


Wolfgang Schulz | Amélie Heldt | Theresa Seipp

Stellungnahme zum Diskussionsentwurf eines Zweiten Gesetzes zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes

Hamburg, 31. Juli 2020





Inhalt

Inhalt	3
1. Umsetzung von Art. 17 DSM-RL	4
2. Einsatz von Filtertechnologien	5
3. Folgen für Nutzerinnen und Nutzer	6
4. Fazit	7





1. Umsetzung von Art. 17 DSM-RL

Nach der Verabschiedung der EU-Richtlinie über das Urheberrecht und die verwandten Schutzrechte im digitalen Binnenmarkt (und zur Änderung der Richtlinien 96/9/EG und 2001/29/EG) vom 17. April 2019 (i.F. DSM-RL) soll der aktuelle Entwurf für ein Urheberrechts-Diensteanbieter-Gesetz (i.F. UrhDaG-E) zwei neue Rechtsinstrumente in das deutsche Urheberrecht einführen: die vorgeschlagenen Bestimmungen des BMJV über die Verantwortlichkeiten von Upload-Plattformen und den Regeln über kollektive Lizenzen mit erweiterter Wirkung. Art. 17 DSM-RL wird im UrhDaG-E umgesetzt und somit die urheberrechtliche Verantwortlichkeit von Upload-Plattformen für Inhalte, die von Nutzern hochgeladen werden, neu geordnet. Gemäß Art. 17 Abs. 1 DSM-RL ist das Teilen von Online-Inhalten eine Handlung der öffentlichen Wiedergabe oder eine Handlung der öffentlichen Zugänglichmachung. Dementsprechend sollen Diensteanbieter für solche Inhalte grundsätzlich verantwortlich sein und können sich nur durch die Einhaltung konkreter geregelter Sorgfaltspflichten von ihrer Haftung befreien (bspw. Abschluss einer Lizenzvereinbarung). §4 UrhDaG-E sieht dabei die Pflicht zum Erwerb bestimmter Lizenzen für die öffentliche Wiedergabe urheberrechtlich geschützter Werke vor. Gemäß §§ 10 und 11 UrhDaG-E wären Upload-Plattformen verpflichtet, nicht-lizenzierte, geschützte Inhalte, deren Nutzung nicht gesetzlich oder vertraglich erlaubt ist, zu entfernen bzw. den Zugang zu ihnen zu sperren.

Der Entwurf sieht aber auch die erlaubte Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke vor (§5 UrhDaG-E). Darüber hinaus soll §51a UrhG-E ausdrücklich "die Vervielfältigung, die Verbreitung und die öffentliche Wiedergabe eines veröffentlichten und urheberrechtlich geschützten Werkes zum Zweck der Karikatur, der Parodie oder des Pastiches" schützen. Zu den bisherigen Ausnahmen wird der Tatbestand des „Pastiche“ hinzugefügt, um möglichst viele verschiedene Formen von sogenannten nutzergenerierten Inhalten („user-generated-content“) gesetzlich weitgehend zu erlauben. Die zuvor geltenden Vorschriften zur "freien Benutzung" in §24 UrhG a.F. werden aufgehoben. Um die Nutzung geschützter Werke zu den in §51a UrhG-E genannten Zwecken zu gewährleisten, müssen Upload-Plattformen die Kennzeichnung erlaubter Nutzung ermöglichen (§8 UrhDaG-E). Demnach sollen Nutzer Inhalte vor dem Hochladen kennzeichnen können, wenn sie dabei einen fremden Inhalt in gesetzlich erlaubter Form verwenden wollen („pre-flagging“). Solche Inhalte würden zunächst hochgeladen und veröffentlicht werden, und nur unter den Voraussetzungen der §§10-12 UrhDaG-E gesperrt bzw. entfernt werden können. Bei einer Kennzeichnung i.S.v. §8 UrhDaG-E ist das Sperren und Entfernen des Inhalts gemäß §12 UrhDaG-E zulässig, wenn die Kennzeichnung „offensichtlich unzutreffend ist“.

Der Entwurf sieht in §14 UrhDaG-E die Pflicht für Upload-Plattformen vor, ein internes Beschwerdeverfahren anzubieten (gemäß Art. 17 Abs. 9 DSM-RL). Damit soll gewährleistet werden, dass Nutzer*innen und Rechteinhaber*innen gegen die Sperrung, Entfernung oder öffentliche Wiedergabe von geschützten Werken vorgehen können. Hervorzuheben ist, dass das Verfahren nicht nur für Nutzer*innen vorgesehen ist (anders als in der DSM-RL), und dadurch eventuell die vorausgehende Sperrung von Inhalten reduziert werden könnte, weil Rechteinhaber*innen ebenfalls Zugang zum Beschwerdeverfahren nach der Veröffentlichung eines Inhalts auf einer Plattform haben.

Hinsichtlich der konkreten Umsetzung dieser Pflicht aus §14 UrhDaG-E wäre es erstrebenswert, den Wortlaut näher an der tatsächlichen Situation der Nutzer*innen zu formulieren. Der aktuelle





Entwurf enthält bisher folgende Vorgaben für das interne Beschwerdeverfahren: „wirksam, kostenfrei und zügig“. Damit wird den Plattformen überlassen, wie wirksam und zügig das Beschwerdeverfahren gestaltet wird und, darüber hinaus, wie einfach und unmittelbar der Zugang zu diesem Beschwerdeverfahren erfolgen soll. Es hat sich beim NetzDG gezeigt, dass eine zu unbestimmte Formulierung dazu führen kann, dass Plattformen solche Beschwerdeverfahren nicht ausreichend sichtbar machen.

2. Einsatz von Filtertechnologien

Die Bundesregierung hatte nach der Verabschiedung der DSM-RL geäußert, auf „Upload-Filter“ zur Umsetzung von Art. 17 DSM-RL nach Möglichkeit zu verzichten. Laut des aktuellen Entwurfs sind Upload-Plattformen für alle Inhalte, die durch ihre Dienste zugänglich gemacht werden, verantwortlich. Die Einhaltung ihrer Pflichten soll laut Begründung des vorliegenden Diskussionsentwurfs nicht mit einer anlasslosen Überprüfung aller Inhalte einhergehen.

Dieser Ansatz ist mit Blick auf die Folgen für die Kommunikationsfreiheiten sehr zu begrüßen. Allerdings ist diese Gefahr in der aktuellen Form der §§ 10–12 UrhDaG-E nicht vollständig gebannt. Auch wenn der DiskE keine gesetzliche Pflicht zur Nutzung von algorithmischen Erkennungssystemen („Upload-Filter“) für eine ex ante Prüfung von Inhalten vorsieht, besteht trotzdem ein sehr ernstzunehmendes Risiko für die Meinungs- und Informationsfreiheit. Es sollte vermieden werden, dass Upload-Plattformen Inhalte zur Vermeidung einer Haftung im Übermaß löschen bzw. blockieren.

An sich ist der Einsatz von Filtertechnologien auf Plattformen, die nutzergenerierten Inhalte hosten und sehr hohe Nutzerzahlen haben, nicht unüblich, um sowohl rechtswidrige als auch von den Plattformen unerwünschte Inhalte zu markieren und zu entfernen. Filtertechnologien können dabei helfen, bereits entfernte oder gesperrte Inhalte schneller zu identifizieren, wenn sie erneut hochgeladen werden. Allerdings zeigen empirische Untersuchungen immer wieder, wie fehleranfällig Filter sein können. Obwohl Filtertechnologien u.a. durch maschinelles Lernen konstant leistungsfähiger und präziser werden und somit beispielsweise bei der Bekämpfung von Kinderpornographie hilfreich sein können, sind sie für den Schutz der Urheberrechte nicht geeignet, weil sie die Schranken des Urheberrechts nicht ausreichend abbilden können.

Zwei potenzielle Risiken hinsichtlich der derzeitigen Entwicklungen sollten in besonderem Maße beachtet werden:

- Entstehung neuer Regelungsstrukturen: Angesichts der Datenmengen, die durch Nutzerinnen und Nutzer hochgeladen werden, und des neuen Haftungsrisikos bei der Zugänglichmachung von geschützten Inhalten, ist durchaus zu erwarten, dass Plattformen sich für einen immer umfassenderen Einsatz von Filtertechnologien entscheiden. Durch diese Form von „vorausgehendem Gehorsam“ seitens der Plattformen sind negative Folgen für die Meinungs- und Informationsfreiheit auf individueller und kollektiver Ebene zu erwarten. Wenn Plattformen in der Anwendung der Pflichten aus dem UrhDaG-E weiter gehen, als es der Gesetzgeber vorschreibt, können Regelungsstrukturen entstehen, die zwar nicht unmittelbar auf Rechtsnormen beruhen, aber mittelbar auf sie zurückzuführen wären. Wenn Plattformen innerhalb des gesetzlichen Rahmens ein weiter Spielraum eingeräumt wird, was zur Folge ein strengere Regime zur Folge hätte, als vom





Gesetzgeber vorgesehen. Ähnliches konnte bereits beim Umgang mit unerwünschten Inhalten (unabhängig vom Urheberrecht) beobachtet werden: um ein Haftungsrisiko zu vermeiden, werden Gemeinschaftsstandards an der Stelle von gesetzlichen Verbote als Entscheidungsgrundlage herangezogen und restriktiv ausgelegt („over-removal“). Damit gewinnen solche privaten Regelungsstrukturen an Relevanz und treten teilweise an die Stelle der gesetzlichen Vorgaben.

- Algorithmische Vollziehung: Die Vollziehung privater Regeln über die erlaubte Nutzung von urheberrechtlich geschützten Inhalten durch Algorithmen würde auch bedeuten, dass sie de facto über die Auslegung der gesetzlichen Ausnahmen entscheiden. Bei der Umsetzung mithilfe algorithmischer Systeme muss man sich vergegenwärtigen, dass die Anwendung des Urheberrechts kompliziert und viele Fragen bezüglich der Schranken gesetzlicher Verbote umstritten sind. Auch ist bisher unklar, wie die neuen Tatbestände des §51a UrhG-E ausgelegt werden. Folglich ist die Übertragung des Schutzes aus dem Urheberrecht und dessen Ausnahmen in algorithmische Systeme nur in groben Zügen möglich und die Vollziehung durch algorithmische Systeme nicht akkurat. Dadurch ist die Wahrscheinlichkeit, dass die erlaubte Nutzung von urheberrechtlich geschützten Inhalten eingeschränkt wird, obwohl es keinen Grund für eine Sperrung/Entfernung gibt, entsprechend hoch und die Möglichkeit für Nutzerinnen und Nutzer, die Vorgänge nachzuvollziehen, entsprechend gering.

3. Folgen für Nutzerinnen und Nutzer

Auf individueller Ebene kann der Einsatz von Filtertechnologien eine Beeinträchtigung des Meinungsbildungsprozesses in jedem Abschnitt dessen bedeuten. Besonders betroffen sind dabei jene Nutzer und Nutzerinnen, die Inhalte auf Plattformen hochladen, in ihrem Recht auf Meinungsfreiheit, und die Nutzer und Nutzerinnen, die die Inhalte Dritter betrachten oder nutzen, in ihrem Recht auf Informationsfreiheit. Sowohl die Freiheitlichkeit der Meinungsbildung durch die Nutzung von Medien, als auch der Austausch mit anderen mittels Social Media Plattformen wird durch die Überprüfung aller Inhalte stark beeinträchtigt. Es muss vermieden werden, dass eine allgemeine Kontrolle des Kommunikationsverhaltens von Nutzern und Nutzerinnen zu einem Abschreckungseffekt („chilling effect“) für die Meinungsfreiheit führt und darüber hinaus den Plattformen einen Anreiz bietet, Inhalte im Zweifel zu entfernen, um Sanktionen zu vermeiden („over-blocking“) – auch bei rechtskonformen Inhalten. Verdachtsunabhängige Kontrollen und die Sanktionierung der Nutzerinnen und Nutzer durch private Upload-Plattformen kann zu Gefahren für die öffentliche Kommunikation führen, indem sowohl die Zugänglichkeit als auch die Offenheit derer eingeschränkt wird. Der EuGH hat außerdem bereits in zwei Urteilen festgestellt, dass ein anlassloser, massenhafter Einsatz von Upload-Filtern unverhältnismäßig ist (Scarlet/SABAM, 24.11.2011, C-70/10; SABAM/Netlog, EuGH Urt. v. 16.2.2012, C-360/10), da dadurch die Grundrechte der Nutzer und Nutzerinnen auf freie Sendung und Empfang von Informationen unverhältnismäßig beeinträchtigt werden. Auch die mittelbaren Effekte bedingen sich gegenseitig und müssen als zusammenhängend verstanden werden. Es ist daher essenziell, sich der weitgehenden Folgen bewusst zu sein, die die Umsetzung der DSM-RL haben kann. Um jene zu vermeiden, reicht es nicht, eine Pflicht zur Anwendung intelligenter Filtertechnologien nicht gesetzlich zu verankern, vielmehr sollte der Gesetzgeber in Betracht ziehen, solchen umfassenden Kontrollen durch





die Plattformen entgegenzuwirken. Der Entwurf nutzt daher die Chance letztlich nicht, die grundlegenden Probleme durch den Einsatz von Upload-Filtern mit Blick auf die Schutzgehalte der Kommunikationsfreiheiten anzugehen.

Das vorgeschlagene "pre-flagging" System in §8 UrhDaG-E soll die Gefahren für die öffentliche Kommunikation von Upload-Filtern, bzw. allgemeiner Überwachung, verhindern. Die Gefahr, dass erlaubte Inhalte gelöscht bzw. blockiert werden ist dadurch im Vorhinein minimiert, allerdings müssen Upload-Plattformen dennoch alle Inhalte auf urheberrechtliche Relevanz überwachen. Daher spricht vieles dafür, dass sie gegen das Verbot der allgemeinen Überwachungspflicht verstoßen müssen und Upload-Filter einsetzen werden, um ihre Pflichten zu erfüllen. Der aktuelle Entwurf geht bedauerlicherweise nicht genug darauf ein, wie die Pflicht zur Inhaltskontrolle mit dem Verbot der allgemeinen Überwachungspflichten in Einklang zu bringen sind. Auch eine (europarechtlich) verfassungskonforme Auslegung der Pflichten, wie in diesem Entwurf, kann nicht darüber hinwegtäuschen, dass Upload-Plattformen dennoch aktiv und autonom alle Inhalte überprüfen werden. Gemäß § 8 UrhDaG-E können Nutzer*innen Inhalte markieren, wenn sie sie in erlaubter Form verwenden. Diese Inhalte werden also zunächst einmal veröffentlicht d.h. eine ex ante Blockierung der Inhalte durch Filtertechnologien wird vermieden. Damit sollte einhergehen, dass eine Sperrung oder Löschung erst dann erlaubt ist, wenn durch eine menschliche Prüfung ein Verstoß gegen das Urheberrecht festgestellt wird. Solange die Rechtmäßigkeit der Inhalte geprüft wird, müssen Inhalte online bleiben, um die Rechte der Nutzer und Nutzerinnen an Nutzung der Plattform, sowie die Grundrechte der Meinungs- und Kunstfreiheit zu schützen.

4. Fazit

Ziel der Umsetzung von Art. 17 DSM-RL ist eine Vollharmonisierung des digitalen Binnenmarktes im Bereich des Urheberrechts. Bei der Umsetzung sollte die Bundesregierung ihre nationalen Umsetzungsspielräume nutzen, insbesondere im Hinblick auf den Schutz von Nutzer*innenrechte. Auch die Folgen für die öffentliche Kommunikation einschließlich ihrer gesellschaftlichen Konsequenzen sollte bei der Umsetzung bedacht werden, um diese in Einklang mit unterschiedlichen Interessen zu bringen. Dies bedeutet unter anderem, dass es der Zugang zu Rechtsbehelfen für Nutzer und Nutzerinnen einfach und übersichtlich sein muss. Bemühen, die widerstreitenden Interessen in Einklang zu bringen, sind im aktuellen Entwurf deutlich erkennbar. Die Risiken für die öffentliche Kommunikation durch die vorgeschlagenen Regelungen sind, trotz des Vorschlags des "pre-flagging" Mechanismus in § 8 UrhDaG-E, aber dennoch nicht von der Hand zu weisen. Der aktuelle Entwurf sieht keinen Mechanismus vor, die negativen Folgen des Einsatzes von Upload-Filtern abzuwenden, und die Haftungspflichten für Upload-Plattformen deuten darauf hin, dass hochgeladene Inhalte wahrscheinlich zuerst einer allgemeinen Filterung unterzogen werden. Da dies manuell nicht umsetzbar ist, ist der Einsatz von automatisierten Filtersystem wohl unumgänglich. Dies hat weitreichende Folgen für die Meinungs- und Informationsfreiheit der Nutzer und Nutzerinnen.

Hamburg, 31. Juli 2020

Prof. Dr. Wolfgang Schulz, Amélie Heldt, maître en droit, Theresa Seipp, LL.M., Leibniz-Institut für Medienforschung | Hans-Bredow-Institut

