

# Berliner Anwaltsblatt

Exklusiv  
für Mitglieder:  
**Berliner Anwaltsblatt**  
**APP**  
für iOS Apple, Android-  
und Amazon-Geräte  
sowie als Browserversion  
im Internet

HEFT 7-8/2019 JULI/AUGUST 68. JAHRGANG  
HERAUSGEGEBEN VOM BERLINER ANWALTSVEREIN E.V.  
[www.BerlinerAnwaltsblatt.de](http://www.BerlinerAnwaltsblatt.de)

**JUGENDKULTUR**  
Upload-Filter

**SOMMERLEKTÜRE**  
Berliner Kolleginnen  
und Kollegen lesen

**KAMMERGERICHT**  
2 Müller,  
5 Präsidenten  
und 1 Literat



Der Upload-Filter entscheidet, was ihr sehen dürft



Berliner **Anwalts**Verein

**ESV** ERICH  
SCHMIDT  
VERLAG

# 2:0 FÜR MOBY DICK: SYSTEMATISCHES SCHEITERN DER NEUEN DIGITALEN URHEBERRECHTSRICHTLINIE

Kommentar zur Urheberrechtsrichtlinie im digitalen Binnenmarkt (2019/790/EG)



Michael Schinagl

*Kapitän Ahab verliert sein Bein an amerikanische Wale wie YouTube sein urheberrechtliches Standbein. Ahab zückt die digitale Urheberrechtsrichtlinie als Harpune zur Verteidigung europäischer Urheber. Der Kapitän nagelt eine Gold-Dublon an den Mast und seine Mannschaft hofft in Vorfreude auf einen Anteil. Denn viele Menschen bloggen, texten, sharen, sind selbst kreativ. Jeder hat den Wal auch schon mal gesichtet, in Gestalt von Facebook, Instagram oder eben YouTube. Keiner bemerkt, dass die glitzernde Vergütung sicher nur den Verlagen mit ihrem Leistungsschutzrecht nützt. Ahab schießt seine Harpune übereilt schließlich ab. Doch der Wal ist nur vermeintlich schwer getroffen, er reißt an der Leine der Harpunen Ahab samt Mannschaft in die Tiefe.*

„Ahab's Harpune“ ist die Richtlinie zum Urheberrecht im digitalen Binnenmarkt (2019/790/EG), die nach jahrelangen Wirren im April beschlossen und am 17. Mai 2019 veröffentlicht wurde<sup>1</sup>. Binnen zwei Jahren, also bis Mitte 2021, sollen alle Mitgliedstaaten die Richtlinie in nationales Recht umsetzen, hoffentlich nunmehr harmonisiert. 86 Erwägungsgründe beleuchten in zwei Dritteln der Textmenge das Spektrum der Richtlinie in 32 Artikeln. Die Richtlinie bleibt für Teile der EU erklärungsbedürftig, sechs Länder sehen sie als Rückschritt, darunter Italien, Polen, Niederlande und Finnland. Das gilt auch für europaweit viele Demonstranten; sogar der Berichtsersteller Voss konzidiert Erklärungsbedarf.

Inhaltlich finden sich in der Richtlinie neben updatenden Regelungen zum Data Mining (diese Suche nach Mustern, Korrelationen, Trends wird als Urheberrechtsschranke ausgestaltet) und zur Harmonisierung zu vergriffenen Werken einige wenige zum Vertragsrecht der Urheber, harmonisiert zum in Deutschland bekannten Widerrufsrecht.

Die Richtlinie enthält zwei wirklich scharfkantige Aufreger für die Mannschaft. Da sind vor allem die

„Upload-Filter“ zur Verhinderung unlizenzierter Online-Inhalte auf Upload-Plattformen. Dadurch könnten „marktmächtige Plattformen mittels ihrer etablierten Filtertechnologie ihre Marktmacht weiter festigen“ (Protokoll-Erklärung der Bundesregierung zur Richtlinie vom 15.4.2019<sup>2</sup>). Das wäre Wal-Fütterung. Geregelt wird dies nun in Art. 17, weil Art. 13 schon der Schlachtruf der Beobachter war, assoziiert auch mit „die Wilde 13“, oft aber schlicht mit den Piraten. Zweiter Aufreger ist das Leistungsschutzrecht der Verlage (jetzt Art. 15, vorher Art. 11), ebenfalls eine Wohltat für nur einige, meist zudem größere Einheiten. Dabei erwarte ich nicht, dass die Urheber gleichermaßen finanziell profitieren.

## UPLOAD-FILTER

Der Upload-Fehler und die Vergütung für wenige bleiben ein Problem der beschlossenen Fassung. Die Anpassung des Urheberrechts an das digitale Zeitalter im digitalen Binnenmarkt wird so kaum geleistet. Letztlich wird der Wal sogar gefüttert. Erst haben die Konzerne das Pro-

<sup>1</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=OJ:L:2019:130:TOC>

<sup>2</sup> [https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVI/EU/06/18/EU\\_61832/imfname\\_10895457.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVI/EU/06/18/EU_61832/imfname_10895457.pdf)

blem mit unkontrolliertem Upload geschaffen. Jetzt verdienen sie mit Upload-Filtern an der Lösung.

Besonders die „Upload-Filter“, schienen Ahab als wirkungsvolle Waffe, zumal sie ein effektives „stay-down“ geschützter Inhalte sichern kann. Damit ließe sich der dicke Wal „YouTube“ endlich aushungern, der mit 400 Stunden Material pro Minute bisher am „Busen der Lizenzlosen“ saugte. Was der Wal nämlich einmal gefressen hat, ist kaum rechtlich aus ihm herauszukriegen.

Sinnvoller wäre da effektiver Rechtsschutz, konkret für Kreative und in Europa erreichbar. Doch weiterhin fehlt der, jedenfalls gegen amerikanische Wale wie Facebook, Google (YouTube) und die anderen Buchstaben des Alphabets. Der digitale Binnenmarkt findet offensichtlich vor unseren Augen und vor Ort statt. Seine Akteure werden auch künftig hier wenig versteuern, nur das würde den Wal treffen, Fairness würde den Artenreichtum erhöhen.

Der EU-Berichtersteller mag es anders darstellen, aber die Upload-Filter sind weiterhin Teil des beschlossenen Art. 17<sup>3</sup>, ein Wort-Tausch kann hier nicht täuschen. Die individuelle Lizenz der Rechteinhaber muss weiterhin eingeholt werden, da andernfalls die Verpflichtung besteht, „sicherzustellen, dass bestimmte Werke und sonstige Schutzgegenstände, zu denen die Rechteinhaber den Anbietern dieser Dienste einschlägige und notwendige Informationen bereitgestellt haben, nicht verfügbar sind“ (Art. 17 Abs. 4 S. 1 b. RL).

Das geht realistisch nur mit Upload-Filtern. Diese wurden im Koalitionsvertrag ausgeschlossen,<sup>4</sup> die Bundesregierung stimmte dennoch zu. Wohl auch deshalb gab die Bundesrepublik dazu eine Protokollerklärung ab. Sie sieht darin noch Spielraum zur Vermeidung technischer Lösungen, zumal diese auf „ernsthafte Bedenken und in der deutschen Öffentlichkeit auf breite Kritik“<sup>5</sup> stoßen. Diesen Spielraum sehe ich nicht, so auch nicht z. B. der Direktor des Max-Planck-Instituts für Innovation und Wettbewerb, Dr. Hilty, nach dem es „ohne Uploadfilter nicht gehen“<sup>6</sup> wird.

Upload-Filter gehen berechtigt einher mit der Sorge, dass die Meinungsfreiheit in der Form z. B. des (erlaubten!) Zitats urheberrechtlich geschützter Werke, der Satire, Karikatur, Parodie, schlichter Kritik gleich mit ausgefiltert wird. Die Richtlinie verbietet das zwar. Die Realität wird anders aussehen.

Denn auch die besten Upload-Filter leisten dies nicht. Ein Beispiel von Tausenden ist die urheberrechtliche Vorlesung eines Harvard-Professors, die von YouTube-Filtern fehlerhaft aussortiert wurde, wegen der beispielhaft enthaltenen Auszüge geschützter Musik. Die aktuelle Richtlinie gilt übrigens ohne Einschränkungen für die Lehre.

Auch Twitter gab vor der Europawahl bekannt, Tweets zu sperren, die – technisch unerkannt – satirische Informationen zur Europa-Wahl beinhalten, ohne als solche gekennzeichnet zu sein (ein „Zwinkersmiley“ reicht nicht).<sup>7</sup> Filter-Technik kann es noch nicht und wird es auf lange Zeit nicht können; ruhiger schlafe ich nicht, wenn Software das mal kann. Roboter mussten sich äußerungsrechtlich bisher vor Gericht nicht verantworten. Die Richtlinie hindert Twitter gerade nicht an Plattform-Regeln, die Satire gänzlich ausschließt. Ich bin kein Twitter-Nutzer, lese aber in der Urheber-Richtlinie (70. Erwägungsgrund<sup>8</sup>), dass Meinungsäußerungen nicht beeinträchtigt werden „sollten“. Sanktionen enthält die Richtlinie nicht, Nutzer dürfen sich darauf „berufen“ (Art. 17 Abs. 7 RL). Die Beendigung der Sperre eines AfD-Tweets durch das LG Berlin im Mai 2019 erging nicht zur Geltung Twitter-interner Regelungen (Beschl. v. 23.5.2019, Az. 27 O 282/19) – zur Wirkung der Richtlinie ist nichts entschieden.<sup>9</sup>

Die Upload-Filter haben Hunderttausende auf die Straße getrieben, auffallend viele ablehnende Urheber und Kreative darunter, deren Schutz die Richtlinie gerade bezweckt. Sie kamen erst recht, nachdem sie – nachweislich zu Unrecht<sup>10</sup> – als amerikanische „Bots“ gebrandmarkt wurden. Auch im jahrelangen Treiben auf Ozeanen an Scheinargumenten und teils bodenlosen Fake News war dies ein Riff, an dem die Richtlinie fast zerschellt wäre. Hoffentlich auch, weil die EU-weite Harmonisierung gewisser Meinungsäußerungsstandards eine länderübergreifende und demokratisierende Errungenschaft werden kann.

Aber der Wal ist bereits bestens trainiert, international eindeutig Unbekömmliches filtert er schon lange. Die einzig relevanten Betreiber von Upload-Filtern sind heute Amazon und Google, insbesondere mit YouTube. Dieser Technologievorsprung vor allem erneut großer amerikanischer Unternehmen lässt sich sehr profitabel verkaufen. Damit wird der Wal nicht ausgehungert, er wird gefüttert, Moby Dick wird dicker.

Der EuGH hat bereits 2012 verdeutlicht, dass die Entwicklung von Upload-Filtern unverhältnismäßig ist,<sup>11</sup> er wird sich erneut dazu positionieren. Zu recht erklärte die Bundesrepublik deshalb protokollarisch am 15. April 2019 wörtlich: „Quelloffene Software garantiert Transparenz, offene Schnittstellen Interoperabilität und Standardisierung. So kann verhindert werden, dass marktmächtige Plattformen mittels ihrer etablierten Filtertechnologie ihre Marktmacht weiter festigen.“<sup>12</sup> Erkannt hat sie, dass bei den algorithmenbasierten Lösungen „die Entwicklung von Open-Source-Technologien mit offenen Schnittstellen (APIs)“ durch die EU gefördert werden sollte. Ohne

3 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/HTML/?uri=CELEX:32019L0790#d1e1440-92-1>

4 <https://www.br.de/nachrichten/netzwelt/internet-upload-filter-verstossen-gegen-koalitionsvertrag,RHmJ9el>

5 [https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVI/EU/06/18/EU\\_61832/imfname\\_10895457.pdf](https://www.parlament.gv.at/PAKT/EU/XXVI/EU/06/18/EU_61832/imfname_10895457.pdf)

6 <https://www.mpg.de/urheberrechtsreform>

7 <https://www.spiegel.de/netzwelt/netzpolitik/twitter-scherze-zur-europawahl-sind-nicht-mehr-erlaubt-a-1267591.html>

8 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:32019L0790>

9 LG Berlin, Beschl. v. 23.5.2019, Az. 27 O 282/19, <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-berlin-untersagt-twitter-sperre-keine-wahlbeeinflussung/>

10 <https://uebermedien.de/36090/haben-us-konzerne-mit-twitter-bots-die-eu-urheberrechtsdebatte-beeinflusst/>

11 <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=119512&pageIndex=0&doclang=DE&mode=req&dir=&occ=first&part=1>

12 [https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/041519\\_Protokollerklaerung\\_Richtlinie\\_Urheberrecht.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=1](https://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/041519_Protokollerklaerung_Richtlinie_Urheberrecht.pdf?__blob=publicationFile&v=1)

Förderung weg von den Oligopolen kommt dies nicht zustande und bleibt der digitale Binnenmarkt langfristig unter seinen Möglichkeiten. Google hat über 100 Mio. US-Dollar in seinen Filter gesteckt. Für viele Anbieter wird nichts näherliegen, als die Infrastruktur direkt bei Google anzumieten, weltweit auf dem Weg zum Normalfall. Das ist auch nach Auffassung des Bundesbeauftragten für den Datenschutz eine Monopolisierung europäischer Daten außerhalb des Binnenmarktes.<sup>13</sup> Diät für Wale ist das nicht.

Die Erkenntnis zur Bedeutung quelloffener Software (= freier Software) ist richtig, aber für Institutionen oft zu neu. Sie ist Ergebnis eines mühsamen Bildungseinsatzes, an dem freie Software-Organisationen beteiligt waren (disclaimer: auch von mir beraten).

Eine frühere Version der Richtlinie hätte die Entwicklung freier Software faktisch zum Erliegen gebracht, die die Vereinbarung von Einzellizenzen ebenso wenig wie den dann nötigen Einsatz von Upload-Filtern nicht hätte stemmen können. Dort wäre die Filterung deutlich schwieriger, Software hat oft viele gemeinsame Urheber, ein Foto nur einen. Eine besser gemeinte Zwischenfassung nahm freie Software aus, aber nur nicht-wirtschaftliche Nutzungen. Mit und an freier Software wird indes viel Geld verdient, im Einsatz an der Hochfrequenz-Börse, in Raumstationen, vor allem aber im großen Maßstab im Einsatz eben jener Internet-Giganten („tech giants“) wie Amazon, Google (YouTube), Facebook und Microsoft, RedHat (IBM). Auch in Deutschland setzt man auf freie Software wie z. B. mit nextcloud die TU-Berlin mit 22.000 Studenten, künftig die „Bundescloud“ mit 300.000 behördlichen Nutzern. GitHub, ein Microsoft-Unternehmen zu Software-Entwicklungsprojekten, zählt 5.000 Behörden-Accounts, das Eigeninteresse ist offenkundig.

Die Richtlinie bedroht freie Software nun nicht mehr (vgl. Art. 2 Nr. 6 RL). Ahab wollte den Urheberrecht-Wal erlegen und hätte fast freie Software, die gemeinnützige Anwendung des Urheberrechts, zum ungewollten Beifang gemacht.

## LEISTUNGSSCHUTZRECHT

Pure Wal-Fütterung ist auch der zweite große Zankapfel, das Leistungsschutzrecht (Art. 15, vorher Art. 11). Seit 2013 gilt eine Snippet-Regelung zu kurzen Textauszügen. Diese sieht (eigentlich) bereits Einschränkungen vor, doch die Verwertungsgesellschaften hatten sie Google ausdrücklich gestattet, maulend zugleich, dies sei auch Folge ausgenutzter Marktmacht. Nachrichten-Aggregatoren wie Google nutzen den Verlagen faktisch erheblich, nicht nur umgekehrt.

Nach Beschluss der Richtlinie forderte die Verwertungsgesellschaft Media von Google 4 Mrd. EUR (1 Mrd. für die Vergangenheit, 3 Mrd. für das laufende Jahr).<sup>14</sup> Der Rechtsstreit soll vor dem Landgericht Berlin geführt

werden. Erfreulich wäre eine leichtere lokale Durchsetzbarkeit, durch die Richtlinie wird diese nicht ermöglicht.

Die auch finanzielle Besserstellung der Kreativen war starkes Argument in der öffentlichen Debatte, sollte nun aber nicht vergessen werden. Die begünstigten Verwertungsgesellschaften sichern Vergütung nicht für Urheber, sondern für die Inhaber verwandter Rechte, deren Verleger. Das hilft den Urhebern wenig.

Die Lizenzierungspflicht könnte auf Zwangslizenzen zugunsten der Verwertungsgesellschaften hinauslaufen. Die kollektive Rechtswahrnehmung erleichtert zwar die Rechtswahrnehmung, bedeutet aber weitgehend Ausfall des Ausschließlichkeitsrechts, keine Stärkung der Urheberpersönlichkeit. Verwertungsgesellschaften stehen vorwiegend professionellen Kreativen offen. Sollte national der Kreis auf Semiprofessionelle erweitert werden, wäre die europaweite Harmonisierung diesbezüglich missglückt, immerhin ein wesentliches Ziel der Richtlinie.

Vermutlich gelangen Urheber wegen der Upload-Filter in einen Strudel vertiefter Abhängigkeit von Verwerter, da nur diese Pauschal-Lizenzen verhandeln und durchsetzen können. Das Verfahren bis zum Beschluss der Richtlinie war jedenfalls ein öffentliches Gemetzel ganz nach Ahabs Geschmack. Die Geschichte hat vor allem Verfahrensmängel offenbart. Sogar nach der Abstimmung gaben etwa zehn Abgeordnete an, verwirrt von den vielen Änderungsanträgen falsch abgestimmt zu haben.<sup>15</sup> Die richtige Zählung hätte die Abstimmung wohl anders beendet. Der Berichterstatter selbst bekundete das Gefühl: „Man lässt eine Generation in Frustration zurück, ohne die Möglichkeit zu haben, das vernünftig zu erklären.“<sup>16</sup>

Vor uns liegt im Vorfeld der nationalen Umsetzung eine Zeit des geplanten Dialogs. Hier gilt es schnell nachzubessern, wo es noch geht. Geklärt werden muss auch, ob die Richtlinie Memes (mit eigenen Texten versehener Fremd-Content, unmöglich bei Lizenzierungspflicht) frei erlaubt. Der Berichterstatter behauptet das, ich lese das nicht aus der Richtlinie. Blieben moderne Nutzungen in Europa umstritten, wären auch hier das Ziel der Modernisierung des Urheberrechts und Harmonisierung nicht erreicht und es könnte – wie bei den Upload-Filtern – ein „chilling effect“ für die freie Entfaltung, auch Meinungsäußerung, eintreten.

Ahabs Harpune ist für den Wal trotz Upload-Filter wahrscheinlich ungefährlicher als für die Mannschaft, die mit dem scharfkantigen Ding hantieren muss. Die Mannschaft profitiert auch nicht vom umstrittenen Leistungsschutzrecht, die Gold-Dublonen wandern zu den Verlegern. Kreative freuen sich über die neue Richtlinie, aber ich weiß nicht wieso. Nach einem Pfostenschuss zur freien Software steht es 2:0 für Moby Dick.

Michael Schinagl, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht,

www.fach-anwalt.de

Foto: Amin Akhtar

13 [https://www.bfdi.bund.de/DE/Infothek/Pressemitteilungen/2019/10\\_Uploadfilter.html](https://www.bfdi.bund.de/DE/Infothek/Pressemitteilungen/2019/10_Uploadfilter.html)

14 <https://www.handelsblatt.com/unternehmen/it-medien/rechtsstreit-verwertungsgesellschaft-vg-media-verlangt-milliarden-von-google/24236952.html?ticket=ST-1408786-dBkdXjpx9hYWLD09Uf5Y-ap6>

15 <https://t3n.de/news/eu-urheberrecht-abgeordnete-stimmen-aus-versehen-fuer-die-uploadfilter-1153339/>

16 „Lasst uns reden“, re:publica 2019, Voss & Beckedahl, Min. 6:45–7:20, <https://www.youtube.com/watch?v=MUNg3I27Ftk>