposed Copyright Directive, S. 5: „The EC would therefore need to explain how the imposition of an obligation to systematically monitor the contents transmitted by a whole user basis is now compatible with Articles 8, 11 and 16 of the EU Charter“.

²¹⁰ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 49; EuGH, Rs. C-70/10 *Scarlet Extended/SABAM* [2011] Rn. 51.

²¹¹ So auch *Angelopoulos*, Digital Single Market Study, S. 39 f.

²¹² § 5 B. II. 1. b).

²¹³ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 50 f.

²¹⁴ *Ruffert* in: *Callies/Ruffert*, Art. 13 GRCh Rn. 4.

teanbieter „Beschwerdemechanismen und Rechtsschutzmöglichkeiten“ für Nutzer zur Verfügung stellen. Es ist jedoch schwierig, durch solche Systeme einmal geblockte, zulässige Inhalte zügig wieder freizuschalten.²¹⁵ Dies kann insbesondere bei kritischen, politischen Remixen problematisch sein. Zudem scheinen Abschreckungseffekte für die Ausübung der Meinungsfreiheit wahrscheinlich.²¹⁶ Beschwerdemechanismen stellen daher zwar eine wichtige Ergänzung zum Schutz grundrechtsrelevanter Schranken dar, sie können die Eingriffe durch umfassende Filterpflichten jedoch nicht vollständig ausgleichen.

Durch den Richtlinienvorschlag der Kommission wären die Grundrechte der Nutzer mithin nicht hinreichend geschützt.²¹⁷ Eine grundrechtskonforme Auslegung würde erfordern, dass die Pflicht, Inhalte zu durchsuchen, erheblich eingeschränkt würde. Sie könnte sich etwa nur auf Nutzerkonten, die bereits durch Urheberrechtsverletzungen aufgefallen sind, beziehen.²¹⁸ In dieser Hinsicht ist der Vorschlag der Europäischen Ratspräsidentschaft vom 30. 10. 2017 überzeugender formuliert. Dort sind nur „effective measures“ genannt, welche vom Provider mit Blick auf vom Rechteinhaber identifizierte, spezifische Inhalte implementiert werden sollen.²¹⁹ Diese Formulierung ist einer grundrechtskonformen Auslegung unproblematischer zugänglich.

f) Zwischenergebnis

Der Kommissionsvorschlag steht in Widerspruch zur ECRL. Dieses Spannungsverhältnis wird durch die Formulierung des 38. Erwägungsgrunds nur weiter verschärft. Dieser gibt die Rechtsprechung zum Host-Provider-Privileg unvollständig wieder. Würde der dort vorgesehene Prüfungsmaßstab angelegt, würden UGC-Plattformen oder sonstige Social-Sharing-Seiten kaum je die Safe-Harbour-Voraussetzungen erfüllen. Dies wäre eine weitreichende Änderung des Haftungsregimes, die nicht auf einen einzigen Erwägungsgrund außerhalb der ECRL gestützt werden sollte. Zudem scheint der Entwurf vorauszusetzen, dass die betroffenen Diensteanbieter selbst urheberrechtlich relevante Handlungen vornehmen. Obwohl der EuGH den Kreis der potentiellen Täter einer unberechtigten öffentlichen Zugänglichmachung zunehmend erweitert hat, ist die Frage für Hosting-Plattformen noch nicht eindeutig geklärt. Mit-

²¹⁵ Dazu ausführlich unten, C.

²¹⁶ *Angelopoulos*, Kluwer Copyright Blog v. 06. 10. 2016: „[...] according to the CJEU, end-users’ freedom of expression and the protection of their personal data require that filtering obligations not be imposed on intermediaries, not that users be given a right ex post to object to content removal. Indeed, such systems would do nothing to avoid the State-imposed general monitoring to which users’ content will now be subjected or the chilling effects on freedom of expression this will create“. A. A. *Kastl*, GRUR 2016, 671, 677, die davon ausgeht, nachgeschaltete Verfahren könnten die Gefahr für die Grundrechtsausübung beseitigen.

²¹⁷ Zur Bedeutung für die Grundrechte vgl. auch *Pachali*, Interview mit Ansgar Koreng „Filtersysteme werden nicht auf Urheberrechte beschränkt bleiben“, *irights.info* v. 17. 10. 2016. Vgl. auch *Mylly* in: Geiger, *Research Handbook HR and IP* (2015), S. 116, der kritisiert, dass der EuGH die Unvereinbarkeit mit Grundrechten der Nutzer noch stärker hätte betonen sollen.

²¹⁸ Dazu näher § 5 B. III. 3. Vgl. auch *Angelopoulos*, *European Intermediary Liability*, S. 66.

²¹⁹ Rat der Europäischen Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – Consolidated Presidency compromise proposal, 2016/0280 (COD), Art. 13 Abs. 1 a), S. 49.

gliedstaatliche Gerichte beantworten diese Frage uneinheitlich.²²⁰ Vielfach wird bisher angenommen, dass der Nutzer und nicht (auch) die Hosting-Plattform Werke öffentlich zugänglich macht.²²¹ In dieser Hinsicht verzichtet der Kommissionsentwurf auf jegliche Klarstellung.

Vor allem aber ist Art. 13 des Richtlinienentwurfs zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt mit der Europäischen Grundrechtecharta (insbesondere Art. 8, 11, 13) kaum vereinbar. Die Pflicht zum Einsatz von Inhaltserkennungsmaßnahmen sollte gestrichen werden, um den Umfang der erforderlichen Datenerhebung sowie die Gefahr des Overblockings rechtmäßiger Inhalte zu minimieren.

III. Filterpflichten nach deutschem Recht

Für die Verantwortlichkeit von Host-Providern bildet in Deutschland bislang²²² die Störerhaftung das zentrale Haftungskonzept.²²³ Die Rechtsprechung entwickelte für Störer im Urheberrecht eine Reihe von Prüf- und Filterpflichten. Zunächst ist jedoch die Rechtsprechung zu den Grenzen des Safe-Harbour-Privilegs für Hosting-Plattformen zu untersuchen.

I. Anwendung der Safe-Harbour-Voraussetzungen

Im Fall *YouTube*²²⁴ konkretisierte das OLG Hamburg die Voraussetzungen des Haftungsprivilegs. Da sich die Parteien nachfolgend außergerichtlich einigten, wird es in absehbarer Zeit keine Entscheidung des BGH zu dieser Thematik geben.²²⁵ Das OLG-Urteil wird teilweise so verstanden, dass YouTube die Voraussetzungen der Haftungsprivilegierung nach § 10 TMG erfülle.²²⁶ Dafür sprechen folgende Ausführungen zu Beginn des Urteils:

Die Beklagte ist von ihrer Grundstruktur ein Host-Provider [...]. Daraus ergibt sich, dass der Betreiber eines Teledienstes, wie es auch das Videoportal ‚Y. T‘ darstellt, grundsätzlich gem. Art. 14 I der Richtlinie 2000/31/EG, dessen Regelung durch § 10 TMG in deutsches Recht

²²⁰ *Angelopoulos*, Kluwer Copyright Blog v. 06. 10. 2016.

²²¹ So auch die bisherige Rechtsprechung in Deutschland, vgl. nur OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 138 – *YouTube*; OLG München GRUR 2016, 612 Rn. 29 – *Allegro barbaro*.

²²² Zu den möglichen Auswirkungen auf die Rechtsprechung zur Störerhaftung in Deutschland siehe *Ohly*, GRUR 2017, 793.

²²³ Schadensersatz spielt in der Praxis bislang kaum eine Rolle, vgl. dazu näher *JB Nordemann*, CR 2010, 653, 654. Grundsätzlich gegen die Aufrechterhaltung der Störerhaftung als selbstständiges haftungsbegründendes Institut und für ein einheitliches System der (mittelbaren) Schutzrechtsverletzungen im Wettbewerbsrecht und gewerblichen Rechtsschutz, *Hohlweck*, ZUM 2017, 109, 113.

²²⁴ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 – *YouTube*.

²²⁵ Vgl. *Steinau*, GEMA-YouTube-Deal: Nach der Dauerbaustelle ist vor der Dauerbaustelle, *irights.info* v. 04. 1. 2016, verfügbar unter: <https://irights.info/2016/11/04/gema-youtube-deal-nach-der-dauerbaustelle-ist-vor-der-dauerbaustelle/28125>.

²²⁶ *Frey*, MMR 2016, 269, 275. Dazu *Obergfell/Thamer*, GRUR Int. 2017, 201, 204: „The Higher Regional Court Hamburg ruled that the liability limitation was still applicable, though YouTube was straying far from the statutory concept of a host provider. This however had consequences only regarding the scope of duties to be observed by the service provider within the limits of Art. 14 E-Commerce Directive“.

umgesetzt ist, für fremde Informationen, die er für einen Nutzer speichert, nicht verantwortlich ist.²²⁷

Ein weiteres Indiz dafür, dass das Gericht YouTube zumindest im Grundsatz als privilegierten Provider ansieht, liegt darin, dass es das Verbot allgemeiner Überwachungsmaßnahmen als relevante Grenze für Prüfpflichten aus der Störerhaftung versteht.²²⁸ Im Rahmen der Prüfung einer täterschaftlichen Haftung (die das Gericht letztlich ablehnt),²²⁹ setzt sich das OLG zudem ausführlicher mit der Frage nach einer „aktiven Rolle“ von YouTube auseinander. Für eine solche „aktive Rolle“ müssen Provider nach der EuGH-Rechtsprechung Kenntnis von bzw. Kontrolle über die eingestellten Inhalte haben.²³⁰ Nach Ansicht des OLG ist für eine Kenntnisnahme i. S. v. Art. 14 ECRL unbeachtlich, ob der Host-Provider eine softwaregestützte Kenntnismöglichkeit hat.²³¹ Maßgeblich sei vielmehr tatsächliche, menschliche Kenntnis. Da die Monetarisierung bei YouTube automatisch ablaufe und den Nutzern nicht aktiv angeraten würde, begründe dieser Geschäftsvorgang keine aktive Rolle.²³² Auch die Monetarisierung nach Beanstandung eines Uploads führe zu keiner abweichenden Beurteilung.²³³

Im Folgenden vollzieht das OLG Hamburg aber eine Kehrtwende und scheint eine Privilegierung YouTubes doch abzulehnen. Problematisch seien die konkreten werblichen Äußerungen, die YouTube in ihrer App für Android-Smartphones tätige.²³⁴ Diese belegen nach Auffassung des Gerichts „ohne Zweifel, dass die Beklagte die von ihren Nutzern eingestellten Musikinhalte zu eigenen Zwecken dazu nutzt, um sich als wettbewerbsfähiger Anbieter von umfassenden Musik-Streaming-Inhalten am Markt zu präsentieren“.²³⁵ Zudem biete YouTube einen mit Content-Providern vergleichbaren Nutzungskomfort.²³⁶ Obwohl eine gewisse Strukturierung der Inhal-

²²⁷ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 127, 131 – *YouTube*.

²²⁸ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 284, 456 ff. – *YouTube*.

²²⁹ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 270 – *YouTube*.

²³⁰ Siehe oben, B. II. 1. a).

²³¹ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 222 – *YouTube*.

²³² OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 230 ff. – *YouTube*. Jede Monetarisierung erfordere einen Willensschritt des einstellenden Nutzers und werde von YouTube „nicht von sich aus anlasslos im ausschließlich eigenen Interesse vorgenommen“ (Rn. 244).

²³³ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 255 – *YouTube*. „Mit einem derartigen Vorgehen scheint die Beklagte auf den ersten Blick zwar erneut das Verhaltensmodell eines Host-Provider zu verlassen. Indessen beschränkt sich diese Art der Monetarisierung auf vorgefundene und von dem Rechteinhaber der Musikwerke bestätigte Rechtsverletzungen. Diese könnten (und müssten andernfalls) von der Beklagten vorbehaltlos gelöscht werden. In einer derartigen Situation erscheint es als eine vernünftige Option, wenn der verletzte Rechteinhaber eine fortdauernde Nutzung des rechtsverletzenden Musikvideos gegenüber der Beklagten ausdrücklich ‚legitimiert‘, hieran zugleich aber durch Werbeinnahmen, die das von ihm geschaffene oder wahrgenommene geistige Eigentum zu erzielen geeignet ist, profitiert. Dabei handelt es sich – selbst wenn im Ergebnis auch die Beklagte hiervon finanziell profitiert – aus Sicht des Senats in erster Linie um eine Maßnahme der Schadensbeseitigung bzw. -begrenzung im Drittinteresse“.

²³⁴ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 263 ff. – *YouTube*.

²³⁵ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 266 – *YouTube*.

²³⁶ „Der Funktionsumfang des Musikangebots (Suche/Kategorisierung nach Genres/Filterung/Markierung/Playlisten /Abspielfunktionen/Empfehlungen an Dritte usw.) geht weit über die Notwendigkeiten und die Stellung eines Host-Provider[s] hinaus“, OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 267 – *YouTube*.

te für Hosting-Dienste stets erforderlich und unschädlich sei, würde YouTube die Inhalte im Eigeninteresse Dritten wie eigene Inhalte anbieten:

Die Beklagte beschränkt sich aber nicht auf das Hosting fremder Inhalte, sondern präsentiert diese Dritten wie eigene Inhalte und leitet sie ihnen zur eigenen Nutzung zu. Dies geschieht gerade nicht durch den ursprünglich einstellenden Nutzer, sondern im Hinblick auf die Sortierung, Strukturierung und Filterung der vielfältigen Musikangebote nunmehr durch die Beklagte selbst, die insoweit eine Funktion als eigenverantwortlich agierender Musikdienst wahrnimmt.²³⁷

YouTube scheint somit nach Auffassung des Gerichts die Voraussetzung des Haftungsprivilegs doch nicht zu erfüllen. Das Vorgehen der Plattform sei „mit der privilegierten Stellung eines Host-Provider ersichtlich nicht mehr im Ansatz in Einklang zu bringen. Auf eine Privilegierung gemäß § 10 TMG kann sich die Beklagte deshalb nicht (mehr) berufen“.²³⁸ Diese Ausführungen widersprechen eigentlich den oben zitierten, früheren Schlüssen des Gerichts. Sie würden aber erklären, warum das Gericht YouTube als Störer einstuft und entsprechende Prüfpflichten auferlegt, obwohl es ausdrücklich davon ausgeht, dass sich das Haftungsprivileg auch auf Unterlassungsansprüche bezieht.²³⁹

Nachfolgend schränkt das Gericht auch dieses vermeintliche Ergebnis wieder erheblich ein. YouTube nehme diese aktive Rolle nicht mit Blick auf konkrete Urheberrechtsverletzungen, sondern nur allgemein wahr.²⁴⁰ Es gehe der Plattform darum, „den Dienst insgesamt für Nutzerschichten attraktiv zu machen, andere Nutzerschichten zu erschließen oder gänzlich neue Nutzungsmöglichkeiten zu eröffnen“.²⁴¹

Zudem ist der Senat der Auffassung, dass alle Strukturierungsprozesse automatisch ablaufen würden und YouTube daher keine tatsächliche Kenntnis und Kontrolle bezüglich der Inhalte habe.²⁴² Das OLG schließt daraus letztlich, dass eine

²³⁷ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 270 – *YouTube*.

²³⁸ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 271 – *YouTube*.

²³⁹ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 130 – *YouTube*. Der BGH erläuterte in *Stiftparfum*, *Alone in the Dark* und *File-Hosting-Dienst* das Verhältnis zwischen Unterlassungsanspruch und Haftungsprivilegierung dagegen nicht näher, sondern verwies vage auf Art. 11 Abs. 3 Durchsetzungs-RL und Erwägungsgrund 48 der ECRL, vgl. BGH GRUR 2011, 1038 Rn. 26 – *Stiftparfum*; BGH GRUR 2013, 370 Rn. 19a) – *Alone in the Dark*; BGH GRUR 2013, 1030 Rn. 30 – *File-Hosting-Dienst*. Der Gerichtshof prüfte aber jedenfalls bislang Unterlassungsansprüche auch bei Annahme der Privilegierung. Dazu ausführlich *Frey/Rudolph/Oster*, CR-Beil. 2015, 1, 6 f., die dies kritisch sehen.

²⁴⁰ Vgl. OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 272 – *YouTube*. Dazu führt das Gericht weiter aus: „Mit dem Rechtsmodell der ‚aktiven Rolle‘ sanktioniert weder der EuGH noch der BGH ein ‚aneignendes‘ Geschäftsmodell als solches“.

²⁴¹ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 273 – *YouTube*.

²⁴² „Was diesen Musikdienst der Beklagten angeht, ist allerdings bereits erheblich zweifelhaft, ob selbst diese weitgehenden Funktionen der Beklagten eine tatsächliche Kenntnis der Inhalte bzw. die Kontrolle hierüber verschaffen. Zwar stammen z. B. erteilte ‚Empfehlungen‘ zu bestimmten Musikangeboten unstrittig nicht von anderen Nutzern, sondern werden von der Beklagten selbst vorgenommen. Diesen liegen indes ersichtlich keine ‚menschlichen Willensentschlüsse‘, sondern programmseitig automatisierte Abläufe zugrunde. [...] Vor diesem Hintergrund gibt es für den Senat keine tragfähigen Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte insoweit die geforderte tatsächliche Kenntnis erlangt hat“, OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 268 – *YouTube*.

täterschaftliche Haftung von YouTube nicht infrage kommt.²⁴³ Dies überzeugt.²⁴⁴ Wenn aber Kenntnis und Kontrolle von bzw. über Inhalte ausgeschlossen werden können, verliert ein Host-Provider nach der EuGH-Rechtsprechung auch das Haftungsprivileg nicht. Dass ein Host-Provider Inhalte bewirbt, dient dem EuGH zwar als ein Anhaltspunkt dafür, dass er Kontrolle über die Inhalte ausübt.²⁴⁵ Den Verlust des Haftungsprivilegs allein auf ein solches Bewerben – bei festgestelltem Fehlen tatsächlicher Kenntnis und Kontrolle – zu stützen, überzeugt indessen nicht. Mit dieser Begründung hätte das OLG nicht nur die täterschaftliche Haftung ablehnen, sondern auch die Geltung des Haftungsprivilegs annehmen müssen. Selbstverständlich kann ein Provider sein Privileg nur in Bezug auf einige bestimmte Inhalte verlieren.²⁴⁶ Dafür müsste er diesbezüglich Kenntnis und Kontrolle haben. Das OLG geht jedoch scheinbar davon aus, dass dies für *konkrete* Inhalte bei YouTube nicht der Fall ist. Es bleibt daher unklar, in welchem Umfang das Gericht dennoch die Haftungsprivilegierung ablehnt.

Erfüllte YouTube jedoch die Voraussetzung von § 10 TMG in Bezug auf alle Inhalte und würde man der Auffassung des OLG, wonach die Privilegierung auch auf Unterlassungsansprüche anzuwenden ist²⁴⁷, folgen, hätte dies eine sehr weitgehende Haftungsfreistellung zur Folge. Wie oben ausgeführt, wäre es überzeugender, das Privileg nicht auf Unterlassungsansprüche, sondern nur auf Schadensersatzansprüche zu erstrecken.²⁴⁸ So verbleiben Aussagen des Urteils widersprüchlich und schwer nachvollziehbar. Im Ergebnis wird daher die Abgrenzung von privilegierten und sonstigen Providern kaum erleichtert. Festhalten lässt sich jedoch, dass automatisierte Prozesse nicht zu einer tatsächlichen Kenntnis i. S. v. Art. 14 ECRL bzw. § 10 TMG führen.

2. Störerhaftung und Prüfpflichten

Analog § 1004 BGB gewährt die Rechtsprechung einen quasinegatorischen Anspruch für alle absoluten Rechte sowie deliktisch geschützten Rechte und Rechtsgüter.²⁴⁹ Für das Urheberrecht besteht mit § 97 Abs. 1 UrhG ein spezialgesetzlicher

²⁴³ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 273 ff. – *YouTube*.

²⁴⁴ So auch *Frey*, MMR 2016, 269, 275. Ebenso schließt das Gericht eine Haftung als Teilnehmer aus, vgl. OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 276 ff. – *YouTube*. Kritisch zur deutschen Rechtsprechung, die Schadensersatzansprüche bislang ausschließt dagegen *Czychowski/Nordemann*, GRUR 2013, 986, 990. Es erscheint auch nicht ausgeschlossen, dass die künftige EuGH-Rechtsprechung das Recht auf öffentliche Wiedergabe so weit auslegen wird, dass auch Host-Provider unmittelbare Täter sein könnten, dazu ausführlich bereits oben, § 5 B. II. 2. c).

²⁴⁵ Vgl. EuGH, Rs. C-324/09 L'Oréal/eBay [2011] Rn. 116: „Hat dieser Betreiber hingegen Hilfestellung geleistet, die u. a. darin bestand, die Präsentation der betreffenden Verkaufsangebote zu optimieren oder diese Angebote zu bewerben, ist davon auszugehen, dass er zwischen dem fraglichen als Verkäufer auftretenden Kunden und den potenziellen Käufern keine neutrale Stellung eingenommen, sondern eine aktive Rolle gespielt hat, die ihm eine Kenntnis der diese Angebote betreffenden Daten oder eine Kontrolle über sie verschaffen konnte“.

²⁴⁶ Vgl. *Frey*, MMR 2016, 269, 275.

²⁴⁷ Vgl. zu diesem Problem *Leistner*, GRUR-Beil. 2010, 1, 28.

²⁴⁸ Selbstverständlich mit den daraus resultierenden Grenzen für Prüfpflichten. Dazu ausführlich oben § 5 B. II. 1. b).

²⁴⁹ *Spindler/Volkman* in: *Spindler/Schuster*, § 1004 BGB Rn. 1.

Anspruch.²⁵⁰ Die Störerhaftung erweitert die Passivlegitimation für Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche.²⁵¹ Störer ist, wer ohne Täter oder Teilnehmer zu sein „in irgendeiner Weise willentlich und adäquat kausal an der Herbeiführung oder Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Beeinträchtigung mitwirkt“.²⁵² Störer müssen zudem die rechtliche Möglichkeit haben, die Haupttat zu verhindern.²⁵³

Host-Provider sind Störer, da sie adäquat kausal an Urheberrechtsverletzungen beteiligt sind.²⁵⁴ Weitere Voraussetzung der Haftung als Störer ist die Verletzung zumutbarer Prüfpflichten.²⁵⁵ Diese entstehen in der Regel erst nachdem dem Provider eine Verdachtsmeldung zugegangen ist.²⁵⁶ Der in die Zukunft gerichtete Unterlassungsanspruch verpflichtet sodann dazu, auch künftige Rechtsverletzungen zu unterbinden. Die Rechtsprechung sieht diese Pflicht für „derartige“²⁵⁷ bzw. „gleichartige“²⁵⁸ Verletzungen vor.²⁵⁹ Für die Reichweite von Filterpflichten ist zentral, wann genau eine solche „kerngleiche“ Verletzung vorliegt.²⁶⁰

a) Gleichartige Verletzungen

Nach Auffassung des BGH müssen Provider auch künftige Verletzungen desselben Werkes durch andere Nutzer verhindern:

I. S. d. Störerhaftung sind Verletzungshandlungen gleichartig, durch die dieses Urheberrecht erneut verletzt wird. Dabei kommt es nicht auf die Person desjenigen an, der durch das Zugänglichmachen des geschützten Werks den Verletzungstatbestand erfüllt.²⁶¹

Das OLG Hamburg geht ebenfalls davon aus, dass sich der Umfang der Prüfpflichten nach dem zugrundeliegenden Urheberrecht richtet.²⁶² Das bedeutet, dass eine Inkenntnissetzung über eine Rechtsverletzung in Form einer konkreten Werkfassung auch Prüfpflichten bzgl. der „Rechte der Urheber der ‚dahinter stehenden‘ Werke der Musik“ auslöst.²⁶³ Daher sind Provider dazu verpflichtet, die Nutzung in sämtlichen

²⁵⁰ Vgl. Dreier/Specht in: Dreier/Schulze, § 97 UrhG Rn. 1.

²⁵¹ Vgl. v. Wolff in: Wandtke/Bullinger, § 97 UrhG Rn. 15.

²⁵² Reber in: Ahlberg/Götting, § 97 UrhG Rn. 42. St. RSpr., vgl. etwa BGH GRUR 1999, 418, 419 – *Möbelklassiker*; BGH GRUR 2009, 841 Rn. 14 ff. – *Cybersky*; GRUR 2013, 1229 Rn. 34 – *Kinderhochstühle im Internet II*; GRUR 2016, 268 Rn. 21 – *Störerhaftung des Access-Providers*. Grundsätzlich sind Täter und Teilnehmer unmittelbare Störer, der Begriff „Störer“ wird heute aber in Abgrenzung zu unmittelbar haftenden Akteuren verwendet und meint diejenigen, die nur adäquat kausale Beiträge zu Rechtsverletzungen liefern, vgl. Klein, Social-Sharing-Plattformen, S. 99.

²⁵³ JB Nordemann, CR 2010, 653, 654.

²⁵⁴ Spindler/Völkman in: Spindler/Schuster, § 1004 BGB Rn. 35.

²⁵⁵ BGH GRUR 2011, 1038 Rn. 20 – *Stiftparfüm*; BGH GRUR 2013, 370 Rn. 19a) – *Alone in the Dark*; BGH GRUR 2011, 1030 Rn. 30 – *File-Hosting-Dienst*.

²⁵⁶ BGH GRUR 2013, 370 Rn. 29 – *Alone in the Dark*; JB Nordemann, CR 2010, 653, 655.

²⁵⁷ BGH GRUR 2011, 1038 Rn. 21 – *Stiftparfüm* (hier Markenrechtsverletzungen).

²⁵⁸ BGH GRUR 2013, 370 Rn. 29 – *Alone in the Dark*; BGH GRUR 2013, 1030 Rn. 44 – *File-Hosting-Dienst*.

²⁵⁹ Begründet werden kann dies damit, dass bzgl. solcher gleichartiger Verletzungen eine Erstbegehungsgefahr vorliegt, vgl. JB Nordemann, CR 2010, 653, 657.

²⁶⁰ So auch Spindler in: Dreier/Hilty, FS 50 Jahre UrhG (2015), S. 404. Vgl. zur Kerntheorie auch Leistner, GRUR-Beil. 2010, 1.

²⁶¹ BGH GRUR 2013, 370 Rn. 32 – *Alone in the Dark*.

²⁶² OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 308 – *YouTube*.

²⁶³ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 309 – *YouTube*.

Werkfassungen aufzuspüren und zu sperren.²⁶⁴ Teilweise wird vertreten, dass Provider Rechtsverletzungen auch an Werken der gleichen Kategorie verhindern müssen, sofern der gleiche Täter sie hochlädt.²⁶⁵ Der BGH hat dies bisher unter bestimmten Bedingungen für jugendgefährdende Medien auf eBay (aber nicht für Urheberrechtsverletzungen) angenommen.²⁶⁶

b) Zumutbarkeit

Der genaue Umfang der Prüfpflichten ist einzelfallabhängig und richtet sich nach der Zumutbarkeit.²⁶⁷ Plattformen sind verpflichtet, das „technisch und wirtschaftlich Zumutbare“ zu tun.²⁶⁸ Dabei haben sich in der Rechtsprechung einige Kriterien herausgebildet, die die Zumutbarkeit von Prüfpflichten beeinflussen.²⁶⁹ Für umfassendere Prüfpflichten sollen demnach die Gefährdetheit des Dienstes sowie die anonyme oder pseudonyme Nutzungsmöglichkeit sprechen.²⁷⁰ Auch das Geschäftsmodell des Providers wird berücksichtigt. Für YouTube begründete das OLG Hamburg umfassende Prüfpflichten etwa mit dem allgemein „aneignenden“ Geschäftsmodell des Musikdienstes der Plattform.²⁷¹

Eine umfassende rechtliche oder tatsächliche Prüfung ist Host-Providern nach Auffassung des BGH grundsätzlich unzumutbar.²⁷² Die zu unterbindende Rechtsverletzung müsse vielmehr „offenkundig oder unschwer zu erkennen“²⁷³ sein. Dieser Maßstab könnte für potentielle Prüfpflichten hinsichtlich filmischer Remixe bedeutsam sein. Da dasselbe Filmmaterial unterschiedlich verwendet werden kann, kann die Nutzung einmal urheberrechtsverletzend sein, unter anderen Voraussetzungen aber vom Zitatrecht oder der freien Benutzung gedeckt sein. Um dies zu klären, ist eine eingehende rechtliche Prüfung erforderlich. Das spricht dafür, dass Plattformen eine Überprüfung kreativer Nutzungen von Filmmaterial unzumutbar ist. Für Musikwerke sollen Plattformen nach Ansicht der Rechtsprechung aufgrund des starren Melodienschutzes grundsätzlich jede Form der Nutzung sperren.²⁷⁴ Dies gelte auch für Amateurvideos, in denen ein Werk kaum verständlich im Hintergrund nachgespielt

²⁶⁴ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 308 ff. – *YouTube*. Dazu Frey, MMR 2016, 269, 276; Reber in: Ahlberg/Götting, § 97 UrhG Rn. 60.

²⁶⁵ JB Nordemann, CR 2010, 653, 657; Czychowski/JB Nordemann, GRUR 2013, 986, 992.

²⁶⁶ BGH GRUR 2007, 890 Rn. 44 – *Jugendgefährdende Medien bei eBay*. Das OLG Hamm hat im Urheberrecht Prüfpflichten von Sharehostern zur Verhinderung von gleichartigen Urheberrechtsverletzungen an den schon bekannten Täterkreis geknüpft, OLG Hamm BeckRS 2009, 29347 – *Rapidshare II*.

²⁶⁷ BGH GRUR 2013, 1030 Rn. 44 – *File-Hosting-Dienst*.

²⁶⁸ BGH GRUR 2013, 1030 Rn. 47 – *File-Hosting-Dienst*.

²⁶⁹ Dazu ausführlich Holznel, Notice and Take-down, S. 106 ff.; Klein, Social-Sharing-Plattformen, S. 147 ff.; JB Nordemann, CR 2010, 653, 658 ff.

²⁷⁰ Vgl. dazu BGH GRUR 2013, 370 Rn. 22 – *Alone in the Dark*; BGH GRUR 2009, 841 Rn. 21 f. – *Cybersky*; OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 408 – *YouTube*.

²⁷¹ Vgl. OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 361, 367 – *YouTube*.

²⁷² Vgl. BGH GRUR 1997, 313, 316 – *Architektenwettbewerb*; BGH GRUR 2011, 152 Rn. 39 ff. – *Kinderhochstühle im Internet*.

²⁷³ BGH GRUR 2011, 1038 Rn. 20 – *Stiftparfüm*.

²⁷⁴ Vgl. OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 420 – *YouTube*. Teilweise wieder einschränkend in Rn. 462.

wird.²⁷⁵ Allerdings vermag diese pauschale Bewertung nach hier vertretener Auffassung (§ 2 B. II. 2. d.) zumindest für musikalische Parodien, aber auch für sonstige künstlerische Auseinandersetzungen mit Musik nicht zu überzeugen.

Prüfmaßnahmen müssen grundsätzlich geeignet sein, weitere Rechtsverletzungen aufzufinden.²⁷⁶ Hierfür legt die Rechtsprechung ein relativ weites Verständnis von Geeignetheit zugrunde. So sei ein Wortfilter mit manueller Nachkontrolle für die Erkennung von Urheberrechtsverletzungen geeignet, auch wenn Verletzungshandlungen damit nur unvollständig aufgedeckt werden.²⁷⁷ Selbst wenn rechtmäßige Nutzungen in gewissem Umfang von einem Filter erfasst werden (Overblocking), soll dies der Geeignetheit nicht entgegenstehen.²⁷⁸ In diesem Zusammenhang prüft die Rechtsprechung vor allem die Rechte und Interessen des Host-Providers. Den Plattform-Betreibern dürften „keine Kontrollmaßnahmen auferlegt werden, die ihr Geschäftsmodell wirtschaftlich gefährden oder ihre Tätigkeit unverhältnismäßig erschweren.“²⁷⁹ Dies sei durch geringfügiges Overblocking jedoch nicht zu befürchten.²⁸⁰

Mit Blick auf die Rechte der Nutzer führt das OLG Hamburg in *YouTube* aus:

In Betracht kommt in erster Linie die allgemeine ‚Kommunikationsfreiheit‘. Ein etwaiges ‚Freiheitsrecht‘, in diesem Rahmen geschützte Musikwerke zustimmungsfrei nutzen zu dürfen, besteht aus Sicht des Senats allerdings nicht. Etwaige ‚Einschüchterungseffekte‘ durch Kontrollmaßnahmen im Rahmen des Dienstes der Beklagten müssen zum Schutz der Interessen der Urheber hingenommen werden. Die Interessen der Nutzer an dem Schutz ihrer personenbezogenen Daten haben dahinter zurückzutreten.²⁸¹

Nach deutschem Recht bestehen somit weitreichende Prüfpflichten für Hosting-Plattformen im Hinblick auf gleichartige Verletzungen. Zwar soll es letztlich den Plattform-Betreibern selbst überlassen sein, wie sie Rechtsverletzungen unterbinden.²⁸² Zur Verhinderung gleichartiger Verletzungen hat die Rechtsprechung aber bereits konkrete Filterpflichten als wirksamen und zumutbaren Weg vorgezeichnet.²⁸³ Für

²⁷⁵ Vgl. OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 355 – *YouTube*. Dazu *Reinholz*, GRUR-Prax 2016, 44.

²⁷⁶ BGH GRUR 2013, 370 Rn. 35 – *Alone in the Dark*; vgl. auch *Holznapel*, Notice and Take-down, S. 106 f.

²⁷⁷ BGH GRUR 2013, 370 Rn. 35 – *Alone in the Dark*.

²⁷⁸ BGH GRUR 2013, 370 Rn. 45 – *Alone in the Dark*. Das OLG Hamburg hält den Wortfilter aufgrund seiner Ungenauigkeit für besonders geeignet, auch „Trittbrettfahrer“ aufzuspüren, d. h. Amateurvideos o.ä., die eine Melodie nachspielen oder nur in Teilen nutzen, OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 425 – *YouTube*.

²⁷⁹ BGH GRUR 2013, 370 Rn. 28 – *Alone in the Dark*; BGH GRUR 2013, 1030 Rn. 44 – *File-Hosting-Dienst*.

²⁸⁰ Vgl. BGH GRUR 2013, 370 Rn. 45 – *Alone in the Dark*; OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 462 – *YouTube*.

²⁸¹ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 352 – *YouTube*. Ähnlich kurz behandelt das OLG München die Rechte und Interessen der Nutzer eines Sharehosting-Dienstes: „Bei der vorzunehmenden Interessenabwägung gehen die Rechte des geistigen Eigentums hier vor, da diese durch die Ausgestaltung des Dienstes der Beklagten einer besonderen Gefährdung ausgesetzt wurden, der durch geeignete Schutzmaßnahmen Rechnung getragen werden muss“, OLG München BeckRS 2017, 108792 Rn. 61.

²⁸² Vgl. OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 373.

²⁸³ Vgl. etwa BGH GRUR 2013, 370 Rn. 33 – *Alone in the Dark*; BGH GRUR 2013, 1030 Rn. 60 – *File-Hosting-Dienst*. Vgl. zum Ganzen auch *Obergfell*, NJW 2013, 1995, 1997.

die strukturierte Hosting-Plattform *YouTube* wurde etwa der Einsatz verschiedenster Filter gefordert: MD5-Filter, Wortfilter und das Content-ID-Verfahren (welches eine Form des *Fingerprinting* nutzt).²⁸⁴ Zudem soll die Plattform die Filterergebnisse teilweise händisch nachkontrollieren.²⁸⁵ Gefahndet werden soll nach den Werken, bezüglich derer die Plattform sich einer Rechtsverletzung bewusst ist.²⁸⁶ Das bedeutet, dass in aller Regel erst nach Erhalt einer Verdachtsmeldung nach dem dort bezeichneten Werk (ggf. aber in allen möglichen Werkfassungen) gesucht werden muss.

3. Vereinbarkeit mit europäischen Vorgaben?

Der Richtlinienentwurf zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt sieht zwar eine umfassende Filterpflicht vor.²⁸⁷ Die unzureichende Sicherung der Grundrechte der Nutzer spricht jedoch dafür, dass der Vorschlag in dieser Form primärrechtswidrig ist.²⁸⁸

In diesem Fall ist fraglich, ob die deutsche Rechtsprechung tatsächlich nur europarechtlich zulässige, spezifische Überwachungspflichten auferlegt. Das OLG Hamburg versteht unter einer unzulässigen, allgemeinen Überwachungspflicht eine von bisherigen Beanstandungsfällen unabhängige, „anlasslose, pro-aktive Überprüfung jeder hochgeladenen Datei auf jede Art von Rechtsverletzungen“.²⁸⁹ Die nationale Rechtsprechung zieht also aus dem Verbot allgemeiner Überwachungspflichten nur die Einschränkung, dass nicht vollständig anlasslos nach jedwedem Inhalt gefiltert werden darf. Dieses Verständnis deckt sich nicht vollständig mit der Definition des EuGH. Nach Ansicht des Gerichtshofs ist jedenfalls von einer allgemeinen Überwachungspflicht auszugehen, wenn ein Filtersystem „sowohl fast alle [...] gespeicherten Informationen als auch sämtliche Nutzer der Dienste dieses Anbieters“²⁹⁰ erfasst. Der EuGH stellt also ab auf die Inhalte, welche durchsucht würden und die Nutzer des Dienstes, deren Uploads sämtlich gefiltert würden. Darauf, wonach gesucht wird, scheint es dagegen nicht anzukommen.

Die aus der Störerhaftung resultierenden Prüfpflichten sind jedoch lediglich insoweit beschränkt, als sie in aller Regel nur bezüglich zuvor als verletzt gemeldeten Inhalten (in allen Werkfassungen) greifen. Sie sind also bislang „streng werkbezogen“.²⁹¹ Selbst, wenn nach deutschem Recht nur *nach* bestimmten Werken gesucht wird, müssen dafür alle Inhalte aller Nutzer (mindestens für künftige Uploads)²⁹²

²⁸⁴ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 381 ff., 415 ff. – *YouTube*.

²⁸⁵ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 429 – *YouTube*.

²⁸⁶ Dies ergibt sich daraus, dass gleichartige Verletzungen verhindert werden sollen, *supra* § 5 B. III. 2. a).

²⁸⁷ Dazu ausführlich *supra*, § 5 II. 2.

²⁸⁸ Dazu *supra*, § 5 B. II. 2. e).

²⁸⁹ Vgl. OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 379 – *YouTube*.

²⁹⁰ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 37. Vgl. auch EuGH, Rs. C-70/10 *Scarlet Extended/SABAM* [2011] Rn. 39.

²⁹¹ *Obergfell*, NJW 2013, 1995, 1998.

²⁹² Das OLG Hamburg geht von einer nur in die Zukunft gerichteten Pflicht aus (OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 379 – *YouTube*), der BGH hatte für Sharehoster auch eine Durchsuchung des gesamten Bestands gefordert (BGH GRUR 2013, 370 Rn. 35 – *Alone in the Dark*). Kritisch zur OLG Entscheidung *Frey*, MMR 2016, 269, 276 f.

gefiltert werden.²⁹³ Damit liegen beide vom EuGH genannten Merkmale einer unzulässigen, generellen Filterpflicht vor. Daher spricht vieles dafür, dass die deutschen Filterpflichten eine allgemeine Überwachung erfordern.²⁹⁴ Es liegt daher nahe, dass das Verbot allgemeiner Überwachungspflichten auf europäischer Ebene zusätzlich nutzerbezogen ausgelegt werden muss.²⁹⁵ D. h. die Überwachungspflicht wäre erst dann spezifisch, wenn nur die Uploads von Nutzern, die bereits zuvor Urheberrechte verletzt haben, durchsucht werden.²⁹⁶ Dies könnte sich etwa nach den Accounts oder den IP-Adressen richten.

Selbst wenn man annähme, dass die aus der Störerhaftung resultierenden Pflichten aufgrund ihrer Werkbezogenheit spezifisch sind, sind sie sehr weitreichend. Zeitlich unbegrenzte Prüfpflichten, die zum Aufspüren gleichartiger Verletzungen in vielen tausenden Fällen eingreifen, können sich somit zu einer allgemeinen Überwachungspflicht verdichten.²⁹⁷ Zumindest diese Gefahr besteht mit Blick auf die Prüfpflichten für Host-Provider in Deutschland.²⁹⁸

Zudem gewichtet der EuGH Grundrechte deutlich anders als die deutsche zivilgerichtliche Rechtsprechung. Die deutsche Rechtsprechung erkennt Filter auch dann als geeignet an, wenn diese *false positives* generieren können. Im Hinblick auf das Overblocking-Problem werden von der deutschen Rechtsprechung die Grundrechte der Nutzer bislang kaum berücksichtigt. Der BGH blickt auf dieses Problem bislang allenfalls aus Perspektive des Plattform-Betreibers. Dieser solle sich gegenüber dem Nutzer durch entsprechende Vertragsgestaltung absichern.²⁹⁹ „[I]m Interesse eines wirksamen Schutzes des Urheberrechts“ sei Overblocking „hinzunehmen“. ³⁰⁰ Auch das OLG Hamburg geht davon aus, dass eine UGC-Plattform eine unbedingte Erfolgsabwendungspflicht mit Blick auf Urheberrechtsverletzungen trifft.³⁰¹ Dahin-

²⁹³ So auch *Angelopoulos*, European Intermediary Liability, S. 160 ff. „[...] although certainly the rights for the protection of which the *Störerhaftung* imposed monitoring is undertaken are specific, the measures imposed for their protection require precisely this type of filtering that scrutinises the entirety of the hosted content as posted by all users with no end in sight“ (S. 161).

²⁹⁴ So auch *Hoeren/Yankova*, IIC 2012, 501, 529: „An injunction to prevent future similar infringements refers neither to a specific field nor to a specific time period and can in no way represent a monitoring obligation in a specific case. This proactive duty establishes rather a monitoring obligation of a general nature“. Kritisch auch *Holznaegel*, Notice and Take-down, S. 110.

²⁹⁵ So auch *Kulk/Borgesius*, 34 E. I. P. R. 2012, 791, 794: „A filter system that is specific with respect to the group of persons (suspected uploaders), but general in respect of the content (all internet traffic of that group), may still be possible“. Vgl. auch *Clark/Schubert*, 6 JIPLP 2011, 880, 887.

²⁹⁶ So *Angelopoulos*, European Intermediary Liability, S. 66.

²⁹⁷ So auch *Kastl*, GRUR 2016, 671, 676; *Metzger*, GRUR 2012, 382, 385; *Specht*, ZUM 2017, 114, 116. Vgl. dazu *Leistner*, GRUR Beil. 2010, 1, 28.

²⁹⁸ Das OLG Hamburg geht sogar davon aus, dass es für UGC-Plattformen einfacher sei, gleich den gesamten Datenbestand zu durchsuchen. Der Anreiz für Plattformen bewegt sie damit klar zu einer zumindest freiwilligen allgemeinen Überwachung: „Es mag sein, dass eine selektive Überprüfung aller künftig hochzuladenden Videos nicht nur per Wortfilter, sondern auch mit dem Content-ID-Verfahren gegenüber einer vollständigen Überwachung des gesamten Datenflusses noch wesentlich aufwendiger ist. Sie ist nach Auffassung des Senats gleichwohl nicht unzumutbar“, OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 451 – *YouTube*.

²⁹⁹ BGH GRUR 2013, 370 Rn. 45 – *Alone in the Dark*.

³⁰⁰ BGH GRUR 2013, 370 Rn. 45 – *Alone in the Dark*.

³⁰¹ Vgl. OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 373 – *YouTube*. Vgl. demgegenüber *Leistner*, ZUM 2012, 722, 732: „Grundlegend ist zu bedenken, dass es bei der Störerhaftung immer nur

ter träten datenschutzrechtliche Bedenken zurück.³⁰² Ein grundrechtlich geschütztes Interesse zur kreativen Auseinandersetzung mit Musikwerken vermag das Gericht gar nicht zu erkennen.³⁰³ Diese Einschätzung kann, wie in § 1 erläutert, in dieser Pauschalität nicht überzeugen.³⁰⁴ Der EuGH stellt klar, dass das geistige Eigentum nicht schrankenlos geschützt und entsprechend auch nicht „bedingungslos zu gewährleisten“ sei.³⁰⁵ Die relevanten Grundrechte würden nicht in gerechten Ausgleich gebracht, wenn der Einsatz von Filtersystemen zur Sperrung rechtmäßiger Inhalte führe.³⁰⁶ Insofern sind die weitgehenden deutschen Prüfpflichten mit europäischen Grundrechten nicht vereinbar.

C. Nachgelagerte Mechanismen zur Schrankensicherung

Die Untersuchung hat ergeben, dass Filtermaßnahmen die Gefahr eines grundrechtsrelevanten Overblockings bergen. Dennoch sind Plattformen zum Einsatz von Filtermaßnahmen in gewissem Umfang rechtlich verpflichtet und setzen diese im Übrigen häufig freiwillig ein. Allein hierauf gestützt zu vertreten, Schranken für kreative Nutzung würden auf Plattformen faktisch an Bedeutung verlieren, wäre jedoch möglicherweise zu kurz gegriffen. Kann der Nutzer Schranken nachträglich geltend machen, um seinen Remix wieder zu entsperren, entfalten die Schranken wieder ihre Wirkung.³⁰⁷ Im Kern geht es um ein *Put-back* für Remixe, die durch Schranken gerechtfertigt sind, aber zunächst über Filtersysteme gesperrt wurden.³⁰⁸

In den USA ist das *Notice-and-Take-down*-Verfahren detailliert geregelt. Zum Schutz des Nutzers ist dort unter anderem ein gesetzliches *Put-back* vorgesehen (§ 512 (g) (2) DMCA). Da in der EU und in Deutschland eine solche gesetzliche Regelung nicht existiert, bietet es sich an, zunächst die amerikanische Rechtslage zu untersuchen. Besonderes Augenmerk ist darauf zu richten, ob sich die *Put-Back*-Regelung in der Praxis bewährt hat. Dabei interessiert insbesondere, inwieweit das Zusammenspiel mit Dispute-Verfahren auf Hosting-Plattformen funktioniert.

um eine gewisse Verringerung des Risikos für bzw. des Ausmaßes von Rechtsverletzungen gehen kann, welches dann gegen den hierfür erforderlichen Aufwand abzuwägen ist“.

³⁰² OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 352 – *YouTube*.

³⁰³ OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 352 – *YouTube*. Zu Streitbeilegungsverfahren siehe § 5 C. und die Schlussbetrachtung.

³⁰⁴ § 1 A. II. 3 und § 1 B. II. 2. d).

³⁰⁵ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 41.

³⁰⁶ EuGH, Rs. C-360/10 *SABAM/Netlog* [2012] Rn. 50 f. Dazu *Metzger*, GRUR 2012, 382, 385.

Vgl. auch *Leistner*, der hier eine nähere Differenzierung für erforderlich hält, ZUM 2012, 722, 730.

³⁰⁷ So auch *Leistner*, ZUM 2012, 722, 730.

³⁰⁸ Selbstverständlich sind weitere Schutzmöglichkeiten für den Nutzer denkbar. Dazu gehören insbesondere Ansprüche gegen den Rechteinhaber, wenn dieser die Sperrung veranlasst hat oder gar ein Schadensersatzanspruch gegen den Provider. Alle möglichen Ansprüche eines Notice-und-Take-down-Systems aufzuzeigen, würde allerdings den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Zudem besteht hierzu bereits einschlägige Literatur (insbesondere *Holzengel*, Notice and Take-down, S. 144 ff.) Da hier die Sicherung von Schranken interessiert und es aus Nutzerperspektive vor allem darauf ankommt, Schranken geltend machen zu können und rechtmäßige Inhalte wieder online zu sehen, wird dies den Fokus der nachfolgenden Ausführungen darstellen.

Interessant ist in diesem Zusammenhang Art. 13 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, der eine Regelung zu „Beschwerdemechanismen und Rechtsschutzmöglichkeiten“ für Nutzer vorsieht. Aufbauend auf den Erkenntnissen für das amerikanische Recht ist zu untersuchen, inwieweit grundrechtsrelevante Schranken auf diese Weise gesichert werden können. Es wird sich zeigen, dass hier weiterer Regelungsbedarf besteht, wenn die negativen Wirkungen von zu weitreichenden Sperrungen ansatzweise ausgeglichen werden sollen.

I. USA

1. Gesetzliches Put-back

Das *Put-back*-Verfahren durchzuführen, ist eine Obliegenheit des Providers.³⁰⁹ Folgt der Provider dem in § 512 (g) (2) DMCA geregelten Prozess, ist eine Haftung gegenüber dem Nutzer für unberechtigte *Take-downs* ausgeschlossen (§ 512 (g) (1) DMCA). Das Verfahren läuft folgendermaßen ab: Erhält der Provider eine Notice, die die Anforderungen des § 512 (c) (3) DMCA erfüllt, sperrt er den betreffenden Inhalt. Darüber informiert er den betroffenen Nutzer (§ 512 (g) (2) (A) DMCA). Dieser hat die Möglichkeit, eine *counter-notification* zu senden (§ 512 (g) (3) DMCA). Er muss dabei die für eine gegen ihn gerichtete Klage erforderlichen Informationen zur Verfügung stellen. Nachdem der Provider die *counter-notification* an den Rechteinhaber weitergeleitet hat, muss sich letzterer innerhalb von zehn Tagen entscheiden. Entweder, er verklagt den Nutzer wegen einer Verletzung seines Copyrights oder er unternimmt nichts. Entscheidet er sich gegen eine Klageerhebung, kann der Provider den Inhalt nach 10–14 Tagen wieder entsperren (*put-back*) (§ 512 (g) (2) (C) DMCA).

2. Praktische Anwendungsschwierigkeiten

a) Kritik am Put-back-Verfahren

In der Praxis ist es für Nutzer oft schwierig, einen *Put-back*-Anspruch durchzusetzen.³¹⁰ Dies liegt unter anderem daran, dass der *put-back* eng mit der *counter-notification* verbunden ist. Der Nutzer muss erst eine *counter-notification* senden, bevor der Provider den Inhalt wieder entsperren kann (s. o.). Eine solche *counter-notification* kann der Nutzer aber erst dann senden, wenn er über eine vorausgehende *notice* des Rechteinhabers informiert wurde.³¹¹ Wenn der Provider Inhalte aber freiwillig³¹²

³⁰⁹ Holznel, Notice and Take-down, S. 55.

³¹⁰ Dazu etwa Pollack, 22 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 2006, 547, 561 und 572.

³¹¹ § 512 (g) (2) (A) DMCA.

³¹² Ebenso ist dies der Fall, wenn der Provider aufgrund von „red flag knowledge“ sperrt: „Removal of user-generated content outside the notice-and-takedown framework thus deprives users of the notice to which they are entitled under the DMCA when a service provider removes content in response to a § 512(c)(3)(A) notification. Red flag removals thus short circuit the counter-notification and restoration provisions of the framework, thereby upsetting the checks and balances protecting users' freedom of expression“, Bridy, 96 B. U. L. Rev. 2016, 777, 788. Vgl. dazu auch Fisher, 49 U. Rich. L. Rev. 2015, 643, 664.

filtert und sperrt, ohne dass der Rechteinhaber eine *notice* gesendet hat, kommt es auch nicht zu einer *counter-notification*.³¹³ Es hängt dann vom Provider ab, ob er den Nutzer über die Sperrung seines Inhaltes informiert und ein *put-back* nach einer privaten Streitbeilegung möglich ist.³¹⁴

Darüber hinaus bestehen nur geringe Anreize für Provider, einen *put-back* durchzuführen.³¹⁵ Zwar erhalten sie Schutz vor möglichen Ansprüchen der Nutzer, wenn sie einen *put-back* veranlassen (s. o.). Die Gefahr eines solchen Anspruchs können sie aber ohnehin durch entsprechende Gestaltung ihrer AGB eliminieren.³¹⁶

Hinzu kommt, dass, selbst bei Vorliegen einer *notice*, kaum Nutzer eine *counter notification* senden.³¹⁷ Dies wird unter anderem auf eine unzureichende Aufklärung der Nutzer über ihre Rechte zurückgeführt.³¹⁸ So scheuen gerade private Nutzer eine Auseinandersetzung mit großen, urheberrechtlich versierten Rechteinhabern.³¹⁹

Auch ist das *Put-back*-Verfahren für Nutzer insoweit unattraktiv, als ein *put-back* erst nach frühestens zehn Tagen möglich ist.³²⁰ Insbesondere für politische oder kritische Remixe, die aktuelle Themen (etwa einen Wahlkampf) betreffen, führt dies nach Ansicht von *Hazelwood* zu einem unausgleichbaren Nachteil für den Nutzer.³²¹ Zudem mache es das System missbrauchsanfällig, da kritische Videos auch grundlos zehn Tage unterdrückt werden können.³²² Zwar sieht das U.S.-amerikanische Recht einen Anspruch des Nutzers gegen den Sender einer *Notice* vor, wenn diese miss-

³¹³ *Sawyer*, Berkeley Tech. L. J. 2009, 363, 391.

³¹⁴ Dazu ausführlich *Sawyer*, Berkeley Tech. L. J. 2009, 363, 391.

³¹⁵ „YouTube has little incentive (or ability) to tailor Content ID to meet the idiosyncratic needs of a single user, but when that user’s videos are affected, the impact on him or her is quite real“, *Holland/Bavitz/Hermes/et al.*, Intermediary Liability in the United States, S. 43. Vgl. auch *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 118: „[...] targets’ expression rights are fragile in a system with strong removal incentives for complainants and intermediaries, but with such limited countervailing incentives to preserve or reinstate improperly targeted speech“.

³¹⁶ *Urban/Quilter*, 22 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 2006, 621, 629: „Hence, although the statute seeks to encourage putback by providing a safe harbor against liability for wrongful takedown, in actuality, OSP service contracts limit most legal or financial incentives for OSPs to do so“.

³¹⁷ „Respondents agreed [...] that counter notices are exceedingly rare for hosting services [...]. Targets who are victims of takedown misuse or have legitimate defenses appear to be ill served by the well-intentioned counter notice scheme. Clearly, more usable checks are needed“, *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 118.

³¹⁸ „Not only is intimidation a reason that the average Internet user does not exercise their rights under the put back provisions, but so is lack of knowledge“, *Hazelwood*, 50 IDEA 2010, 307, 330. Den Nutzern sei zudem nicht bewusst, dass bislang nur sechs *counter-notifications* tatsächlich zu Gerichtsverfahren geführt hätten, vgl. *Carpou*, 39 Colum. J. L. & Arts 2016, 551, 587.

³¹⁹ „Because many creators of User-Generated Video Content are amateur members of the public who have little knowledge of their legal rights, whereas most Copyright Holders and OSPs are sophisticated corporate entities, the DMCA should take into account the Users['] relatively weak position and provide an effective process for Users to assert their rights in relation to Copyright Holders and OSPs“, *Ashley*, 20 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 2010, 563, 597.

³²⁰ *Guzman*, 13 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 2015, 181, 189; *Pollack*, 22 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 2006, 547, 560; *Urban/Quilter*, 22 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 2006, 621, 636 f.

³²¹ *Hazelwood*, 50 IDEA 2010, 307, 329.

³²² *DeLisa*, 81 Brook. L. Rev. 2016, 1275, 1304 f.

bräuchlich war (§ 512 (f) DMCA).³²³ Ein Verdachtsmelder ist auch grundsätzlich dazu verpflichtet, *fair use* zu bedenken, bevor er den Take-down veranlasst.³²⁴ Die Beweishürden für den Anspruch nach § 512 (f) DMCA sind jedoch sehr hoch.³²⁵ Der Rechteinhaber muss nur subjektiv den „good faith belief“ geformt haben, dass ein Video nicht von *fair use* gedeckt ist, um der Haftung zu entgehen.³²⁶ Der Anspruch hat daher häufig wenig Aussicht auf Erfolg und wird bislang entsprechend selten angestrengt.³²⁷

Während die Wirkung der schnellen Sperrung vergleichbar mit einer Anordnung im einstweiligem Rechtsschutz ist, existieren keine vergleichbaren Schutzmechanismen wie insbesondere ein unabhängiger Entscheider.³²⁸ Aus diesen Gründen plädieren viele Stimmen in der Literatur für eine Stärkung des Nutzerschutzes im *Put-back*-Verfahren.³²⁹

b) Zusammenspiel mit privaten Streitbelegungsverfahren

Private Streitbelegungsverfahren auf Plattformen bestehen grundsätzlich parallel zu den DMCA-Regelungen.³³⁰ Plattformen sind rechtlich nicht verpflichtet, solche Verfahren einzuführen und die Verfahren sind entsprechend sehr unterschiedlich ausgestaltet.³³¹ Aus Nutzerperspektive ist vorteilhaft, dass tatsächlich rechtswidri-

³²³ 512 (f) DMCA Misrepresentations. Any person who knowingly materially misrepresents under this section

(1) that material or activity is infringing, or

(2) that material or activity was removed or disabled by mistake or misidentification,

shall be liable for any damages, including costs and attorneys' fees, incurred by the alleged infringer, by any copyright owner or copyright owner's authorized licensee, or by a service provider, who is injured by such misrepresentation, as the result of the service provider relying upon such misrepresentation in removing or disabling access to the material or activity claimed to be infringing, or in replacing the removed material or ceasing to disable access to it.

³²⁴ „We hold that the statute requires copyright holders to consider fair use before sending a takedown notification“, *Lenz v. Universal Music Corp.*, 815 F. 3d 1145, 1148 (9th Cir. 2016).

³²⁵ *Rossi v. Motion Picture Ass'n of Am. Inc.*, 391 F. 3d 1000, 1005 (9th Cir. 2004): „A copyright owner cannot be liable simply because an unknowing mistake is made, even if the copyright owners acted unreasonably in making the mistake“.

³²⁶ „This inquiry lies not in whether a court would adjudge the video as a fair use, but whether Universal formed a good faith belief that it was not“, *Lenz v. Universal Music Corp.*, 815 F. 3d 1145, 1153 (9th Cir. 2016).

³²⁷ „[...] [T]he only recourse for a user is to file a DMCA misrepresentation suit, which is not worth the time, money, or stress for most, if not all, users“, *DeLisa*, 81 Brook. L. Rev. 2016, 1275, 1304 f. So auch *Randazza*, 18 Vand. J. Ent. & Tech. L. 2016, 743, 763: „The DMCA ‚bite back‘ provision, otherwise known as Section 512(f), was intended to disincentivize sloppiness or censorious intent in using the DMCA. However, this provision has largely failed“.

³²⁸ *McKay*, 24 Regent U. L. Rev. 2011, 117, 125.

³²⁹ „Both our qualitative and quantitative studies lend support to these concerns, and indeed suggest that section 512's approach to due process for targeted users is one of its major failures“, *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 117; *Urban/Quilter*, 22 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 2006, 621, 689. Vgl. auch *Pollack*, 22 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 2006, 547, 560.

³³⁰ *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 59.

³³¹ *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 59.

ge Nutzungen häufig unproblematisch „lizenzier“ werden können.³³² Zudem ist die Hemmschwelle für die Anstrengung eines plattforminternen Verfahrens möglicherweise geringer als für eine formelle *counter-notification*.³³³

Private Streitbelegungsverfahren sehen sich aus vielfältigen Gründen auch Kritik ausgesetzt.³³⁴ So wird kritisiert, dass freiwillige Vereinbarungen den gesetzlich angestrebten Interessenausgleich im Urheberrecht zum Nachteil des Nutzers beeinflussten.³³⁵ Dies ist beispielsweise der Fall, wenn sich Provider Rechteinhabern gegenüber verpflichten, auch nach erfolgter *counter-notification* Inhalte weiterhin zu sperren.³³⁶ Um zu vermeiden, dass Nutzerrechte leerlaufen, wird daher vorgeschlagen, das *Put-back*-Verfahren nicht nur als Obliegenheit, sondern als Pflicht auszugestalten.³³⁷

Ferner wird kritisiert, dass Rechteinhaber Videos unabhängig vom Umfang des darin verwendeten Fremdmaterials monetarisieren können.³³⁸ Dies stehe in Widerspruch zum Anreiz-System des Copyrights, da dem Rechteinhaber Einnahmen für die kreative Leistung des Nutzers zukämen, die ihm nicht zustünden.³³⁹

Jedenfalls kommen Hosting-Plattformen durch private Streitbelegungsverfahren verstärkt in die Rolle privater Richter.³⁴⁰ Deutlich wird dies beispielsweise an *Vimeo*s CopyrightMatch-Verfahren.³⁴¹ Wird beim Upload eine Übereinstimmung mit urheberrechtlich geschützten Material entdeckt, muss der Nutzer darlegen, wieso

³³² Zur Lizenzierung von Inhalten auf Hosting-Plattformen siehe § 5. *Urban/Karaganis/Schofield* merken an: „This reflects the nuanced approach some major rightsholders take in deciding what will be considered ‚tolerated use.‘ But it also reflects a central criticism of filtering systems that support ‚tolerated use‘ models: the decision whether or not the use will be allowed is left to the rights-holder rather than the underlying legal rules“, *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 59.

³³³ Für letzteres müssen Nutzer ihre Anonymität aufgeben, § 512 (g) (3) (D). Dazu kritisch *Angelopoulos et al.*, *Study of fundamental rights limitations for online enforcement through self-regulation* (2016), S. 68 f.

³³⁴ Für YouTube's Content ID, dem derzeit wohl elaboriertesten System, existieren mittlerweile mehrere Beiträge, die konkrete Verbesserungsvorschläge für das plattform-interne System selbst vorlegen, vgl. nur *DeLisa*, 81 *Brook. L. Rev.* 2016, 1275; *Shinn*, 43 *AIPLA Q. J.* 2015, 359.

³³⁵ *Angelopoulos/Brody/Wouter/et al.*, *Study of fundamental rights limitations for online enforcement through self-regulation* (2016), S. 68: „[I]f procedures such as those autonomously created and self-regulated (e. g., Content ID) or those regulated by legislative intervention (e. g., DMCA) are intended to balance the position of right-holders and users in their quest for either fast removal or fast reinstatement, then YouTube's voluntary agreements with right-holders severely limit one side of this important balance, namely the one leading to the protection of users and of their ability to express themselves on the Internet“.

³³⁶ „Google's contracts with some Content ID partners even allow them to override DMCA counter-notifications, lifting from copyright owners the burden of filing suit to challenge uses that uploaders would be willing to litigate to defend“, *Tushnet*, 29 *Berkley Tech. L. J.* 2014, 1447, 1461.

³³⁷ *Urban/Quilter*, 22 *Santa Clara Computer & High Tech. L. J.* 2006, 621, 689.

³³⁸ So mit Blick auf YouTube *Solomon*, 44 *Hofstra L. Rev.* 2016, 237, 256.

³³⁹ *Tushnet*, 29 *Berkley Tech. L. J.* 2014, 1447, 1461. Zudem würde es Remix-Künstler und Personen, die professionell Filme rezensieren (und dafür Ausschnitte zeigen) verunmöglicht, ein Einkommen zu generieren (S. 1462).

³⁴⁰ *Holznagel*, *Notice and Take-down*, S. 220; in diese Richtung auch *Kuczerawy*, 8 *JIPITEC* 2017, 226, 227. Vgl. zudem *Holland/Bavitz/Hermes/et al.*, *NoC Online Intermediaries Case Studies Series: Intermediary Liability in the United States* (2015), S. 43 f. zu den Nachteilen des umfassenden „private ordering“ durch YouTube mittels ContentID.

³⁴¹ Vgl. zum Verfahren Vimeo Helpcenter – Rechtliche Hinweise – Faire Nutzung, verfügbar

sein Video über *fair use* erlaubt ist. Sodann entscheiden Moderatoren der Plattform darüber, ob das Video freigeschaltet wird oder nicht.³⁴² Zwar wird häufig gefordert, dass Plattformen sich nicht nur auf automatische Filter verlassen, sondern selbst *fair use* berücksichtigen oder eine mögliche Gemeinfreiheit des Materials überprüfen.³⁴³ Plattformen sind allerdings „schlechte Entscheider“,³⁴⁴ da sie aus Haftungsgründen klare Anreize zur Sperrung haben³⁴⁵ und im Falle einer Monetarisierung durch den Rechteinhaber anteilig Geld verdienen.³⁴⁶ Aus diesen Gründen scheint es wichtig, dass private Verfahren jedenfalls unproblematisch in gerichtliche Verfahren übergehen können. Dies ist über das *Counter-notification*-Verfahren zwar grundsätzlich möglich, für Nutzer in den USA aber noch mit hohen Hürden verbunden.

II. EU und Deutschland

1. Richtlinienentwurf zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt

Art. 13 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt sieht ausdrücklich vor, dass Mechanismen zur Streitbeilegung geschaffen werden sollen:

Die Mitgliedstaaten müssen gewährleisten, dass die in Absatz 1 genannten Diensteanbieter den Nutzern für den Fall von Streitigkeiten über die Anwendung der in Absatz 1 genannten Maßnahmen Beschwerdemechanismen und Rechtsschutzmöglichkeiten zur Verfügung stellen.

Aus dem Impact Assessment der Europäischen Kommission ergibt sich, dass diese Norm die Grundrechte der Nutzer sichern soll.³⁴⁷ Der Kommissionsvorschlag verbleibt jedoch vage.³⁴⁸ Die Verantwortung, eine angemessene Balance zwischen den

unter: <https://help.vimeo.com/hc/de/articles/224821367-Wie-entscheiden-Vimeo-Moderatoren-ob-Fair-Use-vorliegt->.

³⁴² In YouTube's Content ID-Verfahren wird die Neuschiedung dagegen dem Rechteinhaber überlassen, der selbstverständlich ebenfalls kein unabhängiger Entscheider ist. Zum Ganzen *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 59.

³⁴³ Vgl. *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 136.

³⁴⁴ *Holznapel*, Notice and Take-down, S. 220.

³⁴⁵ *Urban/Karaganis/Schofield*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628 (2016), S. 118.

³⁴⁶ *DeLisa*, 81 Brook. L. Rev. 2016, 1275, 1293: „YouTube is also inherently biased, as it is a corporation with a goal of maximizing profits for shareholders, and the more content that is claimed, the more money YouTube makes“.

³⁴⁷ Europäische Kommission, SWD(2016) 301 final, Impact Assessment on the modernization of EU copyright rules, Part 1/3, S. 153 f.

³⁴⁸ Ebenso *Angelopoulos*, Digital Single Market Study, S. 39: „The Impact Assessment contends that this problem can be addressed through procedural safeguards for users. In line with this suggestion, Article 13(2) of the Proposal states that Member States must ensure that the targeted providers ‚put in place complaints and redress mechanisms that are available to users in case of disputes‘ over the filtering outcomes. Yet this vague prescription does not provide sufficient procedural detail. This is important, as studies indicate that, improperly crafted, such mechanisms, though helpful, do not address the ‚chilling effect‘ that the incorrect blocking or removal of content exerts on end-users“. Der Vorschlag *Comonidis* überzeugt hier mehr. Statt dem bisherigen Art. 13 Abs. 2 schlägt *Comodini* vor: „The measures referred to in paragraph 1 shall be implemented without prejudice to the use of works made within an exception or limitation to copyright. To this end, Member States shall ensure

betroffenen Grundrechten herzustellen, wird weitestgehend auf die Provider abgewälzt. Insbesondere bestehen keine Vorgaben zur prozeduralen Ausgestaltung und der Stellung der Nutzer.³⁴⁹ Gegenüber den Rechteinhabern sollen Provider verpflichtet werden, „über die Erkennung und Nutzung ihrer Werke und sonstigen Schutzgegenstände Bericht [zu] erstatten“ (Art. 13 Abs. 1 S. 3 des Richtlinienentwurfs). Für die Nutzer der Dienste besteht keine vergleichbare Transparenzpflicht. So erfährt allenfalls der direkt betroffene Nutzer davon, dass (s)ein Upload gesperrt wurde. Es ist zweifelhaft, ob damit dem öffentlichen Interesse an der Verbreitung kritischer oder künstlerischer Nutzungen ausreichend Rechnung getragen wird. Zudem bleibt unklar, inwieweit hier ein materiell-rechtlicher Anspruch auf *put-back* bestehen soll, der (danach oder parallel) gerichtlich durchsetzbar ist. Dies scheint der Richtlinienentwurf dem Recht der Mitgliedstaaten zu überlassen.

Der zweite „Kompromissvorschlag“ der EU Ratspräsidentschaft ist ebenfalls problematisch, weist er doch die Entscheidung über Nutzerbeschwerden allein dem Rechteinhaber zu.³⁵⁰ Dieser soll seine Entscheidung zwar begründen, eine adäquate Sicherung der Schranken ist dadurch aber nicht gewonnen. Sollte eine bestimmte (etwa parodistische oder kritische) Nutzung einem Rechteinhaber unlieb sein, wäre es für den Rechteinhaber ein Leichtes, die Beschwerde des Nutzers zurückzuweisen. Denn auch dieser Vorschlag enthält keine Vorgaben dazu, inwieweit sich der Nutzer auch gerichtlich gegen die Entscheidung wehren kann.

2. Vertraglicher Put-back-Anspruch

In Deutschland kommt für Nutzer ein vertraglicher Anspruch auf *put-back* infrage.³⁵¹ Wie *Holzengel* überzeugend darlegt, ist ein unberechtigter Take-down grundsätzlich eine Vertragspflichtsverletzung, da die „Erreichbarkeit gehosteter (objektiv zulässiger) Inhalte (sog. Connectivity) [...] eine Hauptvertragspflicht des Host-Providers ist“.³⁵² Provider sehen in ihren AGB allerdings regelmäßig Klauseln vor, mit denen sie sich die jederzeitige Sperrung von Inhalten vorbehalten, die gegen ihre Nutzungsregeln verstoßen.³⁵³ Soweit Provider sich mit den Klauseln die Löschung

that users are allowed to communicate rapidly and in an effective manner with the rightholders who have requested the measures referred to in paragraph 1 in order to challenge the application of those measures. Member States shall ensure that national law provides users access to a court or other relevant authority for the purpose of asserting their right of use under an exception or limitation“, *Comodini*, Draft Report on the proposal for a directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market, 2016/0280(COD), S. 41 f.

³⁴⁹ Zur Bedeutung verfahrensförmiger und materieller Legitimation privater Regelungen – allerdings mit Blick auf andere Beispiele – vgl. *Wielsch*, GRUR 2011, 665, 667.

³⁵⁰ Rat der Europäischen Union, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on copyright in the Digital Single Market – Consolidated Presidency compromise proposal, 2016/0280 (COD), Art. 13 Abs. 2, S. 50.

³⁵¹ Zu vertragsrechtlicher Abhilfe gegen unberechtigte Sperrungen vgl. auch *Hofmann*, ZUM 2017, 102, 108.

³⁵² *Holzengel*, Notice and Take-down, S. 145. Gesetzliche Ansprüche kommen dagegen regelmäßig nicht in Betracht, *ders.* S. 157.

³⁵³ Vgl. etwa die AGB von YouTube (Nr. 9.4, verfügbar unter: <https://www.youtube.com/statice?gl=DE&template=terms&hl=de>), Vimeo (Nr. 6, verfügbar unter: <https://vimeo.com/terms>) oder DailyMotion (Nr. 2, verfügbar unter: <http://www.dailymotion.com/de/legal>).

objektiv zulässiger Inhalte vorbehalten, stellt sich die Frage, ob die Klauseln wirksam sind. Dies hängt entscheidend davon ab, ob darin eine kontrollfreie Leistungsbeschreibung (§ 307 Abs. 3 BGB) oder ein Verstoß gegen ein Klauselverbot (§ 309 Nr. 7 BGB) liegt.³⁵⁴ Da Nutzer grundsätzlich davon ausgehen dürfen, dass ihre Inhalte nicht völlig grundlos gesperrt werden, spricht die Verkehrssitte³⁵⁵ dafür, dass es sich um eine überprüfbare Einschränkung handelt.³⁵⁶ Für grob fahrlässig verweigerter *put-backs* kann der Provider seine Haftung daher nicht ausschließen.³⁵⁷

Bei offensichtlicher Unbegründetheit der Sperrung müssen Provider Remixe o.ä. entsprechend wieder entsperren.³⁵⁸ Ansonsten handeln sie sorgfaltswidrig.³⁵⁹ Es ist jedoch zweifelhaft, ob durch einen solchen vertraglichen Anspruch die negativen Wirkungen des Overblockings kompensiert werden können. Nähmen Plattformen einen *put-back* bei einem Inhalt vor, der sich im Nachhinein doch als urheberrechtsverletzend entpuppt, sind sie Haftungsrisiken ausgesetzt. Der Safe Harbor (§ 10 S. 1 TMG) würde sie in diesem Fall nicht vor Schadenersatzansprüchen oder Ansprüchen wegen der Verletzung von Prüfpflichten schützen.³⁶⁰ Dies gilt erst Recht, wenn die öffentliche Wiedergabe künftig so ausgelegt werden sollte, dass Intermediäre ab Kenntnis täterschaftlich für Urheberrechtsverletzungen haften.³⁶¹ Für Provider bestehen daher kaum Anreize, solche Remixe, die von Schranken gedeckt sind, wieder zu entsperren.³⁶² Entsprechend dürfte der vertragliche Anspruch auf *put-back* in der Praxis kaum geeignet sein, die Nachteile des Overblockings wieder auszugleichen.

³⁵⁴ *Holznel*, Notice and Take-down, S. 159. Vgl. *Wurmnest* in: MüKoBGB, § 307 Rn. 12: „Klauseln, die das Hauptleistungsversprechen abweichend vom Gesetz oder der nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte geschuldeten Leistung verändern, ausgestalten oder modifizieren, gehören dagegen nicht zu den Leistungsbeschreibungen und unterliegen der Inhaltskontrolle“. Die genauen Formulierungen unterscheiden sich selbstverständlich von Plattform zu Plattform, für Nutzer ist es daher besonders schwierig zu überblicken, ob Regelungen in AGB zulässig sind: „For users it can be [...] very difficult to oversee what their rights and obligations are in relation to the different platforms that they use. Identifying the lawfulness of such contractual modifications alone is a major legal challenge, not only for users“, *Le Borgne-Bachschmidt/Girleud/Leiba et al.*, User-Generated-Content Study (2008), S. 266.

³⁵⁵ Auf diese kommt es mangels gesetzlichen Leitbildes an.

³⁵⁶ Zum Ganzen ausführlich *Holznel*, Notice and Take-down, S. 159 f.

³⁵⁷ *Holznel*, Notice and Take-down, S. 169.

³⁵⁸ Vgl. *Holznel*, Notice and Take-down, S. 156.

³⁵⁹ Wann genau eine Sperrung offensichtlich unbegründet ist, ist schwerlich allgemein festlegbar. Jedenfalls gilt dies nach einer gerichtlichen Klärung. Dafür könnte der Nutzer eine negative Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO) anstrengen, vgl. *Holznel*, Notice and Take-down, S. 171, der zudem ausführlich mögliche materielle (v. a. deliktsrechtliche) Ansprüche des Nutzers gegen den Rechteinhaber untersucht, S. 172 ff.

³⁶⁰ *Holznel*, Notice and Take-down, S. 154.

³⁶¹ Dazu oben § 5 B. II. 2. c).

³⁶² Dies gilt insbesondere für Grenzfälle. Vgl. auch *Holznel*, GRUR Int. 2014, 105, 112: „Zwingend notwendig ist allerdings eine gesetzliche Regelung [des Put-back-Verfahrens]. Durch Selbstregulierung kann sich die notwendige Haftungsfreistellung für den Provider für den Fall des put back nicht herausbilden. Der put back ist damit in Deutschland und den meisten europäischen Ländern für die Provider äußerst risikoreich“.

3. Wertung europäischer Grundrechte

Dafür, dass grundrechtsrelevante Schranken in einem Take-down-Verfahren wirkungsvoll gesichert werden sollten, spricht die Entscheidung des EuGH in *UPC Telekabel*.³⁶³ Der Fall betrifft zwar Maßnahmen, die Access-Providern auferlegt werden. Dies ist aber insoweit mit den Filterpflichten für Host-Provider vergleichbar, als jeweils alle Nutzer des Dienstes betroffen wären und die gleichen Grundrechte beeinträchtigt sein können.³⁶⁴ Die Maßnahmen eines Access-Providers müssen nach Ansicht des EuGH „der Verletzung des Urheberrechts oder eines verwandten Schutzrechts durch einen Dritten ein Ende [...] setzen, ohne dass Internetnutzer, die die Dienste dieses Anbieters in Anspruch nehmen, um rechtmäßig Zugang zu Informationen zu erlangen, dadurch beeinträchtigt werden. Andernfalls wäre der Eingriff des Anbieters in die Informationsfreiheit dieser Nutzer gemessen am verfolgten Ziel nicht gerechtfertigt“.³⁶⁵

Interessanterweise sieht der Gerichtshof scheinbar den Provider selbst in der Pflicht, eine angemessene Balance der Grundrechte sicherzustellen.³⁶⁶ Dies käme einer horizontalen Bindungswirkung der Grundrechte gleich.³⁶⁷ Bestätigte sich diese Auslegung, hätte dies weitreichende Auswirkungen.³⁶⁸ Auf Host-Provider übertragen, könnte dies bedeuten, dass diese möglicherweise nicht mehr frei wären, weitreichende *freiwillige* Filtermaßnahmen einzusetzen, ohne Schranken für kreative Nutzungen effektiv zu sichern. Es ist allerdings denkbar, dass der EuGH nicht von der nur mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte abweichen wollte und es sich hierbei eher um eine unscharfe Formulierung handelt.³⁶⁹

Der Gerichtshof macht nämlich zudem Vorgaben für die gerichtliche Durchsetzung von Nutzerrechten. Letztlich müssen danach nationale Gerichte gewährleisten, dass die Maßnahmen der Provider zu einem fairen Ausgleich der betroffenen Grundrechte führen.³⁷⁰ Soweit der Provider die Wahl zwischen mehreren Maßnahmen habe, würden die genauen Modalitäten den Mitgliedstaaten jedoch womöglich gar

³⁶³ EuGH, Rs. C-314/12 *UPC Telekabel* [2014].

³⁶⁴ *Stalla-Bourdillon/Rosati/Turc/et al.*, A brief exegesis of the proposed Copyright Directive, S. 7 f.

³⁶⁵ EuGH, Rs. C-314/12 *UPC Telekabel* [2014] Rn. 56 (eigene Hervorhebung).

³⁶⁶ „Der Adressat einer Anordnung wie der im Ausgangsverfahren in Rede stehende muss bei der Wahl der Maßnahmen, die er zu ergreifen hat, um der Anordnung nachzukommen, aber auch für die Beachtung des Grundrechts der Internetnutzer auf Informationsfreiheit Sorge tragen“, EuGH, Rs. C-314/12 *UPC Telekabel* [2014] Rn. 57. Vgl. dazu auch *Angelopoulos*, 17 info 2015, 72, 76.

³⁶⁷ „[...] [I]f this interpretation is correct, it cannot be seen as anything short of ground-breaking: the Court has effectively turned vertical effect into horizontal effect, thereby blasting open the doors from the direct application of fundamental rights on relationships between private parties“, *Angelopoulos/Brödy/Wouter/et al.*, Study of fundamental rights limitations for online enforcement through self-regulation (2016), S. 32.

³⁶⁸ *Spindler*, GRUR 2014, 826, 829 sieht die Entscheidung kritisch, da der EuGH „das Risiko der zumutbaren Maßnahmen ganz dem Provider [überlässt], ohne Maßstäbe zu nennen, erst recht nicht für die Bewertung der kollidierenden Grundrechte“. Ebenso kritisch *Leistner/Roder*, ZfPW 2016, 129, 150, die „bemerkenswerte dogmatische Ausrutscher in Richtung auf eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte in Privatrechtsverhältnissen“ identifizieren.

³⁶⁹ Davon gehen jedenfalls *Leistner/Roder*, ZfPW 2016, 129, 151 aus.

³⁷⁰ EuGH, Rs. C-314/12 *UPC Telekabel* [2014] Rn. 57. Insofern lässt sich das Urteil auch so auslegen, dass keine horizontale Bindungswirkung der Grundrechte zugrunde gelegt wird.

nicht bekannt.³⁷¹ Daher müssten Nutzer die Möglichkeit haben, ihre Rechte gerichtlich durchzusetzen.³⁷² Hierzu führt der EuGH wörtlich aus:

Damit die im Unionsrecht anerkannten Grundrechte dem Erlass einer Anordnung wie der im Ausgangsverfahren fraglichen nicht entgegenstehen, ist es deshalb erforderlich, dass die nationalen Verfahrensvorschriften die Möglichkeit für die Internetnutzer vorsehen, ihre Rechte vor Gericht geltend zu machen, sobald die vom Anbieter von Internetzugangsdiensten getroffenen Durchführungsmaßnahmen bekannt sind.³⁷³

Auch wenn diese Ausführungen Access-Provider treffen, legen sie doch einen allgemeinen staatlichen Schutzauftrag zur Sicherung von Grundrechten der Nutzer nahe.³⁷⁴

Übertragen auf das Problem des Overblockings wäre zur Sicherung der grundrechtsrelevanten Schranken sinnvoll, einen gesetzlichen Anspruch auf *put-back* sowie das *Put-back*-Verfahren zu regeln.³⁷⁵ Dabei sollten die US-amerikanischen Erfahrungen bedacht werden, um insbesondere das Verhältnis zu privaten Streitbelegungsverfahren auf Hosting-Plattformen zu klären.³⁷⁶

D. Bedeutung für gesetzlich erlaubte Nutzungen und Remix-Film

Private Streitbelegungsverfahren können die negativen Effekte umfassender Filtermaßnahmen zwar teilweise abschwächen. Problematisch ist jedoch, dass die Verfahren uneinheitlich sind und ihr Verhältnis zu gerichtlich durchsetzbaren Ansprüchen (sei es ein vertraglicher oder ein gesetzlicher Anspruch auf *put-back*) nicht geregelt ist. Die Rechte und Interessen von kreativen Nutzern sind zudem regelmäßig be-

³⁷¹ Ibid.

³⁷² Ibid.

³⁷³ EuGH, Rs. C-314/12 *UPC Telekabel* [2014] Rn. 57.

³⁷⁴ Mit Blick auf das nationale Verfassungsrecht *Holznagel*, Notice and Take-down, S. 230: „Das Zensurverbot legt auch einen objektiv-rechtlichen Schutzauftrag an den Staat nahe, zensurähnliche Kommunikationskontrollen zu unterbinden“. Vgl. auch *Angelopoulos/Brody/Wouter/et al.*, Study of fundamental rights limitations for online enforcement through self-regulation (2016), S. 41 ff., die staatliche Schutzpflichten zur Sicherung von Kommunikationsgrundrechten vor allem aus völkerrechtlichen Normen ableiten, so etwa aus der EMRK: „In accordance with Article 13, ECHR, States must, first and foremost, ensure that effective remedies are available for violations of communication rights. [...] These obligations mean that States must ensure that alleged violations of communication rights by private parties are subject to independent and impartial judicial review“ (S. 42). Vgl. zudem *Husovec*, 18 CYELS 2016, 239, 258 ff., der grundrechtliche Schutzpflichten im Kontext „integration through conflict“ und insbesondere mit Blick auf urheberrechtliche Schranken beschreibt. Vgl. auch *Leistner/Roder* in: Drexl, *The Innovation Society and Intellectual Property* (im Erscheinen), unter III. 2. c), die sich dafür aussprechen, dass europäische Schranken als Nutzerrechte ausgestaltet werden sollten „so that users are able to claim them“.

³⁷⁵ Ein solches gesetzliches *put-back* ließe sich auch isoliert von einem *Notice and Takedown*-System implementieren, dazu ausführlich *Holznagel*, Notice and Takedown, S. 252 ff. Vgl. auch *Hofmann*, ZUM 2017, 102, 107, der eine zunehmende Prozeduralisierung mittels eines *Notice and Takedown*-System ebenfalls grundsätzlich befürwortet. *Specht* spricht sich dafür aus, den Provider zur Durchführung eines *Counter-notification*-Verfahrens und der Berücksichtigung des Ergebnisses des Rechtsstreits zwischen Nutzer und Rechteinhaber über bußgeldbewährte Vorschriften zu verpflichten, *Specht*, ZUM 2017, 114, 122.

³⁷⁶ Dazu nochmal konkret *infra*, Schlussbetrachtung, C.

reits durch zu weitreichende Filtermaßnahmen beeinträchtigt, da die Durchsetzung eines *put-backs* häufig nicht zügig und reibungslos gewährleistet werden kann. Im Vergleich zur Rechtslage in „analogen“ Sachverhalten, befinden sich Remixer so in einer weitaus schlechteren Lage.³⁷⁷ Zwar mag dies aufgrund der im Internet schwierigen Rechtsverfolgung in gewissem Maße unvermeidlich sein.³⁷⁸ Das derzeitige Ungleichgewicht von umfassender Filterung mit schneller Sperrung einerseits und schwierigerem *put-back* von zulässigen Remixes andererseits ist jedoch unverhältnismäßig groß.

³⁷⁷ Vgl. *Randazza*, 18 Vand. J. Ent. & Tech. L. 2016, 743, 755; *Ashley*, 20 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 2010, 563, 588. Allerdings ist anzumerken, dass Nutzer online grundsätzlich die Möglichkeit haben, erst einmal anonym aufzutreten.

³⁷⁸ So etwa *Carpou*, 39 Colum. J.L. & Arts 2016, 551, 554 zu automatisierten Take-downs: „Surely some of the content targeted by takedown requests is actually infringing, and thus robo-take-downs, at least in part, achieve the goal of protecting copyright holders by keeping pirated content off the Web.“ Zur Abwägung zwischen *chilling effects* einerseits und *underenforcement* andererseits, siehe auch *Hofmann*, ZUM 2017, 102, 105 f. Dabei kommt er u. a. zu dem Ergebnis, dass das Interesse an der Nicht-Löschung justiziabel sein müsse (S. 108).

Schlussbetrachtung: Problemlage und Lösungsmöglichkeiten

Ziel dieser Arbeit war es, die Auswirkungen der Zugänglichmachung von Remixen über Hosting-Plattformen auf gesetzlich erlaubte Nutzungen zu klären. Die Untersuchung hat ergeben, dass die Fremdmaterialnutzung in einer Reihe von Remix-Formen sowohl nach deutschem als auch nach U.S.-amerikanischem Recht erlaubnisfrei zulässig sein kann. Zugleich wurden insbesondere mit Blick auf die faktische Bedeutung grundrechtsrelevanter Schranken für Nutzungen auf Hosting-Plattformen verschiedene Probleme ausgemacht. Nachfolgend werden die Ergebnisse der Arbeit zusammenfassend dargestellt und Lösungsansätze für die angesprochenen Probleme aufgezeigt.

A. Gesetzlich erlaubte Nutzungen

Die vorliegende Arbeit hat zunächst gezeigt, dass die deutschen Schranken und Beschränkungen für kreative Nutzungen weniger eng sind, als häufig angenommen.¹ Allerdings basiert die Erlaubnisfreiheit der Nutzung von Fremdmaterial für viele Remixe auf der kunstspezifischen Auslegung des Zitatrechts und der freien Benutzung. Diese setzt für das Zitatrecht am Zitatzweck und für die freie Benutzung am offenen Wortlaut – der ein äußerliches „Verblässen“ gerade nicht voraussetzt – an. Auch postmoderne Kulturtechniken sowie engagierte Kunst werden von der kunstspezifischen Auslegung erfasst.² Darüber hinaus können auch Amateure Remixe mit künstlerischer Aussage gestalten.³

Da gesetzlich erlaubte Nutzungen von europarechtlichen Vorgaben geformt werden, ist entscheidend, ob die kunstspezifische Auslegung auch auf europäischer Ebene möglich ist. Diesbezüglich wurde erarbeitet, dass eine Auslegung im Lichte der Kunstfreiheit (Art. 13 GRCh) für einige Schranken auch auf europäischer Ebene geboten ist.⁴ Angesetzt werden kann hierzu grundsätzlich am Zitatrecht in Art. 5 Abs. 3 lit. d) InfoSocRL. Zwar hat der EuGH das Mantra der engen Auslegung von Schranken bislang nicht aufgegeben. Der Vorrang des europäischen Primärrechts spricht aber in Fällen mit Grundrechtsrelevanz dafür, dass eine am Zweck orientierte Auslegung der engen Auslegung vorgeht.

Neben dem Zitatrecht bietet sich vor allem die Schranke in Art. 5 Abs. 3 lit. k) InfoSocRL an, um der Kunstfreiheit hinreichend Raum zu verschaffen. Denn neben

¹ § 1 A. IV. und § 1 B. III.

² § 1 A. II. 1. c) und 2. a) sowie § 1 B. II. 2.

³ § 1 A. 2. b).

⁴ § 1 A. II. 2. d). und B. II. 3.

den drei genannten Kunstformen kann diese Schranke mittels einer primärrechtskonformen Rechtsfortbildung auch andere Formen der künstlerischen Auseinandersetzung erfassen.⁵ Um die Rechte und Interessen der Urheber und Rechteinhaber dabei angemessen zu berücksichtigen, sind ähnliche Kriterien heranzuziehen, wie der BGH sie in Umsetzung der *Deckmyn*-Rechtsprechung prüft. Alternativ bieten die vom BVerfG in *Metall auf Metall* genannten Aspekte eine mögliche Leitlinie für die Abwägung. Letztere Kriterien ermöglichen auch eine weitere Annäherung der freien Benutzung an *fair use*.⁶

Nimmt man die Grundrechtsrelevanz der bereits *de lege lata* bestehenden europäischen Schranken ernst, ist es geboten, sie für Mitgliedstaaten verpflichtend auszugestalten. Denn Mitgliedstaaten können kaum auf die Umsetzung der Schranken für Zitate oder Parodien verzichten ohne mit europäischem Primärrecht in Konflikt zu geraten.⁷ Im Übrigen würde damit auch eine dringend erforderliche, weitergehende Harmonisierung der Schranken innerhalb der EU erreicht.⁸ Im Zusammenspiel mit einer Lokalisierung der öffentlichen Wiedergabe, könnte so auch die Frage des anwendbaren Rechts etwas vereinfacht werden.⁹ Das würde eine größere Vorhersehbarkeit der Anforderungen an gesetzlich erlaubte Nutzungen für Remixer mit sich bringen.

Lehnt man eine grundrechtskonforme Rechtsfortbildung ab, bestünde nach hier vertretener Auffassung eine Pflicht für den Unionsgesetzgeber, einen gerechten Ausgleich der verschiedenen Grundrechte durch Einführung einer neuen Schranke zu schaffen.¹⁰ Dabei sollte eine Norm geschaffen werden, die sowohl der besonderen Stellung von Kunstwerken gerecht wird, als auch die Interessenabwägung näher konkretisiert. Transformativität¹¹ bietet sich dabei als Kernkriterium an, da es – wie die Untersuchung von *fair use* gezeigt hat – weit genug ist, um auch kunstspezifische Überlegungen zu integrieren.¹² Darüber hinaus würde eine Angleichung der gesetzlich erlaubten Nutzungen an U.S.-amerikanisches Recht das Problem des anwendbaren Rechts weiter entschärfen.

Die hier betrachteten Remixe fallen zu einem nicht unerheblichen Teil in den Schutzbereich der Kunstfreiheit. In diesen Fällen ist, anders als für andere Formen von UGC und Social Sharing¹³, eine Vergütungspflicht nicht zwingend erforderlich,

⁵ § 1 B. II. 3. b).

⁶ Dazu ausführlich § 1 E.

⁷ § 1 A. II. 2 d) und B. II. 3. c). Das Zitatrecht ist als einzige Schranke bereits in der RBÜ (Art. 10 Abs. 1) zwingend vorgeschrieben, in Mitgliedstaaten der EU ist die Schranke allerdings sehr unterschiedlich ausgestaltet. Dazu *Stieper*, Schranken, S. 10.

⁸ Dazu auch *Dreier*, GRUR Int. 2015, 648, 651. Vgl. auch *Hugenholtz*, der schon 2000 konstatierte: „What makes the Directive a total failure, in terms of harmonisation, is that the exemptions allowed under Article 5 are optional, not mandatory (except for 5.1)“, *Hugenholtz*, 22 E. I. P. R. 2000, 499, 501.

⁹ Dazu ausführlicher § 3 B. II. Zuzugestehen ist allerdings, dass dies nichts daran ändern würde, dass weiterhin auch U.S.-amerikanisches Recht häufig zur Anwendung kommen würde, zum Ganzen § 3 C.

¹⁰ § 1 B. II. 3. b), c). Dazu auch *Jütte/Maier*, 12 JIPLP 2017, 784, 767.

¹¹ Darauf basiert auch der Vorschlag von *Kreutzer*, Verbraucherschutz im Urheberrecht, S. 73 f.

¹² § 2 E.

¹³ Siehe dazu insbesondere die Vorschläge von *Bauer*, UGC sowie *Ziegler*, Social Sharing. Vgl. auch den Vorschlag von *Leister/Metzger*, Wie sich das Problem illegaler Musikknutzung lösen lässt, FAZ v. 04.01.2017, FAZ v. 04.01.2017, verfügbar unter: <http://www.faz.net/aktuell/feuilleton/med>

um einen angemessenen Ausgleich der betroffenen Interessen zu gewährleisten.¹⁴ Darüber hinaus wurde erarbeitet, dass die bereits bestehenden grundrechtsrelevanten Schranken nicht deswegen enger auszulegen sind, weil Plattformen die Transaktionskosten für eine Lizenzierung senken.¹⁵ Insofern hat die Untersuchung aufgezeigt, dass ökonomische Ansätze Schranken zwar mit dem Ausgleich von Marktversagen begründen. Unter Marktversagen sind aber – über prohibitiv hohe Transaktionskosten hinaus – Fälle zu fassen, in denen dem Markt bei der Gewährleistung gesamt-wohlfahrtssteigernder Transaktionen misstraut werden sollte.¹⁶ Diese weiteren Gründe für Marktversagen – insbesondere externe Effekte – behalten für kreative Nutzungen, wie sie auf Hosting-Plattformen zugänglich gemacht werden, durchweg ihre Berechtigung.

B. Einschränkung Filterpflichten

Gewichtige Auswirkungen auf gesetzlich erlaubte Nutzungen und Remix-Filme haben Filterpflichten für Hosting-Plattformen.¹⁷ Sie erzeugen in ihrer derzeitigen Form die reale Gefahr eines Overblockings eigentlich zulässiger kreativer Nutzungen.¹⁸

Es besteht zwar ein berechtigtes Interesse der Rechteinhaber urheberrechtsverletzende Nutzungen auf Plattformen unkompliziert sperren zu lassen. Dies gilt in besonderem Ausmaß für wirtschaftlich konkurrierende Nutzungen (insbesondere 1:1 Kopien). Die Untersuchung hat aber auch ergeben, dass in vielen Remix-Fällen ein grundrechtlich geschütztes und durch gesetzlich erlaubte Nutzungen privilegiertes Interesse der Nutzer an der Auseinandersetzung mit Fremdmaterial besteht.¹⁹

Umfassende Filterpflichten lassen gesetzlich erlaubte Nutzungen zwangsläufig unberücksichtigt und sind daher mit europäischen Grundrechten unvereinbar.²⁰ Ferner steht Art. 15 ECRL staatlich auferlegten Filterpflichten entgegen.²¹ Insofern vermag der Richtlinienentwurf der Kommission zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt, der den Einsatz von Inhaltserkennungstechniken vorsieht, nicht zu überzeugen. Die den Hosting-Plattformen auferlegten Maßnahmen sollten daher angepasst werden.²²

ien/gema-youtube-wie-sich-urheberrechts-streit-schlichten-liesse-14601949.html. In diese Richtung auch *Wandtke*, MMR 2017, 367, 317.

¹⁴ Vgl. § 4 C. I.

¹⁵ § 4 C. I. und II. und § 4 D.

¹⁶ Dazu näher § 4 B. II.

¹⁷ § 5 D.

¹⁸ § 5 A. II.

¹⁹ Siehe etwa § 1 A. II. 3. oder § 1 B. 2.

²⁰ § 5 B. II 2. e).

²¹ § 5 C. II 2. d).

²² Überzeugend ist etwa der Vorschlag von *Angelopoulos*, die stattdessen „general warnings to end-users against the use of their services for the purposes of the infringement of copyright or related rights or the suspension of the accounts of repeat infringers brought to their attention by rightholder“ vorschlägt. *Angelopoulos*, Digital Single Market Study, S. 43. Siehe näher dazu § 5 B. II. 2. e).

Auch die deutsche Rechtsprechung verpflichtet Host-Provider zu einem weitreichenden Prüf- bzw. Filterprogramm.²³ Die mögliche Einschlägigkeit von gesetzlich erlaubten Nutzungen wird dabei bislang nicht hinreichend berücksichtigt.²⁴ Ob eine konkrete Nutzung im Remix gerechtfertigt ist, erfordert eine rechtliche Prüfung im Einzelfall und ist regelmäßig nicht „offenkundig oder unschwer zu erkennen“.²⁵ Insofern wäre es überzeugend, den Umfang der Prüfpflichten mangels Zumutbarkeit zu begrenzen.²⁶ So wäre es etwa sinnvoll, würden sich die in die Zukunft gerichteten Prüfpflichten nicht auch auf deutlich veränderte Nutzungen der Werke beziehen, d. h. insbesondere nicht auf Uploads, die nur sehr kurze Teile verschiedener Werke inkorporieren. Dies ließe sich auf Plattformen auch durch Einstellungen an den Filtersystemen umsetzen.²⁷ Dadurch würde das Overblocking-Risiko zumindest eingedämmt. Zugleich würden aus der Störerhaftung resultierende Pflichten nach wie vor das Risiko von Urheberrechtsverletzungen verringern.²⁸ Rechteinhaber müssten dabei die Bürde, nach rechtsverletzenden Nutzungen zu suchen, mit der Plattform teilen. Wenn sie bei einer veränderten Nutzung, wie einem Remix, von einer Urheberrechtsverletzung ausgehen, müssten sie den Provider selbst benachrichtigen. Erst dann sollte bei einer Fremdmaterialnutzung in einem Remix von Kenntnis des Providers ausgegangen werden.

Wird eine Filterpflicht nach jedweder Form der Fremdmaterialnutzung aufrechterhalten, reicht die „Werkbezogenheit“ der deutschen Prüfpflichten jedenfalls nicht aus, um eine Überwachungspflicht als „spezifisch“ im Sinne von Erwägungsgrund 47 ECRL einzuordnen. Immerhin werden alle Nutzer des Dienstes sowie alle Uploads durchsucht. Es wäre daher sinnvoll, die Prüfpflicht zumindest auch „nutzerbezogen“ zu spezifizieren und nur die Uploads von Nutzern, die bereits Urheberrechte verletzt haben, zu filtern.²⁹

Zu beachten ist, dass die öffentliche Wiedergabe zunehmend weiter ausgelegt wird und so möglicherweise künftig auch eine täterschaftliche Haftung von Hosting-Plattformen für die Uploads ihrer Nutzer im Raum steht.³⁰ In diesem Fall liegt auf der Hand, dass erhebliche Anreize bestehen, zumindest nach Benachrichtigung einen Remix dauerhaft zu sperren. Im Übrigen sind freiwillige Filtermaßnahmen auf vielen Plattformen bereits Realität.³¹ Insofern bedarf es zusätzlich nachgelagerter Mechanismen zur Schrankensicherung.

²³ § 5 B. III. 2.

²⁴ § 5 B. III. 2. b) und 3.

²⁵ BGH GRUR 2011, 1038 Rn. 20 – *Stiftparfüm*.

²⁶ Dazu näher § 5 B. III. 2. b).

²⁷ Es existieren auch mehrere Vorschläge aus den USA zu veränderten Filtereinstellungen auf Hosting-Plattformen, die kreative Nutzungen erlauben würden. Vgl. dazu etwa *Decherney*, *Hollywood's Copyright Wars*, S. 234. Für einen konkreten Vorschlag für Filter-Einstellungen siehe *Shinn*, 43 *AIPLA Q. J.* 2015, 359, 388.

²⁸ Dies, und nicht eine absolute Erfolgsabwendungspflicht, ist das Ziel der Störerhaftung, vgl. auch *Leistner*, ZUM 2012, 722, 732.

²⁹ Dazu näher § 5 B. III. 3. Dazu auch *Angelopoulos*, *European Intermediary Liability*, S. 66.

³⁰ Dazu § 5 II. 2. c).

³¹ Dies gilt obwohl etwa in den USA eigentlich keine Pflicht zur Filterung besteht, dazu ausführlich § 5 B. I.

C. Nachgelagerte Mechanismen zur Schrankensicherung

Während die Vorgaben in Art. 13 Abs. 2 des Richtlinienentwurfs der Kommission zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt wenig detailliert sind, besteht für Mitgliedstaaten grundsätzlich noch die Möglichkeit, die Balance der betroffenen Rechte und Interessen näher auszugestalten. In Deutschland hat das OLG Hamburg im Fall *YouTube* entschieden, dass die Plattform verpflichtet ist, in eigener Verantwortung ein Dispute-Verfahren zu betreiben.³² Angaben zur Ausgestaltung ergeben sich aus der Entscheidung jedoch nicht. Solche privaten Streitbeilegungsverfahren bestehen bereits auf vielen Plattformen. Allerdings sind sie sehr unterschiedlich ausgestaltet. Wird die Streitbeilegung allein den Providern überantwortet, drohen diese noch stärker in eine Entscheiderrolle hineinzugeraten. Dies ist aufgrund ihrer eigenen wirtschaftlichen Interessen und derzeitigen Haftungsrisiken unsachgemäß.³³ Sinnvoller wäre es, das System so zu ändern, dass es häufiger zu gerichtlichen Entscheidungen über kreative Nutzungen kommt.³⁴

Dafür sollte nach U.S.-amerikanischem Vorbild das *Put-back*-Verfahren gesetzlich geregelt werden. Provider (allein) durch eine Haftungsfreistellung gegenüber dem Nutzer zum *put-back* zu motivieren, hat sich in den USA jedoch als wenig wirkungsvoll erwiesen.³⁵ Es sollte daher (nach erfolgter *counter-notification*)³⁶ eine Pflicht zum *put-back* gesetzlich festgeschrieben werden.³⁷ Selbstverständlich muss die *Put-back*-Regelung den Provider vor einer Haftung gegenüber dem Rechteinhaber schützen.³⁸ Das muss gerade dann gelten, wenn für strukturierte Host-Provider sogar eine täterschaftliche Haftung für urheberrechtsverletzende Uploads ihrer Nutzer infrage kommt. Zudem ist klarzustellen, dass Nutzer eine *counter-notification* auch bei filterbasierter Sperrung senden können.

Eine gesetzliche Pflicht zum *put-back* könnte Nutzern ihre Rechte verdeutlichen. Für Nutzer stellt sich dann auch nicht das Problem einer aufwendigen Überprüfung der Wirksamkeit möglicher Einschränkungen der vertraglichen *Put-back*-Ansprüche in den AGB³⁹ der verschiedenen Provider. Leitet der Rechteinhaber keine gerichtlichen Schritte ein, wird der Inhalt wenige Tage nach Senden der *counter-notification* wieder freigeschaltet werden. Die Erfahrungen aus den USA zeigen, dass es so gut wie keinen Missbrauch beim Senden von *counter-notifications* (die Voraussetzung

³² OLG Hamburg GRUR-RS 2015, 14370 Rn. 439 f. – *YouTube*. YouTube sei im Dispute-Verfahren zu „eigenverantwortliche[n] Entscheidung[en]“ verpflichtet. Ähnlich LG Leipzig BeckRS 2017, 113020 Rn. 29 ff.

³³ § 5 C. I 2. b).

³⁴ So auch *Angelopoulos*, Digital Single Market Study, S. 44.

³⁵ § 5 C. I 2. b).

³⁶ In diesem Zuge müssten natürlich auch die Anforderungen an eine *counter-notification* geregelt werden. Zur Koppelung an bußgeldbewährte Vorschriften bei Nicht-Durchführung des Verfahrens durch den Provider siehe *Specht*, ZUM 2017, 114, 122.

³⁷ Eine solche Regelung besteht bereits in einigen europäischen Ländern, wie z. B. Finnland, vgl. § 23–24 Finnish Act on Provision of Information Society Services (458/2002).

³⁸ Vgl. den Regelungsvorschlag von *Holzner*, Notice and Take-down, S. 253, der sich jedoch gegen eine (gesetzliche) Pflicht zum *put-back* ausspricht.

³⁹ Vgl. *Le Borgne-Bachschmidt/Girieud/Leiba/et al.*, User-Created-Content Study (2008), S. 266.

für den *put-back* sind) gibt.⁴⁰ Es ist daher äußerst unwahrscheinlich, dass ein solches Verfahren die Rechtsstellung der Rechteinhaber verschlechtern würde.

Flankierend sollten Informations- und Transparenzpflichten geregelt werden. So wird in den USA häufig kritisiert, dass sich Nutzer ihrer Rechte (*counter-notification* und *put-back*) nicht bewusst seien. Entsprechend wäre es hilfreich, wenn Provider Nutzer und Rechteinhaber über ihre Rechte und durchgeführte Sperrungen informierten⁴¹ und letztere in Transparenzberichten protokollierten. Die derzeit im Richtlinienentwurf zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt vorgesehenen Transparenzpflichten sind einseitig zugunsten von Rechteinhabern ausgestaltet.

Zuletzt sollten sich Nutzer unkompliziert darauf berufen können, dass nach einer der anwendbaren Rechtsordnungen ihre Nutzung erlaubnisfrei möglich ist. Plattformen könnten dazu verpflichtet werden eine solche Möglichkeit in ihr Streitbelegungsverfahren zu integrieren und – sofern eine Schranke einschlägig ist – Remixe für das relevante Territorium entsperren.⁴²

Es wäre am sinnvollsten, diese Vorschläge auf europäischer Ebene zu implementieren und etwa Art. 13 des Richtlinienentwurfs zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt entsprechend zu ändern. Sofern sich der europäische Gesetzgeber diesbezüglich zurückhält, sollten zumindest auf nationaler Ebene die verbleibenden Spielräume genutzt werden.

Festzuhalten bleibt, dass Schritte auf verschiedenen Ebenen erforderlich sind, um für kreative Nutzungen wie Remix-Filme ein angemessenes regulatorisches Umfeld zu schaffen. Die hier vorgeschlagenen Maßnahmen sollen dazu dienen, ein Gleichgewicht der tangierten Rechte und Interessen aller beteiligten Akteure herzustellen und so auch künftig eine Verbreitung von urheberrechtlich privilegierten Remix-Filmen über Hosting-Plattformen zu ermöglichen.

⁴⁰ Holznapel, Notice and Takedown, S. 55.

⁴¹ So auch Angelopoulos, Digital Single Market Study, S. 44.

⁴² Dazu näher § 3 C.

Literaturverzeichnis

- Ahlberg, Hartwig/Götting, Horst-Peter* (Hrsg.): Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht (begr. von Möhring/Nicolini), 16. Auflage, München 2017, zit.: *Bearbeiter* in: Ahlberg/Götting.
- Alpert, Frank*: Zum Werk- und Werkteilbegriff bei elektronischer Musik – Tracks, Basslines, Beats, Sounds, Samples, Remixes und DJ-Sets, ZUM 2002, 525–534.
- Angelopoulos, Christina*: AG Szipunar in Stichting Brein v Ziggo: An Indirect Harmonisation of Indirect Liability, Kluwer Copyright Blog v. 23.03.2017, verfügbar unter: <http://kluwercopyrightblog.com/2017/03/23/ag-szipunar-stichting-brein-v-ziggo-indirect-harmonisation-indirect-liability/>, zit.: Kluwer Copyright Blog v. 23.03.2017.
- dies.*: EU Copyright Reform: Outside the Safe Harbours, Intermediary Liability Capsizes into Incoherence, Kluwer Copyright Blog v. 06.10.2016, verfügbar unter: <http://kluwercopyrightblog.com/2016/10/06/eu-copyright-reform-outside-safe-harbours-intermediary-liability-capsizes-incoherence/>, zit.: Kluwer Copyright Blog v. 06.10.2016.
- dies.*: European Intermediary Liability in Copyright – A Tort-Based Analysis, Amsterdam 2016, verfügbar unter: <http://hdl.handle.net/11245/1.527223>, zit.: European Intermediary Liability.
- dies.*: On Online Platforms and the Commission's New Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market, Cambridge 2017, verfügbar unter: <http://bit.ly/2qDxGGs>, zit.: Digital Single Market Study.
- dies.*: Sketching the outline of a ghost: the fair balance between copyright and fundamental rights in intermediary third party liability, 17 info 2015, 72–96.
- Angelopoulos, Christina/Brody, Annabel/Wouter, Hins/et al.*: Study of fundamental rights limitations for online enforcement through self-regulation, Amsterdam 2016, verfügbar unter: <http://www.ivir.nl/publicaties/download/1796>.
- Anonym*: The Principles for User Generated Content Services – A Middle-Ground Approach to Cyber Governance, 121 Harv. J.L. & Tech. 2008, 1387–1408.
- Arnold, Richard/Rosati, Eleonora*: Are national courts the addressees of the InfoSoc three-step test?, 10 JIPLP 2015, 741–749.
- Arthur, Paul*: The Status of Found Footage, 20 Spectator 1999/2000, 57–69.
- Ashley, David E.*: The Public as Creator and Infringer: Copyright Law Applied to the Creators of User-Generated Video Content, 20 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L.J. 2010, 563–607.
- Askanius, Tina*: Online Video Activism and Political Mash-up Genres, JOMEC Journal 2013, 1–17.
- Aufderheide, Patricia*: Copyright and Fair Use in Remix: From Alarmism to Action, in: Navas/Gallagher/Burrough (Hrsg.): The Routledge Companion to Remix Studies, New York, London 2015, S. 311–325, zit.: Remix Studies.
- Aufderheide, Patricia/Sinnreich, Aram*: Documentarians, Fair Use and Free Expression: Changes in Copyright Attitudes and Actions with Access to Best Practices, 19 Information, Communication & Society 2016, 178–187.
- Baron, Jaimie*: The Archive Effect: Archival Footage as an Experience of Reception, 6 Projections 2012, 102–120.

- Baudrillard, Jean/Glaser, Sheila*: Simulacra and Simulation – The first full-length translation in English of an essential work of postmodernist thought, Ann Arbor (Michigan) 1995, zit.: Simulacra and Simulation.
- Bauer, Christian Alexander*: User Generated Content, Heidelberg, Dordrecht u. a. 2011, zit.: UGC.
- von Becker, Bernhard*: Die entstellende Parodie – Das EuGH-Urteil „Vrijheidsfonds/Vandersteen“ und die Folgen für das deutsche Recht, GRUR 2015, 336–340.
- ders.*: Parodiefreiheit und Güterabwägung – Das „Gies-Adler“-Urteil des BGH, GRUR 2004, 104–109.
- ders.*: Rechtsfragen der Satire, GRUR 2004, 908–913.
- Beckstein, Frank*: Einschränkungen des Schutzlandprinzips – Die kollisionsrechtliche Behandlung von Immaterialgüterrechtsverletzungen im Internet, Tübingen 2010, zit.: Einschränkungen des Schutzlandprinzips.
- Beebe, Barton*: An Empirical Study of U.S. Fair Use Opinions 1987–2005, 156 U. Pa. L. Rev. 2008, 549–624.
- Bräutigam, Peter*: Das Nutzungsverhältnis bei sozialen Netzwerken – Zivilrechtlicher Austausch von IT-Leistung gegen personenbezogene Daten, MMR 2012, 635–641.
- Brexel, Oliver*: Prominente „auf fett getrimmt“ als Parodie zulässig (Anmerkung zu BGH I ZR 9/15), GRUR-Prax 2016, 451.
- Breyer, Patrick*: Verkehrssicherungspflichten von Internetdiensten im Lichte der Grundrechte, MMR 2009, 14–19.
- Bridy, Annemarie*: Three Notice Failures in Copyright Law, 96 B. U. L. Rev. 2016, 777–832.
- Brooks, Daniel J.*: Rectifying Fair Use After Cariou v. Prince: Reviving the Forgotten Statutory Text and Requiring That Unauthorized Copying Be Justified, Rather Than Merely „Transformative“, 15 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 2016, 93–139.
- Büscher, Wolfgang/Dittmer, Stefan/Schiwy, Peter* (Hrsg.): Gewerblicher Rechtsschutz Urheberrecht Medienrecht – Kommentar, 3. Auflage, Köln 2015, zit.: *Bearbeiter* in: Büscher/Dittmer/Schiwy.
- Cabay, Julien/Lambrecht, Maxime*: Remix prohibited: how rigid EU copyright laws inhibit creativity, 10 JIPLP 2015, 359–377.
- Callies, Galf-Peter* (Hrsg.): Rome Regulations. Commentary on the European Rules of the Conflict of Laws, 2. Auflage, Alphen aan den Rijn 2015, zit.: *Bearbeiter* in: Callies, Rome Regulations.
- Callies, Galf-Peter/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta – Kommentar, 5. Aufl., München 2016, zit.: *Bearbeiter* in: Callies/Ruffert.
- Carpou, Zoe*: Robots, Pirates, and the Rise of the Automated Takedown Regime: Using the DMCA to Fight Piracy and Protect End-Users, 39 Colum. J. L. & Arts 2016, 551–589.
- Chakraborty, Martin*: Das Rechtsinstitut der freien Benutzung im Urheberrecht, Baden-Baden 1997, zit.: Rechtsinstitut freie Benutzung.
- Christiansen, Per/von Gehlen, Dirk/Hofmann, Jeanette/et al.*: Berliner Gedankenexperiment zur Neuordnung des Urheberrechts, Berlin 2015, verfügbar unter: <https://irights.info/wp-content/uploads/2015/08/Gedankenexperiment.pdf>, zit.: Berliner Gedankenexperiment.
- Church, Scott H.*: A rhetoric of remix, in: Navas/Gallagher/Burrough (Hrsg.): The Routledge Companion to Remix Studies, New York, London 2015, S. 65–76, zit.: Remix Studies.
- Clark, Birgit/Schubert, Maximilian*: Odysseus between Scylla and Charybdis? The ECJ rules in L’Oreal v eBay, 6 JIPLP 2011, 880–888.
- Conrad, Albrecht*: Zum Modell der Rechtklärung und Rechteverwaltung auf Hosting-Plattformen, ZUM 2017, 289–301.

- Coppa, Francesca*: Women, Star Trek, and the early development of fannish vidding, 1 TWC 2008, verfügbar unter: <http://journal.transformativeworks.org/index.php/twc/article/view/44>.
- Creekmur, Corey K.*: Curator's Note on Compilation and Found-Footage Traditions, [in] Transition – Journal of Videographic Film & Moving Image Studies 2014, no. 1.2, verfügbar unter: <http://mediacommons.futureofthebook.org/intransition/2014/06/28/compilation-and-found-footage-traditions>, zit.: Compilation and Found-Footage Traditions.
- Czernik, Ilja*: Die Collage in der urheberrechtlichen Auseinandersetzung zwischen Kunstfreiheit und Schutz des geistigen Eigentums, Berlin 2008, zit.: Collage.
- Czychowski, Christian/Nordemann, Jan Bernd*: Grenzenloses Internet – entgrenzte Haftung? Leitlinien für ein Haftungsmodell der Vermittler, GRUR 2013, 986–996.
- de la Durantaye, Katharina*: Allgemeine Bildungs- und Wissenschaftsschranke, Münster 2014, zit.: Bildungs- und Wissenschaftsschranke.
- dies.*: Neues Urheberrecht für Bildung und Wissenschaft – eine kritische Würdigung des Gesetzentwurfs, GRUR 2017, 558–567.
- de la Durantaye, Katharina/Golla, Sebastian J./Kuschel, Linda*: Völlig losgelöst von der Erde? Urheber- und Urheberkollisionsrecht in Weltraumsachverhalten, GRUR Int. 2013, 1094–1101.
- Decherney, Peter*: Hollywood's Copyright Wars – From Edison to the Internet, New York City u. a. 2013, zit.: Hollywood's Copyright Wars.
- DeLisa, Nicholas Thomas*: You(Tube), Me, and Content ID – Paving the Way for Compulsory Synchronization Licensing on User Generated Content Platforms, 81 Brook. L. Rev. 2016, 1275–1318.
- Depreeuw, Sari/Hubin, Jean-Benoit*: Of Availability, Targeting and Accessibility: Online Copyright Infringements and Jurisdiction in the EU, 9 JIPLP 2014, 750–764.
- Dias Branco, Sérgio*: Music Videos and Reused Footage, in: Smith (Hrsg.): Cultural Borrowings: Appropriation, Reworking, Transformation, 2009 als Scope e-Book veröffentlicht, S. 76–91, zit.: Cultural Borrowings.
- Dieselhorst, Jochen*: Anwendbares Recht bei Internationalen Online-Diensten, ZUM 1998, 293–300.
- Döhl, Frédéric*: Mashup in der Musik – Fremdreferenzielles Komponieren, Sound Sampling und Urheberrecht, Bielefeld 2016, zit.: Mashup in der Musik.
- Dreier, Thomas*: Thumbnails als Zitate?, in: von Blaurock/Bornkamm/Kirchberg (Hrsg.): Festschrift für Achim Krämer, Berlin 2009, S. 225–239, zit.: FS Krämer.
- ders.*: Überlegungen zur Revision des Schrankenatalogs der Richtlinie 2001/29/EG, GRUR Int. 2015, 648–657.
- Dreier, Thomas/Leistner, Matthias*: Urheberrecht im Internet: die Forschungsherausforderungen, GRUR-Beil. 2014, 13–29.
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot* (Hrsg.): Urheberrechtsgesetz Kommentar, 5. Auflage, München 2015, zit.: *Bearbeiter* in: Dreier/Schulze.
- Dreyer, Gunda/Kotthoff, Jost/Meckel, Astrid* (Hrsg.): Urheberrecht (Heidelberger Kommentar), 3. Auflage, Heidelberg, München u. a. 2013, zit.: *Bearbeiter* in: Dreyer/Kotthoff/Meckel.
- Edwards, Lilian*: Articles 12–15 ECD: ISP Liability – The Problem of Intermediary Service Provider Liability, in: Edwards (Hrsg.): The New Legal Framework for E-Commerce in Europe, Oxford, Portland 2005, S. 93–136.
- van Eechoud, Mireille*: Adapting the work, in: van Eechoud (Hrsg.): The Work of Authorship, Amsterdam 2014, S. 145–174.
- Elkin-Koren, Niva*: Copyright Policy and the Limits of Freedom of Contract, 12 Berkeley Tech. L. J. 1997, 93–113.

- Elsaesser, Thomas*: Ethik der Aneignung: Found Footage zwischen Archiv und Internet – Eröffnungsvortrag Fachtagung „Recycled Cinema“ DOKU.ARTS, 2014, verfügbar unter: http://2014.doku-arts.de/content/sidebar_fachtagung/Thomas-Elsaesser.pdf, zit.: Ethik der Aneignung.
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.): Grundgesetz – Beck’scher Online-Kommentar, 32. Edition, München 2017, zit.: *Bearbeiter* in: Epping/Hillgruber.
- Erdmann, Willi*: Schutz der Kunst im Urheberrecht, in: Erdmann/Hefermehl/Mees/Piper/Teplitzky/Ulmer, Festschrift für Otto-Friedrich Frhr. v. Gamm, Köln, München u. a. 1990, S. 389–404, zit.: FS v. Gamm.
- European Max Planck Group on Conflict of Laws in Intellectual Property* (Hrsg.): Conflict of Laws in Intellectual Property – The CLIP Principles and Commentary, Oxford 2013, zit.: *Bearbeiter* in: European Max Planck Group on CLIP.
- Fallert, Nicole*: Definitionskompetenz – Wer entscheidet, was als Kunst gilt?, GRUR 2014, 719–724.
- Ficsor, Mihály*: Direct Broadcasting by Satellite and the „Bogsch Theory“, 18 Int’l Bus. Law. 1990, 258–263.
- Fisher, Hank*: Danger in the DMCA Safe Harbors: The Need to Narrow What Constitutes Red Flag Knowledge, 49 U. Rich. L. Rev. 2015, 643–669.
- Förster, Achim*: Fair Use – Ein Systemvergleich der Schrankengeneralklausel des US-amerikanischen Copyright Acts mit dem Schrankenatalog des deutschen Urheberrechtsgesetzes, Tübingen 2008, zit.: Fair Use.
- Freund, Katharina*: „Fair use is legal use“: Copyright negotiations and strategies in the fan-vidding community, 18 New Media & Society 2014, 1347–1363.
- Frey, Dieter/Oster, Jan*: Die Host-Providerhaftung im Lichte des Unionsrechts – Vorgaben der EuGH-Rechtsprechung und Gestaltungsspielräume für den nationalen Gesetzgeber, CR-Beil. 2015, 1–28.
- Frey, Harald*: OLG Hamburg: Störerhaftung von YouTube – Anmerkung, MMR 2016, 269–277.
- Frohlich, Anita B.*: Copyright Infringement in the Internet Age – Primetime for Harmonized Conflict-of-Laws Rules?, 24 Berkeley Tech. L. J. 2009, 851–896.
- Fromer, Jeanne C.*: Market Effects Bearing on Fair Use, 90 Wash. L. Rev. 2015, 615–649.
- Fromm, Wilhelm* (Begr.)/*Nordemann, Axel/Nordemann, Jan Bernd* (Hrsg.): Urheberrecht – Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, Verlagsgesetz, Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, 11. Auflage, Stuttgart 2014, zit.: *Bearbeiter* in: Fromm/Nordemann.
- Garloff, Peter*: Copyright und Kunstfreiheit – zur Zulässigkeit ungenehmigter Zitate in Heiner Müllers letztem Theaterstück, GRUR 2001, 476–482.
- Geary, Krissi*: Video Biography Gets All Shook Up: Elvis Presley Enterprises, Inc. v. Passport Video, 349 F.3d 622 (9th Cir. 2003), 29 S. Ill. U. L. J. 2005, 151–183.
- von Gehlen, Dirk*: Mashup – Lob der Kopie, 2. Auflage, Berlin 2012, zit.: Mashup.
- Geiger, Christophe*: Copyright and the Freedom to Create – A Fragile Balance, IIC 2007, 707–722.
- ders.*: Die Schranken des Urheberrechts im Lichte der Grundrechte – Zur Rechtsnatur der Beschränkungen des Urheberrechts, in: Hilty/Peukert (Hrsg.): Interessenausgleich im Urheberrecht, Baden-Baden 2004, S. 143–157.
- Geiger, Christophe/Gervais, Daniel/Senfleben, Martin*: The Three-Step Test Revisited: How to Use the Test’s Flexibility in National Copyright Law, 29 Am. U. Int’l L. Rev. 2014, 581–626.
- Geiger, Christophe/Griffiths, Jonathan/Senfleben, Martin/et al.*: Limitations and Exceptions as Key Elements of the Legal Framework for Copyright in the European Union – Opinion of the European Copyright Society on the Judgment of the CJEU in Case C-201/13 Deckmyn, IIC 2015, 93–101.

- Gelke, Erik*: Mashups im Urheberrecht, München 2013.
- Geiger, Christophe/Hilty, Reto M./Griffiths, Jonathan/Suthersanen, Uma*: Declaration – A Balanced Interpretation Of The „Three-step Test“ In Copyright Law, 1 JIPITEC 2010, 119–122.
- Gervais, Daniel*: Towards a New Core International Copyright Norm: The Reserse Three-Step-Test, 9 Marq. Intell. Prop. L. Rev. 2005, 1–35.
- Gibson, James*: Risk Aversion and Rights Accretion in Intellectual Property Law, 116 Yale L. J 2016, 882–950.
- Ginsburg, Jane C.*: Where Does the Act of Making Available Occur?, in: Savin/Trzaskowski (Hrsg.): Research Handbook on EU Internet Law, Cheltenham (UK), Northampton (USA) 2014, S. 191–210.
- dies.*: WIPO, Forum on Private International Law, Private International Law Aspects of the Protection of Works and Objects of Related Rights Transmitted Through Digital Networks (2000 Update), WIPO/PIL/01/2, Genf 2001, zit.: WIPO/PIL/01/2, Private International Law Aspects of the Protection of Works and Object of related Rights Transmitted Through Digital Networks (2000 Update).
- Goldstein, Paul*: Fair Use in a Changing World, Copyright Soc’y U.S.A. 2003, 133–148.
- ders.*: Future Platforms for Copyright Licensing, IIC 2015, 153–154.
- van Gompel, Stef*: Formalities in Copyright Law – An Analysis of their History, Rationales and Possible Future, Amsterdam 2011, zit.: Formalities in Copyright Law.
- Gordon, Wendy J.*: Fair Use as Market Failure: A Structural and Economic Analysis of the Betamax Case and its Predecessors, 82 Colum. L. Rev. 1982, 1600–1657.
- dies.*: Market Failure and Intellectual Property: A Response to Professor Lunney, 82 B. U. L. Rev. 2002, 1031–1039.
- Griffiths, Jonathan*: Constitutionalising or harmonising? The Court of Justice, the right to property and European copyright law, 38 E. L. Rev. 2013, 65–78.
- ders.*: Dematerialization, Pragmatism and the European Copyright Revolution, 33 OJLS 2013, 767–790.
- ders.*: Proposals from Berlin and Paris – Intermediary Liability in European Copyright Law, 7 JIPITEC 2016, 70–75.
- Grünberger, Michael*: Bedarf es einer Harmonisierung der Verwertungsrechte und Schranken?, ZUM 2015, 273–290.
- ders.*: Das Urheberrechtsstatut nach der Rom II-VO, ZVglRWiss 2009, 134–177.
- ders.*: Vergütungsgerechtigkeit auf Online-Plattformen, ZUM 2017, 265–268.
- Guibault, Lucie*: Copyright Limitations and Contracts – An Analysis of the Contractual Overridability of Limitations on Copyright, The Hague, London u. a. 2002.
- Gunkel, David J.*: Of Remixology: Ethics and Aesthetics After Remix, Cambridge (MA) 2016, zit.: Of Remixology.
- Guzman, Frank*: The Tension between Derivative Works Online Protected by Fair Use and the Takedown Provisions of the Online Copyright Infringement Liability Limitation Act, 13 Nw. J. Tech. & Intell. Prop. 2015, 181–196.
- Haberstumpf, Helmut*: Freie Benutzung im harmonisierten Urheberrecht, 7 ZGE 2015, 425–459.
- Hacker, Franz*: „L’Oréal/eBay“: Die Host-Provider-Haftung vor dem EuGH, GRUR-Prax 2011, 391–394.
- Haedicke, Maximilian*: Beschränkung der Parodiefreiheit durch europäisches Urheberrecht?, GRUR Int. 2015, 664–670.
- Halter, Ed*: Recycle It – A look at found-footage cinema, from the silent era to Web 2.0, Museum of the Moving Image v. 10.07.2008, verfügbar unter: <http://www.movingimagesource.us/articles/recycle-it-20080710>, zit.: Recycle It.

- Hansen, Gerd*: Warum Urheberrecht? Die Rechtfertigung des Urheberrechts unter besonderer Berücksichtigung des Nutzerschutzes, Baden Baden 2009, zit.: Warum Urheberrecht?.
- Haucap, Justus/Loebert, Ina/Spindler, Gerald/Thorwarth, Susanne*: Ökonomische Auswirkungen einer Bildungs- und Wissenschaftsschranke im Urheberrecht; Ordnungspolitische Perspektiven Nr. 86, Düsseldorf 2016, zit.: Bildungs- und Wissenschaftsschranke.
- Hazelwood, Charles W.*: Fair Use and the Takedown/Putback Provisions of the Digital Millennium Copyright Act, 50 IDEA 2010, 307–334.
- Heald, Paul J.*: How Notice-and-Takedown Regimes Create Markets for Music on Youtube: An Empirical Study, in: Rahmatian (Hrsg.): Concepts of Music and Copyright – How Music Perceives Itself and How Copyright Perceives Music, Cheltenham (UK), Northampton (USA) 2015, S. 195–214, zit.: Concepts of Music and Copyright.
- Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rießmann, Helmut/et al.* (Hrsg.): juris Praxis-Kommentar BGB – Band 6 – Internationales Privatrecht und UN-Kaufrecht, 8. Auflage, Saarbrücken 2017, zit.: *Bearbeiter* in: jurisPK-BGB.
- Hertin, Paul W.*: Das Musikzitat im deutschen Urheberrecht, GRUR 1989, 159–167.
- Hoeren, Thomas*: Zoning und Geolocation – Technische Ansätze zu einer Reterritorialisierung des Internet, MMR 2007, 3–6.
- Hoeren, Thomas/Herring, Eva-Maria*: Urheberrechtsverletzung durch WikiLeaks? Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit vs. Urheberinteressen, MMR 2011, 143–148.
- Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich/Holznel, Bernd* (Hrsg.): Handbuch Multimedia-Recht, 44. Ergänzungslieferung, München 2017, zit.: *Bearbeiter* in: Hoeren/Sieber/Holznel.
- Hoeren, Thomas/Yankova, Silviya*: The Liability of Internet Intermediaries – The German Perspective, IIC 2012, 501–531.
- Hofmann, Franz*: Prozeduralisierung der Haftungsvoraussetzungen im Medienrecht – Vorbild für die Intermediärhaftung im Allgemeinen?, ZUM 2017, 102–109.
- Holland, Adam/Bavitz, Chris/Hermes, Jeff/et al.*: NoC Online Intermediaries Case Studies Series: Intermediary Liability in the United States, in: Gasser/Schulz., Governance of Online Intermediaries Observations From a Series of National Case Studies, Berkman Center Research Publication No. 2015–5 2015, Cambridge MA 2015, verfügbar unter: https://cyber.harvard.edu/is2015/sites/is2015/images/NOC_United_States_case_study.pdf, zit.: Intermediary Liability in the United States.
- Hohlweck, Martin*: Eckpfeiler der mittelbaren Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern in der Rechtsprechung, ZUM 2017, 109–114.
- Holzmüller, Tobias*: Anmerkungen zur urheberrechtlichen Verantwortlichkeit strukturierter Content-Plattformen, ZUM 2017, 301–304.
- Holznel, Daniel*: Notice and Take-Down-Verfahren als Teil der Providerhaftung, Tübingen 2013, zit.: Notice and Takedown.
- Horwath, Eli*: A Taxonomy of Digital Video Remixing: Contemporary Found Footage Practice on the Internet, in: Smith (Hrsg.): Cultural Borrowings: Appropriation, Reworking, Transformation, als Scope e-Book veröffentlicht 2009, S. 76–91, zit.: Cultural Borrowings.
- Hugenholtz, Bernt*: Why the Copyright Directive is unimportant, and possibly invalid, 22 EIPR 2000, 499–505.
- Hugenholtz, Bernt/Echoud, Mireille van/Gompel, Stef van/et al.*: The Recasting of Copyright & Related Rights for the Knowledge Economy, Amsterdam 2006, verfügbar unter: http://ec.europa.eu/internal_market/copyright/docs/studies/etd2005imd195recast_report_2006.pdf, zit.: The Recasting of Copyright.
- Husovec, Martin*: Intellectual Property Rights and Integration by Conflict: The Past, Present and Future, 18 CYELS 2016, 239–269.
- Huttenlauch, Anna*: Appropriation Art – Kunst an den Grenzen des Urheberrechts, Baden-Baden 2010, zit.: Appropriation Art.

- Izyumenko, Elena*: The Freedom of Expression Contours of Copyright in the Digital Era: A European Perspective, 19 JWIP 2016, 115–130.
- Jarosi, Susan*: Recycled cinema as material ecology: Raphael Montanez Ortiz's found-footage films and Computer-Laser-Videos, 53 Screen 2012, 228–245.
- Jaszi, Peter*: Copyright, Fair Use and Motion Pictures, Utah L. Rev. 2007, 715–740.
- Jaszi, Peter/Aufderheide, Patricia/Donaldson, Michael C./et al.*: Code of Best Practices in Fair Use for Online Video, Washington 2008, verfügbar unter: http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=pjijp_copyright.
- Jaworski, Stanislaus/Nordemann, Jan Bernd*: Gehilfenhaftung von Intermediären bei Rechtsverletzungen im Internet BGH-Rechtsprechung und neueste Entwicklungen in den Instanzen, GRUR 2017, 567–572.
- Jütte, Bernd Justin*: The EU's Trouble with Mashups: From Disabling to Enabling a Digital Art Form, 5 JIPITEC 2014, 172–193.
- ders.*: The beginning of a (happy?) relationship: copyright and freedom of expression in Europe, 38 E. I. P. R. 2016, 11–22.
- Jütte, Bernd Justin/Maier, Henrike*: A human right to sample – will the CJEU dance to the BGH-beat?, 12 JIPLP 2017, 784–796.
- Kastl, Graziana*: Möglichkeiten und Grenzen von Filtertechnologien zur Verhinderung von Rechtsverletzungen, GRUR 2016, 671–678.
- Kennedy, Colin*: An Economic Analysis of Market Failures in Copyright Law: Iatrogenesis and the Fair Use Doctrine, 16 Wake Forest J. Bus. & Intell. Prop. L. 2016, 208–240.
- Kischel, Uwe*: Rechtsvergleichung, München 2015.
- Klass, Nadine*: RE-USE: Kompilation, Parodie, Doku-Fiction – Rechtliche Rahmenbedingungen abhängigen Werkschaffens im Film, ZUM 2016, 801–804.
- Klatt, Heiko*: Zur Reichweite des Laufbildschutzes bei der Frage der freien Benutzung i. S. des § 24 Abs. 1 UrhG, AfP 2008, 350–354.
- Klein, Catherine Jelena*: Haftung von Social-Sharing-Plattformen – Diensteanbieter zwischen Content- und Host-Providing, München 2012, zit.: Social-Sharing-Plattformen.
- Kleinemenke, Manuel*: Fair Use, Dreistufentest und Schranken katalog. Plädoyer für ein „Kombinationsmodell“ zur Flexibilisierung der urheberrechtlichen Schrankenbestimmungen, 5 ZGE 2013, 103–139.
- Knopp, Michael*: Fanfiction – nutzergenerierte Inhalte und das Urheberrecht, GRUR 2010, 28–33.
- Koboldt, Christian*: Property Rights und Urheberschutz, in: Ott/Schäfer (Hrsg.): Ökonomische Analyse der rechtlichen Organisation von Innovation, Tübingen 1994, S. 69–114, zit.: Ökonomische Analyse.
- Kotowski, Elke-Vera*: Der Fall Dreyfus und die Folgen, APuZ 2007, 25–32.
- Krause, Michael*: Rechteerwerb und Rechteinhaberschaft im digitalen Zeitalter – Probleme von Nutzern beim Rechteerwerb aus Sicht des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, ZUM 2011, 21–26.
- Kreutzer, Till*: Verbraucherschutz im Urheberrecht – Vorschläge für eine Neuordnung bestimmter Aspekte des geltenden Urheberrechts auf Basis einer Analyse aus verbraucherschutzrechtlicher Sicht, Berlin 2011, verfügbar unter: https://irights.info/wp-content/uploads/userfiles/2011-05-03_Verbraucherschutz_im_Urheberrecht.pdf, zit.: Verbraucherschutz im Urheberrecht.
- Kuczerawy, Aleksandra*: The Power of Positive Thinking – Intermediary Liability and the Effective Enjoyment of the Right to Freedom of Expression, 8 JIPITEC 2017, 226–237.
- Kuhn, Virginia*: Embrace and Ambivalence, 99 Academe 2013 (1), verfügbar unter: <https://www.aaup.org/article/embrace-and-ambivalence>.
- dies.*: The rhetoric of remix, 9 TWC 2012, verfügbar unter: <http://dx.doi.org/10.3983/twc.2012.0358>.

- dies.*: The YouTube Gaze: Permission to Create?, *Enculturation* 7 (2010), verfügbar unter: <http://enculturation.net/the-youtube-gaze>.
- Kulk, Stefan/Zuiderveen Borgesius, Frederik*: Filtering for copyright enforcement in Europe after the Sabam cases, 34 *E. I. P. R.* 2012, 791–795.
- von Kruedener, Alexis*: Die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu „Metall auf Metall“, 8 *ZGE* 2016, 462–481.
- Kur, Annette*: Die Ergebnisse des CLIP-Projekts – zugleich eine Einführung in die deutsche Fassung der Principles on Conflict of Laws in Intellectual Property, *GRUR Int.* 2012, 857–868.
- Ladeur, Karl-Heinz*: Kunstfreiheit und geistiges Eigentum in digitalen Netzwerken, 8 *ZGE* 2016, 447–461.
- Landes, William M./Posner, Richard A.*: An Economic Analysis of Copyright Law, 18 *Journal of Legal Studies* 1989, 325–363.
- Lantagne, Stacey M.*: Sherlock Holmes and the Case of Lucrative Fandom: Recognizing the Economic Power of Fanworks and Reimagining Fair Use in Copyright, 21 *Mich. Telecomm. & Tech. L. Rev.* 2015, 263–315.
- Lauber-Rönsberg, Anne*: Parodien urheberrechtlich geschützter Werke – Eine Bestandsaufnahme nach der „Deckmyn“-Entscheidung des EuGH, *GRUR* 2015, 658–666.
- Lausen, Matthias*: Unmittelbare Verantwortlichkeit des Plattformbetreibers, *ZUM* 2017, 278–289.
- Lavender-Smith, Jordan*: Irony Inc.: Parodic-Doc Horror and The Blair Witch Project, in: Smith (Hrsg.): *Cultural Borrowings: Appropriation, Reworking, Transformation*, als Scope e-Book veröffentlicht 2009, S. 157–173, zit.: *Cultural Borrowings*.
- Le Borgne-Bachschmidt, Florence/Girieux, Sophie/Leiba, Marc/et al.*: User-Created-Content: Supporting a participative Information Society, Final Report, Amsterdam u. a. 2008, verfügbar unter: https://www.ivir.nl/publicaties/download/User_created_content.pdf, zit.: *User-Created-Content Study*.
- Leible, Stefan/Domröse, Ronny*: § 8 Die primärrechtskonforme Auslegung, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.): *Europäische Methodenlehre*, 3. Auflage Berlin, New York 2015, S. 146–171, zit.: *Bearbeiter* in: Riesenhuber.
- Leistner, Matthias*: Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 8. September 2016 – C-160/15, *ZUM* 2016, 980–983.
- ders.*: Der Beitrag ökonomischer Forschung zum Urheberrecht Bestandsaufnahme und interdisziplinäre Ideenskizze, 1 *ZGE* 2009, 403–456.
- ders.*: Der europäische Werkbegriff, 5 *ZGE* 2013, 4–45.
- ders.*: Die „Metall auf Metall“-Entscheidung des BVerfG, *GRUR* 2016, 772–777.
- ders.*: Die „The Pirate Bay“-Entscheidung des EuGH: ein Gerichtshof als Ersatzgesetzgeber, *GRUR* 2017, 755–760.
- ders.*: Grundlagen und Perspektiven der Haftung für Urheberrechtsverletzungen im Internet, *ZUM* 2012, 722–740.
- ders.*: Reformbedarf im materiellen Urheberrecht: Online-Plattformen und Aggregatoren, *ZUM* 2016, 580–594.
- ders.*: Störerhaftung und mittelbare Schutzrechtsverletzung, *GRUR-Beil.* 2010, 1–32.
- ders.*: Structural Aspects of Secondary (Provider) Liability in Europe, 9 *JiPLP* 2014, 75–90.
- ders.*: Urheberrecht in der digitalen Welt, *JZ* 2014, 846–857.
- Leistner, Matthias/Hansen, Gerd*: Die Begründung des Urheberrechts im digitalen Zeitalter Versuch einer Zusammenführung von individualistischen und utilitaristischen Rechtfertigungsbemühungen, *GRUR* 2008, 479–490.
- Leistner, Matthias/Roder, Verena*: Die Rechtsprechung des EuGH zum Unionsurheberrecht aus methodischer Sicht – zugleich ein Beitrag zur Fortentwicklung des europäischen Privatrechts im Mehrebenensystem, *ZiPW* 2016, 129–172.

- ders./dies.*: Transformative use and user-generated content – Integrating new paradigms of creativity in copyright law, in: Drexl (Hrsg.): The Innovation Society and Intellectual Property, 16th EIPIN Congress (im Erscheinen).
- Leval, Pierre N.*: Toward a Fair Use Standard, Harv. L. Rev. 1990, 1105–1136.
- von Lewinski, Silke*: Comments on the ‚value gap‘ provisions in the European Commission’s Proposal for a Directive on Copyright in the Digital Single Market (Article 13 and Recital 38), Kluwer Copyright Blog v. 10. 04. 2017, verfügbar unter: <http://kluwercopyrightblog.com/2017/04/10/comments-value-gap-provisions-european-commissions-proposal-directive-copyright-digital-single-market-article-13-recital-38/>, zit.: Kluwer Copyright Blog v. 10. 04. 2017.
- Loewenheim, Ulrich* (Hrsg.): Handbuch des Urheberrechts, 2. Auflage, München 2010, zit.: *Bearbeiter* in: Loewenheim.
- Loren, Lydia*: Redefining the Market Failure Approach to Fair Use in an Era of Copyright Permission Systems, 5 J. Intell. Prop. L. 1997, 1–58.
- Lotte, Ricarda*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 28. Juli 2016 – I ZR 9/15 – auf fett getrimmt, ZUM 2016, 991–993.
- Lu, Jian*: Video fingerprinting for copy identification: from research to industry applications, Washington 2009, verfügbar unter: <http://citeseerx.ist.psu.edu/viewdoc/download?doi=10.1.1.394.4048&rep=rep1&type=pdf>.
- Lunney, Glynn S.*: Reexamining Copyright’s Incentives-Access Paradigm, 49 Vand. L. Rev. 1996, 483–656.
- Madison, Michael*: A Pattern-Oriented Approach to Fair Use, 45 Wm. & Mary L. Rev. 2004, 1525–1690.
- Maier, Henrike*: German Federal Court of Justice rules on parody and free use, 12 JIPLP 2017, 16–17.
- Manovich, Lev*: Remix Strategies in Social Media, in: Navas/Gallagher/Burrough (Hrsg.): The Routledge Companion to Remix Studies, New York, London 2015, S. 165–184, zit.: Remix Studies.
- Masing, Johannes*: Einheit und Vielfalt des Europäischen Grundrechtsschutzes, JZ 2015, 477–487.
- Matulionyte, Rita*: Enforcing Copyright Infringements Online – In Search of Balanced Private International Law Rules, 6 JIPITEC 2015, 132–145.
- dies.*: The Law Applicable to Online Copyright Infringements in the ALI and CLIP Proposals: A Rebalance of Interests Needed?, 2 JIPITEC 2011, 26–36.
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter* (Begr.)/*Herzog, Roman/et al.* (Hrsg.): Grundgesetz-Kommentar Band I Art. 1–5, 78. Ergänzungslieferung, München 2016, zit.: *Bearbeiter* in: Maunz/Dürig.
- McKay, Patrick*: Culture of the Future: Adapting Copyright Law to Accomodate Fan-Made Derivative Works in the Twenty-First Century, 24 Regent U. L. Rev. 2011, 117–146.
- Merges, Robert P.*: The End of Friction? Property Rights and Contract in the „Newtonian“ World of on-Line Commerce, 115 Berkeley Tech. L. J. 1997, 115–136.
- Metzger, Axel*: Das internationale Privat- und Verfahrensrecht und das UrhG von 1965: Zwischenlösungen auf dem Weg zu einem internationalen Instrument, in: Dreier/Hilty (Hrsg.): Vom Magnettonband zu Social Media – Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), München 2015, S. 267–276, zit.: FS 50 Jahre UrhG.
- ders.*: Der Einfluss des EuGH auf die gegenwärtige Entwicklung des Urheberrechts, GRUR 2012, 118–126.
- ders.*: Keine Pflicht für Betreiber sozialer Netzwerke zu umfassenden Überwachungs- und Filtersystemen – Anmerkung zu EuGH C-360/10 SABAM/Netlog, GRUR 2012, 382–385.
- ders.*: Rechtsfortbildung im Richtlinienrecht: Zur judikativen Rechtsangleichung durch den EuGH im Urheberrecht, ZEuP 2017, 836–862.

- ders.*: Urheberrechtsschranken in der Wissenschaftsgesellschaft: „Fair use“ oder enge Einzelatbestände?, in: Leistner (Hrsg.): Europäische Perspektiven des Geistigen Eigentums, Tübingen 2010, S. 101–122.
- ders.*: Zum anwendbaren Urheberrecht bei grenzüberschreitendem Rundfunk, IPRax 2006, 242–246.
- Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/von Raumer, Stefan* (Hrsg.): EMRK Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar, 4. Auflage, Baden-Baden u. a. 2017, zit.: *Bearbeiter* in: Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer.
- Misek, Richard*: Trespassing Hollywood: Property, Space, and the „Appropriation Film“, 13 October 2015, 133–148.
- Möbius, Hanno*: Das Abenteurer Essayfilm, in: *ders.* (Hrsg.): Versuche über den Essayfilm, Marburg 1991, S. 10–24.
- Mylly, Tuomas*: The Constitutionalization of the European Legal Order: Impact of Human Rights on Intellectual Property In The EU, in: Geiger (Hrsg.): Research Handbook on Human Rights and Intellectual Property, Cheltenham (UK)/Northampton(USA) 2015, S. 103–131, zit.: Research Handbook HR and IP.
- Nägele, Thomas/Jacobs, Sven*: Rechtsfragen des Cloud Computing, ZUM 2010, 281–292.
- Nazari-Khanchayi, Arian*: Rechtfertigungsnarrative des Urheberrechts im Praxistest, Tübingen 2016, zit.: Rechtfertigungsnarrative.
- Netanel, Neil W.*: Copyright and a Democratic Civil Society, 106 Yale L. J 1996, 283–387.
- ders.*: First Amendment Constraints on Copyright after Golan v. Holder, 60 UCLA L. Rev. 2013, 1082–1128.
- ders.*: Making sense of fair use, 15 Lewis & Clark L. Rev. 2011, 715–770.
- Nichols, Bill*: Remaking History: Jay Leyda and the Compilation Film, 26 Film History: An International Journal 2014, 146–156.
- Nimmer, Melville B./Nimmer, David*: Nimmer on Copyright, 101. Ergänzungslieferung, New York 2017.
- Nolte, Georg*: Drei Thesen zur aktuellen Debatte über Haftung und Verteilungsgerechtigkeit bei Hosting-Diensten mit nutzergenerierten Inhalten (sog. „Value-Gap“-Debatte), ZUM 2017, 304–312.
- Nolte, Georg/Wimmers, Jörg*: Wer stört? Gedanken zur Haftung von Intermediären im Internet – Von praktischer Konkordanz, richtigen Anreizen und offenen Fragen, GRUR-Beil. 2014, 58–69.
- Nordemann, Jan Bernd*: Nach TMG-Reform und EuGH „McFadden“ – Das aktuelle Haftungssystem für WLAN- und andere Zugangsprovider, GRUR 2016, 1097–1103.
- ders.*: Störerhaftung für Urheberrechtsverletzungen – Welche konkreten Prüfpflichten haben Hostprovider (Contentprovider)?, CR 2010, 653–661.
- Norris, Jacey*: Art or Artifice: The Second Circuits Misapplication of the Fair Use Factors in Cariou v. Prince in Light of Kienitz v. Sconnie Nation, 25 DePaul J. Art, Tech. & Intell. Prop. L 2015, 429–465.
- Obergfell, Eva Inès*: Das Schutzlandprinzip und Rom II – Bedeutung und Konsequenzen für das internationale Urheberrecht, IPRax 2005, 9–13.
- dies.*: Expansion der Vorbeugemaßnahmen und zumutbare Prüfpflichten von File-Hosting-Diensten, NJW 2013, 1995–1998.
- dies.*: Freier Werkzugang versus Urheberrechtsschutz – Zur Legitimität und Durchsetzung urheberrechtlicher Schranken, in: Halfmeier/Rott/Colombi Ciacchi/Deinert/Kolle/Thalheim (Hrsg.): Zugang und Ausschluss als Gegenstand des Privatrechts, Jahrbuch Junger Zivilrechtswissenschaftler 2005, Stuttgart 2006, S. 101–121, zit.: Zugang und Ausschluss.
- dies.*: Urheberrecht im kollisionsrechtlichen Focus – Lokalisierung urheberrechtlich relevanter Handlungen, internationale Urheberrechtsverträge, urheberrechtliche Eingriffsnormen,

- in: Ellger/Manowski (Hrsg.): Festschrift für Dieter Martiny zum 70. Geburtstag, Tübingen 2014, S. 475–488, zit.: FS Martiny.
- Obergfell, Eva Inès/Stieper, Malte*: Kompetenzverschiebungen, in: Dreier/Hilty (Hrsg.): Vom Magnettonband zu Social Media – Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), München 2015, S. 223–238, zit.: FS 50 Jahre UrhG.
- Obergfell, Eva Inès/Thamer, Alexander*: (Non-)Regulation of Online Platforms and Internet Intermediaries – The Facts: Context and Overview on State of Play, GRUR Int 2017, 201–206.
- Ohly, Ansgar*: Choice of Law in the Digital Environment – Problems and Possible Solutions, in: Drexl/Kur (Hrsg.): Intellectual Property and Private International Law – Heading for the Future, Oxford u. a. 2005, zit.: IP and PIL.
- ders.*: Der weite Täterbegriff des EuGH in den Urteilen „GS Media“, „Filmspeler“ und „The Pirate Bay“: Abenddämmerung für die Störerhaftung, ZUM 2017, 793–802.
- ders.*: Die Verantwortlichkeit von Intermediären, ZUM 2015, 308–318.
- ders.*: Gesetzliche Schranken oder individueller Vertrag?, in: Dreier/Hilty (Hrsg.): Vom Magnettonband zu Social Media – Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), München 2015, S. 379–397, zit.: FS 50 Jahre UrhG.
- ders.*: Gutachten F zum 70. Deutschen Juristentag: Urheberrecht in der digitalen Welt – Brauchen wir neue Regelungen zum Urheberrecht und dessen Durchsetzung?, München 2014, zit.: Gutachten F DJT 2014.
- ders.*: Hip Hop und die Zukunft der „freien Benutzung“ im EU-Urheberrecht, GRUR 2017, 965–969.
- ders.*: Keine „öffentliche Wiedergabe“ durch Hyperlinksetzen ohne Gewinnerzielungsabsicht – GS Media/Sanoma u. a. – Anmerkung, GRUR 2016, 1152–1157.
- Patry, William F.*: Patry on Fair Use, Loseblatt-Sammlung, Auflage 2017, Westlaw Online-Ressource 2017.
- Peifer, Karl-Nikolaus*: Appropriation und Fan Art – geknebelte Kreativität oder klare Urheberrechtsverletzung?, in: Bullinger/Grunert/Ohst/Wöhrn (Hrsg.): Festschrift für Artur Axel-Wandtke, Berlin, Boston 2013, S. 99–109, zit.: FS Wandtke.
- ders.*: Parodie, Mashup, Medienkritik: Das urheberrechtlich geschützte Werk als Gegenstand und Beiwerk der filmischen Auseinandersetzung – Möglichkeiten und Grenzen im Lichte des aktuellen Urheberrechtsgesetzes, ZUM 2016, 805–811.
- Peukert, Alexander*: Das Urheberrecht und die zwei Kulturen der Online-Kommunikation, GRUR-Beil. 2014, 77–93.
- ders.*: Zur urheberrechtlichen Zulässigkeit von Filmzitat, Kompilationsfilmen und Mashups, Vortrag im Rahmen des Symposiums „Recycled Cinema“ während der DOKU.ARTS, Berlin 2014, verfügbar unter: <https://www.jura.uni-frankfurt.de/54092895/Peukert-Zulaessige-Nutzungen-im-Filmbereich.pdf>, zit.: Filmzitate, Kompilationsfilme und Mashups, Vortrag DOKU.ARTS 2014.
- Picht, Peter/Kopp, Caroline*: Die internationale Zuständigkeit für Immaterialgüterrechtsverletzungen im Internet nach den EuGH-Entscheidungen Hejduk und Pinckney, GRUR Int. 2016, 232–236.
- Piino, Jennifer*: Has the Transformative Use Test Swung Too Far in Favor of Secondary Users?, 56-OCT Advocate (Idaho) 2013, 26–30.
- Podszun, Rupprecht*: Postmoderne Kreativität im Konflikt mit dem Urheberrechtsgesetz und die Annäherung an „fair use“, ZUM 2016, 606–612.
- Poepfel, Jan*: Die Neuordnung der urheberrechtlichen Schranken im digitalen Umfeld, Göttingen 2005, zit.: Schranken im digitalen Umfeld.
- Poll, Günter*: „TV-Total“ – Alles Matscheibe, oder was? Zum Verhältnis von freier Benutzung (§ 24 UrhG) und Zitatrecht (§ 51 UrhG) zu Art. 5 GG, ZUM 2004, 511–522.

- Pollack, Malla*: Rebalancing Section 512 to Protect Fair Users from Herds of Mice – Trampling Elephants, or a Little Due Process Is Not Such a Dangerous Thing, 22 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 2006, 547–576.
- Randazza, Marc J.*: Lenz v. Universal: A Call to Reform Section 512(f) of the DMCA and to Strengthen Fair Use, 18 Vand. J. Ent. & Tech. L. 2016, 743–781.
- Raue, Benjamin*: Die Verdrängung deutscher durch europäische Grundrechte im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht, GRUR Int. 2012, 402–410.
- Rehbinder, Manfred/Peukert, Alexander*: Urheberrecht – Ein Studienbuch, 17. Auflage, München 2015, zit.: Urheberrecht.
- Reinemann, Susanne/Remmert, Frank*: Urheberrechte an User-generated Content, ZUM 2012, 216–227.
- Reinholz, Fabian*: Youtube trifft Störerhaftung für rechtswidrige Uploads – Anmerkung zu OLG Hamburg, Urteil v. 1. 7. 2015 – 5 U 87/12, GRUR-Prax 2016, 44.
- Riesenhuber, Karl*: EuGH: Parodie als eigenständige Kategorie des Unionsrechts (Anmerkung zu EuGH, Urteil vom 03. 09. 2014 – C-201/13, GRUR 2014, 972 – „Johan Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW/Helena Vandersteen u. a.“), LMK 2014, 363019.
- Rosati, Eleonora*: Copyright in the EU: In Search of (In)Flexibilities, 9 JIPLP 2014, 419–428.
- dies.*: Filmspeler, the right of communication to the public, and unlawful streams: a landmark decision, The IPKat v. 27. 04. 2017, verfügbar unter: <http://ipkitten.blogspot.de/2017/04/filmspeler-right-of-communication-to.html>, zit.: The IPKat v. 27. 04. 2017.
- dies.*: GS Media and its implications for the construction of the right of communication to the public within EU copyright architecture, Common Market Law Review 2017, 1221–1242.
- dies.*: Just a laughing matter? Why the decision in Deckmyn is broader than parody, Common Market Law Review 2015, 511–530.
- dies.*: The Commission’s DSMS and CJEU case law: what relationship? IPKat v. 09. 10. 2016, verfügbar unter: <http://ipkitten.blogspot.de/2016/10/the-commissions-dsms-and-cjeu-case-law.html?m=1>, zit.: IPKat v. 09. 10. 2016.
- dies.*: Why a reform of hosting providers’ safe harbour is unnecessary under EU copyright law, 38 E. I. P. R. 2016, 668–676.
- Rothman, Jennifer E.*: Copyright’s Private Ordering and the „Next Great Copyright Act“, 29 Berkeley Tech. L. J. 2014, 1595–1649.
- Sack, Rolf*: Das IPR des geistigen Eigentums nach der Rom II-VO, WRP 2008, 1405–1419.
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum BGB – Band 11, 6. Auflage, München 2015, zit.: *Bearbeiter* in: MüKoBGB (IntImmGR).
- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hrsg.): Münchener Kommentar zum BGB – Band 2, 7. Auflage, München 2016, zit.: *Bearbeiter* in: MüKoBGB.
- Saenger, Ingo* (Hrsg.): Zivilprozessordnung (Familienvorverfahren|Gerichtsverfassung|Europäisches Verfahrensrecht), 7. Auflage, Baden-Baden 2017, zit.: *Bearbeiter* in: Saenger, ZPO.
- Salagean, Emil*: Sampling im deutschen, schweizerischen und US-amerikanischen Urheberrecht, Baden-Baden 2008, zit.: Sampling.
- Samuelson, Pamela*: Unbundling Fair Uses, 77 Fordham L. Rev. 2009, 2537–2621.
- dies.*: The Relative Virtues of Bottom-Up and Top-Down Theories of Fair Use – A Response to Abraham Bell and Gideon Parchomovsky, The Dual-Grant Theory of Fair Use, 83 U. Chi. L. Rev. 2016, 206–220.
- Sawyer, Michael S.*: Filters, Fair Use & Feedback: User-Generated Content Principles and the DMCA, 24 Berkeley Tech. L. J. 2009, 363–404.
- Schack, Haimo*: Urheber- und Urhebervertragsrecht, 7. Auflage, Tübingen 2015.
- dies.*: Internationale Urheber-, Marken- und Wettbewerbsrechtsverletzungen im Internet Internationales Privatrecht, MMR 2000, 59–65.

- ders.*: Urheberrechtliche Schranken, übergesetzlicher Notstand und verfassungskonforme Auslegung, in: Ohly/Bodewig/Dreier/Götting/Haedicke/Lehmann (Hrsg.): Perspektiven des Geistigen Eigentums und des Wettbewerbsrechts Festschrift für Gerhard Schricker zum 70. Geburtstag, München 2005, zit.: FS Schricker.
- Schlinghoff, Jochen*: Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit bei urheberrechtlich geschützten Werken der Musik, Frankfurt a.M, Bern u. a. 1990, zit.: Unfreie Benutzung und Zitierfreiheit.
- Schricker, Gerhard/Loewenheim, Ulrich* (Hrsg.): Urheberrecht – Kommentar, 5. Auflage, München 2017, zit.: *Bearbeiter* in: Schricker/Loewenheim.
- Schulz, Julia*: Anmerkung zu LG Hamburg: GEMA/YouTube, CR 2012, 391–397.
- Schulz, Wolfgang*: Das Zitat in Film- und Multimediawerken – Grundsätze für die Praxis des Zitierens gemäß § 51 UrhG in audiovisuellen Medien, ZUM 1989, 221–233.
- Senfleben, Martin*: Breathing Space for Cloud-Based Business Models – Exploring the Matrix of Copyright Limitations, Safe Harbours and Injunctions, 4 JIPITEC 2013, 87–103.
- ders.*: The International Three-Step Test – A Model Provision for EC Fair Use Legislation, 1 JIPITEC 2010, 67–82.
- Seng, Daniel*: The State of the Discordant Union: An Empirical Analysis of DMCA Takedown Notices, 18 Va. J. L. & Tech. 2014, 369–473.
- Shinn, Lauren D.*: YouTube’s Content ID as a Case Study of Private Copyright Enforcement Systems, 43 AIPLA Q. J. 2015, 359–391.
- Sinnreich, Aram/Latonero, Mark/Gluck, Marissa*: Ethics Reconfigured, 12 Information, Communication & Society 2009, 1242–1260.
- Sirinelli, Pierre/Benazeraf, Josée-Anne/Bensamoun, Alexandra*: Mission to Link Directives 2000/31 and 2001/29 („Sirinelli Report“ v. 3. 11. 2015), 7 JIPITEC 2016, 88–95.
- Sites, Brian*: Fair Use and the New Transformative, 39 Colum. J. L. & Arts 2016, 513–550.
- Soha, Michael/McDowell, Zachary J.*: Monetizing a Meme: YouTube, Content ID, and the Harlem Shake, 2 Social Media + Society 2016, 1–12.
- Solomon, Leron*: Fair Users or Content Abusers? The Automatic Flagging of Non-infringing Videos by Content ID on YouTube, 44 Hofstra L. Rev. 2016, 237–268.
- Sonvilla-Weiss, Stefan*: Good Artists Copy; Great Artists Steal – Reflection on Cut-Copy-Paste Culture, in: Navas/Gallagher/Burrough (Hrsg.): The Routledge Companion to Remix Studies, New York, London 2015, S. 77–91, zit.: Remix Studies.
- Specht, Louisa*: Ausgestaltung der Verantwortlichkeit von Plattformbetreibern zwischen Vollharmonisierung und nationalem Recht, ZUM 2017, 114–122.
- dies.*: Der Verkauf technischer Gerätschaften zur Ermöglichung des Streamings – Eine Urheberrechtsverletzung? Besprechung des Urteils EuGH ZUM 2017, 587 – Stichtung Brein/Wullems, ZUM 2017, 582–586.
- Specht, Louisa/Koppermann, Ilona*: Vom Verhältnis der §§ 14 und 24 UrhG nach dem „Deckmyn“-Urteil des EuGH, ZUM 2016, 19–24.
- Spindler, Gerald*: Die kollisionsrechtliche Behandlung von Urheberrechtsverletzungen im Internet, IPRax 2003, 412–421.
- ders.*: Die Modernisierung des europäischen Urheberrechts. Der Vorschlag zur PortabilitätsVO und die Planungen der EU-Kommission, CR 2016, 73–81.
- ders.*: Internetplattformen und die Finanzierung der privaten Nutzung, ZUM 2014, 91–101.
- ders.*: Provider – weder Rechteinhaber noch Nutzer, in: Dreier/Hilty (Hrsg.): Vom Magnettonband zu Social Media – Festschrift 50 Jahre Urheberrechtsgesetz (UrhG), München 2015, S. 399–420, zit.: FS 50 Jahre UrhG.
- ders.*: Zivilrechtliche Sperrverfügungen gegen Access Provider nach dem EuGH-Urteil „UPC Telekabel“, GRUR 2014, 826–834.

- Spindler, Gerald/Leistner, Matthias*: Die Verantwortlichkeit für Urheberrechtsverletzungen im Internet – Neue Entwicklungen in Deutschland und in den USA, GRUR Int. 2005, 773–796.
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian* (Hrsg.): Recht der elektronischen Medien – Kommentar, 3. Auflage, München 2015, zit.: *Bearbeiter* in: Spindler/Schuster.
- Stalla-Bourdillon, Sophie/Rosati, Eleonora/Kettemann, Matthias C./et al.*: Open letter to the European Commission – On the Importance of Preserving the Consistency and Integrity of the EU Acquis Relating to Content Monitoring within the Information Society, Southampton u. a. 2016, verfügbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2850483, zit.: Open letter to the European Commission.
- Stalla-Bourdillon, Sophie/Rosati, Eleonora/Turc, Karmen/et al.*: A brief exegesis of the proposed Copyright Directive, Southampton u. a. 2016, verfügbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2875296.
- Stallberg, Christian Gero*: Urheberrecht und moralische Rechtfertigung, Berlin 2006.
- Stamatoudi, Irini/Torremans, Paul* (Hrsg.): EU Copyright Law: A commentary, Cheltenham, Northampton 2014, zit.: *Bearbeiter* in: Stamatoudi/Torremans.
- Steinhauer, Eric W.*: EuGH-Urteil zu elektronischen Leseplätzen stärkt Wissenschaftsurheberrecht, GRUR-Prax 2014, 471–473.
- Stieper, Malte*: Anmerkung zu BGH, Urteil vom 20. November 2008 – I ZR 112/06 – Metall auf Metall, ZUM 2009, 219–225.
- ders.*: Anmerkung zu BVerfG, Urteil vom 31. Mai 2016 – 1 BvR 1585/13, ZUM 2016, 637–639.
- ders.*: Ausschließlichkeitsrecht oder Vergütungsanspruch: Vergütungsmodelle bei Aufmerksamkeitsplattformen, ZUM 2017, 132–140.
- ders.*: Fan Fiction als moderne Form der Pastiche, AfP 2015, 301–305.
- ders.*: Grenzüberschreitender Zugang zu digitalen Inhalten – oder Reform des europäischen Urheberrechts?, GRUR 2015, 1145–1151.
- ders.*: Harmonisierung der Urheberrechtsschranken durch den EuGH?, 4 ZGE 2012, 443–451.
- ders.*: Rechtfertigung, Rechtsnatur und Disponibilität der Schranken des Urheberrechts, Tübingen 2009, zit.: Schranken.
- ders.*: Reformistischer Aufbruch nach Luxemburg Die Schranken des Urheberrechts im Lichte europäischer Grundrechte, GRUR 2017, 1209–1212.
- Stuhler, Sabine*: Die Behandlung der Parodie im Urheberrecht: eine vergleichende Untersuchung der Behandlung von Parodien im Urheberrecht der Bundesrepublik Deutschland und der Vereinigten Staaten von Amerika, München 2002, zit.: Parodie.
- Summerer, Claudia*: „Illegale Fans“ – Die urheberrechtliche Zulässigkeit von Fan Art, Berlin, Boston 2015, zit.: Illegale Fans.
- Tavares, Monica*: Digital Poetics and Remix Culture – From the Artisanal Image to the Immaterial Image, in: Navas/Gallagher/Burrough (Hrsg.): The Routledge Companion to Remix Studies, New York, London 2015, S. 228–241, zit.: Remix Studies.
- Thum, Dorothee*: Internationalprivatrechtliche Aspekte der Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke im Internet – Zugleich Bericht über eine WIPO-Expertensitzung in Genf, GRUR Int 2011, 9–28.
- Trimble, Marketa*: The Multiplicity of Copyright Laws on the Internet, 25 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 2015, 339–405.
- dies.*: Undetected Conflict-of-Laws Problems in Cross-Border Online Copyright Infringement Cases, 18 N. C. L. Rev. 2016, 119–158.
- dies.*: The Future of Cybertravel: Legal Implications of the Evasion of Geolocation, 22 Fordham Intell. Prop. Media & Ent. L. J. 2012, 567–657.
- Trombley, Sarah*: Visions and Revisions: Fanvids and Fair Use, 25 Cardozo Arts & Ent. L. J. 2007, 647–685.

- Tudor, Vlah*: Parodie, Pastiche und Karikatur – Urheberrechte und ihre Grenzen, Frankfurt a. M. 2014, zit.: Parodie, Pastiche und Karikatur.
- Tushnet, Rebecca*: All of This Has Happened Before and All of This Will Happen Again: Innovation in Copyright Licensing, 29 Berkley Tech. L. J. 2014, 1447–1488.
- dies.*: Content, Purpose, or Both?, 90 Wash. L. Rev. 2015, 869–892.
- dies.*: Fair Use’s Unfinished Business, 15 Chi.-Kent J. Intell. Prop. 2016, 399–411.
- dies.*: Scary Monsters: Hybrids, Mashups, and Other Illegitimate Children, 86 Notre Dame L. Rev. 2011, 2133–2156.
- dies.*: User-Generated Discontent: Transformation in Practice, 31 Colum. J. L. & Arts 2008, 497–516.
- von Ungern-Sternberg, Joachim*: Verwendungen des Werkes in veränderter Gestalt im Lichte des Unionsrechts, GRUR 2015, 533–539.
- Unsel, Christopher*: Anmerkung zu EuGH (Große Kammer), Urt. v. 3.9.2014 – C-201/13 (Deckmyn, Vrijheidsfonds VZW/Vandersteen u. a.), EuZW 2014, 914–915.
- ders.*: Ein weiterer Schritt zum unitarischen Grundrechtsschutz? Das Pfleger-Urteil des EuGH, Verfassungsblog v. 07.05.2014, verfügbar unter: <http://verfassungsblog.de/ein-weiterer-schritt-zum-unitarischen-grundrechtsschutz-das-pfleger-urteil-des-eugh/>, zit.: Verfassungsblog v. 07.05.2014.
- Urban, Jennifer M./Karaganis, Joe/Schofield, Brianna L.*: Notice and Takedown in Everyday Practice, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628, Berkeley 2016, verfügbar unter: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2755628, zit.: UC Berkeley Public Law Research Paper No. 2755628.
- Urban, Jennifer M./Quilter, Laura*: Efficient Process or Chilling Effects? Takedown notices under Section 512 of the Digital Millennium Copyright Act, 22 Santa Clara Computer & High Tech. L. J. 2006, 621–693.
- Varga, Balázs*: Gefundenes Filmmaterial ordnen, in: Lewin (Hrsg.): Zukunftsperspektiven für den künstlerischen Dokumentarfilm. Second Hand Cinema, Berlin 2014, S. 136–142, zit.: Second Hand Cinema.
- Volkman, Christian*: Aktuelle Entwicklungen in der Providerhaftung im Jahr 2013, K & R 2014, 375–381.
- Wandell, Tracie E.*: Geolocation and Jurisdiction: From Purposeful Availment to Avoidance and Targeting on the Internet, 16 J. Tech. L. & Pol’y 2011, 275–305.
- Wandtke, Artur-Axel*: Grenzenlose Freiheit der Kunst und Grenzen des Urheberrechts – Oder über Kunst lässt sich trefflich streiten?, ZUM 2005, 769–776.
- ders.*: Urheberrecht in der Reform oder wohin steuert das Urheberrecht? Widersprüche in den Reformen des Urheberrechts, MMR 2017, 367–373.
- Wandtke, Artur-Axel/Bullinger, Winfried* (Hrsg.): Praxiskommentar zum Urheberrecht, 4. München 2014, zit.: *Bearbeiter* in: Wandtke/Bullinger.
- Wang, Jie*: Developments of Hosting ISPs Secondary Liability for Primary Copyright Infringement in China – As Compared to the US and German Routes, IIC 2015, 275–309.
- Wees, William C.*: Recycled Images – The Art and Politics of Found Footage Films, New York City 1993, zit.: Recycled Images.
- Wiebe, Andreas*: Providerhaftung in Europa: Neue Denkanstöße durch den EuGH (Teil 1), WRP 2012, 1182–1189.
- Wielsch, Dan*: Die Zugangsregeln der Intermediäre: Prozeduralisierung von Schutzrechten, GRUR 2011, 665–673.
- Wimmers, Jörg/Barudi, Malek*: Der Mythos vom Value Gap – Kritik zur behaupteten Wertschöpfungslücke bei der Nutzung urheberrechtlich geschützter Inhalte auf Hosting-Diensten, GRUR 2017, 327–338.
- Ziegler, Katharina*: Urheberrechtsverletzungen durch Social Sharing, Tübingen 2016, zit.: Social Sharing.

Sachregister

- ALI Principles* 114 ff.
Änderungsverbot 38 f., 95
Anzuwendendes Recht 101 ff.
Appropriation 6, 28, 77
- CLIP Principles* 114 ff.
- Drei-Stufen-Test 33 f., 41, 60, 97
Durchsetzungsrichtlinie 172, 174 f.
- Europarechtliche Vorgaben
– Filterpflichten 184 ff.
– freie Benutzung 60 ff.
– Parodie 47 ff.
– Zitatrecht 20, 30 ff.
- Erforderlichkeit der Fremdmaterialnutzung
28 f., 38 f., 50, 53, 86
- Erkennbarkeit der Fremdmaterialnutzung
29 f.
- Fair use* 66 ff., 133, 143 ff. 152, 189, 198
Fan-Videos 8, 12 f., 27, 36 f., 40, 43, 50,
76 f., 145 ff.
Filterpflichten 153 ff., 159 ff., 180 ff., 199 f.
Filtersysteme *siehe* Inhaltefilter
Found footage 4 ff.
Freie Benutzung 43 ff., 94, 140, 197
- Grundrechte
– EMRK 32
– *First Amendment, US Constitution* 145
– GG 54 ff. *siehe auch* kunstspezifische
Auslegung
– GRCh 30 ff., 63 f., 165, 186, 194, 199
- ILA Guidelines* 114 ff.
Inhaltefilter
– Funktion auf Plattformen 149 ff.
– Rechtlicher Rahmen *siehe* Filterpflichten
innerer Abstand 45 ff.
Intermedia 9
Internetspezifische Anknüpfung 114
- Kommerzialität der Fremdmaterialnutzung
80
Kunstspezifische Auslegung
– Abgrenzung zu Unterhaltung 12, 28
– Amateurkunst 28
– Freie Benutzung 52 ff.
– Interpretation 57
– Konzeptidee 56 f.
– Zitat Zweck 25 ff.
- Lizenzierung *siehe* Rechtextklärung
Lokalisierung der öffentlichen Wiedergabe
119 ff.
- Marktbeeinträchtigung für Ausgangsmaterial
41 f., 89 ff.
Marktversagen-Argument *siehe* Rechtextklärung
– Ökonomische Betrachtung
Melodienschutz, starrer 37, 58 f.
Meta-Kino 8 f., 42
Metall auf Metall (BVerfG) 54 ff.
Multimedia 9
Musiknutzung im Remix 36 f., 39, 58 f.,
182 f.
- Öffentliche Wiedergabe 176 ff., 200
Ökonomische Analyse
– Anreiz- und Nutzenoptimierungsansatz
134 ff.
– *neoclassicism*, rein markt-basierte Ansätze
132 ff.
- Overblocking 151 ff., 165, 175, 183, 185,
193, 195, 199 f.
- Parodie 11, 13
– Deutsches Recht 40, 44, 47 ff.
– EU Recht 46 ff.
– US-Recht 69 f., 85 f.
- Pastiche 61 f.
Persönlichkeitsrechte, insbes. Urheberpersönlichkeitsrechte 38 ff., 51 f.
Portabilitätsverordnung 120 f.

Put-back

- Gesetzlicher Anspruch *de lege ferenda* 201 f.
- U. S.-Amerikanisches *Put-Back*-Verfahren 187 ff.
- Vertraglicher Anspruch in Deutschland 192 f.

Prüfpflichten *siehe* Filterpflichten

Quellenangabe 40 f.

Remix(-Film)

- Begriff 14 f.
- Formen 10 ff.
- Geschichte 5 f.

Rechtklärung

- Auswirkungen auf Schrankenauslegung 138 ff.
- Erforderlichkeit bei transformativen Remixen 92
- grundrechtliche Betrachtung 139 ff.
- ökonomische Betrachtung 130 ff.
- traditionelle Lizenzmärkte 91
- vertragliche Beziehungen auf Hosting-Plattformen 126 ff.

retreat to territoriality 117

Rechtsvergleich 94 ff.

Richtlinienentwurf zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt 166 ff., 191 f., 201 f.
ROM II-VO 102 ff.

Safe Harbor/Safe Harbour

- DMCA 153 ff.
- ECRL 159 ff.

Schutzlandprinzip 102 ff.

Schrankenatalog, europäisch 47, 60, 64 f.

Simulation/Simulationstheorem 8 f.

Störerhaftung 180 ff., 200

Streitbeilegungsverfahren 123 f., 188 ff.

Transaktionskosten 125 f., 131 ff.

Transformativität 67 ff., 92 f.

UGC Principles 155 ff.

Verblässensformel 45

Videoessays 13 f., 27, 43, 57

Wirtschaftliche Interessen 41 ff., 139

Zitatrecht

- Belegfunktion 24 f.
- Selbstständigkeit 21 ff.
- Zitatzwecke 23 ff.

Zwecke der Fremdmaterialnutzung 73 ff.