

## **Gibt es i. S. d. Art. 17 der EU-Copyrightreform Alternativen zu Upload-Filtern? (Teil I)**

Der rechtliche Rahmen des Art. 17 DSM-RL

Alexander Bauer | Vice Director of Academics | recode.law

Gionatan Sole | Vorstandsmitglied im Content Department | recode.law

31. März 2021

LR 2021, Seiten 70 bis 76 (insgesamt 7 Seiten)

---

Der zweiteilige Artikel beschäftigt sich mit der Frage, ob es Alternativen zu Upload-Filtern geben kann. Hierzu wird im ersten Teil des Artikels der rechtliche Rahmen des kontroversen Art. 17 der EU-Copyrightreform dargestellt. In Teil II werden etwaige Umsetzungsvorschläge vorgestellt.

### **I. Einführung**

Wahrscheinlich hatte wohl kaum ein anderer Akt der EU-Legislative so polarisiert wie die EU-Urheberrechtsreform, auch bekannt als DSM-RL. Mittelpunkt der Debatte war unter anderem der Einsatz von sog. "Upload-Filtern" auf Internetplattformen gemäß (nun) Art. 17 DSM-RL. Dieser Streitpunkt führte dazu, dass Zehntausende gegen diese umstrittene Reform protestierten, da sie eine Zerstörung des freien Internets durch Kontrolle und Zensur fürchteten, zu welcher es bei dem Einsatz von Upload-Filtern vor allem auf sog. Content-Sharing-Plattformen wie etwa YouTube kommen würde.<sup>1</sup>

Wohl auch aufgrund dieses gesellschaftlichen Drucks hat die Bundesregierung in einer Erklärung zunächst zugesichert, bei der Umsetzung der DSM-RL auf nationaler Ebene weitestgehend auf den Einsatz von Upload-Filtern zu verzichten.<sup>2</sup> Der Referentenentwurf

---

<sup>1</sup> Spiegel, "Lasst euch das Internet kurz erklären, bevor ihr es kaputt macht", abrufbar unter: <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/artikel-13-und-uploadfilter-zehntausende-protestieren-gegen-urheberrechtsreform-a-1259360.html> (zuletzt aufgerufen am 06.12.2020).

<sup>2</sup> Rat der Europäischen Union, Interinstitutionelles Dossier 2016/0280 (COD), abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-7986-2019-ADD-1-REV-2/de/pdf> (zuletzt aufgerufen am 06.12.2020); Seitens der politischen Parteien etwa von der CDU, Kompromiss zum

des BMJV für ein Gesetz zur Anpassung des Urheberrechts an die Erfordernisse des digitalen Binnenmarktes vom 02.09.2020 lässt die Kritiker nun aber befürchten, dass die Bundesregierung nun doch Upload-Filter "durch die Hintertür" einführen möchte, was jüngst zu einer erneuten medialen Debatte geführt hat.<sup>3</sup>

Diese erneut aufkommende Debatte über die Umsetzung des Art. 17 DSM-RL und den damit einhergehenden zwingenden Einsatz von Upload-Filtern soll zum Anlass genommen werden, um zunächst zu hinterfragen, was der Art. 17 DSM-RL genau fordert und darauf aufbauend zu erläutern, ob Upload-Filter die einzige richtlinienkonforme Lösung sind, oder ob es etwa andere, weniger invasive Legal-Tech Lösungen gibt.

## II. Rechtliche Aspekte des Art. 17 DSM-RL

Zunächst ist festzustellen, dass der zwingende Einsatz von Upload-Filtern innerhalb des Art. 17 DSM-RL mit keinem Wort erwähnt wird. Art. 17 DSM-RL regelt vielmehr erstmalig, dass Diensteanbieter nach Art. 2 Nr. 6 DSM-RL wie beispielsweise Online-Plattformen in Bezug auf die durch die Nutzer der Online-Plattformen vorgenommenen Wiedergaben von urheberrechtlich geschützten Werken auch selbst eine Wiedergabe vornehmen, sodass die (vorherige) Erlaubnis des urheberrechtlichen Rechteinhabers eingeholt werden muss.<sup>4</sup>

Vor der aktuellen Urheberrechtsreform gab es keine derartigen gesetzliche Regelungen, welche die urheberrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Nutzung von Online-Plattformen aktiv regeln, sodass beispielsweise in Deutschland lediglich die entwickelten Grundsätze zur sog. Störerhaftung regelmäßig der einzige Weg für Rechteinhaber waren, um bei Urheberrechtsverletzungen gegen den jeweiligen Plattformbetreiber vorgehen zu können.<sup>5</sup> Insoweit besteht aber ein gewisser Konflikt, da einerseits die DSM-RL letztlich gewisse (nicht zwingend technisch zu verstehende) Filterpflichten auferlegen möchte, wobei aber Art. 15 E-Commerce-RL die Implementierung allgemeiner Filterpflichten untersagt.<sup>6</sup>

---

Urheberrecht: Keine Uploadfilter!, abrufbar unter: <https://www.cdu.de/artikel/kompromiss-zum-urheberrecht-keine-uploadfilter> (zuletzt aufgerufen am 06.12.2020).

<sup>3</sup> Etwa Süddeutsche Zeitung, Und die Upload-Filter kommen doch, abrufbar unter: <https://www.sueddeutsche.de/digital/urheberrecht-uploadfilter-leistungsschutzrecht-1.5072682> (zuletzt aufgerufen am 06.12.2020).

<sup>4</sup> Gerecke, in: Paschke et al., Gesamtes Medienrecht, 53. Abschnitt, Rn. 42.

<sup>5</sup> Gielen/Tiessen, EuZW 2019, 639.

<sup>6</sup> Skupin, ZUM 2020, 514 (516).

Vor diesem Hintergrund ist zu hinterfragen, was das Telos des Art. 17 DSM-RL ist. In einem weiteren Schritt kann dann erst gefragt werden, ob es andere Möglichkeiten gibt, um den Anforderungen des Art. 17 DSM-RL gerecht zu werden.

## 1. Telos des Art. 17 DSM-RL

Art. 17 DSM-RL muss vor dem Hintergrund betrachtet werden, dass das europäische Urheberrecht mitsamt seinen Reformen als rechtspolitisches Instrument anzusehen ist.<sup>7</sup> Denn die Europäische Union kann die von ihr vorgenommenen urheberrechtlichen Erwägungen und Vorgaben ausschließlich auf ihre Zuständigkeit zur Errichtung eines europäischen Binnenmarkts stützen.<sup>8</sup> Insoweit liegt der aktuellen Reform die Grundfrage vor, wie mit der Plattformverantwortlichkeit umzugehen ist: Sollen Plattformen, welche als Intermediäre (lediglich) den Zugriff auf Inhalte ihrer Nutzer bereitstellen, für das Nutzen der zur Verfügung gestellten Inhalte direkt verantwortlich sein oder (weiterhin) als bloße Vermittler angesehen werden?<sup>9</sup>

Die DSM-RL erteilt dieser Frage eine klare Antwort: Art. 17 Abs. 1 DSM-RL trifft eine unmissverständliche Entscheidung für diese Frage, indem er klarstellt, dass ein Diensteanbieter selbst eine Verwertungshandlung im Sinne der öffentlichen Zugänglichmachung vornimmt, auch wenn es sich nicht um seine eigenen Inhalte, sondern um fremde Inhalte von Nutzern handelt.<sup>10</sup> In diesem Fall muss der Diensteanbieter (logischerweise) eine diese Handlung umfassende Erlaubnis vom Rechteinhaber haben, um keine eigene Rechtsverletzung zu begehen, was Art. 17 Abs. 1 S. 2 DSM-RL festlegt.<sup>11</sup>

Die wesentliche Regelung enthält nun aber Art. 17 Abs. 4 DSM-RL. Dieser stellt den Diensteanbietern zugleich eine Einschränkung der im selben Artikel ausgedehnten Haftungszuständigkeiten in Aussicht, indem sie bei Erfüllung von drei Voraussetzungen keine Haftung für Urheber- und Leistungsschutzrechtsverletzungen auferlegt bekommen, auch wenn eine nicht autorisierte öffentliche Wiedergabe oder öffentliche Zugänglichmachung vorgenommen worden ist.<sup>12</sup> So muss der jeweilige Diensteanbieter – und hierfür trägt er die Darlegungs- und Beweislast – zunächst ausreichende Anstrengungen für den Erhalt der erforderlichen Lizenzen tätigen, versuchen die Verfügbarkeit von Werken, die das Urheberrecht verletzen, zu verhindern und zuletzt

---

<sup>7</sup> Suwelack, MMR 2018, 582.

<sup>8</sup> Ahlberg, ZUM 2015, 538 (540); Suwelack, MMR 2018, 582, (583).

<sup>9</sup> Hofmann, ZUM 2019, 617 (618).

<sup>10</sup> Spindler, CR 2019, 277 (285).

<sup>11</sup> Hofmann, ZUM 2019, 617 (620); Spindler, CR 2019, 277 (285).

<sup>12</sup> Hofmann, ZUM 2019, 617 (621).

nach dem Erhalt von hinreichenden Hinweisen unverzüglich handeln, um den Zugang zu den urheberrechtsverletzenden Werken zu sperren (notice-and-take-down).<sup>13</sup>

Der Ursprung für die Erforderlichkeit von Upload-Filtern liegt demzufolge in der zweitgenannten Voraussetzung, welche in Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL geregelt ist. Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL spricht davon, dass ein Diensteanbieter *„nach Maßgabe hoher branchenüblicher Standards für die berufliche Sorgfalt alle Anstrengungen unternommen hat, um sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind“*.

Diese Norm soll letztendlich eine ex ante Kontrolle von (möglichen) Urheberrechtsverletzungen darstellen, weshalb hierfür eigentlich nur bestimmte Upload-Filter in Betracht kommen sollen. Ohne dass das Wort *„Upload-Filter“* also (und dies ist wohl den gesellschaftlichen Protesten zu dieser Frage gewidmet) explizit erwähnt wird, sind diese als wahrscheinliches Erfordernis für eine Haftungsbegrenzung von Diensteanbietern in die aktuelle Urheberrechtsreform eingeflossen.<sup>14</sup>

## 2. Unklarheiten?

Bei einer näheren Betrachtung sind zumindest Unklarheiten in einer so stringent verstandenen (wirtschaftlichen, da haftungsbegrenzenden) Verpflichtung zum Aufbau präventiver Upload-Filter zu erkennen, welche gegebenenfalls für die folgenden Überlegungen fruchtbar gemacht werden könnten.

Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL verlangt, dass die Rechteinhaber den Diensteanbietern einschlägige und notwendige Informationen bereitstellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände nicht verfügbar sind. Der Begriff des *„Bereitstellens“* impliziert aber gerade laut *Spindler*, dass der Rechteinhaber diese nur passiv zum Abruf bereithält und demzufolge etwa eine Datenbank ausreichend wäre, auf die der Diensteanbieter zugreifen kann, um diese Informationen zu erhalten.<sup>15</sup> Auch die englische Fassung der RL spricht hier von *“have provided“*, wodurch unstrittig von einer passiven Rolle des Diensteanbieters bei dieser Frage ausgegangen werden kann. Gerade aufgrund der kreativen Schnelllebigkeit von Online-Inhalten kann also nicht von einer endlosen aktiven Recherche- und Informationsbeschaffungspflicht ausgegangen werden, da dies etwa aus rechtsökonomischer Sicht einen (wesentlichen) Anstieg der Informationskosten

---

<sup>13</sup> Hofmann, ZUM 2019, 617 (620); Spindler, CR 2019, 277 (285 ff.).

<sup>14</sup> So auch Spindler, CR 2019, 277 (285).

<sup>15</sup> Spindler, CR 2019, 277 (286).

bedeuten würde.<sup>16</sup> Das wird auch von der Feststellung gestützt, dass es für Diensteanbieter schlicht faktisch und wirtschaftlich kaum möglich ist, für jeglichen denkbaren urheberrechtlich geschützten Inhalt Lizenzen zu erwerben.<sup>17</sup>

Für den Datenbank-Ansatz spricht etwa auch, dass die Richtlinie nicht vorgibt, in welcher Form die Informationen bereitzustellen sind. Es muss nur sichergestellt werden, dass die Informationen von vertrauenswürdigen Rechteinhabern („*trusted flagger*“) kommen,<sup>18</sup> was vielmehr die Art und Weise der Informationsauswertung betrifft, als die Art der Darstellung selbst.

Des Weiteren implementiert die Notwendigkeit der Einhaltung „*hoher branchenüblicher Standards*“ auch gerade nicht zwingend Upload-Filter. Denn zum einen ist es völlig unklar, was diese Standards im Detail sind, wer diese definiert und auf welche genaue Branche es ankommen soll.<sup>19</sup> Zum anderen müssen sich in diesem Bereich erst überhaupt Standards etablieren. Der Wortlaut impliziert des Weiteren, dass es eine (qualitative) Abstufung dieser Standards geben muss. Anders kann es nämlich keine „hohen“, sondern nur allgemeine Standards geben. Vor dem Hintergrund, dass die Urheberrechtsreform zum ersten Mal eine so ausgeweitete Verantwortlichkeit von Diensteanbietern statuiert, müssen sich diesbezügliche Standards also generell überhaupt erst finden. Auch das spricht dafür, dass nicht direkt (und vor der nationalen Umsetzung der RL) von einer Upload-Filter-Pflicht ausgegangen werden kann. Denn allein die Tatsache, dass (vor allem im deutschsprachigen Raum) im Zusammenhang mit Art. 17 DSM-RL immer von Upload-Filtern gesprochen wird, statuiert noch keinen Status von „hohen branchenüblichen Standards“, sondern kann höchstens die Positionierung dieser Technologie empfehlen.

Diese Argumente gegen eine allgemeine und einzige Identifizierung von Upload-Filtern sollen in eine Folgenbetrachtung einfließen, welche die Frage beleuchtet, ob es nicht andere (denkbare) Legal-Tech Instrumentarien gibt, welche die Voraussetzung des Art. 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL erfüllen können.

### **3. Was sind Upload-Filter überhaupt?**

Für einen so letztlich durchgeführten Vergleich hinsichtlich der Erfüllbarkeit des 17 Abs. 4 lit. b DSM-RL ist es jedoch vorab notwendig, dass ein Grundverständnis für die Funktion von Upload-Filtern besteht. Dabei soll sich die Darstellung (auch aufgrund einer

---

<sup>16</sup> Zu rechtsökonomischen Erwägungen siehe auch Suwelack, MMR 2018, 582 ff.

<sup>17</sup> Volkmann, CR 2019, 376 (378).

<sup>18</sup> Spindler, CR 2019, 277 (286).

<sup>19</sup> Spindler, CR 2019, 277 (286).

gebotenen Kürze) auf Content-Filter reduzieren, da diese wohl den größten Anwendungsbereich abdecken.

Für beispielsweise Bild- oder Audiofilter als Content-Filter werden sog. robuste Hash-Werte der einzelnen Bild- oder Audiodateien gebildet, um eine inhaltsbasierte Filterung zu ermöglichen.<sup>20</sup> Robuste Hash-Werte unterscheiden sich von herkömmlichen Hash-Werten in der Form, dass sie sich auf die wesentlichen Merkmale einer Datei beziehen und somit auch Variablen wie Bildgröße oder Audioqualität umfassen, aber jene Merkmale unberücksichtigt zu lassen, die perzeptiv unterschiedlich wahrgenommen werden.<sup>21</sup> Unter Hash-Funktionen versteht man hierbei mathematische Funktionen, die eine beliebig lange Zeichenfolge (Input) zu einer festgelegten Menge an Zeichen (Output) kollisionsfest konvertieren, wobei der Input rückwirkend nicht aus dem Output zu bestimmen ist.<sup>22</sup> Der Datencode des jeweiligen Werkes ist also der Input der jeweiligen Hash-Funktion. So können solche Filter unter Anwendung robuster Hash-Werte etwa dieselben Bilder in verschiedenen Größen erkennen, was bei statischen Hash-Werten nicht möglich wäre.

Dadurch wird letztlich ein digitaler Fingerabdruck der zugrundeliegenden Datei erzeugt, welcher im Anschluss für einen Datenabgleich verwendet werden kann. Dadurch kann ein Werk letztlich seinem Urheber zugeordnet werden.

### **III. (Befürchtete) Gefahren von Upload-Filtern**

Die nationalen Gesetzgeber stehen neben den juristischen Unklarheiten auch vor erheblichen gesellschaftlichen Schwierigkeiten bei der Umsetzung der DSM-RL und dabei vor allem auch bei der Einbettung des Art. 17 DSM-RL in nationales Recht. Kritiker befürchten durch die faktische Notwendigkeit von Upload-Filtern ein Overblocking, also die vorsorgliche Sperrung von möglicherweise gar nicht urheberrechtlich relevanten Inhalten.<sup>23</sup> Denn Upload-Filter sind nicht vollständig in der Lage, urheberrechtlich geschützte Werke von solchen zu unterscheiden, die es nicht sind.<sup>24</sup> Wenn Filtersysteme zum Einsatz kommen, können durchaus auch Inhalte betroffen sein, die eigentlich urheberrechtlich erlaubt sind. Ein Overblocking könnte wahllos Inhalte blockieren und dadurch eine Zensur des Internets einleiten. Die neue EU-Richtlinie versucht zwar, die

---

<sup>20</sup> Im Detail Kastl, GRUR 2016, 671 (672 ff.).

<sup>21</sup> Kastl, GRUR 2016, 671 (672).

<sup>22</sup> Witte, the Blockchain: A gentle introduction, S. 2.

<sup>23</sup> Netzpolitik.org, "Missbrauchsgefahr durch Uploadfilter", abrufbar unter: <https://netzpolitik.org/2021/missbrauchsgefahr-durch-uploadfilter/> (zuletzt aufgerufen am 01.03.2021).

<sup>24</sup> Schwartmann/Hentsch, MMR 2020, 207 (210).

Problematik des Overblockings zu umgehen, indem sie den Betreibern der Plattformen auch einen Beschwerdemechanismus vorschreibt, wenn zu viel gefiltert wird. Wie schnell so ein Mechanismus schwer zu entscheidende Zweifelsfälle tatsächlich klärt und wie er genau arbeitet, wird am Ende maßgeblich sein. Wie Plattformbetreiber das bewerkstelligen, schreibt die Richtlinie jedoch nicht vor.

Zudem ist durch allgemeine Upload-Filter ein Aussterben kleinerer Plattformen aufgrund der hohen Kosten solch technischer Lösungen zu befürchten, was letztlich eine Stärkung der großen Tech-Unternehmen zur Folge hätte.<sup>25</sup> Weiterhin ist – wie bereits dargestellt – unklar, welche Standards für diese Filtertechnologien zu nutzen sind. Die DSM-RL legt nicht fest, wonach diese Standards definiert und wie die Branchen voneinander abgegrenzt werden sollen.<sup>26</sup> Das heißt, dass selbst bei einer einigermaßen klaren nationalen Umsetzung (zunächst) keine ausreichende Rechtssicherheit für die betroffenen Diensteanbieter bestehen könnte.

---

<sup>25</sup> Peters/Schmidt, GRUR Int. 2019, 1006 (1009).

<sup>26</sup> Schonhofen/Kimmich, WRP 2019, 1415 (1418).