

An das
Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz
Referat III B 3
– via E-Mail –

Digitale Gesellschaft e.V.
Groninger Str. 7
13347 Berlin

+49 30 450 840 18

info@digitalegesellschaft.de
www.digitalegesellschaft.de
@digiges

Berlin, den 31.07.2020

Stellungnahme der Digitalen Gesellschaft e.V. im Rahmen der Konsultation des BMJV zum Diskussionsentwurf für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarkts

Inhaltsverzeichnis

Eine Verpflichtung zum Einsatz von Upload-Filtern lehnen wir ab.....	2
UrhDaG: Urheberrecht für die digitale Online-Welt.....	4
Verpflichtungen der Upload-Plattformen.....	6
Lizenzierung: hässlicher Knoten gelöst.....	6
Staydown: die Uploadfilter, die es nicht geben darf.....	7
Beschwerden: die Plattform entscheidet innerhalb einer Woche.....	10
Nutzerrechte: Zuckerguss auf der bitteren Pille Uploadfilter.....	13
Datenschutz: bislang fast gänzlich unbeachtet.....	18
Urheber vor Verwertern: Verwertungsgesellschaften reformieren.....	25
Datenbanken für Rechte und Aufsicht.....	28
Fazit: Den Konsens der ECRL bestätigen, Filterpflicht im Urheberrecht widerrufen	33

Eine Verpflichtung zum Einsatz von Upload-Filtern lehnen wir ab

„Eine Verpflichtung von Plattformen zum Einsatz von Upload-Filtern, um von Nutzern hochgeladene Inhalte nach urheberrechtsverletzenden Inhalten zu 'filtern', lehnen wir als unverhältnismäßig ab.“

Das hatten die deutschen Regierungsparteien in ihrem [Koalitionsvertrag](#) (12.03.2018) erklärt. Mit dieser Position ist die Bundesregierung in die Aushandlung der [Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt](#) (Digital Single Market, DSM-RL, 14.09.2016 – 15.04.2019) gegangen. Letztlich hat sie den Uploadfiltern in der Richtlinie zugestimmt, dazu jedoch eine [Protokollerklärung](#) (15.04.2019) abgegeben. Darin betont sie, dass das vorgeschriebene Staydown geschützter Inhalte „mit Blick auf voraussichtlich dabei auch zur Anwendung kommenden algorithmenbasierten Lösungen ('Upload-Filter') auf ernsthafte Bedenken“ stoße und hält an dem Ziel fest, Uploadfilter „nach Möglichkeit zu verhindern“ oder, weiter unten, sie „weitgehend unnötig zu machen“.

Das eröffnet zwei mögliche Interpretationen von Uploadfiltern: Man kann sie als graduelle Maßnahme verstehen. Dann könnte man sie auf einer Skala von weitgehender bis ein bisschen Filterung verorten. Oder man versteht Uploadfilter wie eine Schwangerschaft: Ihre „weitgehende“ Verhinderung führt halt doch zu Nachwuchs resp. automatisierten Sperrungen.

Der vorliegende Entwurf wählt die erste Interpretation und unternimmt alle Anstrengungen, den zulässigen Anwendungsbereich von Uploadfiltern weitgehend einzugrenzen. Man könnte sagen, dass die Bundesregierung auch ihrem ersten Versprechen treu geblieben ist, da die DSM-RL eben keine Möglichkeit lasse, Filter gänzlich zu verhindern. Will ein Rechteinhaber Werke nicht lizenzieren, muss eine Upload-Plattform die Unverfügbarkeit dieser bestimmten Werke sicherstellen (Art. 17 Abs. 4 [DSM-RL](#)). Angesichts der schieren Menge an Inhalten, die auf Facebook, Youtube & Co. hochgeladen werden, wäre diese Pflicht nur mithilfe von automatisierten Filtern zu erfüllen.

Man könnte weiter argumentieren, dass Uploadfilter wie Googles Content ID ohnehin bereits seit mehr als zehn Jahren eingesetzt werden, bislang jedoch als freiwillige Maßnahmen und ohne hinreichende Sicherungen der Rechte und Interessen von Urhebern und Nutzern. Artikel 17 der DSM-RL und seine Umsetzung schaffe nun erstmals einen ausgewogenen Regulierungsrahmen für Uploadfilter. Mehr noch gibt es, wie gesagt, gute Gründe anzuerkennen, dass der vorliegende Entwurf alle Anstrengungen unternimmt, den möglichen Schaden durch Uploadfilter so gering wie möglich zu halten.

Das ändert aber nichts daran, dass damit genau das passiert, was die Bundesregierung mit guten Gründen abgelehnt hat: Der Einsatz von Uploadfiltern wird hier erstmals gesetzlich vorgeschrieben. Ein historischer Damm ist gebrochen. Die Uploadfilter, von denen ihre Befürworter immer bewehrt haben, dass sie in der Richtlinie gar nicht vorkämen, werden manifest, und mit ihnen die Gefahren für Grundrechte.

Nicht zuletzt schafft es der Entwurf nicht, den inhärenten Widerspruch der Richtlinie aufzulösen, die einerseits eine Pflicht zur allgemeinen Überwachung verbietet (Art. 17 Abs. 8 [DSM-RL](#)) und sie andererseits mit dem Staydown vorschreibt (Art. 17 Abs. 4 lit. b [DSM-RL](#)). Wenn jeder einzelne Upload durch den Filter laufen muss, um bestimmte Werke zu sperren (§ 10 UrhDaG-E), ist das nach Alltagsverständnis eine allgemeine Überwachung. Dass der Filter nur auf bestimmte, automatisiert erkannte Inhalte anspringt, ändert daran nichts, ist es doch die Natur eines Filters, bestimmte Elemente durchzulassen und andere nicht.

Es mag sein, dass die Richtlinie in diesem Punkt keinen Spielraum lässt. Die [Protokollerklärung](#) macht jedoch für diesen Fall noch ein weiteres Versprechen:

„Sollte sich zeigen, dass die Umsetzung zu einer Beschränkung der Meinungsfreiheit führt oder die zuvor skizzierten Leitlinien auf unionsrechtliche Hindernisse stoßen, wird die Bundesregierung darauf hinwirken, dass die festgestellten Defizite des EU-Urheberrechts korrigiert werden.“

Die Digitale Gesellschaft ist nach eingehender Analyse und Diskussion des vorgelegten Gesetzentwurfs zu der Überzeugung gelangt, dass dies der richtige und gebotene Weg ist, um nicht nur in Deutschland, sondern in ganz Europa und nachhaltig ein Uploadfilter-freies Internet zu sichern und die andernfalls vorgezeichneten Beschränkungen der Meinungsfreiheit zu vermeiden.

Im Folgenden möchten wir auf einzelne Probleme im Entwurf hinweisen, die uns besonders wichtig sind, betonen jedoch, dass unsere eigentliche Forderung lautet, die Bundesregierung möge Artikel 17 nicht umsetzen, sondern zur Reparatur an den europäischen Gesetzgeber zurückverweisen.

UrhDaG: Urheberrecht für die digitale Online-Welt

Die Umsetzung der DSM-RL nicht ins Urheberrechtsgesetz ([UrhG](#)), sondern in ein neues Stammgesetz überrascht auf den ersten Blick. Doch zum einen überzeugt die Begründung des Entwurfs, dass Artikel 17 DSM-RL mit seinem neuen, eigenständigen Recht der öffentlichen Wiedergabe (neben dem in Art. 3 Abs. 1 der [InfoSoc-RL](#)) und seiner ungewöhnlichen Enthafungsregeln komplexe Maßgaben macht. Daher folgert der Entwurf: „Eine schlüssige Integration in das dogmatische Konzept des UrhG ist problematisch und wenig anwenderfreundlich.“

Zum anderen markiert der Schritt – medienwissenschaftlich sachgerecht – eine Zäsur im Urheberrecht. Das analoge Urheberrecht drehte sich um drei Akteursgruppen: Urheber und ausübende Künstler, ihre Verwerter und institutionelle Nutzer wie Radiostationen und Bibliotheken. „Endnutzer“ oder „Konsumenten“ spielten keine Rolle. Selbst als neue Medientechnologien es auch ihnen ermöglichten, Urheberwerke zu vervielfältigen, regelte die Privatkopierschranke diese Herausforderung für Nutzer unsichtbar zwischen korporativen Akteuren (den Importeuren und Händlern von Kopiergeräten und Speichermedien einerseits und den Verwertungsgesellschaften andererseits).

Diese Lage ändert sich grundlegend mit der Verbreitung des Computers als Jedermann-Produktionsmittel für Inhalte und des Internet als Jedermann-Distributionskanal. Neben die bisherigen professionellen Urheber treten nun solche, die nicht ihren Lebensunterhalt mit Kreativschaffen verdienen, aber ge-

nau wie jene kreative Werke schaffen, wie alle Kreativen dabei auch auf Werke anderer zurückgreifen und dabei teils Reichweiten erzielen, die die von Rundfunk- oder Presseunternehmen übertreffen.

Auch im initialen [Kommissionsentwurf der DSM-RL](#) (14.09.2016) kamen Nutzer – der Upload-Plattformen, nicht von Urheberrechten – nur als Auslöser des Problems vor, das Plattformen in Zusammenarbeit mit den Rechteinhabern zu lösen haben, und als Begünstigte eines Beschwerdeverfahrens im Nachhinein. Im Laufe der [Aushandlungsgeschichte der Richtlinie](#) traten Nutzer immer stärker neben die anderen beiden Gruppen. Vor allem macht Artikel 17 die gesetzlichen Erlaubnisse der Nutzer (hier: von Urheberrechten) zu einklagbaren Rechten (Art. 17 Abs. 9 Satz 6 [DSM-RL](#)). Sowohl an Artikel 17 wie am UrhDaG-E ist die Absicht des Gesetzgebers zu erkennen, auch diese medientechnologische Herausforderung durch Vergütung im Hintergrund weitgehend unsichtbar für Nutzende zu lösen. Durch die geforderten Uploadfilter folgt aus dieser Lösung jedoch eine viel größere Eingriffsintensität in Grundrechte als bei der Privatkopierschranke.

Urheber und Künstlerinnen sowie verwertende Unternehmen der Kulturwirtschaft, also Verlage, Labels, Produzenten, Sendeunternehmen usw., gibt es in Artikel 17 nur in der kollektiven Form der „Rechteinhaber“. Der Bundesregierung ist jedoch diese Binnendifferenzierung der Rechteinhaber in Kreative und Verwerter besonders wichtig (s. unten „Urheber vor Verwertern“)

Insofern ist es angemessen, den Übergang vom zweisäuligen analogen Urheberrecht zum viersäuligen Urheberrecht für die digitale Online-Welt durch ein neues Stammgesetz abzubilden.

Der vorliegende Entwurf arbeitet die vier Säulen des digitalen Urheberrechts klarer heraus als die Richtlinie. Eine Direktvergütung (§ 7 UrhDaG-E) sichert, dass die Kreativen von der neuen Regeln profitieren und nicht in erster Linie die Verwerter. Das Bestreben, die Rechte und Pflichten von Rechteinhabern (hier wieder zusammengefasst), Nutzern und Plattformen auszubalancieren wird am deutlichsten in den Maßnahmen gegen deren jeweiligen Missbrauch (§ 19 UrhDaG-E) sichtbar, zieht sich aber durch

den Entwurf. Die Rechte der Nutzer stärkt er insbesondere durch einen in der Richtlinie fehlenden Mechanismus zur Kennzeichnung von Nutzungen als vertraglich oder gesetzlich erlaubt, die einen Upload zunächst vor Sperrung und Entfernung schützt (§ 8 UrhDaG-E).

Nicht zuletzt ist „Zugang“ zu Urheberwerken im Interesse von Kreativen, Nutzern und der Allgemeinheit ein Leitmotiv in der Richtlinie und im Entwurf. So erleichtert die Umsetzung der [Online-SatCab-Richtlinie](#) den europaweiten Zugang besonders zu Nachrichtensendungen und Berichterstattung über Tagesereignisse durch Sendeunternehmen. Die neue kollektive Lizenzvergabe mit erweiterter Wirkung (Extended Collective Licences, ECL, [Art. 12 DSM-RL](#), umgesetzt in § 51 VVG-E), besonders auch für nicht verfügbare Werke durch Kulturerbeeinrichtungen (§ 51b VVG-E und § 61d UrhG-E), lässt hoffen, dass viele Schätze in den Bibliotheken und Sammlungen, die ohnehin schon digitalisiert sind, nun online zugänglich werden. Schließlich ist zu begrüßen, dass Reproduktionen gemeinfreier visueller Werke der Leistungsschutz genommen und so der Zugang der Öffentlichkeit zu Kulturerbe verbessert wird.

Während der Entwurf also den medienkulturellen Wandel angemessen mit einem neuen digitalen urheberrechtlichen Stammgesetz beantwortet und ihm viele wichtige und gute Regelungen mit auf den Weg gibt, bilden seinen Kern die Uploadfilter, um die herum die Regelungen des UrhDaG-E gebaut sind.

Verpflichtungen der Upload-Plattformen

§ 1 Abs. 2 UrhDaG-E benennt die Sorgfaltspflichten, die marktmächtige Upload-Plattformen (definiert in § 2 UrhDaG-E) erfüllen müssen, um einer Haftung für die Uploads ihrer Nutzer zu entgehen: Lizenzierung, Staydown und Takedown (die Pflichten nach Art. 17 Abs. 4 [DSM-RL](#)).

Lizenzierung: hässlicher Knoten gelöst

Primäres Ziel des Gesetzes ist es nicht, Nutzungen zu verhindern, sondern zu erlauben und zu vergüten, also Plattformen zum Erwerb von Lizenzen zu verpflichten. Die grundsätzliche Lizenzierungspflicht (Art. 17 Abs. 1) ergänzt die DSM-RL um eine Enthftungsvorschrift, die eine der dunkelsten Bestimmungen der Richtlinie ist:

„Wird die Erlaubnis nicht erteilt, so ist der Diensteanbieter ... verantwortlich, es sei denn, der Anbieter dieser Dienste erbringt den Nachweis, dass er a) alle Anstrengungen unternommen hat, um die Erlaubnis einzuholen“ (Art. 17 Abs. 4 lit. a [DSM-RL](#)).

M.a.W.: Dem Nichterteilen der Erlaubnis, dem logisch ihre Anfrage vorangegangen sein muss, muss der Nachweis folgen, alle Anstrengungen unternommen zu haben, diese nichterteilte Erlaubnis einzuholen. Für diesen wirren Knoten, in den auch kein Erwägungsgrund Licht wirft, findet der Entwurf eine elegante Lösung:

„(1) Der Diensteanbieter erfüllt diese Pflicht, sofern er Nutzungsrechte erwirbt, die ihm entweder angeboten werden oder die über eine im Inland ansässige Verwertungsgesellschaft oder abhängige Verwertungseinrichtung verfügbar sind.

„(2) Nutzungsrechte nach Absatz 1 müssen

1. für Werkarten gelten, die Nutzer des Diensteanbieters typischerweise hochladen,
2. ein repräsentatives Repertoire umfassen ...“ (§ 4 UrhDaG-E)

Das ist eine wohltuende Absage an die Idee, Plattformen müssten Lizenzen für einzelne Werke einholen – „was angesichts der damit einhergehenden Transaktionskosten unverhältnismäßig wäre“, wie der Entwurf erläutert – oder auch nur für sämtliche Werkarten, die neben den typischen auch gelegentlich hochgeladen werden.

Damit wird auch die Unklarheit beseitigt, die Nachweispflicht, „alle Anstrengungen“ (best efforts) zur Erlaubniseinholung unternommen zu haben, könne verlangen, sämtliche Uploads daraufhin zu prüfen, ob sie lizenzpflichtige Inhalte enthalten. Das räumt der Entwurf mit dem Hinweis aus, bei der Beurteilung der geforderten Anstrengungen sei ohnehin stets der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten. Und ganz unmissverständlich: „Diensteanbieter sind aus Gründen der Verhältnismäßigkeit grundsätzlich nicht verpflichtet, aktiv nach Lizenzangeboten einzelner Rechtsinhaber zu forschen.“ (Diskussionsentwurf S. 34)

Der Entwurf gesteht zu, dass einzelne Rechteinhaber, etwa große Labels oder Filmstudios, über beachtliche Repertoires verfügen.

Es ist aber nicht ersichtlich, wo eine rechtssichere Grenze gezogen werden könnte zwischen individuellen Rechteinhabern einerseits, auf die der Diensteanbieter wegen deren Bedeutung zugehen müsste, und solchen Rechteinhabern andererseits, deren Portfolio keine hinreichende Relevanz hat. Wegen der Folgen für die urheberrechtliche Verantwortlichkeit (siehe § 1 Absatz 1 UrhDaG-E) ist eine derartige klare Grenzziehung aber unverzichtbar. Es steht dem Diensteanbieter aber selbstverständlich weiterhin frei, Angebote für Individuallizenzen einzuholen bzw. anzunehmen.“ (Diskussionsentwurf S. 86)

Artikel 17 Absatz 4 Buchstabe a ist äußerst unklar, in letzter Minute, hastig, ohne Begründung, welches Problem damit gelöst werden soll, und möglicherweise mit einem Bearbeitungsfehler in die Richtlinie geschrieben worden. Er schafft keine Rechtssicherheit, sondern ist eine rechtstechnische Zumutung, die uns noch viel Ärger bereiten wird. Der Entwurf zeigt einen klaren, realitäts-tauglichen Weg, die Vorschrift trotz allem umzusetzen.

Staydown: die Uploadfilter, die es nicht geben darf

Die Staydown-Vorschrift (Art. 17 Abs. 4 lit. b und als Folge eines Takedown in lit. c [DSM-RL](#)) führt zu den Uploadfiltern für die automatisierte Sperrung von Inhalten, die wir ablehnen. Davon zu unterscheiden sind Filter, die angemeldete Werke in Uploads erkennen, um sie für Abrechnungszwecke zu markieren. Der vorliegende Entwurf schlägt vor:

„Verlangt ein Rechteinhaber vom Diensteanbieter, sein Werk zu sperren, so ist der Diensteanbieter hierzu nach Maßgabe von § 1 Absatz 2 verpflichtet, sobald der Rechteinhaber die hierfür erforderlichen Informationen zur Verfügung gestellt hat und sofern die Sperrung nach den §§ 8 Absatz 2 und 12 zulässig ist.“ (§ 10 Abs. 1 UrhDaG-E)

Startup-Diensteanbieter und kleine Diensteanbieter werden davon ausgenommen (§ 10 Abs 2 und 3 UrhDaG-E).

Der initiale [Kommissionsentwurf der DSM-RL](#) sprach von „Erkennungstechnologie“, um nicht erlaubte Nutzungen zu sperren. Davon sind in der finalen Richtlinie nur „einschlägige und notwendige Informationen“ für die Unverfügbarkeit bestimmter Werke geblieben. Der vorliegende Entwurf erläutert:

„Die Art der erforderlichen Information hängt von den beim Diensteanbieter eingesetzten Technologien ab. Je nach Werkart haben sich in der Praxis verschiedene Standards etabliert, etwa das Fingerprinting oder das Watermarking für audiovisuelle Inhalte.“ (Diskussionsentwurf S. 92)

Plattformen müssen informieren, welche Systeme sie verwenden, damit Rechteinhaber ihnen die jeweils erforderliche Information für die automatisierte Erkennung der betroffenen Schutzgegenstände liefern. Nach Verhältnismäßigkeitsgebot müssen nicht alle Upload-Plattformen dieselben technischen Mittel verwenden.

Die automatisierte Sperrung wird ausgeschaltet, wenn die Nutzerin ihren Upload als erlaubte Nutzung gekennzeichnet hat (§ 8 UrhDaG-E). Diese Sperrwirkung der automatisierten Sperrung wiederum wird aufgehoben, wenn die Kennzeichnung „offensichtlich unzutreffend“ ist. „Dies kann bei der Berufung auf gesetzliche Erlaubnisse insbesondere dann der Fall sein, wenn der vom Nutzer hochgeladene Inhalt zu mindestens 90 Prozent mit den vom Rechtsinhaber zur Verfügung gestellten Informationen übereinstimmt.“ (§ 12 UrhDaG-E).

Dies ist eine der Vorschriften des Entwurfs, die auf ihre algorithmische Umsetzung in Uploadfiltern hin entworfen worden sind. Er erläutert:

„Das UrhDaG-E differenziert insofern zwischen Nutzungen, deren Zulässigkeit nach dem aktuellen Stand der Technik (noch) nicht maschinell überprüfbar ist (§ 5 UrhDaG-E) und Nutzungen, die bereits heute automatisiert auf ihre urheberrechtliche Zulässigkeit hin überprüft werden können (§ 6 UrhDaG-E).“ (Diskussionsentwurf S. 34)

Maschinell überprüfbare gesetzlich erlaubte Nutzungen (§ 6 UrhDaG-E) betreffen die hier im Entwurf neu eingeführte Bagatellschranke. Sie erlaubt die öffentliche Wiedergabe zu nicht kommerziellen Zwecken von bis zu 20 Sekunden eines Films oder einer Tonspur, bis zu 1.000 Zeichen eines Textes und ein Lichtbild oder eine Grafik mit einem Datenvolumen von bis zu 250 Kilobyte (§ 6 UrhDaG-E).

Die Digitale Gesellschaft begrüßt die Einführung einer Bagatellschranke, würde es jedoch bedauern, wenn der Preis dafür Uploadfilter

wären, in die die Schranke als untere Schwellenwerte in den Schutzbereich eingezogen werden (s. unten „Nutzerrechte“). Das wäre ein schlechter Deal.

Von Schrankennutzungen wie Zitate, Karikaturen, Parodien und Pastiche (gem. § 51 UrhG-E) sagt der Entwurf, ihre Zulässigkeit sei „nach dem aktuellen Stand der Technik (noch) nicht maschinell überprüfbar“. Das verwundert, suggeriert es doch, dass sich Technik eines Tages so weit entwickeln könnte, dass sie Streitigkeiten darüber, ob etwas ein zulässiges Zitat oder eine freie Benutzung war, selbständig entscheiden könnte. Dabei handelt es sich um Güterabwägungen, die vor Gericht Jahre, – im hier einschlägigen Fall Pelham (EuGH, [C-476/17 „Metall auf Metall“](#), 29.07.2019) inzwischen 21 Jahre –, dauern können. Somit nährt das „noch nicht“ den Technikmystizismus, dass insbesondere KI eines Tages alle unsere Probleme lösen werde.

Wie werden die geforderten „Maßgaben hoher branchenüblicher Standards“ für Uploadfilter sowie die Kriterien für ihre Verhältnismäßigkeitsprüfung, der zufolge sie geeignet, wirksam und in den Kosten zumutbar sein müssen (§ 1 Abs. 2 UrhDaG-E), jeweils festgelegt? Die Richtlinie sieht dafür Zusammenarbeit und Dialog vor. Letztes meint den [Stakeholder-Dialog zu Artikel 17](#) in Brüssel, der gerade zu Ende geht.

Doch ein vergleichbares Forum der vier Akteursgruppen, das ein regelmäßiges Fact-Finding durchführt und festlegt, was nach aktuellem Stand jeweils als wirksam und zumutbar gilt, sieht der vorliegende Entwurf nicht vor. So bleibt nur der Weg, dass die Entscheidungen von Beschwerdeverfahren, außergerichtlicher Streitbeilegung und Gerichten den jeweils geforderten Stand fortschreiben. Doch nicht nur für das Entstehen eines Entscheidungskorpus in diesem neuen Konfliktfeld sind Berichtspflichten unerlässlich (s. unten „Datenbanken und Berichtspflichten“).

Beschwerden: die Plattform entscheidet innerhalb einer Woche

Die Plattform hat ein wirksames, kostenfreies und zügiges Beschwerdeverfahren anzubieten, das Nutzern gegen Sperrung und Entfernung offensteht (Art. 17 Abs. 9 [DSM-RL](#) umgesetzt in §§ 14 und 15 UrhDaG-E). Aufgrund der im Entwurf neu eingeführten Kennzeichnung als erlaubte Nutzung, die eine Sperran-

ordnung ausschaltet, steht das Verfahren, anders als in der Richtlinie, auch Rechteinhabern gegen eine öffentliche Wiedergabe zur Verfügung. Für beide ordnet der Vorschlag an:

„(2) Beschwerden sind zu begründen.

(3) Entscheidungen über Beschwerden müssen von natürlichen Personen getroffen werden, die unparteiisch sind.

(4) Der Diensteanbieter ist verpflichtet, ...

3. innerhalb einer Woche nach Einlegung über die Beschwerde zu entscheiden.“ (§ 14 UrhDaG-E)

Neben diesem internen Beschwerdeverfahren können Plattformen ihre Pflichten auch an eine vom Bundesamt für Justiz anerkannte externe Beschwerdestelle delegieren (§ 15, nach dem Modell der “regulierten Selbstregulierung“ im [NetzDG](#)). So könnte etwa [EDiMA](#), der europäische Dachverband der großen Plattformen (Facebook, Google, Twitter, Microsoft, Amazon, Airbnb [usw.](#)) eine solche Beschwerdestelle für ihre Mitglieder einrichten.

In der [Geschichte der DSM-RL](#) war lange klar, dass Plattformen Stay-down-Filter und Beschwerdemechanismen zwar anbieten, aber nicht entscheiden sollen. Die finale Fassung sagt, dass Beschwerden unverzüglich zu bearbeiten und Sperrentscheidungen einer von Menschen durchgeführten Überprüfung zu unterziehen sind, nicht aber, dass die Plattform die Entscheidung zu treffen hat. Der EuGH hat in einem für Filterpflichten einschlägigen Urteil entschieden, einer Plattformen dürfe auferlegt werden, das künftige Hochladen eines „wörtlichen und/oder sinngleichen“ Inhalts mit einem von einem Gericht für rechtswidrig erklärten Inhalt zu verhindern. Dies jedoch nur, wenn er spezifische Einzelheiten umfasst, die vom beurteilenden Gericht identifiziert worden sind.

„Unterschiede in der Formulierung dieses sinngleichen Inhalts im Vergleich zu dem für rechtswidrig erklärten Inhalt dürfen jedenfalls nicht so geartet sein, dass sie den Hosting-Anbieter zwingen, eine autonome Beurteilung dieses Inhalts vorzunehmen, ... so dass er auf automatisierte Techniken und Mittel zur Nachforschung zurückgreifen kann.“ ([Glawischnig-Piesczek v Facebook](#), EuGH 2019)

Auch der EuGH geht also davon aus, dass Techniken zur automatisierten Inhalteerkennung im Einsatz sind, diese aber nur mit Merkmalen bestückt werden dürfen, die ein Gericht derart identifiziert hat, dass die Plattform sie ohne eigene Beurteilung in den Filter-Algorithmus übersetzen kann. Keinesfalls aber dürfte ihr auferlegt werden, eine autonome Beurteilung eines Inhalts vorzunehmen.

Genau das aber sieht der vorliegende Entwurf vor. Sowohl im internen wie im externen Beschwerdeverfahren entscheidet die oder ein Zusammenschluss von Plattformen, in beiden Fällen durch natürliche Personen. Die algorithmische Entscheidung des Filters darf also nicht wiederum durch einen Algorithmus überprüft werden. Im internen Fall müssen diese Personen „unparteiisch“ sein, im externen Fall „unabhängig“ und zudem über „Sachkunde“ und „sachgerechte Ausstattung“ verfügen (Verweis in § 15 Abs. 2 UrhDaG-E auf § 3 Abs. 6 [NetzDG](#)).

Diese Personen sind somit von einer Plattform oder einem Industrieverband beschäftigt und bezahlt. Je nach Rechtsprechung haben Plattformen strukturelle Anreize, entweder mehr zu sperren, wenn die Haftung streng ausgelegt wird, oder weniger, was ihre Kundenzufriedenheit erhöht. Wie ist dann zu erwarten, dass die entscheidenden Personen unparteiisch und unabhängig von den Interessen ihres Arbeitgebers sein können?

Das Gros der Streitfälle wird Schrankennutzungen betreffen, die sich aus Grundrechten begründen und ausdrücklich durch Uploadfilter nicht behindert werden dürfen (Art 17 Abs 7 [DSM-RL](#)). Dabei handelt es sich um Abwägungen, die laut Entwurf noch nicht, – nach unserer Überzeugung grundsätzlich nicht –, von Algorithmen vorgenommen werden können. Diese Entscheidungen sollen nun im internen Beschwerdeverfahren unparteiische, aber sonst nicht weiter qualifizierte (z.B. Sachkunde, eine urheberrechtliche Ausbildung) Personen innerhalb einer Woche treffen.

Führt das Beschwerdeverfahren nicht zur Beilegung des Streits, sehen Richtlinie wie Entwurf überdies eine außergerichtliche Streitbeilegung durch private Schlichtungsstellen (§ 17 UrhDaG-E) vor, für die wieder das [NetzDG](#) maßgeblich ist. Steht eine private Stelle nicht zur Verfügung, so richtet das Bundesamt für Justiz eine behördliche Schlichtungsstelle ein, ebenfalls nach

Maßgabe des NetzDG (§ 18 [NetzDG](#)). Schließlich steht allen Parteien jederzeit der Rechtsweg offen (§ 13 Abs. 4 UrhDaG-E).

Wenn die Nutzung des Beschwerdeverfahrens die Preisgabe von personenbezogenen Daten voraussetzt, wird dies viele Menschen abschrecken, wie die Erfahrungen mit dem Beschwerdeverfahren nach dem US-amerikanischen [DMCA](#) gezeigt haben ([Urban et al. 2017](#); vgl. unten „Datenschutz“). Für die meisten Fälle, die zur Beschwerde kommen, wird deren Entscheidung die letzte sein. Es ist nicht damit zu rechnen, dass viele der Streitfälle über Nutzungsrechte vor Gerichte kommen, wo sie hingehören.

Die Digitale Gesellschaft hält die zunehmende Privatisierung der Rechtsdurchsetzung für falsch. Streitgegenstand von Beschwerden werden im Wesentlichen die Nutzerrechte sein, die sich aus Grundrechten in EU-Grundrechte-Charta und Grundgesetz begründen und nach Artikel 17 unbedingt zu gewährleisten sind. Inhabesperren schränken die Meinungsfreiheit und die Informationsfreiheit anderer Nutzer ein, sich aus den gesperrten Beiträgen zu informieren, und sie haben einen 'chilling effect', wenn öffentliche Äußerungen unterbleiben, weil ihre Sperrung erwartet wird.

Es geht also um gravierende Auswirkungen, die der Entwurf zu minimieren versucht, aber natürlich nicht ganz ausschließen kann, und daher als Rechtsbehelf ein Beschwerdeverfahren vorsieht. Dazu erläutert er, dass er die Regelung beschränke „auf einige fundamentale Grundsätze (Gebot des rechtlichen Gehörs, zügige Entscheidung), belässt den Diensteanbietern im Übrigen aber hinreichenden Spielraum zur Ausgestaltung des Verfahrens“ (Diskussionsentwurf S. 95).

Entscheidungen über grundrechtlich verankerte Nutzerrechte, komplexe Güterabwägungen, die nicht algorithmisierbar sind, dürfen nicht den Plattformen oder anderen privatwirtschaftlichen Einrichtungen übertragen werden. Die Maxime „Private First“, also etwa eine behördliche Schlichtungsstelle nur vorzusehen, wenn eine private

nicht zur Verfügung steht, ist hier, mehr noch als an anderen Stellen, fehl am Platz.

Angesichts der schwerwiegenden Folgen für die Kommunikations- und Informationskultur im Internet überwiegt das öffentliche Interesse und damit die Verantwortung der öffentlichen Hand.

Daher wäre der richtige Weg, die Plattformen zum Betrieb der Verfahren für Kennzeichnung und Beschwerden zu verpflichten, im Streifall jedoch alle entscheidungsrelevanten Informationen zur Prüfung an eine Stelle beim Bundesamt für Justiz zu übergeben, die entscheidet. Nur so ließe sich gewährleisten, dass sich unabhängiges, urheberrechtlich qualifiziertes und sachgerecht ausgestattetes Personal sachgerecht mit Streitfällen über Nutzerrechte befasst. Anders als bei einer Vielzahl von Beschwerdestellen in konkurrierenden Plattformunternehmen, externen Beschwerdestellen und privaten Schlichtungsstellen könnte hier in einer (öffentlichen) Hand ein Korpus von Erfahrungswissen und Fallentscheidungen entstehen, das künftige Entscheidungen effizienter und vor allem konsistenter macht und damit vorhersagbar und rechtssicher für die Beteiligten. Außerdem wäre bei einer Behörde eher zu gewährleisten, dass dabei anfallende personenbezogene Daten datenschutzgerecht verarbeitet und nicht für andere Zwecke, wie das Trainieren von KI-Algorithmen oder das Anreichern von Nutzerprofilen, missbraucht werden. Dabei wäre zu überlegen, die Plattformen an der Finanzierung des behördlichen Verfahrens zu beteiligen. Die Entscheidungskontrolle darüber sollten sie nicht haben.

Nutzerrechte: Zuckerguss auf der bitteren Pille

Uploadfilter

„Nutzer“ meint im Urheberrecht korporative Werknutzer wie Rundfunkstationen, Bibliotheken, Schulen. Artikel 17 richtet sich zunächst auf private Nutzer von Upload-Plattformen. Dies jedoch nur, insofern diese urheberrechtlich geschützte Werke hochladen, in der Absicht, sie öffentlich zugänglich zu machen. Wir haben es also mit einer Doppelfigur zu tun, mit Nutzern von Plattformen, die zugleich Werknutzer sind. Und dies nur, wenn sie Urheber- oder verwandte Schutzrechte Dritter nutzen.

Entsprechend sehen Richtlinie und Entwurf vor, dass die von den Plattformen zu erwerbenden Lizenzen sich auch auf den Nutzer erstrecken, „sofern dieser nicht kommerziell handelt oder keine erheblichen Einnahmen erzielt“ (§ 9 Abs 1 UrhDaG-E). Umgekehrt erstreckt sich auch die Erlaubnis zur öffentlichen Wiedergabe eines Nutzers, z.B. eine [Creative Commons-Lizenz](#), auf die urheberrechtlich relevanten Handlungen der Plattform (§ 9 Abs 2 UrhDaG-E).

Neben solchen vertraglichen gewährt das Urheberrecht auch gesetzliche Erlaubnisse, die neben der Inklusion in die Plattformlizenz und dem Beschwerderecht im Nachhinein den Kern der Nutzerrechte in Artikel 17 ausmachen, seiner vierten Säule (Art. 17 Abs. 7 [DSM-RL](#)). Die stärkt die Richtlinie, indem sie Schranken zu einklagbaren Rechten macht (Art. 17 Abs. 9 Satz 6 [DSM-RL](#)).

„Nach dem Wortlaut von Artikel 17 Absatz 7 DSM-RL sollen die Bestimmungen es den Nutzern ermöglichen, 'nutzergenerierte Inhalte' ('User Generated Content'; UGC) hochzuladen und zu teilen. Ausweislich ErwG 70 DSM-RL soll dabei insbesondere die Meinungs- und Kunstfreiheit der Nutzer geschützt werden. Vor diesem Hintergrund erscheint es angezeigt, diese 'klassischen' Urheberrechtsschranken im Lichte aktueller sozialer Praktiken der kreativen Auseinandersetzung mit vorbestehenden Inhalten (etwa die soziale Praxis der 'Memes') zu interpretieren.“ (Diskussionsentwurf S. 87)

Der Entwurf vollzieht diese Neuinterpretation auf zwei Wegen. Die Richtlinie schreibt ausdrücklich folgende Nutzerrechte europaweit vor:

- „a) Zitate, Kritik und Rezensionen;
- b) Nutzung zum Zwecke von Karikaturen, Parodien oder Pastiches.“ (Art 17 Abs 7 [DSM-RL](#), wortgleich übernommen aus Art 5 Abs 3 lit d und k [InfoSoc-RL](#))

Das Zitatrecht in § 51 [UrhG](#) ist grundsätzlich und in seinem Umfang an besondere Zwecke gebunden. Dazu gehören nach herrschendem Rechtsverständnis Kritik und Rezension, aber auch Karikatur und Parodie (Vgl. Dreier/Schulze Kommentar UrhG § 51). In Umsetzung der DSM-RL ergänzt der Entwurf den bestehenden § 51 [UrhG](#) um ein ebenfalls unvergütetes Nutzungsrecht ausdrücklich auf „die Vervielfältigung, die Verbreitung und die

öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten Werkes zum Zweck der Karikatur, der Parodie und des Pastiches“ (§ 51a UrhG-E).

Zudem hat der Entwurf die EuGH-Entscheidung umzusetzen, die die Bestimmung des § 24 [UrhG](#) (Freie Benutzung) für mit dem Unionsrecht nicht vereinbar erklärt hat (EuGH, [C-476/17 „Metall auf Metall“](#), 29.07.2019). Entsprechend hebt der Entwurf den § 24 [UrhG](#) auf und überträgt seine Funktion auf § 23 UrhG-E, der mit dem „Abstand zum verwendeten Werk“ das wesentliche Merkmale der freien Benutzung in EU-rechtskonforme Form bringt.

Das UrhDaG-E erklärt dann zu „maschinell nicht überprüfbaren gesetzlich erlaubten Nutzungen“ die „öffentliche Wiedergabe und die hierfür erforderliche Vervielfältigung von urheberrechtlich geschützten Werken und Teilen von Werken zu folgenden Zwecken:“ § 51 [UrhG](#), der neue § 51a UrhG-E sowie „für sonstige gesetzlich erlaubte Fälle der öffentlichen Wiedergabe und der hierfür erforderlichen Vervielfältigung nach Teil 1 Abschnitt 6 des Urheberrechtsgesetzes.“ (§ 5 UrhDaG-E; zu den sonstigen Erlaubnissen gehören § 48 Öffentliche Reden, § 49 Zeitungsartikel und Rundfunkkommentare, § 50 Berichterstattung über Tagesereignisse, § 60 Bildnisse, § 60a Unterricht und Lehre, § 60c Wissenschaftliche Forschung und § 61 Verwaiste Werke, [UrhG](#)).

Der zweite Weg, auf dem der Entwurf die klassischen Schranken neuinterpretiert und auf übliche soziale Praktiken im Internet antwortet, sind die bereits genannten maschinell überprüfbaren gesetzlich erlaubten, vergüteten Bagatellnutzungen (§ 6 UrhDaG-E).

Die Nutzerrechte sind gestärkt. Doch was, wenn eine Sperranweisung von Rechteinhabern dazu führt, dass der Uploadfilter einen Inhalt mit zulässigem Zitat zunächst sperrt? Da Filtersysteme zwar angemeldete Werke, nicht aber die Zulässigkeit ihrer Nutzung erkennen können, wäre die logische Konsequenz, automatisierte Sperrentscheidungen generell zu verbieten und jedes Anschlagen des Filters einer qualifizierten menschlichen Überprüfung zu unterziehen. Diese Konsequenz hat die Richtlinie und auch ihr Umsetzungsvorschlag nicht gezogen.

Somit bliebe der Uploaderin bei einer unberechtigten Sperrung, sich zu beschweren. Große Rechteinhaber haben in den [Brüsseler Dialogen](#) ihre Auffassung vorgetragen, dass Verletzungen von Schrankenrechten grundsätzlich nur

im Nachhinein zu beheben seien. Dem widerspricht die Richtlinie deutlich mit der Vorschrift, dass sicherzustellen ist, dass sich alle Nutzer in ganz Europa auf die Nutzerrechte stützen und sie gerichtlich geltend machen können (Art. 17 Abs. 7 und 9 [DSM-RL](#)). Beschwerdeverfahren sind zwar notwendig, aber nicht hinreichend, um Nutzerfreiheiten zu sichern. Der Entwurf folgert daraus richtig, dass Nutzerrechte im Vorhinein zu sichern sind.

Die Frage, ob im Streitfall der strittige Inhalt bis zur Entscheidung online zugänglich sein oder gesperrt werden soll, zog sich durch die ganze [Entstehungsgeschichte der Richtlinie](#). Sperrentscheidungen sind zeitkritisch. In der schnelllebigen Online-Öffentlichkeit verpufft ein Kommentar zu einem aktuellen Ereignis, wenn er erst eine Woche später freigeschaltet wird. Daher war schon früh vorgeschlagen worden, dass eine Beschwerde eines Nutzers gegen die Sperrung seines Uploads dazu führen sollte, dass dieser bis zur Entscheidung zugänglich bleibt (Art. 17 Abs. 2 [DSM-RL Rat-E 16.11.2017](#)). Letztlich verlangt Artikel 17 Absatz 7 [DSM-RL](#), dass Nutzerrechte in jedem Fall zu wahren sind, unterlässt es aber einen Sicherungsmechanismus im Vorhinein vorzusehen.

Um diese Lücke zu füllen, schlägt das BMJV bereits in der [deutschen Protokollerklärung](#) verfahrensrechtliche Garantien vor,

„etwa wenn Nutzer beim Upload mitteilen, dass sie Inhalte Dritter erlaubterweise hochladen. Eine Löschung könnte in diesen Fällen also nicht automatisch, sondern erst nach einer von Menschen durchgeführten Überprüfung zulässig sein.“

Ein solches „Pre-Flagging“ findet sich auch in Stellungnahmen von Rechtswissenschaftlern wie [Gerald Spindler](#) und einer [Gruppe von 50 Akademikern aus ganz Europa](#). In den Brüsseler Dialogen wurde dieser Mechanismus sowohl von der Internationalen Vereinigung für die Public Domain [Communia](#) wie von einem großen Rechteinhaber, ProSiebenSat.1, durch sein Tochterunternehmen für Webvideo-Produktion und -Marketing, [Studio 71](#), vorgetragen.

Genau dieses Modell setzt der vorliegende Entwurf um. Upload-Plattformen müssen Nutzer beim Hochladen auf die Erlaubnisse hinweisen und ihnen ermöglichen, die Nutzung als vertraglich oder gesetzlich erlaubt zu kennzeichnen (§ 8 Abs 1 UrhDaG-E). Ist die Kennzeichnung nicht „offensichtlich unzutreffend“ (§ 12 UrhDaG-E), so darf die Plattform den Inhalt nicht sperren oder entfernen und muss den Rechteinhaber über die öffentliche Wiedergabe informieren (§ 8 Abs 2 UrhDaG-E). Der Entwurf erläutert:

„Dies umfasst auch die Nutzung auf Grundlage von Creative-Commons-Lizenzen. Schließlich sollte auch ein Mechanismus vorgesehen werden, um zu verhindern, dass die Wiedergabe gemeinfreier Werke (etwa der Upload einer konzertanten Aufführung der klassischen Musik) deshalb geblockt wird, weil ein Rechtsinhaber Schutzrechte an einer Aufnahme dieses gemeinfreien Werkes angemeldet hat, denn dieser Schutz bezieht sich nur auf die konkrete Aufzeichnung. Die Nutzung des gemeinfreien Werkes, etwa im Rahmen einer anderen Aufführung, ist gesetzlich erlaubt.“ (Diskussionsentwurf S. 90 f.)

Die Digitale Gesellschaft begrüßt die ausdrückliche Berücksichtigung von freilizenzierten und gemeinfreien Werken. Wir erlauben uns jedoch, auf Fragen hinzuweisen, die sich daraus ergeben. Auf eine weist bereits der Entwurf hin: Bei der Erstreckung der Erlaubnis eines Nutzers auf Diensteanbieter sind etwaige Beschränkungen zu beachten.

„Eine Erstreckung kommt beispielsweise dann nicht in Betracht, wenn die dem Nutzer erteilte Lizenz lediglich nicht kommerzielle Nutzungen erlaubt. Denn der Diensteanbieter handelt nach der Definition in § 2 Absatz 1 Nummer 3 UrhDaG-E stets kommerziell.“ (Diskussionsentwurf S. 91)

Während [Creative Commons-Lizenzen](#) (CC) Nutzungen weitgehend und vergütungsfrei erlauben, behalten die NC-Varianten (Non-Commercial) die kommerzielle Nutzung vor. Nun liegen CC-Lizenzen im Idealfall auch in einer maschinenlesbaren Form vor, sind also auf algorithmisch kontrollierte Inhalteumgebungen hin konzipiert. Im Idealfall könnte ein Uploadfilter diese Lizenzinformation erkennen und befolgen. In vielen Fällen werden Uploads mit CC-Werken diese maschinenlesbare Information nicht enthalten. Für diese Fälle, aber auch, um einer missbräuchlichen Kennzeichnung eines Werkes als CC-lizenziert zu begegnen, bräuchte es autoritative Quellen für Rechte- und Lizenzinformationen

bei Registrierungsstellen oder Verwertungsgesellschaften. So wird etwa die [Cultural Commons Collecting Society](#) (C3S i.Gr.) die vorbehaltenen kommerziellen Nutzungen von CC-NC-lizenzierten Werken und Aufnahmen kollektiv wahrnehmen. Alle Werke unter CC, außer CC-NC, müssten von der Vergütungspflicht der Plattformen ausgenommen werden. Soll dies durch individuelle Erkennung erfolgen oder pauschaliert nach Stichproben?

Selbst wenn CC-Lizenzen erkannt werden können, müssen Plattformen sie auch berücksichtigen, und das nicht nur in der Abrechnung. So erlaubt etwa Youtube seinen Nutzern zwar, ihre Uploads unter CC zu stellen, aber nur eine einzige Variante (CC-BY, s. [Youtube: Creative Commons](#)). Diese erlaubt, ebenso wie die [Standard-YouTube-Lizenz](#), die Weiterverbreitung des Werkes. Die aber unterbindet Youtube, indem es sie in seinen AGB zwar ausdrücklich erlaubt, aber nur „soweit dies ... durch Funktionen des Dienstes ermöglicht wird“ ([Youtube AGB: Lizenz an andere Nutzer](#)). Da Youtube keine Download-Funktion anbietet, verhindert es lizenzwidrig ausdrücklich vom Rechteinhaber erlaubte Nutzungen. Andere Plattformen erlauben bislang nicht einmal eine CC- oder andere Freilizenzierung.

Mit Cover-Aufnahmen von gemeinfreier Musik spricht der Entwurf zudem ein ungelöstes Problem an. Technologien zur Erkennung von Inhalten verwenden ähnlichkeiterhaltende Fingerprints, um nicht nur bitgenaue Kopien, sondern auch technisch abweichende oder bearbeitete Versionen eines Werks zu erkennen. Meldet ein Label die leistungsschutzrechtlich geschützte Einspielungen eines gemeinfreien Musikwerks zur Sperrung oder Monetarisierung an, führt dies regelmäßig zur Sperrung anderer, einschließlich gemeinfreier Aufnahmen. Filter können zwar „Ähnliches“ erkennen, müssten bei Cover-Versionen jedoch auch noch die signifikanten Unterschiede im „Ähnlichen“ erkennen können. Das ist ein Zielkonflikt, die die Filtertechniker bislang noch nicht gelöst haben (vgl. [Bill Rosenblatt 02.01.2017](#)).

Der Entwurf ist sich offenbar einer Reihe von Problemfeldern bei seinem Anliegen bewusst, spricht sie an, trifft dafür aber keine Vorkehrungen.

Die Digitale Gesellschaft begrüßt die Stärkung der Nutzerrechte und von freilizenzierten und gemeinfreien Inhalten. Insbesondere die Einführung der Bagatellschranke ist ein Schritt hin zu einem [Recht auf Remix](#), das wir und viele andere seit langem fordern. Allerdings bedauern wir, dass sich unter dem Zuckerguss der Remix-Freiheit die bittere Pille Uploadfilter befindet.

Datenschutz: bislang fast gänzlich unbeachtet

Datenschutz gab es in der DSM-RL zunächst nur formelhaft am Ende, nach den Übergangsbestimmungen. Dort hieß es für die ganze Richtlinie, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten im ihrem Zusammenhang im Einklang mit dem geltenden Datenschutzrecht erfolgen muss ([Art. 20 DSM-RL-KOM-E 14.09.2016](#)). Die [Folgenabschätzung](#), die die Kommission zusammen mit ihrem initialen Entwurf vorlegte, geht ausführlich auf Technologie zur Erkennung von Inhalten ein (u.a. Annex 12A in [Band 3](#)). Doch ein Bewusstsein, dass eine automatisierte Kontrolle der Inhalte von Nutzern notwendig immer auch deren personenbezogenen Daten berührt und demnach auch der Datenschutz in eine Folgenabschätzung gehört, gab es offenbar noch nicht. Was umso bemerkenswerter ist, als zeitgleich das Monumentalwerk des europäischen Datenschutzes, die [DSGVO](#) entsteht.

Eingang spezifisch in Artikel 17, damals noch 13, hält der Datenschutz erst mit dem [Entwurf des Rechtsausschusses des EP vom 29.06.2018](#). Der schlägt vor:

Nach Maßgabe der [DSGVO](#) darf es im Hinblick auf die in dem Artikel vorgeschriebenen Maßnahmen „nicht erforderlich sein, einzelne Nutzer, die Inhalte hochladen, zu identifizieren und ihre personenbezogenen Daten zu verarbeiten“ (Art. 13 Abs. 2 [DSM-RL JURI-Entwurf 29.06.2018](#)).

Aus dem Verbot der Verarbeitung von personenbezogenen Daten in Uploadfiltern ist in der Endfassung neben der Generalklausel in Artikel 28, die nun ebenfalls auf die gesamte Richtlinie bezogene Bestimmung in Artikel 17 geblieben:

„Diese Richtlinie ... darf weder zur Identifizierung einzelner Nutzer führen noch als Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten dienen, außer dies

erfolgt im Einklang mit der Richtlinie 2002/58/EG und der Verordnung (EU) 2016/679“ (Art. 17 Abs. 9 [DSM-RL](#)).

Diese Bestimmung ignoriert der vorliegende Entwurf vollständig. Datenschutz kommt darin gar nicht vor. Nicht einmal unter den in der Begründung aufgelisteten betroffenen Grundrechten (Diskussionsentwurf S. 44 ff.) findet sich ein Hinweis darauf.

Umgekehrt sieht er eine Reihe Mechanismen vor, die personenbezogene Daten betreffen. Das ist zunächst die Staydown-Vorschrift in §§ 10 und 11 UrhDaG-E. Eine solche Uploadfilterung stellt eine massenhafte automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten dar, allein schon weil dabei, wie bei jedem Schritt im Internet, IP-Adressen, Gerätekennungen und andere Identifikatoren anfallen, die Rückschluss auf den Nutzer erlauben. Uploads sind in aller Regel mit Nutzeraccounts verknüpft, an denen meist eine Fülle weiterer personenbezogener Daten angelagert sind.

Angesichts der komplexen technischen Infrastruktur zur Inhaltekontrolle, die der Entwurf an vielen Stellen voraussetzt oder schafft, wären, über einen pauschalen Verweis auf die DSGVO hinaus, Vorschriften dringend geboten, um ihr im spezifischen Zusammenhang von Uploadfiltern Geltung zu sichern. Entwickler und Anwender dieser Systeme sollten zumindest klare Anreize erhalten, diese nach den Grundsätzen des Datenschutzes durch Technik (data protection by design) und durch datenschutzfreundliche Voreinstellungen (data protection by default) zu gestalten und betreiben. Dazu gehört, dass die Verarbeitung personenbezogener Daten minimiert und diese so schnell wie möglich pseudonymisiert werden.

Der Entwurf zielt in die entgegengesetzte Richtung. So heißt es zur Prüfung, ob eine Kennzeichnung „offensichtlich unzutreffend“ ist:

„Bei der Kennzeichnung einer Nutzung als vertraglich erlaubt kann sich die offensichtliche Unzulässigkeit der Kennzeichnung gleichwohl aus anderen Umständen ergeben, insbesondere aus der Person des Nutzers und der Art des Inhalts: So dürfte es auszuschließen sein, dass (private) Nutzer von Diensteanbietern über entsprechende Rechte an vollständigen Spielfilmen verfügen.“
(Diskussionsentwurf S. 93)

Daraus folgt: Erkennt der Filter in einem gekennzeichneten Upload mindestens 90% eines Spielfilms, zu dem eine Sperranordnung vorliegt, muss der Algorithmus (oder ein Mitarbeiter der Plattform?) prüfen, ob er von einem privaten oder einem (validieren?) Unternehmens-Account stammt. Wenn privat, schließt der Filter auf offensichtliche Unzulässigkeit und sperrt. Somit ist bei der Prüfung einer Kennzeichnung ausdrücklich auch die Person des Nutzers zu berücksichtigen. Über die weiß aber allenfalls die Plattform Bescheid.

Nun wird erwartet, dass kleinere aber auch große Plattformen keine eigene Uploadfilter entwickeln werden, sondern ihre gesetzliche Pflicht erfüllen, indem sie Filterdienstleistungen von Google & Co. einkaufen. Wie heute schon weithin Google Analytics, würde Googles Content ID von den betroffenen Plattformen „as-a-service“ eingebunden. Schließlich ist Inthaltfilterung nicht Kerngeschäft der Plattformen, sondern ein gesetzlich auferlegter Kostenfaktor. Für die hier vorgeschlagene Prüfpflicht aber, müssten die kleineren Anbieter Nutzerdaten an Google übermitteln.

Damit würde das eintreten, vor dem der Bundesbeauftragte für den Datenschutz und Informationsfreiheit, Ulrich Kelber, schon im Februar 2019 gewarnt hatte ([BfDI, PM, 26.02.2019](#)): „Letztendlich entstünde so ein Oligopol weniger Anbieter von Filtertechniken, über die dann mehr oder weniger der gesamte Internetverkehr relevanter Plattformen und Dienste läuft.“ Kelber warnte vor der akuten Gefahr einer weiteren Datenkonzentration und forderte – kurz vor Verabschiedung der Richtlinie – konkrete Schritte von der EU-Politik, um ein solches Szenario abzuwenden.

Nicht nur die Uploadfilter selbst, sondern gerade auch die Schutzmechanismen gegen sie, die Beschwerdeverfahren und außergerichtliche Streitbeilegung, sind datenschutzsensibel. Eine Studie hat gezeigt, dass die Anforderung, persönliche Informationen preiszugeben, eine starke Abschreckungswirkung gegen die Nutzung des Beschwerderechts nach dem US-amerikanischen [DMCA](#) hat ([Urban et al. 2017](#)).

Der DMCA verlangt für den Einspruch gegen eine Sperrung, dass ein Nutzer Name, Adresse, Telefonnummer, physische oder elektronische Unterschrift, eine eidesstattliche Erklärung, im guten Glauben zu handeln, dass die Entscheidung fehlerhaft, und eine Gerichtsstandserklärung abgibt (Art. 512 (g) [US Copy-](#)

[right Act](#)). Auch zu solchen möglichen Anforderungen schweigt sich der Entwurf aus. Soll gesichert werden, dass Nutzer pseudonym von ihrem Beschwerderecht Gebrauch machen können? Eine Klarnamenpflicht für's Internet ist von verschiedenen Seiten immer wieder gefordert worden, aktuell etwa von [europäischen Verlagen](#) in der Debatte über den Digital Services Act (DSA, vgl. den [Entwurf des JURI](#), 22.4.2020). Wird sie im Zusammenhang des UrhDaG nicht ausdrücklich ausgeschlossen, könnte sie bald auf anderen Wegen in die Uploadfilter kommen.

Bedient sich eine Plattform einer externen Beschwerdestelle (§ 15 UrhDaG-E), so wird die gesamte Kommunikation mit allen Beteiligten, die begründete Beschwerde, die jeweiligen Stellungnahmen und die Mitteilung der Entscheidung an eine externe, z.B. von einem Industrieverband der Plattformen betriebene Stelle ausgelagert. Auch hier fließt unweigerlich eine Fülle von personenbezogenen Daten über eine große Zahl von Nutzenden an Dritte (s. dazu oben „Beschwerden“).

Nun ist eine Funktionstrennung datenschutzrechtlich durchaus wünschenswert, sowohl beim Beschwerdemechanismus, der beim Bundesamt für Justiz anzusiedeln wäre, wie für die Uploadfilterung selbst. Eines der strukturellen Probleme, das in den [Artikel 17 Dialogen](#) deutlich wurde, ist, dass in Uploadfiltern wie Googles [Content ID](#) oder Facebooks [Rights Manager](#) die drei Komponenten – automatisierte Inhalteerkennung (ACR), automatisierte Entscheidung (ADM) und die dazu gehörigen Datenbanken für Rechteinformation (RMI) – aus einer Hand kommen. Dadurch erhöht sich die Datenmacht der Plattformkonzerne noch weiter. Alternative Anbieter von Erkennungstechnologie wie [Audible Magic](#) oder [Pex](#) haben es schwer, dagegen zu konkurrieren. Da Plattformen allenfalls auf wenige fragmentarische öffentliche, von Registrierungsbehörden oder Verwertungsgesellschaften betriebene Urheberrechts-Register zurückgreifen zu können, errichten sie ihre eigenen de facto Register: Wer seine Werke hier nicht im jeweiligen Format angemeldet hat, bekommt auch kein Geld. Auch die Bundesregierung hatte vor einer weiteren Stärkung der Marktmacht großer Plattformen mittels ihrer etablierten Filtertechnologie gewarnt und stattdessen Open-Source-Technologien mit offenen Schnittstellen (APIs),

Interoperabilität und Standardisierung gefordert sowie öffentliche, transparente Meldeverfahren, „die einem de-facto-Copyright-Register in der Hand markt-mächtiger Plattformen durch entgegenwirkt“ ([Protokollerklärung](#); vgl. unten „Datenbanken“).

Eine Uploadfilter-Infrastruktur, die eine solche Machtkonzentration vermeidet, würde dafür sorgen, dass die Upload-Plattformen keine ihrer drei Funktionen internalisieren. Stattdessen würden Plattformen, deren Kerngeschäft ohnehin nicht die Urheberrechtekontrolle ist, diese Funktionen per API extern einbinden, autoritative RMI etwa von den Verwertungsgesellschaften. Die Erkennungs- und Handlungskomponenten könnten bei geeigneten Interoperabilitätsvorschriften im Wettbewerb angeboten werden von proprietären Systemen und solchen, die auf Freier Software und offenen Standards beruhen, wie dem in ISO-Standardisierung befindlichen [International Standard Content Code](#) (ISCC).

Theoretisch ist eine technische Umsetzung vorstellbar, die zumindest für den Abgleich von Fingerprints, Wasserzeichen o.ä. eines Uploads mit den in Datenbanken gespeicherten jeden Personendatenbezug ausschließt. In ein solches datenschutzwahrendes Design würden Plattformen oder externe Dienstleister aber nur investieren, wenn es gesetzlich gefordert würde. Und es würde zusätzlich erschwert durch eine ausdrücklich auf die Person des Nutzers gerichtete Prüfpflicht.

Dagegen wendet Christoph Schmon, der für die [Electronic Frontier Foundation](#) (EFF) an den Stakeholder-Dialogen in Brüssel teilnimmt, ein, dass auch das nicht ausreicht. Dieser Datenabgleich ist nur ein Schritt einer automatischen Entscheidung darüber, ob ein bestimmter Nutzer ein bestimmtes Werk veröffentlichen darf.

„Filter verwenden vielleicht nicht immer persönliche Daten, um zu entscheiden, ob Inhalte entfernt werden sollen, aber die Entscheidung betrifft immer, was eine bestimmte Person tun kann. Oder anders gesagt: Wie kann die Überwachung und das Sperren von Uploads, mit denen Menschen ihre Ansichten zum Ausdruck bringen möchten, nicht eine Entscheidung auf der Grundlage dieser Person sein?“ ([Schmon 03.03.2020](#), deutsch bei [Netzpolitik.org 13.03.2020](#))

Mehr noch erlaubt die DSGVO über automatisierte Verarbeitung hinausgehende automatisierte Entscheidungen nur unter sehr engen Voraussetzungen:

„Die betroffene Person hat das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.“ (Art. 22 Abs. 1 [DSGVO](#))

Schmon folgert, dass die Uploads von Nutzern nur mit deren ausdrücklicher und eigenständiger Einwilligung einer auf automatisierter Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen werden dürfen. Eine Einwilligung, für die Schmon angesichts der Massenproteste gegen Uploadfilter wenig Nachfrage erwartet.

Dabei geht es ohne Frage immer auch um besonders schutzwürdige personenbezogene Daten, aus denen die ethnische Herkunft, politische Meinungen, weltanschauliche Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit oder sexuellen Orientierung hervorgehen, deren Verarbeitung die DSGVO untersagt, wenn sie auch eine Reihe von Ausnahmen zulässt (Art. 9 Abs. 1 [DSGVO](#)).

Angesichts der eklatanten Gefahren, die Uploadfilter für das Grundrecht auf Datenschutz bedeuten, haben die Digitale Gesellschaft und die [Europäische Akademie für Informationsfreiheit und Datenschutz](#) (EAID) im November 2019 eine Initiative auf europäischer und nationaler Ebene gestartet, um darauf hinzuweisen.

Unser Ziel dabei ist es einerseits, die Datenschutz-Aufsichtsbehörden in die Gesetzgebung in diesem hochtechnisierten neuen Feld einzubeziehen. In Brüssel sollte der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) am [Stakeholder-Dialog](#) oder anderweitig an der Erarbeitung der Leitlinien zur Umsetzung von Artikel 17 DSM-RL der EU-Kommission für die Mitgliedsstaaten beteiligt werden, um die am Beginn des europäischen Gesetzesprojekts versäumte Datenschutz-Folgenabschätzung nachzubessern.

Zum anderen möchten wir darauf hinwirken, dass der deutsche Gesetzgeber konkrete Schutzmaßnahmen vorsieht, um die vorgezeichneten Datenschutzprobleme zu adressieren. Ein Schritt dazu wäre eine Datenschutz-Folgenabschätzungen (DSFA). Uploadfilter mit ihrem „hohen Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen“ erfüllen gleich mehrere Kriterien, nach denen eine DSFA durchzuführen ist (Art. 35 [DSGVO](#)).

Diese Pflicht obliegt dem für die konkrete Datenverarbeitung, also den Betrieb des Uploadfilters, Verantwortlichen.

Eine DSFA kann aber auch schon im im Rahmen des Erlasses einer europäischen oder nationalen Rechtsvorschrift erfolgen, die konkreten Verarbeitungsvorgänge regelt (Art. 35 Abs. 10 [DSGVO](#)). Die DSM-RL ist ohne DSFA erlassen worden. Der Diskussionsentwurf macht eine Reihe Vorgaben für konkrete Verarbeitungsvorgänge in Uploadfiltern. Daher halten wir eine DSFA im Gesetzgebungsprozess für geboten.

Das BMJV antwortete uns (am 22.11.2019), dass es die datenschutzrechtlichen Maßgaben des Unionsrechts natürlich beachten und den Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit (BfDI) frühzeitig bei dem Gesetzgebungsvorhaben beteiligen werde. Das hat im vorliegenden Entwurf noch keinen erkennbaren Niederschlag gefunden.

Die EU-Kommission antwortete uns (03.02.2020) in formaler Wiedergabe der DSGVO, dass ihr Artikel 35 die Mitgliedstaaten zwar nicht verpflichte, eine DSFA während des nationalen Gesetzgebungsverfahrens durchzuführen, ihnen aber die Möglichkeit dazu gibt, wenn sie dies für erforderlich halten. In jedem Fall müssen sie ihre nationalen Datenschutzbehörden während der Vorbereitung einer gesetzgeberischen Maßnahme, die sich auf die Datenverarbeitung bezieht, konsultieren (Art. 36 Abs. 4 [DSGVO](#)). Der Europäische Datenschutzausschuss und der Europäische Datenschutzbeauftragte nähmen laut EU-Kommission nicht an den Stakeholder-Dialogen teil, weil ihre Teilnahme in Artikel 17 Absatz 10 [DSM-RL](#) nicht vorgesehen sei.

In einem weiteren Schreiben (vom 15.05.2020) versicherte uns die Kommission, dass sie in ihren Leitlinien an die Grundsätze der EU-Datenschutzvorschriften erinnern und bei der Überwachung der korrekten Umsetzung der DSM-RL in den Mitgliedstaaten deren vollständige Einhaltung berücksichtigen werde.

Inzwischen hat ein [Brief von 44 EU-Abgeordneten](#) der Forderung nach Berücksichtigung des Datenschutzes bei Uploadfiltern Nachdruck verliehen. Auf Initiative des Vizepräsidenten des Europäischen Parlaments und Abgeordneten der Piratenpartei, Marcel Kolaja, haben MEPs aus verschiedenen Fraktionen in einem Brief an EU-Kommissar Thierry Breton darum gebeten, den Europäischen

Datenschutzrat in den Umsetzungsprozess der Urheberrechtsrichtlinie ein-zubeziehen.

„Wir glauben, dass es angesichts der offensichtlichen Risiken unerlässlich ist, dass der Europäische Datenschutzausschuss (EDSA) in die Prüfung der anstehenden Fragen und in die Ausarbeitung der Leitlinien einbezogen wird. Wir fordern daher die Kommission auf, den EDSA gemäß Artikel 70 Absatz 1 Buchstabe e) der DSGVO zu ersuchen, die Angelegenheit zu prüfen und Leitlinien, Empfehlungen und bewährte Praktiken herauszugeben, um sicherzustellen, dass die Umsetzung der Mitgliedstaaten in nationales Recht einen starken und konsequenten Schutz personenbezogener Daten beinhaltet.“ ([Kolaja et. al., Brief an Breton, 02.06.2020](#))

Von einer entsprechenden Gesetzgebungs-DSFA in der deutschen Umsetzung erwarten wir uns Hinweise, wo Bestimmungen im Gesetz angepasst werden müssten, indem es z.B. den Einsatz technisch-organisatorischer Maßnahmen zur Verhinderung der Nutzerüberwachung (wie starke Pseudonymisierung oder [differentielle Privatsphäre](#)) vorschreibt, wo Verweise auf bestehende Pflichten ausreichen und wo möglicherweise eine Durchführungsverordnung erforderlich ist oder gar eine Zulassungs- oder zumindest Konsultationspflicht (Art. 36 Abs. 1 [DSGVO](#)) für die eingesetzten Filtertechnologien.

Das UrhDaG schafft eine höchst komplexe technische Infrastruktur, die sich primär auf Urheberrechtsdaten richtet, aber unweigerlich, wenn nicht gar ausdrücklich, die automatisierte Verarbeitung von und Entscheidung über personenbezogene Daten erfordert. Die Gestaltung einer solchen Infrastruktur muss darauf zielen, nach höchstem Stand der Technik die Eingriffsintensität in das Grundrecht auf Datenschutz zu minimieren und eine weitere Machtkonzentration bei großen Datenplattformen zu vermeiden. Wie schwierig eine datenschutzgerechte Gestaltung bei solchen komplexen System mit Millionen Nutzern ist, selbst wenn die Beteiligten alle Anstrengungen unternehmen, zeigt derzeit die Corona-Warn-App¹. Sollte sich bei der Prüfung zeigen, dass Uploadfilter nicht datenschutzkon-

1 Vgl. [Digitale Gesellschaft, 15.04.2020](#).

form umsetzbar sind, wäre Artikel 17 unionsrechtswidrig und damit zu streichen.

Urheber vor Verwertern: Verwertungsgesellschaften reformieren

Der Entwurf, wie schon andere Interventionen Deutschlands in den europäischen Gesetzgebungsprozess bis hin zur [Protokollerklärung](#), zielt darauf, durch die Regelung in erster Linie die Kreativen und nicht die Verwerter besser zu stellen. Dazu führt er das deutsche Verfassungsrecht an: „Der Gesetzgeber ist dabei grundsätzlich verpflichtet, den vermögenswerten Gehalt des Urheberrechts dem Urheber zuzuordnen. Entsprechendes gilt für Leistungsschutzberechtigte hinsichtlich des jeweiligen verwandten Schutzrechts (BVerfGE 142, 74, 96).“

Die DSM-RL unterlässt eine Binnendifferenzierung und adressiert Urheber und Verwerter nur kollektiv als „Rechteinhaber“. Eine Direktvergütung an Kreative, wie sie das deutsche Verfassungsrecht vorschreibt, sieht sie nicht vor, stellt sie den Mitgliedsstaaten jedoch frei, um Urhebern und ausübenden Künstlern eine „angemessene und verhältnismäßige Vergütung“ zu sichern ([Art. 18 DSM-RL](#)). Entsprechend schlägt der Entwurf einen verfügbaren Direktvergütungsanspruch gegen die Plattformen für lizenzierte Inhalte vor, der nur von Verwertungsgesellschaften geltend gemacht werden kann (§ 7 Abs. 1 UrhDaG-E). Eine wirtschaftliche Mehrbelastung für den Diensteanbieter ergebe sich daraus nicht.

„Doppelzahlungen an Kreative (sowohl einzelvertraglich über die Lizenzkette wie auch als Direktanspruch über die Verwertungsgesellschaft) können die Beteiligten über Kollektivvereinbarungen in entsprechender Anwendung von § 20b Absatz 2 Satz 4 UrhG ausschließen.“ (Diskussionsentwurf S. 90)

Auch im Urhebervertragsrecht stärkt der Entwurf die Position der Urheber. Durch die neuen Bagatellschranke, durch das neue ECL und ECL für nicht verfügbare Werke durch Kulturerbeinrichtungen eröffnet er ihnen weitere Einnahmen.

Die Digitale Gesellschaft begrüßt das Ziel der Bundesregierung, gerade im digitalen Urheberrecht Lösungen durch kollektive Rechtewahrnehmung zu stärken, um Kreativen eine angemessene Vergütung zu sichern.

Wir möchten aber erneut (s. unsere [Stellungnahmen vom 06.09.2019](#) und vom [31.01.2020](#)) betonen, dass dies dringend weitere Schritte nach sich ziehen muss, um Verwertungsgesellschaften demokratischer, transparenter, verteilungsgerechter und digitaler zu machen. Vor allem das Blackbox-Problem muss angegangen werden: Es gibt viele Gründe für unbezahlte, nicht zugewiesene und nicht in Anspruch genommene Vergütungsansprüche. Ein Grundproblem: Verwertungsgesellschaften erhalten pauschale Zahlungen z.B. von Radiostationen oder Clubs (gemäß Tarifen nach Publikumsgröße, vgl. [GEMA-Tarife](#)), die sie dann möglichst entsprechend der tatsächlichen Popularität der einzelnen Werke an die jeweils Berechtigten ausschütten sollten, so verlangt es zumindest ein weit verbreitetes Gerechtigkeitsgefühl, wenn auch nicht das Gesetz. Um die tatsächliche Nutzung ihrer Werke zu erheben, nehmen Verwertungsgesellschaften Stichproben vor, zu zufälligen Zeiten in ausgewählten Clubs und bei ausgewählten Radiosendern. Den so festgestellten Berechtigten werden Zahlungen im Umfang der festgestellten Nutzungen zugewiesen. Der Rest der Einnahmen wird anteilig nach ihren Zuweisungen an die festgestellten Berechtigten ausgeschüttet. Davon profitieren die beliebtesten Künstler, die häufig gespielt werden, während Independent- und Clubmusik durch das Monitoringraster fällt.

Der Entwurf verweist in § 7 Abs. 2 Satz 2 UrhDaG-E auf die Bestimmung im Urheberrechtsgesetz, die klarstellt, dass die Abrechnung von Einzelnutzungen nicht erforderlich ist, um den Vergütungsanspruch zu bestimmen: „Eine pauschale Vergütung oder eine repräsentative Stichprobe der Nutzung für die nutzungsabhängige Berechnung der angemessenen Vergütung genügt.“ (§ 60h Absatz 3 Satz 1 [UrhG](#)).

Nun zeigt inzwischen eine Fülle von innovativen Unternehmen, dass eine hochauflösende Nutzungserfassung von Werken, die in der Blockchain registriert und mithilfe von Fingerprints wiedererkannt werden, mög-

lich ist, im gesamten Social Web, incl. Mikronutzungen wie Streaming und Sampling.²

Damit fällt endlich Licht in die Blackbox. Eine sehr viel genauere und damit gerechtere Verteilung ist möglich. Als die Stichproben noch darin bestanden, dass ein GEMA-Mitarbeiter beim Radiohören oder in der Disko die Titel mitschreiben musste, mochte die Beschränkung auf Stichproben begründbar sein. Heute gibt es keinen technischen oder administrativen Grund, die in Radios und Clubs gespielte Musik nicht 24/7 zu monitoren. In der realexistierenden Digitalwelt und ebenso in einem digitalen Urheberrecht lässt sich eine auf Stichproben gestützte Ausschüttung nicht mehr rechtfertigen.³

Man kann nur vermuten, dass die Verwertungsgesellschaften die Digitalisierung verschleppen, weil es ein Eigeninteresse daran gibt, dass ein größerer Anteil der nicht zugewiesenen Blackbox-Gelder an populäre Künstler geht, als ihnen zusteht. Wenn zudem die Entscheidungsgewalt in der Verwertungsgesellschaft von der Höhe der Einnahmen abhängt, ist es unwahrscheinlich, dass sich die üblichen Privilegien ohne regulatorische Eingriffe ändern.

Es sollte eine Interesse der Verwertungsgesellschaften geben und es gibt ein öffentliches Interesse daran, dass Verwertungsgesellschaften fit für die digital Welt werden, damit sie nicht von kommerziellen Konkurrenten irrelevant gemacht werden.

Doch im Gegenteil nutzt das BMJV eine historische Gelegenheit nicht. Nachdem zwei Obergerichte (BGH und EuGH⁴) entschieden hatten, dass die Verlegerbeteiligung an den Einnahmen aus gesetzlichen Vergütungsansprüchen unrechtmäßig ist, hat der EU-Gesetzgeber es den Mitgliedsstaaten freigestellt, die rechtswidrige Enteignung der Urheber zugunsten der Verwerter fortzusetzen oder nicht ([Art. 16 Art. 16 DSM-RL](#)). Der deutsche Umsetzungsentwurf aus dem Januar nutzt diese Freiheit jedoch nicht zu einer Korrektur, sondern will Verleger künftig wieder an den Schrankenvergütungen beteiligen und den Urhebern eine Mindestquote von zwei Dritteln des Vergütungsaufkommens zu-

2 [Pex](#), [Kobalt Music Group](#), [Noctil](#), [ACRCloud](#), [Blokur](#), [IPChain](#) usw. Vgl. Tuneregistry zu [Black Box Royalties](#).

3 Vgl. Georg Fischer, [Diskotheken-Monitoring und Remixkultur: Das verschleppte Problem](#), iRights, 10.02.2016

4 [EuGH-Urteil in C-572/13](#) Hewlett-Packard Belgium SPRL v Repobel SCRL vom 12. November 2015, und [BGH-Urteil in I ZR 198/13](#) Vogel v VG Wort vom 21. April 2016.

sichern ([Diskussionsentwurf eines Ersten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes](#), 15.01.2020, S. 2, vgl. dazu [Stellungnahme Digitale Gesellschaft, 31.01.2020](#))

Die Digitale Gesellschaft begrüßt das Anliegen der Bundesregierung, Kreative mithilfe ihrer Kollektivorganisationen zu stärken. Dem widerspricht jedoch die vorgeschlagene Regelung zu Verlegerbeteiligung. Zudem verbindet sich mit den begrüßenswerten Verwertungsgesellschaftslösungen im vorliegenden Entwurf die Notwendigkeit, eine Reform der Verwertungsgesellschaft zügig voranzutreiben.

Datenbanken für Rechte und Aufsicht

Das UrhDaG-E löst, meist in direkter Umsetzung der DSM-RL, mit ihren Grundmechanismen und umrahmenden Prüf-, Informations- und Transparenzpflichten sowie Rechtsbehelfen eine Reihe von Datenströmen aus, die teils selber Datenbanken erzeugen oder sie voraussetzen.

Rechteinhaber können von Upload-Plattformen einerseits Auskunft über die Nutzung des lizenzierten Repertoires verlangen, um die Angemessenheit der geleisteten Vergütung überprüfen und die Zahlungen abrechnen zu können, und andererseits über die Funktionsweise der verwendeten Filtertechnik, um die für eine Sperrung erforderlichen Informationen beibringen zu können (§ 20 UrhDaG-E). Für die Verhältnismäßigkeitsprüfung haben Plattformen zudem Information zu Art, Publikum und Umfang des Dienstes, der Art der typischerweise von den Nutzern hochgeladenen Werke bereitzustellen, sowie, für die Ausnahmen für Startup- und kleine Diensteanbieter, ihre Umsätze.

Grundlage ist also eine (oder getrennte, aber verknüpfte) Datenbank(en) mit Fingerprints o.ä. von Werken für deren Erkennung, dazu Metainformationen (Urheber und ausübende Künstler, die direkt zu vergüten sind, ggf. Verwerter, Lizenznehmer usw., Werkinformationen, incl. den jeweiligen Kennungen (ISBN, ISRC, DOI, Personen, Unternehmensregister usw.), dazu die jeweiligen Anweisungen der Rechteinhaber zu einem Werk (Monetarisierung, Sperrung, für einen bestimmten Zeitraum, ein bestimm-

tes Territorium usw.) und schließlich eine Datenbank, in der die Art und Zahl der Nutzungen erkannter lizenzierter Werke für die Abrechnung mit Verwertungsgesellschaften und Verwertern festgehalten wird.

Die Plattformen müssen dazu Buch führen über jeden einzelnen Upload: Schlägt der Filter an? Wenn ja, sind die Prüfungen zu protokollieren, die an ihm vorgenommen wurden (Hat der Uploader den Inhalt als erlaubte Nutzung gekennzeichnet? War diese nicht offensichtlich unzutreffend? Wenn 90% eines audiovisuellen Werks: ist er eine natürliche Person? Handelt er nicht kommerziell? Hat er eine eigenständige Erlaubnis? Wenn ja, schließt diese die in jedem Fall kommerzielle Handlung der Plattform ein? Fällt der Inhalt in die Schwellenwerte der Schrankenrechte (bis zu 10 Sekunden, 250 KB usw.)? Allein aus den verschiedenen CC-Lizenzen ergeben sich jeweils unterschiedliche Verpflichtungen, die in der folgenden Datenverarbeitung zu berücksichtigen ist.

Schließlich führen auch die Rechtsbehelfe zu einem Korpus an Erfahrungen und Entscheidungen, das festgehalten werden muss. Hier manifestieren sich die Probleme von Uploadfiltern in der Rechtswirklichkeit, die möglichst genau dokumentiert werden müssen. Zum einen um intern ihre Konsistenz und damit Vorhersagbarkeit der Entscheidungen von Beschwerden und außergerichtlicher Streitbeilegung zu ermöglichen. Zum anderen, als Voraussetzung für die im neuen und äußerst konfliktgeladenen Feld der Inthaltekontrolle dringend gebotene externe Aufsicht und unabhängige Untersuchung durch Wissenschaft und Journalismus und nicht zuletzt für eine so oft beschworene 'fakten- oder datenbasierte Politik'.

Die Bundesregierung hat bereits in ihrer [Protokollerklärung](#) im April 2019 deutlich gemacht, dass sie sich dieser Probleme bewußt ist:

„Soweit hierbei überhaupt technische Lösungen zum Einsatz kommen, müssen die datenschutzrechtlichen Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung beachtet werden und die Europäische Union sollte die Entwicklung von Open-Source-Technologien mit offenen Schnittstellen (APIs) fördern. Quelloffene Software garantiert Transparenz, offene Schnittstellen Interoperabilität und Standardisierung. So kann verhindert werden, dass marktmächtige Plattformen mittels ihrer etablierten Filtertechnologie ihre Marktmacht weiter festigen. Zugleich muss die Europäische Union Konzepte entwickeln, die einem de-facto-Copyright-Register in der Hand markt-

mächtiger Plattformen durch öffentliche, transparente Meldeverfahren entgegenwirkt.“ ([Protokollerklärung](#), Abs. 5).

Damit spricht sie ein ähnlich grundlegendes und mit ihr verknüpftes Problemfeld der Urheberrechtswelt an wie Verwertungsgesellschaften: Ob Verwerter oder Nutzer, klein oder groß, alle in dieser Welt benötigen möglichst umfassende und möglichst autoritative, stets aktuelle Quellen solcher Rechteinformationen für ihre tägliche Arbeit, Quellen, die sie möglichst einfach, nahtlos in ihre Werkzeuge und Arbeitsabläufe einbinden können. Nicht zuletzt für die massenhafte Lizenzierung, die Artikel 17 vor allem bewirken will, ist sie unerlässlich.

Idealerweise gäbe es solche autoritativen Quellen, in einem mindestens europaweiten Datennetzwerk, unter Kontrolle der Rechteinhaber, transparent, so dass sich widerstreitende Ansprüche leicht erkannt und ausgeräumt werden können, einschließlich Daten zu freilizenzierten und gemeinfreien Werken, einschließlich Fingerprints, z.B. bei Verwertungsgesellschaften.

Während seiner halbjährigen EU-Ratspräsidentschaft hat Finnland die Entwicklung der Urheberrechtsinfrastruktur zu einer Priorität gemacht und dazu im Dezember 2019 eine [Bestandsaufnahme](#) vorgelegt, in der ausdrücklichen Hoffnung, „zu den nationalen Umsetzungsarbeiten der DSM-Richtlinie beitragen zu können.“ Der Bericht konstatiert eine weiterhin fragmentierte Datenlage. Es gebe zahlreiche ISO- und Industrie-Standards, die seien aber nicht interoperabel, ja, es gebe nicht einmal eine vollständige Liste aller Identifikatoren. Erste Metaformate für den Datenaustausch zwischen diesen Standards etablieren sich, am ehesten noch für Musik. Daten über Werke und Urheber sind oft falsch oder unvollständig. Dasselbe Werk ist in verschiedenen Datenbanken mit unterschiedlichen Identifikatoren eingetragen. Wo Metadaten existieren, wie dank Digitalkameras inzwischen weithin in Fotografien, gehen sie oft durch Formatwandlungen oder auch absichtlich in der Bearbeitung bis zur Veröffentlichung verloren (data-stripping). An vielen Stellen werde an Bausteinen und Werkzeugen für eine Infrastruktur für Rechteinformationen gearbeitet. Der fin-

nische Bericht nennt etwa das EU-geförderte [Ardito Project](#) des [European Publishers Council](#) (EPC), das ein Vertreter des Verlegerverbandes auf dem [vierten SHD-Treffen](#) (16.12.2019) vorstellte ([Präsentation](#), in der [Videoaufzeichnung](#) ab 2:00:00). Laut [Bericht](#) haben hätten Mitgliedstaaten und Kommission betont, dass sie sich noch im Anfangsstadium ihrer Analyse und Meinungsbildung befänden. Sein Fazit zur Lage: „Die Urheberrechts-Infrastruktur ist noch nicht voll funktionsfähig.“

Hoffnung gibt es jedoch für das Anliegen des BMJV, Transparenz, Interoperabilität und verteilte Datenmacht mithilfe von Freier Software und Standards und offenen Schnittstellen zu fördern. Genau dieses Ziele verfolgt der [International Standard Content Code](#) (ISCC). Die Entwicklung des neuen Standards wurde 2016 vom [Content Blockchain Project](#) gestartet, einem deutsch-niederländischen Konsortium. Dessen Ziel ist ein ganzes Ökosystem für Online-Inhalte. Herzstück ist ein universaler Meta-Identifikator für alle Medienarten (Text, Bild, Audio, Video): der ISCC, ein Fingerprint, der aus dem Inhalt selbst generiert und in einer eigenen Blockchain registriert wird.

Anders als bei einem fortlaufenden Nummernsystem, bei dem eine zentrale Autorität Doppelvergaben verhindert, kann es bei aus dem jeweiligen einzigartigen Inhalt generierten Identifikatoren keine Kollisionen geben. Der ISCC kann daher vollständig dezentral generiert und in der dezentralen Blockchain-Datenbank registriert werden, ohne dass ein zentrales Repository, wie es [Studio 71](#) sich in Brüssel wünschte, notwendig wäre. Jeder kann die freien ISCC-Werkzeuge verwenden, um eigene Inhalte zu fingerprinten und in der Blockchain mit Zeitstempel zu registrieren. Ebenso kann jeder einen beliebigen Inhalt fingerprinten und in der Blockchain abfragen, ob und wenn ja, zu welchem Grad, er mit einem registrierten Inhalt übereinstimmt. Mit einem Signieralgorithmus soll es möglich sein, einen Nachweis des Dateneigentums zu erzeugen. Ist ein Inhalt erst sicher identifiziert, lassen sich darauf Transaktionen, smart Contracts, Abrechnungssysteme auch für Mikronutzungen und live Streaming, Sicherung der Datenintegrität, Versionierung, Disambiguierung doppelter Inhalte usw. aufbauen. Seit Mai 2019 befindet sich der ISCC in der [Standardisierung in der ISO](#). Die Projektgründer haben zeitgleich die [ISCC Foundation](#) errichtet, die den Standard pflegt und verbreitet.

Ähnlich klare Worte, dass die Bundesregierung eine solche Entwicklung für erforderlich hält, wie in ihrer [Protokollerklärung](#), hätte sich die Digitale Gesellschaft auch im Diskussionsentwurf gewünscht. Vor allem aber sehen wir darin ein Versprechen, dass sie sich in der Gestaltung der weiteren europäischen Technologieentwicklung aktiv für diese Ziele einsetzt. Und welche bessere Gelegenheit dazu gäbe es, als die aktuelle Ratspräsidentschaft Deutschlands?

Auch für die geforderte Datenbank mit Verfahren zur Entfernung und Sperrung von Inhalten auf Upload-Plattformen gibt es ein zivilgesellschaftlich-universitäres Vorbild: die 2001 von [Wendy Seltzer](#) am Berkman Center der Harvard Universität gegründete [Lumen Datenbank](#). Sie ist die weltgrößte Datenbank, die Verfahren zur Entfernung von Online-Inhalten dokumentiert und analysiert. Im Dezember 2019 enthielt Lumen Informationen zu 12 Millionen Sperranträgen. Die meisten Sperranträge beziehen sich auf Urheberrecht und davon die meisten nach dem DMCA. Andere Vorschriften kommen hinzu. So hat das Recht auf Vergessenwerden, das EuGH in seinem [Urteil vom Mai 2014](#) eingeführt hatte, zu Millionen von Entfernungen aus Suchergebnissen geführt. Die Informationen zu den Verfahren reichen Betroffene, aber vor allem eine Reihe Plattformen selbst bei Lumen ein. Forscher, Journalisten und andere können auf Anfrage Zugang datenschutzgesicherten Zugang zu der Datenbank erhalten. Die Lumen-Betreiber selbst sind nicht in der Lage, jede der Milliarden von URLs in ihrer Datenbank zu analysieren, weder in Echtzeit noch im Nachhinein, doch eine Reihe von [Forschern](#) verwenden sie, um Muster und Trends zu erkennen (z.B. [Volokh 2020](#), [Bar-Ziv und Elkin-Koren 2018](#) und [Urban, Karaganis und Schofield 2017](#)).

Auf unsere Anregung hin waren der Lumen-Projektleiter Adam Holland und der Rechtsprofessor und leitender Lumen-Forscher Christopher Bavitz von der Harvard Uni auf dem [vierten SHD-Treffen](#) (16.12.2019) per Videokonferenz zugeschaltet ([Präsentation](#), in der [Videoaufzeichnung](#) ab 4:00:00). Ihre Kernpunkte: 1.) Systeme zum Sperren von Inhalten führen zwangsläufig zu Fehlern und Missbräuchen. 2.) Dafür gibt es keine technischen Lösungen. 3.) Transparenz darüber, wer Sperrungen beantragt, auf

welcher Grundlage und mit welchem Ergebnis, ist absolut unerlässlich für die Errichtung und Verwaltung eines Takedown- und Staydown-Regimes, aber auch für die laufende Aufsicht, die Muster von Fehlern und Missbrauch erkennen können muss.

Die Digitale Gesellschaft begrüßt nachdrücklich das Ziel der Bundesregierung einer funktionierenden, öffentlichen, transparenten, vernetzten, europäischen Urheberrechtsinfrastruktur auf Basis Freier Software und Standards und offener Schnittstellen und ermutigt sie, sich aktiv dafür einzusetzen.

Zudem möchten wir anregen, im Interesse von informierten, daten-gestützten politischen Entscheidungen nach dem Vorbild der Lumen-Datenbank eine Berichtspflicht für die relevanten Daten zu Streitfällen über Inhalteentscheidungen auf Upload-Plattformen vorzusehen – zwar nicht für die automatisierten Sperrfilter im UrhDaG-E, die es nicht geben sollte –, wohl aber für die wachsende Zahl von Inhaltesperrverfahren nach Vorschriften wie dem NetzDG, der Anti-Terror-Verordnung und dem DSA. Die Betreiber von Verfahren für Beschwerden und Streitbeilegung hätten diese Informationen gesichert an eine öffentliche Stelle zu übertragen. Die könnte etwa beim [Amt der Europäischen Union für geistiges Eigentum](#) (EUIPO) angesiedelt sein, das im Diskussionsentwurf bei kollektiver Rechtewahrnehmung ohnehin schon eine Rolle spielt. Ein Vorbild könnte das [Platform Observatory](#) sein. Das wurde im Zusammenhang mit der [Verordnung zur Förderung von Fairness und Transparenz für gewerbliche Nutzer von Online-Vermittlungsdiensten](#) (Platform-to-Business oder P2B Regulation, vom Juli 2019, wirksam ab Juli 2020) mit [Kommissionsbeschluss vom April 2018](#) eingesetzt, um die Kommission mit wissenschaftlicher Expertise zur Entwicklung der Online-Plattform-Wirtschaft zu versorgen. Dazu gehören u.a. potenziell schädliche Auswirkungen von algorithmischer Entscheidungsfindung und Ranking in Diensten wie Suchmaschinen, Datenschutz, Werbung und Vergütung z.B. für Suchergebnisse und mögliche Auswirkungen auf die Verbraucher.

Fazit: Den Konsens der ECRL bestätigen, Filterpflicht im Urheberrecht widerrufen

2003 hat die Initiative Privatkopie.net mehr als 50.000 Unterschriften für die Erhaltung von Nutzerfreiheiten in der Umsetzung der InfoSoc-RL in deutsches Recht gesammelt. Bei der Übergabe fragte uns die damalige Justizministerin Zypries, warum wir nicht an der Verbesserung von [Digitaler Rechteverwaltung](#) (DRM) mitarbeiten wollten. Meine Antwort: Ich will nicht an einer weniger schlechten Version von etwas mitarbeiten, das ich für grundsätzlich falsch halte. Was damals für eine Rechtekontrollinfrastruktur galt, die die Computer der Nutzer in kryptographisch gesicherte Abspielumgebungen für Kulturindustrieprodukte verwandeln wollte, gilt heute für automatisierte Überwachung und Sperrungen von Inhalten, mithilfe derer sich Menschen online öffentlich ausdrücken.

Die Digitale Gesellschaft erkennt an, dass das BMJV alle Anstrengungen unternommen hat, Uploadfilter einzudämmen. Gleichwohl stellen auch die am wenigsten schädlichen Uploadfilter einen Dambruch dar. Zum ersten Mal in der Geschichte der Online-Regulierung werden Plattformen präventive Sperrfilter gesetzlich vorgeschrieben. Das ist die erste Abweichung von einem seit 25 Jahren etablierten Konsens zur Online-Regulierung: Plattformen dürfen keine allgemeine Überwachungspflichten vorgeschrieben werden, ihre Haftung ist auf ein Notice-and-Action begrenzt (eingeführt im US [Communications Decency Act](#) (1996), in den [Digital Millennium Copyright Act](#) (DMCA, 1998) übernommen und in der [Richtlinie über den elektronischen Geschäftsverkehr](#) (E-Commerce-Richtlinie, ECRL, 2000) ins europäische Recht eingeführt).

Hier im Urheberrecht, in Artikel 17 und seiner Umsetzung im UrhDaG-E, würde die ohnehin bereits vielerorts freiwillig wachsende Online-Filter-Infrastruktur für alle relevanten Plattformen verbindlich etabliert. Der Entwurf sieht zunächst wenig schädlichen Voreinstellungen vor. Doch ändern sich die politischen Mehrheitsverhältnisse, können die Stellschrauben einfach auch ganz anders gesetzt werden.

Wohin das führen kann, zeigt eine vom britischen Amt für geistiges Eigentum in Auftrag gegebenen Studie: [Music 2025: The Music Metadata Dilemma](#) vom Juni 2019. Darin wird der Schlachtruf ausgegeben: „Kein Upload ohne Identität“. Alle Inhalte, die auf eine kommerzielle Plattform hochgeladen werden, müssten zuverlässig mit einer international anerkannten, öffentlich zugänglichen Kennungen versehen werden. Wie die Klarnamenpflicht für Menschen im Netz, soll jeder Inhalt an der Grenze zur digitalen Öffentlichkeit seine Berechtigung ausweisen. Darin wird der schlimmste Albtraum der Uploadfilter erkennbar: dass sie von Blacklist auf Whitelist umgeschaltet werden, also nicht, wie bislang, alles durchlassen, für dass keine gegenteilige Information, ein Staydown, vorliegt, sondern alles blockieren, das keine Rechteinformation und Erlaubnis vorweisen kann.

Mit den Uploadfiltern ist es wie mit dem Hammer, der jedes Problem als Nagel erscheinen lässt. Ist die Filterinfrastruktur mit ihren Datenbanken und Erkennungs- und Entscheidungsalgorithmen einmal etabliert, drängt sich bei jedem neuen Problem auf, seine Lösungen im Rahmen dieser Infrastruktur zu suchen. Z.B.: Eine Schranke für übliche Nutzer-Kreativität wie Meme wird gesucht. Nichts einfacher, als im Filter die richtigen Stellschrauben zu setzen, und schon fällt die technisch präzise, selbstexekutierende, passgenaue Schranke hinten raus.

Z.B.: Terror-Propaganda, Kinderpornografie, Hasskriminalität, nicht strafrechtlich relevante Hassrede, Fake News usw. sollen aus dem Netz beseitigt werden. Nichts leichter, als in eine bestehende Filterinfrastruktur weitere Datenbanken einzuhängen. Noch zeigt die laufende Debatte um strafrechtliche Filterung und vor allem um die Überarbeitung der horizontalen Plattform-Regulierung, der E-Commerce-Richtlinie, hin zum DSA, dass der Damm zu halten scheint und der bisherige Grundkonsens bestätigt wird. Die Abweichung im Urheberrecht würde sich vor dem Hintergrund als „Ausrutscher“ erweisen, der sich korrigieren lässt.

Wir sollten uns deutlich machen, dass der vorliegende Entwurf nicht einfach neue Urheberrechtsregeln, sondern eine grundlegend neue algorithmenbasierte Infrastruktur schaffen würde, in die hinein alle künftigen Regeln für Urheberrechte und möglicherweise alle anderen zu kontrollierenden Inhalte im

Online-Bereich formuliert werden. Das ist ein großer Schritt – auf Neuland. Wohin er uns führen würde, kann niemand sagen. Die Gespräche in Brüssel haben deutlich gemacht, dass Uploadfilter regelmäßig auf unterschiedliche Weisen versagen und missbraucht werden. Mit ihrer verbindlichen Einführungen auf allen relevanten Upload-Plattformen würden die Gefahren für Grundrechte und für die Informations- und Kommunikationskultur im Internet eskalieren. Bei Inkrafttreten wäre mit einer Welle von Sperrungen zu rechnen, vor allem von Inhalten, die bereits auf den Plattformen liegen, von ihren Uploadern aber nicht nachträglich als „erlaubt genutzt“ gekennzeichnet werden.

Die DSM-RL sieht ihre Überprüfung vor (Art. 30 [DSM-RL](#)). Sollte das UrhDaG nicht zu verhindern sein, wäre auch hier mindestens eine Evaluationspflicht mit unabhängiger wissenschaftlicher Begleitung vorzuschreiben, die ausdrücklich die Möglichkeit beinhaltet, die Pflicht zur präventiven automatisierten Sperrungen nicht erlaubter Nutzungen zu widerrufen.

Unsere eigentliche Forderung lautet jedoch nicht, sie zu widerrufen, sondern gar nicht erst einzuführen. Die Bundesregierung möge sich, wie in der [Protokollerklärung](#) angekündigt, dafür einsetzen, dass der europäischen Gesetzgeber das Defizit Uploadfilter korrigiert.

Die Digitale Gesellschaft e.V.

ist ein gemeinnütziger Verein, der sich seit seiner Gründung im Jahr 2010 für Grundrechte und Verbraucherschutz im digitalen Raum einsetzt. Zum Erhalt und zur Fortentwicklung einer offenen digitalen Gesellschaft engagiert sich der Verein gegen den Rückbau von Freiheitsrechten im Netz, gegen alle Formen von Überwachung und für die Realisierung digitaler Potentiale bei Wissenszugang, Transparenz, Partizipation und kreativer Entfaltung.

In unserer Stellungnahme treten wir für eine Umsetzung der DSM-RL ein, die die Interessen von Autoren, ausübenden Künstlern und ihrer kollektiven Rechteorganisationen an einer angemessenen und verhältnismä-

ßigen Vergütung für die Verwertung ihrer Werke berücksichtigt, die Interessen von Menschen, sich ohne Angst vor Überwachung und Zensur öffentlich frei zu äußern und auf Äußerungen anderer zu verweisen, sowie das öffentliche Interesse an der Förderung einer freien und offenen Wissensumwelt, das sich in Freier Software, Open Access, Open Educational Resources, der Wiederverwendung von Informationen des öffentlichen Sektors und der Fülle von Bürger-Kreativität, die das Internet freigesetzt hat, ausdrückt.

Dr. Volker Grassmuck

Vorstandsmitglied Digitale Gesellschaft e.V.